

00781



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL CUERPO DEL DELITO Y LOS
ELEMENTOS DEL TIPO PENAL, ESTUDIO
COMPARATIVO SIMILITUDES Y
DIFERENCIAS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA EL

LICENCIADO SANTIAGO AVILA NEGRON

TUTOR: DR. RAFAEL MARQUEZ PIÑERO

MEXICO. D. F.

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

Dedico esta investigación a mi esposa Luz María y a mi hijo Angel Santiago por su apoyo y comprensión incondicionales que me han permitido alcanzar un logro arduamente buscado.

Dedico esta tesis a la memoria de mi padre quien apoyó decididamente mis estudios profesionales y que ahora me permiten llegar a la cúspide de mi formación académica.

Dedico la presente tesis de grado a mi querida madre María, así como a mis hermanos, Elena, Nicolás, Roberto, Santos, Alfredo, Carlos, Jesús, Estela y Amado, quienes con su cariño y aliento, motivaron mi animo de superación y que finalmente me permitió alcanzar el grado de doctor en derecho.

R E S U M E N :

El estudio del cuerpo del delito y los elementos del tipo, entraña diversos tópicos, pues mientras para los legisladores la integración de los elementos del tipo penal, es una figura jurídica de difícil comprobación para el órgano investigador, que lo deja en franca desventaja respecto a la autoridad jurisdiccional, misma que con frecuencia tiene que dejar en libertad a los inculcados, por no acreditarse en las investigaciones, la totalidad de los elementos del tipo penal, lo que trae como consecuencia la impunidad de algunos delincuentes, que aun cuando cometieron algún delito, no son procesados y sentenciados; por el contrario los investigadores, doctrinarios y juristas, afirman que la figura jurídica de cuerpo del delito a dejado de aplicarse por su ineperancia y falta de estudio de los elementos del tipo, debido a que se basa únicamente en la comprobación de los elementos materiales del injusto penal y se olvida en infinidad de ocasiones de los elementos subjetivos y normativos del mismo, principalmente porque la integración de los elementos del tipo penal, a parte de tener una mejor técnica jurídica, garantiza al gobernado la seguridad jurídica que consagra la Constitución Política Mexicana.

SUMMARY

The study of the matter of the delinquency and the elements related to it, involves different topics, while for the legislators the integration of juridical elements, juridical figure difficult to prove for the investigator staff which places them in a very disadvantage to the jurisdictional authority, which often has to let free the guilty subjects due to a lack of improvement in the investigations, all the juridical elements, which brings about, as a result, the impunity of some delinquents who even when they committed any offense they are not processed not even sentenced or on the other hand, investigators experts and jurors state that the juridical figure of the delinquency body has not been applied due to inadequacy and lack of studies about typical elements, because, it is based only in the improvement of material elements of the unjust penalty and it is forgotten in innumerable cases of the subjective and normative elements mainly because of the integration of juridical elements besides of having a better juridical technique, it guarantees the governed, the juridical security that is guaranteed by the Mexican Political Constitution.

I N D I C E

EL CUERPO DEL DELITO Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. ESTUDIO COMPARATIVO, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS.

INTRODUCCION.

I

CAPITULO I

SISTEMA CAUSALISTA Y SISTEMA FINALISTA.

1.1. La problemática de la causalidad.....	2
1.2. Franz Von Liszt y la teoría causalista de la acción.....	33
1.2.1. El esquema clásico del delito.....	44
1.2.2. La acción.....	47
1.2.3. La omisión.....	52
1.2.4. La ausencia de acción.....	54
1.2.5. La tipicidad.....	55
1.2.6. La atipicidad.....	64
1.2.7. La antijuridicidad.....	64
1.2.8. Las causas de justificación.....	71
1.2.9. La imputabilidad.....	73
1.2.10. La inimputabilidad.....	78
1.2.11. La culpabilidad.....	79
1.2.12. La inculpabilidad.....	104
1.2.13. Condiciones objetivas de punibilidad.....	109
1.2.14. La falta de condiciones objetivas de punibilidad.....	111
1.2.15. La punibilidad.....	111
1.2.16. Las excusas absolutorias.....	112
1.3. El esquema neoclásico.....	114
1.3.1. La acción.....	116

1.3.2. La tipicidad.....	117
1.3.3. La antijuridicidad.....	117
1.3.4. La culpabilidad.....	118
1.3.5. El concepto social de acción.....	118
1.3.6. Los elementos subjetivos del injusto.....	121
1.4. Hans Welzel y la teoría finalista de la acción.....	126
1.4.1. La acción finalista.....	146
1.4.2. La ausencia de acción.....	153
1.4.3. La acción típica finalista.....	154
1.4.4. Las causas de atipicidad.....	159
1.4.5. La antijuridicidad e injusto.....	160
1.4.6. Las causas de justificación.....	161
1.4.7. La culpabilidad.....	162
1.4.8. Las causas de inculpabilidad.....	163

CAPITULO II

EL CUERPO DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL.

2.1. El problema del concepto del cuerpo del delito.....	166
2.2. Los elementos del cuerpo del delito.....	176
2.3. La naturaleza jurídica del cuerpo del delito.....	181
2.4. La prueba del cuerpo del delito.....	188
2.5. La investigación judicial del cuerpo del delito.....	201
2.5.1. El secuestro de los instrumentos del delito.....	205
2.5.2. La descripción y reconocimiento del <i>corpus criminis</i>	208
2.5.3. El reconocimiento e inspección de lugares.....	211
2.5.4. La adquisición del <i>corpus probatorium</i>	212

2.6. El cuerpo del delito en la doctrina mexicana.....	213
2.7. El cuerpo del delito en la legislación mexicana.....	225

CAPITULO III

EL TIPO EN EL DERECHO PENAL.

3.1. Elementos del tipo penal.....	245
3.1.1. Los elementos objetivos.....	259
3.1.2. Los elementos normativos.....	259
3.1.3. Los elementos subjetivos.....	261
3.1.4. Hans Welzel y la teoría del tipo penal.....	263
3.1.5. El tipo valorativamente neutro.....	263
3.1.6. La objetividad del tipo penal.....	264
3.1.7. La neutralidad valorativa del tipo penal.....	264
3.1.8. El descubrimiento de los elementos normativos.....	265
3.1.9. La posición de Welzel en la teoría del tipo penal.....	266
3.1.10. Las funciones del tipo penal.....	268
3.2. La evolución del tipo penal.....	269
3.2.1. La fase de la independencia.....	269
3.2.2. La fase de carácter indiciario.....	271
3.2.3. La fase de la ratio assendi de la antijuridicidad.....	271
3.2.4. La fase defensiva.....	272
3.2.5. La fase destructiva.....	273
3.2.6. La fase actual.....	285
3.3. El tipo en el derecho penal mexicano.....	290
3.3.1. Los elementos objetivos.....	303
3.3.2. Los elementos subjetivos.....	304

3.3.3. Los elementos normativos.....	305
3.3.4.1. Los elementos objetivos en la teoría finalista.....	307
3.3.5.2. Los elementos subjetivos en la teoría finalista.....	308
3.4. La clasificación de los tipos penales.....	316
3.5. La tipicidad.....	323
3.6. La atipicidad.....	325

CAPITULO IV

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE CUERPO DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

4.1. La acción.....	333
4.1.1. La omisión.....	335
4.1.2. La omisión simple.....	335
4.1.3. La omisión impropia.....	336
4.1.4. El nexa causal.....	339
4.1.5. La ausencia de conducta.....	345
4.2. El tipo penal.....	346
4.2.1. El tipo de dolo.....	346
4.2.2. El tipo de error.....	347
4.2.3. El tipo de culpa.....	348
4.2.4. Las causas de atipicidad.....	348
4.3. La antijuridicidad e injusto.....	349
4.3.1. Las causas de justificación.....	350
4.4. La culpabilidad.....	351
4.4.1. Las causas de inculpabilidad.....	354
4.5. Las similitudes y diferencias entre cuerpo del delito y tipo penal...	355

4.5.1. El cuerpo del delito y el tipo penal.....	382
4.5.2. El cuerpo del delito y el juicio de tipicidad.....	387
4.5.3. El cuerpo del delito y los tipos anormales.....	387
4.5.4. El cuerpo del delito y la responsabilidad penal.....	388
4.5.5. La reforma constitucional y procesal penal.....	390
CONCLUSIONES.....	399
BIBLIOGRAFIA.....	402

I N T R O D U C C I O N

I N T R O D U C C I O N

La presente investigación tiene por objeto realizar un estudio comparativo del cuerpo del delito y los elementos del tipo penal, en virtud de los cambios constantes en la legislación mexicana, que han cambiado la forma de comprobación del delito, de acuerdo a las teorías causalista y finalista de la acción que a través del tiempo, han estudiado al delito, en consideración a los criterios sostenidos por los doctrinarios más reconocidos en la investigación de la dogmática jurídica penal, analizando también las similitudes y diferencias de acuerdo a las teorías causalista y finalista de la acción, para en su caso determinar cual de ambas teorías es la que ofrece más y mejores garantías de legalidad a los gobernados conforme a la legislación vigente en México.

El estudio de ambas figuras entraña diversos tópicos, pues mientras para los legisladores actuales la integración de los elementos del tipo penal es una figura jurídica de difícil comprobación para el órgano investigador, que lo deja en franca desventaja con respecto a la autoridad jurisdiccional, misma que con frecuencia tiene que dejar en libertad a los inculcados, por no acreditarse en las investigaciones la totalidad de los elementos del tipo penal, lo que trae como consecuencia la impunidad para algunos delincuentes, que aun cuando

cometieron algún delito, no son procesados y sentenciados; por el contrario los investigadores, doctrinarios y juristas, afirman que la figura jurídica del cuerpo del delito a dejado de aplicarse por su inoperancia y falta de estudio de los elementos del tipo, debido a que se basa únicamente en la comprobación de los elementos materiales del injusto y se olvida en muchas ocasiones de los elementos subjetivos y normativos del mismo, pero principalmente porque la integración de los elementos del tipo penal, a parte de tener una mejor técnica jurídica, garantiza al gobernado la seguridad jurídica que consagra la Constitución Política Mexicana.

En efecto la integración del cuerpo del delito, se colma de los elementos objetivos del tipo, entre los cuales predominan las acciones que producen un resultado material, no contemplando con frecuencia los elementos subjetivos que contienen los tipos meramente formales por no haber un cambio en el mundo exterior a consecuencia de la acción realizada.

Por su parte los elementos del tipo penal de cada delito en particular, se integran principalmente con la acción final, es decir, la finalidad de todas las acciones relevantes para el derecho penal, que se encuentran adicionadas por el dolo con que actúa el sujeto activo del delito, quien conociendo la ilicitud de su conducta, quiere o acepta la comisión del delito.

La investigación se inicia, realizando un estudio de la teoría causalista de la acción, desde el punto de vista de su creador Franz Von Liszt, doctrinario que defendió su teoría aún cuando sus detractores afirmaran que dentro de la misma se podían contemplar los fenómenos naturales, en los cuales no interviene la voluntad del ser humano. El autor de referencia, analiza el delito partiendo del estudio de la acción, considerándola como el movimiento corporal productor de una mutación en el mundo exterior, es una concepción de la conducta, referida a un proceso meramente causal o naturalístico, de ahí el nombre de teoría causalista.

Von Liszt, parte de la premisa de causa a efecto, que toda conducta lleva implícita al momento de manifestarse la voluntad en el mundo fáctico, de esta manera estructura un concepto del delito compuesto de dos elementos, a saber: la antijuridicidad, en la cual él consideraba que pertenecía todo lo objetivo y, la culpabilidad, cuyo contenido era subjetivo.

En este orden de ideas, el pensamiento de Beling viene a revolucionar la sistemática adoptada por Von Liszt, quien en el año de 1906, aporta al pensamiento jurídico penal un nuevo elemento, que habría de trascender a todos los niveles de la teoría del delito, estamos hablando de la tipicidad, elemento que vino a constituirse como fundamental dentro de la estructura

del delito "ya que la tipicidad no pertenece a todas las acciones humanas, sino sólo a aquéllas que se encuentran legalmente descritas bajo el principio *nulla poena, nulum crimen sine lege*". El sistema de Liszt-Beling, conocido como el sistema clásico del delito, al cual se adhiere también Radbruch, tiene como fundamento el concepto causal de acción, por reducirse al puro proceso causal que la voluntad ocasiona en el mundo exterior, sin importar si el autor lo ha querido o podido prever, es decir, sin importar el contenido de la voluntad, ésta aparece como un impulso causal, funge como un factor causal, mas no como un factor de dirección.

Continúa la investigación con el análisis de la teoría finalista de la acción de Hans Welzel, quien afirma que toda acción tiene una finalidad; acción humana es ejercicio de actividad final. La finalidad de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines.

El autor concuerda en que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever las consecuencias de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción

final. En contraste con la relación causal, en la cual todas las consecuencias están determinadas causalmente, pertenecen a la relación final sólo aquellas que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de realización. No existe una acción final en sí o absoluta, sino solamente en relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización.

En efecto, corría la década de los años treinta, cuando el ilustre penalista alemán dio a conocer sus estudios sobre la teoría de la acción final, considerada por muchos como la más radical, misma que se basó en los elementos subjetivos del injusto y en los elementos normativos de la culpabilidad que fueron aportados por la sistemática neoclásica.

De acuerdo al pensamiento de Welzel y sin condicionar la adhesión o no al principio de la naturaleza ontológicamente finalista de la acción, la esencia del finalismo puede resumirse en esta tesis mínima: tanto el dolo como la culpa son sustraídos al concepto de la culpabilidad para ser trasladados al ámbito del hecho típico, según la conocida fórmula "*Voratz nicht zur Schuld, sondern zum Tatbestand*", es decir, el dolo no pertenece a la culpabilidad sino a la figura delictiva.

El segundo capítulo trata sobre el cuerpo del delito y la comprobación del mismo. El cuerpo del delito entendido como la

parte de un todo, de la misma manera que el cuerpo del hombre es una parte de la entidad hombre. El todo a que se refiere el cuerpo del delito, es el delito real, el acto que presentándose en su complicada maraña de elementos, una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley. Los delitos legales son las definiciones que la ley proporciona de los delitos en particular. Estas definiciones las crea el legislador fijándose en los actos conculcadores de la vida social.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal".

Una vez promulgado el Código de Procedimientos Penales de 1894, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció un criterio interpretativo adecuado, al determinar que el cuerpo del delito no debía comprobarse con todos los elementos del delito, porque ya no habría elemento alguno que debiera comprobarse en la responsabilidad penal, ni habría base para el proceso. La Corte señaló que al cuerpo del delito corresponderían los elementos materiales, objetivos o externos de la infracción penal.

No debemos olvidar que se contraponía, al desconocerse la teoría del tipo creada por Beling en 1906, lo objetivo a lo subjetivo, y resultaba adecuada la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque de otro modo al no abstraerse los elementos subjetivos del delito que se hacían consistir en la culpabilidad, el cuerpo del delito necesitaba forzosamente la comprobación de todo el delito, y por lo tanto, carecería de base el proceso, si ya previamente se había comprobado éste.

Los elementos del tipo penal se analizan en el capítulo tercero, se realiza un estudio dogmático de los elementos que lo configuran en base a las obras de los autores principalmente mexicanos.

Siendo necesario establecer que desde el punto de vista de la sistemática causalista, se concibe al tipo penal, como la descripción de la parte objetiva de la acción, sin que se ocupe de describir la parte subjetiva, pues ella se analiza en otro nivel, en un primer momento, va a considerar como contenido de aquél única y exclusivamente a los elementos objetivos, y estos son únicamente descriptivos, es decir, el tipo describe únicamente la parte objetiva de la acción. En esta primera época el tipo no contiene elementos valorativos o normativos, ni tampoco contiene elementos subjetivos.

El tipo penal, es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

¿Cuales son los elementos objetivos del tipo? Si el concepto de acción causal está estructurado únicamente de manifestación de voluntad, resultado y nexo causal, entonces tendrán que ser los mismos que se han señalado.

Los elementos subjetivos específicos son aquellos ánimos, propósitos a que el tipo penal hace referencia. Elementos normativos o valorativos son aquellos cuya determinación requiere de una valoración jurídica o cultural. Antijuridicidad específica es antijuridicidad introducida al tipo penal.

Para los precursores del finalismo el dolo pasa a formar parte del tipo, ya que es este el que lo menciona y nada tiene que ver con la culpabilidad. En la teoría de la acción final de Welzel, se reúne la voluntad en forma integral en la conducta humana, en la que se dan dos fases: una interna, que acontece en el pensamiento, en la inteligencia y que se puede llamar fase finalista, y una segunda que se da fuera de la inteligencia, que se llama fase causalista. Si el tipo penal es la descripción de una conducta hecha por el legislador, el dolo está en el tipo. Si el dolo es una conducta humana, la conducta debe llenar ese modelo. El dolo, debe ser la finalidad tipificada.

Con esto refutan los finalistas el concepto de conducta planteado por la teoría causalista, el cual no correspondía a las conductas de la vida y, por tanto, no era útil en los tribunales, pues los juzgadores enfrentan acciones de la vida y no concepciones metafísicas.

Hasta antes de la aparición de los elementos subjetivos, no había una distinción entre la sistemática causalista y finalista de la acción. La diferencia fundamental se da porque, para la sistemática de la acción final, todos los tipos penales que se encuadren en la parte especial del Código Penal, contienen en su estructura elementos objetivos y subjetivos. El primero de ellos será el dolo en los delitos dolosos y la culpa en los delitos culposos y los segundos, los llamados elementos subjetivos específicos.

En el cuarto y último capítulo se estudian las similitudes y diferencias que existen entre el cuerpo del delito y los elementos del tipo penal desde el punto de vista legal y doctrinario, considerando principalmente a la acción o conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, desglosando de esta el dolo y dejando en ella la atribuibilidad y la reprochabilidad como partes integrantes de la responsabilidad penal.

C A P I T U L O I

SISTEMA CAUSALISTA Y SISTEMA FINALISTA.

1.1. LA PROBLEMÁTICA DE LA CAUSALIDAD.

La problemática de la causalidad, ligada a la interpretación racional de los acontecimientos que tienen lugar en el mundo físico y humano, es propia de la mentalidad del hombre moderno, en cuanto a la observación de la reiterada producción de ciertos fenómenos, que apoya la formación del concepto de causa.

El concepto de causa y la determinación de su importancia nos colocan frente a un mundo de ideas difícil de ordenar. Desde el punto de vista filosófico, Aristóteles afirmó que “causa era todo principio bajo cuyo impulso pasa del no ser al ser algo de sí indiferente para existir”¹, concepto que constituye el punto de partida para investigaciones posteriores, pues sus seguidores, que crearon la metafísica aristotélica, llegaron a distinguir con precisión entre causa eficiente, causa ocasional y causa final.

Aristóteles se ocupó de la causa en sentido formal, como concepto lógico y con criterio ontológico, es decir como aspecto preliminar para llegar al conocimiento de la causa primera. Desde ambos aspectos distinguió la causa eficiente, la causa

¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el delito. Edit. Porrúa. México, 1993, p.20.

material, la causa formal y la causa final. Sin embargo, toda la teoría de la causa se apoya, en las adecuaciones de acto y potencia, es decir forma y materia, respectivamente.

Para Descartes la causalidad tiene como contenido la causa metafísica o primera, cuyo estudio corresponde a la teodicea, y las causas segundas o leyes causales, haciendo consistir el principio de causalidad en la expresión de la relación causal, con lo que se manifiesta la distinción fundamental entre causa y principio de causalidad. La estructura de Teodoro Lipps distingue entre causa y principio de causalidad.

Partiendo de la idea de que no es posible formar un concepto sin contenido empírico, Lipps afirma que la lógica debe rechazar todo concepto cuyos elementos materiales no puedan hallarse en alguna experiencia, considera que causa es siempre "aquello que debemos pensar como ya dado, cuando otra cosa, el efecto, puede ser pensado como objetivamente real"². En cambio el principio de causalidad se identifica con la ley que apoya la ordenación de las relaciones causales elaboradas mediante el concepto de causa.

² Lipps, Teodoro. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, Ob. Cit., p.21.

Los racionalistas afirman que hablar de la causalidad es introducirse en el campo de la fantasía. Kant ubica la causalidad en el sistema de categorías a priori del pensar, esto es como una posición del espíritu a través de la cual el hombre establece las íntimas relaciones existentes entre los fenómenos que le muestra el mundo de la experiencia.

Stammler proclama que lo presente es efecto de una causa precedente, o bien medio para un fin futuro, en la inteligencia de que mediante el principio de la percepción se ordenan las percepciones de modo causal o dinámico, en tanto a través del criterio de la voluntad se determinan las nociones de nuestra conciencia con sentido finalista o teleológico, destacándose en esta forma los dos métodos de ordenación: el de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu.

En la teoría pura del derecho el concepto imputación substituye al de causalidad. Comienza Kelsen por referir que “las fórmulas por las que la ciencia del derecho describe al derecho, son juicios hipotéticos análogos a los juicios hipotéticos por medio de los cuales la ciencia de la naturaleza describe a la naturaleza”, enunciados en que “la condición es causa, la consecuencia es el efecto y la relación entre estos dos

elementos es la causalidad”³. En cambio los juicios hipotéticos, por los que la ciencia del derecho describe su objeto, son enunciados del “deber ser” y no del “ser”, como sucede con los de la ciencia de la naturaleza”⁴.

En relación al Derecho Penal exclusivamente, es conveniente preguntarnos: ¿Que es la causa? Tratando de encontrar su concepto, la doctrina penal ha elaborado múltiples teorías, tanto individualizadoras como generalizadoras, de las cuales me referiré a aquéllas que han logrado mayor éxito y divulgación. Ellas son: teoría de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non*; teoría de la última condición o condición más próxima; teoría de la causa eficiente y teoría de la condición adecuada.

La teoría de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non* nace en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX y propone el siguiente concepto: causa es la suma de todas las condiciones positivas o negativas que concurren a producir el resultado. Por ejemplo, una cadena de hierro en que cada eslabón constituye una condición causal; si para la teoría de la equivalencia causa es la suma de todas las condiciones, la

³ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, p. 15.

⁴ Kelsen, Hans. Ob. Cit., p.16.

causa de la cadena lo será el conjunto de los eslabones que la forman.

Por otra parte, esta teoría afirma que cada una de esas condiciones causales es equivalente a su valor causal, es decir que todas las condiciones tienen el mismo valor entre sí; de esta suerte, tan importante es para la producción del resultado la primera como la última o la intermedia de dichas condiciones. En consecuencia si todas ellas tienen el mismo valor causal, cada una de ellas es causa del resultado.

En opinión de Bettioli, la teoría parte del presupuesto de que estando todo evento determinado por cierto número de antecedentes causales, la causa no puede sino proporcionarla el conjunto de todas las condiciones que han contribuido a la producción del evento, lo cual equivale a afirmar que no es posible entre los precedentes causales de cierto fenómeno dar particular relieve a determinado precedente, a una condición determinada, para hacerle asumir el papel de causa, porque ésta la constituye “el conjunto de todas las condiciones necesarias y suficientes para producir el evento”⁵.

⁵ Bettioli, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Edit. Temis. Colombia, 1965.

¿Cómo se comprueba que una condición es causa en la realización del hecho? De acuerdo con la teoría el carácter causal de una condición se comprueba cuando hipotéticamente suprimida dicha condición el resultado no se produce. En el caso de un homicidio por disparo de arma de fuego, si la pistola no se hubiera fabricado, sería imposible su uso y por lo tanto la ejecución del homicidio.

Von Liszt y Schmidt establecieron que según la teoría de la equivalencia, existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando suprimido en mente el primero, el segundo desaparece.

Una parte de la doctrina difiere de la conclusión sustentada por la teoría de la equivalencia, ya que si en la hipótesis de la supresión de la condición se demuestra con certeza que el resultado podría producirse, ello demuestra que la acción del agente no es causal en dicho resultado. Esta posición es inaceptable, por cuanto pierde de vista que, independientemente de que el acontecimiento pudo registrarse, su realidad depende de la acción ejecutada por el agente.

“La teoría de la *condictio sine qua non* o equivalencia de las condiciones tuvo y tiene una importancia extraordinaria, ya

se le considere en toda su extensión o limitada mediante los llamados correctivos de la culpabilidad y de la prohibición de retroceso, a pesar de haber recibido agudas críticas, como la formulada por Carlos Binding, quien afirmaba que, “de aceptársele tendría que declararse culpable de adulterio al carpintero que construyó la cama en la que yacen los adúlteros, ya que si la cama no se hubiera construido el delito no se hubiera cometido al faltar una de las condiciones causales”⁶.

Para Von Liszt más que causar debe hablarse de provocar el resultado, de manera que causación y provocación se

⁶ Binding, Carlos. La crítica de Carlos Binding tuvo especial significación en el momento histórico en que fue formulada, ya que los tribunales al condenar, apoyados en un simple criterio causal, llegaron a evidentes injusticias, como lo hace palpable la relación de casos fallados por las Salas de lo Criminal del Tribunal de Reich, a que hace referencia Mezger en su Tratado de Derecho Penal, entre las que cabe destacar la sentencia publicada en la página 373 del volumen 1, que condenó como responsable de homicidio culposo, con arreglo al parágrafo 222 del Código Alemán, a la mujer “que había dejado una botella con arsénico diluido en el alféizar de la ventana del cuarto de estar y cuyo contenido fue apurado por su cónyuge... produciéndole la muerte”, igualmente es digna de mención la sentencia por homicidio culposo al dueño de un mastin que causó una lesión por mordedura y cuya víctima falleció por haber mantenido la herida en estado de suciedad e irritación (J. 6, 249). Como destaca Drapkin, estas exageraciones son posibles cuando “se pretende equiparar relación de causalidad y responsabilidad”, lo cual con toda evidencia constituye un error en la solución de los casos considerados, pues la determinación de la relación de causa a efecto entre la conducta del hombre y el resultado material, sólo tiende, como lo hemos precisado antes, a establecer que este último le es atribuible en un nexo de causalidad, con lo cual se integra el hecho o la acción (lato sensu). Como el propio Drapkin lo ha puesto de relieve, “asignarle mayor trascendencia al nexo causal es inductivo a error, cualesquiera que sean las doctrinas que quieran adoptarse”. Quienes propugnan la equivalencia de las condiciones, no han pretendido crear propiamente una teoría jurídica de la causalidad, pues la misma funciona tanto en el orden natural como jurídico, en atención a que una conducta es causa en cuanto sin ella el resultado no se hubiera producido. Lo importante para la ley es la realización del hecho típico que comprende un particular resultado, teniendo significación causal todas las condiciones que influyan en dicho suceso, sean preexistentes, simultáneas o supervenientes”. Pavón Vasconcelos Francisco. La Causalidad en el Delito, Edit. Jus. México, 1977, pp.50 a 52.

identifican, como igualmente sucede con los términos causa y condición. En realidad para Von Liszt basta la provocación del resultado, por lo que todas las condiciones son del mismo valor y la concausa obra como una condición cualquiera, teniendo por lo tanto, el carácter de causa.

La teoría de la última condición o de la condición más próxima creada por Ortmann, estima que no todas las condiciones son causa del resultado sino solamente aquella que se encuentra más próxima a él.

¿Qué significa la condición más próxima? Es evidente que cuando la teoría acude a un criterio temporal es para referirse a la relación existente entre la última condición y el resultado producido. En consecuencia, y de acuerdo con ella, causa es sólo la última de un conjunto de condiciones, o sea aquella que está más próxima al resultado. Por ejemplo: el sujeto que compra una pistola, acecha a su víctima y en el momento oportuno le dispara y lo priva de la vida. El homicidio, o resultado consistente en la muerte de la víctima, ha sido motivado por la última condición.

Así expuesta la teoría de la última condición, tiene no solamente un planteamiento lógico, sino además, parece de

aplicación innegable para establecer, en el caso señalado, la identidad de la causa. Esto, sin embargo, no autoriza a considerar su aceptación y validez, pues al examinarse otros casos prácticos de delitos en los cuales la acción del sujeto, de estimarse aplicable ese criterio temporal, quedará excluida como causa del hecho.

Si pensamos que en el homicidio concurre un movimiento mecánico o físico del sujeto a quien se atribuye la última condición, porque es impulsado por una fuerza material e irresistible, lógicamente la causa del resultado, de aplicarse la teoría, tendría que ser esa condición última en el tiempo; no obstante, analizando el problema, se llegará a la conclusión de que la última condición, de ser estimada causal en el hecho producido, de ninguna manera podría ser base para un juicio de culpabilidad, porque el hecho de actuar bajo el impulso de la fuerza material irresistible excluye la posibilidad de considerar jurídicamente existente una acción, lo cual pone de manifiesto que la última condición no es siempre la causa en la producción del resultado.

En síntesis, en la hipótesis de la vis absoluta, resulta ser causa también en la producción del efecto quien origina la fuerza actuante y además sujeto responsable del resultado. De

acuerdo con la teoría de la última condición se excluyen todas las condiciones causales que no se identifican con la última o la más próxima, de manera que en la vis absoluta se excluiría la condición que resulta en realidad fundamental para la realización del delito, porque quien impulsa o crea la fuerza bajo la que es arrastrado el sujeto que pone la última condición es precisamente causa en el resultado, en virtud de que el segundo no obra sino como simple instrumento de quien desencadena la fuerza; es decir, es responsable penalmente quien al aplicar su fuerza sobre otro lo hace actuar como simple instrumento.

Igualmente puede objetársele a la teoría el que, al darle carácter causal sólo a la última condición, excluye la posibilidad de que las demás condiciones sean consideradas también causas del resultado.

La teoría de la causa eficiente elaborada por Kholer, pretende que en el resultado no interviene como causa un conjunto de condiciones sino solamente aquella que tiene, en sí misma, la capacidad de producirlo; aquella que es de suyo eficiente y por lo tanto decisiva. En cierto sentido la teoría de la causa eficiente tiene puntos de semejanza con el desarrollo filosófico del concepto de causa estructurado por Aristóteles.

Kholer, para dar proyección a su teoría, comienza por afirmar que en la producción de un fenómeno, si bien concurre una serie de condiciones, no todas ellas son decisivas para darle nacimiento, de manera que no pueden todas ser consideradas causas de él. "Si se siembra una semilla y surge la planta, dice Kholer, es claro que ésta nace en virtud de que existe una causa que origina, que es la semilla"⁷.

Hay otras condiciones causales que concurren a producir el fenómeno que se ha dado en el mundo físico: el suelo, la humedad del mismo y el clima, constituyen factores o condiciones causales que contribuyen con la causa a que la planta brote y crezca. Pero, de todas estas condiciones, solamente es causa una de ellas: la semilla, por cuanto ésta tiene en sí misma la fuerza capaz de producir el efecto, resultando, por tanto, la única condición decisiva que la convierte en la causa del fenómeno.

Independientemente de lo anterior, debe observarse, que la teoría de la causa eficiente es fundamentalmente individualizadora; es decir que al destacar como causa una sola de las condiciones, no resulta de una utilidad absoluta para resolver todos los problemas que se pueden presentar en la

⁷ Kholer, citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., p.54.

aplicación del derecho a los casos prácticos. En efecto, el problema de la participación delictuosa no encuentra tampoco solución mediante la teoría de la causa eficiente, ya que si sólo una de las condiciones causales es causa del resultado, es claro que quienes participan con el autor material en la realización del delito no ejecutan conductas causales y no pueden ser sujetos de reproche, no siendo por ende responsables de la comisión del hecho delictivo.

La teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación es, paralelamente con la de la equivalencia de las condiciones, la que más ha acaparado la atención de los estudiosos del derecho. Esta teoría pretende estructurarse sobre una base eminentemente jurídica, haciendo a un lado el criterio naturalista o material de la causalidad, al sostener que causa es, dentro del conjunto de condiciones causales concurrentes, sólo aquella que resulta adecuada para producir el resultado.

Cuando se pregunta a los doctrinarios que se afilian a esta teoría “cuál es la condición adecuada”, contestan afirmando que es adecuada sólo la condición idónea por su naturaleza para producir ese resultado.

Como expresa Drapkin, la repetición, la constancia de la relación es lo que hace aparecer un hecho como causa, siempre que reúna los caracteres de un determinado género; en consecuencia, usando sus propias palabras, no cualquier condición puede ser suficiente para generar y dar por establecido el nexo causal, sino aquellas que la observación indica como idóneas, específicamente, con respecto a determinado resultado. Causa es la condición que regularmente provoca ese resultado concreto. La condición idónea, es la que tiene la aptitud necesaria para producir el resultado, según se constata a través de la experiencia, es decir con apoyo en la regularidad estadística.

En consecuencia, será una condición adecuada y por tanto causa de la producción del delito aquella condición, entre un conjunto de condiciones, que resulte idónea para producir el resultado según los datos que reporta la estadística.

Lo anterior lo confirma Bettioli, al precisar que de acuerdo a la teoría, causa de un evento es aquel antecedente normalmente adecuado para producirlo, normalidad deducida de un cálculo estadístico que lleva a excluir la posibilidad de considerar, como efectos de determinado antecedente, consecuencias completamente excepcionales. En cuanto a la

acción humana su idoneidad no debe ser considerada en sentido abstracto, sino en las condiciones en las cuales había actuado concretamente el agente.

Todos estos elementos resultan comprobables por medio de la experiencia. Un sujeto dispara su arma de fuego sobre otro y lo mata; comete un hecho de homicidio: la acción de disparar es causa en la producción de la muerte, en virtud de que es adecuada para producir la muerte; es adecuada porque es idónea, tiene aptitud para tal fin. El hecho de disparar un arma de fuego para privar de la vida a alguien es una condición adecuada, según lo demuestra la experiencia, ya que cuando un sujeto dispara sobre otro produce dicho resultado, lo cual queda patentizado con los datos que aporta la estadística; el disparo, es apto, por idóneo, para producir la muerte.

Lo antes expuesto hace surgir la pregunta formulada por Frank: "si sólo las condiciones adecuadas, por ser las posibles productoras del resultado, tienen valor causal, ¿para quién son probables? V. Kries, a quien muchos le atribuyen la paternidad de la teoría de la adecuación, se afilia a la concepción subjetiva al afirmar que tal pregunta debe ser contestada desde el punto de vista del sujeto. A la necesidad se opone la probabilidad y ésta es subjetiva, de manera que un acontecimiento

determinado puede parecerle a alguien probable en función de su conocimiento del mundo y de las leyes de la naturaleza; por ello V. Kries distingue entre conocimiento nomológico (sobre las leyes de relación de un acontecimiento) y conocimiento ontológico (sobre los hechos)”⁸.

Con tales elementos, que apoyan el conocimiento del autor sobre la probabilidad del acontecimiento, se estructura el juicio que establece la responsabilidad, pues sólo son admisibles, dentro del criterio subjetivo, las condiciones conocidas del autor, excluyéndose aquellas que le eran “conocibles”.

Así entendida su posición es evidente que el problema de la causalidad queda sometido a cauces que le son ajenos, pues, de acuerdo con el propio autor, el comportamiento culpable debe definirse de modo psicológico. La anterior postura le parece a Mezger insostenible, por haber confundido de una manera inaceptable para el jurista los límites entre causalidad y culpabilidad penal.

Como destaca Mezger, al ocuparse de este criterio, el pronóstico objetivo a posteriori “obliga a tomar en consideración todas las condiciones que existían ya en la acción humana,

⁸ Reinhard Frank, citado por Vasconcelos. Ob. Cit., p.106.

incluso aunque hayan sido sólo más tarde conocidas, así como todas las que, según la general experiencia del hombre, se producirán en lo sucesivo. Todas las condiciones del resultado ya existentes al tiempo de realizarse el hecho (por ejemplo, la constitución física anormal del lesionado) y las posteriores previsibles para el autor (por ejemplo, la conducta imprudente del lesionado, en el caso de que pudiera calcularse que se produciría) son causas con arreglo a esta tesis.

Ernesto Von Beling, iniciador de la teoría de la tipicidad, proclamó que únicamente dentro del tipo se puede plantear el problema de la causalidad. El creador de la teoría de la tipicidad partió de la idea de que la correspondencia entre la acción y el tipo, que lleva al fenómeno de la subsunción, requiere vincular la causalidad a las concretas figuras delictivas, pues los tipos penales encierran el nexo causal al describir un hecho en el cual cobra importancia no sólo el resultado sino la acción, no obstante que ésta, ordinariamente, está ausente en la descripción objetiva de tal hecho.

Lo anterior llevó a Beling a considerar que el problema causal queda reducido a los casos regulados por la parte especial de los códigos a través de los tipos penales, lo cual trae

como consecuencia que la causa se transforme de concepto naturalístico en un concepto jurídico.

Correspondió a Max Ernesto Mayer, el privilegio de poner en relieve que “de las condiciones causales sólo tienen relevancia jurídica las que dan satisfacción o cumplimiento a una determinada exigencia legal y que más importante es indagar la relevancia del nexo causal que la búsqueda inútil de una teoría sobre el concepto de causa”⁹.

De ahí su afirmación decisiva de que en lugar de formular la pregunta que engendra confusión sobre la causalidad, procede formularla sobre la importancia o relevancia de la relación causal.

Max Ludwing Müller incorpora, al decir de Jiménez de Asúa, la idea de la adecuación a la doctrina de la antijuricidad y atisba ya el criterio correcto de que la relevancia o importancia jurídica de la conexión causal sólo puede lograrse

⁹ Max Ernesto Mayer. Después de advertir que entre la manifestación de voluntad y el resultado debe haber una relación de causalidad, parece considerar que el problema radica en comprobar dicha relación, sin ir más allá, pues la pregunta es cuándo la manifestación de voluntad debe considerarse como causa del resultado, lleva a distintas contestaciones, ya que puede serlo en algunos casos, en todos o en ninguno. Al indagar sobre si toda relación causal es relevante o sólo una determinada, Mayer admite que para el derecho punitivo toda conexión causal lo es, pero que la comprobación de ese nexo resulta ser de escasa importancia, ya que para establecer su punibilidad es preciso esclarecer “la antijuricidad del acto y la responsabilidad del autor”. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., p.108.

adentrándose en el sentido de cada uno de los tipos penales descritos en la ley.

Entre los autores modernos, Edmundo Mezger se afilia a este criterio al afirmar que “con arreglo a la teoría correcta también es causa en derecho penal, por tanto, causal en orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida “in mente” sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto. Pero sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aún en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por el resultado cuando la conexión causal relevante, es importante jurídicamente (teoría de la relevancia)”¹⁰.

En opinión de Mezger, “la problemática de la causalidad ha partido del error de considerar que la punibilidad de una determinada acción presupone normalmente dos principios fundamentales: a) el nexo causal del querer del agente con el resultado y la culpabilidad del mismo en función de dicho resultado, sin tomar en consideración que en los casos en que falta la exigencia de la culpabilidad, como sucede en delitos calificados por el resultado, “se creyó poder afirmar ya la responsabilidad en orden al resultado si existía el nexo causal”,

¹⁰ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p.93.

lo cual es falso, dado que la punibilidad del resultado depende “no de dos, sino, de tres presupuestos, a saber: 1) de la conexión causal del acto de voluntad con el resultado; 2) de la relevancia jurídica de dicha conexión, y 3) de la culpabilidad del sujeto” y que igualmente procede siempre examinar, en los casos en que la ley no exige la culpabilidad, tanto la conexión causal como la relevancia jurídica de la misma, investigando “como y dónde ha de determinarse”, preguntas que sólo encontrarán contestación en la base segura constituida por el Derecho Positivo”¹¹.

Lo anterior lleva a Mezger a precisar que la contestación a la pregunta respecto a la relevancia o importancia jurídica de la relación causal, sólo puede ser hallada en los tipos penales legales, interpretando su sentido, con lo que se afilia a la teoría de la tipicidad de Beling, agregando que la adecuación constituye una parte esencial integrante de la tipicidad jurídico penal, pues las conexiones causales en absoluto inadecuadas carecen de significado penal, por no ser susceptibles de fundamentar una responsabilidad típica, invocando los delitos cualificados por el resultado como un ejemplo de lo acertado de la colocación del pensamiento de la adecuación en la esfera de la tipicidad.

¹¹ Mezger, Edmundo. Ob. Cit., p.95.

En opinión de Jiménez de Asúa, la punibilidad de una acción y la responsabilidad penal de su autor presuponen: “a) el nexo causal de la conducta voluntaria y el resultado, el cual debe establecerse conforme al criterio correcto de la teoría de la equivalencia de las condiciones; b) la relevancia jurídica de la conexión causal, que ha de determinarse en cada tipo, lo que lleva a investigar el sentido de éste para decidir, si el nexo causal que une conducta y resultado es relevante para considerar autor sancionable al agente, conforme a la tipicidad legal, y c) la culpabilidad del sujeto en orden al resultado”¹².

En casos dudosos y contra opiniones distintas expone soluciones que no a todos convencen, aduciendo en el caso del empleo del temor, que faltaría la relevancia típica, porque en tal hipótesis no se mata, se aterriza, agregando que el homicidio no se comete por medios morales y no se mata asustando a la víctima.

Un gran número de juristas se han sumado a la teoría de la causa relevante o típica, reconociendo la importancia del principio de la *condictio sine qua non* como útil instrumento para establecer la conexión causal de la conducta que por sí misma, carecería de relevancia para hacer punible el evento

¹² Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1958, p.229.

considerado. A este fin, resulta indispensable la valoración de tal nexo para establecer su relevancia jurídica, lo que sólo puede lograrse a través del conocimiento del sentido de los tipos penales, a fin de determinar el fenómeno de la subsunción del hecho en el tipo y, por último, acudir a la culpabilidad del sujeto en función del resultado.

La doctrina italiana también ha desarrollado la teoría causal en el delito y apuntado soluciones en la conexión causal, aprovechando el material original creado por los autores alemanes, pero imponiendo su propio estilo.

Para Giuseppe Maggiore, “la relación causal es una relación dinámica y productiva, y por ello no deben colocarse por un lado a la acción y por el otro al resultado, al tenerse presente que la acción produce el resultado y que potencialmente la acción debe causar el efecto, infiriendo de lo anterior que en una relación causal la acción obra como causa”¹³.

Después de revisar diversas teorías sobre la causalidad y de puntualizar que al jurista sólo le interesa establecer el valor que se debe señalar al concepto de causa, en lo que atañe al

¹³ Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal I. Edit. Temis. Bogotá Colombia, 1954, p.324.

ordenamiento jurídico, expresando que el principio de causalidad tiene significados y actitudes propios en el ámbito jurídico, dado que la causalidad constituye el punto de partida para imputar la infracción, Maggiore comienza por reconocer que “no puede aceptarse un concepto único de nexo causal, ya que como se busca una noción de causalidad en el derecho penal, ello supone primeramente que la causa jurídica se distingue de otra especie de causa, lo que constituye una conquista de la ciencia penal moderna”¹⁴.

Profundizando en ésta situación, Maggiore distingue entre “causa natural (suma de condiciones positivas o negativas a las que sigue algún fenómeno), metafísica (principio activo, inteligente productor de algún fenómeno) y jurídica, a la que otorga un carácter práctico, negándole sea un principio cognoscitivo”¹⁵.

Maggiore rechaza la solución naturalista, por considerarla insatisfactoria para quien juzga con criterios jurídicos y morales, porque en su opinión “el juicio jurídico procede por vía de selección y no por análisis, dado que el jurista elige las causas importantes y rechaza las otras. La razón de ello es que

¹⁴ Maggiore, Giuseppe. Ob. Cit., p.325.

¹⁵ Ibidem., p.326.

el juicio jurídico funciona como un juicio de valor y no se propone comprobar la existencia de una u otra causa, sino que procede a su valoración para fines de imputabilidad”¹⁶.

Como consecuencia de lo expuesto, Maggiore desecha por inaplicable, en el derecho positivo, el principio de la equivalencia de las causas, al considerar que “en el no toda causa tiene valor, sino exclusivamente la causa jurídicamente importante por cuanto el ordenamiento jurídico la une al resultado como decisiva, resultando que en sentido jurídico sólo son causas las causas humanas y las materiales únicamente tienen valor en cuanto dependen del hecho humano”¹⁷.

Por todo lo anterior, en el derecho penal el problema de la causalidad se plantea siempre como un problema psicológico o sea en relación a la subjetividad del agente, por lo que el nexo causal será inexistente donde el resultado no dependa de la voluntad y del gobierno intelectual del agente, es decir, cuando no sea previsible para éste, como un caso fortuito.

La existencia de la relación causal está condicionada por requisitos positivos y negativos. Hay nexo causal positivo,

¹⁶ Maggiore, Giuseppe. Ob. Cit., p.326.

¹⁷ *Ibidem.*, p.327.

siempre que el resultado sea consecuencia de una acción u omisión culpable, y hay nexo causal negativo siempre que entre la acción u omisión y el resultado, no se interpone algún hecho que el agente ni quiso ni pudo prever.

La teoría de Maggiore, a la que Jiménez de Asúa ubica dentro de las teorías de la causa jurídica, adolece del defecto de considerar como causa del delito particularmente a una de las que concurren a producirlo, postulando que sólo es relevante la acción u omisión que jurídicamente se encuentra unida al resultado y cuya determinación es consecuencia de un proceso selectivo o juicio jurídico que funciona como un juicio de valor. Se trata por lo tanto de una teoría individualizadora, con rasgos particulares, siendo aplicable a esta clase de criterios, la crítica hecha por Von Liszt, al señalar que no debe tomarse la idea de la causa en sentido restringido, pues la manifestación de voluntad nunca puede ser causa del resultado, dado que la eficacia de la acción del hombre se halla condicionada, con relación al resultado, por la cooperación de toda una serie de circunstancias externas, que no se pueden suponer descartadas, sin que represente también como modificado el curso de las cosas.

Para Francisco Antolisei, quien se ocupa de la causalidad en su Manual de Derecho Penal, “para que determinado evento o resultado, que no es sino una modificación en el mundo exterior, pueda ser atribuido a un hombre, es preciso que sea consecuencia de una acción suya, que entre la acción y el resultado exista una relación de causalidad”¹⁸.

En su opinión para llegar a una noción de relación causal es necesario que “la causalidad humana, en la que el hombre participa, tiene características especiales, ya que como han destacado algunos filósofos el hombre “es un ser dotado de conciencia y voluntad” lo que resulta decisivo en las relaciones que surgen entre él y su mundo exterior”¹⁹.

En efecto, por medio de la conciencia está el hombre en condiciones de darse cuenta de las circunstancias que obstaculizan o favorecen su acción, y ayudado por la experiencia, puede calcular de antemano los efectos que se siguen en ciertas causas. Mediante la voluntad puede introducirse en el proceso causal e imprimirle la dirección que desea, excitando las fuerzas exteriores que están en

¹⁸ Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. Milano, 1955, p.170.

¹⁹ Ibidem., p.171.

movimiento, o dejando que tales fuerzas se desenvuelvan libremente.

Razonando de esta manera, Antolisei considera que “los resultados producidos dentro de la esfera de dominio del hombre pueden considerarse causados por él, pues aún cuando no los haya querido ha estado en posibilidad de evitarlos, de manera que siendo dominables le son imputables por ser el autor de ellos²⁰.

En consecuencia, agrega Antolisei, “aquellos resultados que se producen fuera de esa esfera de su dominio y que por tanto no son controlables por él, no pueden considerarse como obra suya y se ponen a cargo de las fuerzas ciegas de la naturaleza”²¹.

La existencia de la relación de causalidad, en esas condiciones, requiere en primer término que una acción humana constituya una condición del resultado, “un antecedente sin el cual no se habría producido tal resultado (elemento positivo) y que el evento en cuestión no se deba al concurso de factores excepcionales (elemento negativo).

²⁰ Antolisei, Francisco. Ob. Cit., p.171.

²¹ Ibidem., p.172.

Como conclusión a lo anterior, Antolisei expresa que “cuando existe un vínculo de dependencia entre la acción y el resultado, pero éste, por la razón indicada (concurso de factores excepcionales), no es imputable al hombre, la relación entre uno y el otro puede considerarse ocasional. En esta hipótesis se puede hablar también de exclusión de la relación jurídica de causalidad”²².

La aplicación correcta del criterio expuesto por Antolisei lleva a negar la existencia del nexo causal entre la acción inicial y el efecto final en los siguientes casos: “a) una persona levemente herida muere en el hospital a consecuencia de una bomba que dejaron caer sobre él los enemigos; b) una pedrada produce la muerte de un hemofílico, y c) un individuo que sufría fractura de un brazo, muere a causa de una gravísima imprudencia del médico que lo atiende”²³.

La teoría expuesta ha sido criticada por Grispigni, quien le reprocha fundamentalmente, que “si se acude a la culpa para poner a cargo del sujeto los factores externos que no pudo conocer, se está trasladando el problema de la causalidad a la culpabilidad”²⁴. De igual manera, no le parece a Grispigni aquel

²² Antolisei, Francisco. Ob. Cit., p.174.

²³ *Ibidem.*, p.175.

²⁴ Grispigni, Felipe. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., p.118.

aspecto de la teoría, en que “se excluye el nexo de causalidad por virtud de la concurrencia de factores excepcionales”²⁵.

Para finalizar este apartado de la investigación, sólo falta examinar la relación causal en los delitos comisivos por omisión, en los cuales igualmente existe un resultado, causalmente originado por un no hacer. En ocasiones, a través de la violación de una norma preceptiva, se llega a producir un resultado prohibido por la ley.

Es conveniente recordar que las formas de manifestación de la conducta son dos: la acción en sentido estricto y la omisión, esta a su vez, admite dos formas: la omisión simple y la comisión por omisión. La omisión simple, consiste en un no hacer voluntario que no produce ningún resultado al sujeto que no actúa (se abstiene), salvo uno de naturaleza jurídica al que se ha llamado resultado jurídico o típico, el que se produce en el mundo de las normas jurídicas y se identifica con su violación.

En los delitos de comisión por omisión, a través de la omisión (no hacer) se produce un resultado material, cuyo ejemplo clásico, es la madre que deja de alimentar a su hijo

²⁵ Grispigni, Felipe. Ob. Cit., p.119.

recién nacido con el propósito de provocarle la muerte, omite un deber de hacer, contenido en una norma preceptiva, produciendo un resultado material: la muerte del infante, que es la suma de la conducta omisiva y el resultado material, lo que integra el hecho de homicidio. De esta manera, a través de la omisión, del no hacer lo que se tiene obligación de hacer, (amamantar al recién nacido) se produce un resultado material prohibido.

Planteada en esta forma la situación, surge el problema de establecer si en la comisión por omisión son aplicables los criterios expuestos en relación a la causalidad en los delitos de acción. La postura más antigua, en relación a los delitos de comisión por omisión, sostiene que quien no hace nada, no puede poner una condición causal para la producción del resultado; pero si acudimos al ejemplo anterior, la realidad es distinta, pues si la madre no alimenta a su hijo recién nacido, el niño muere de inanición, ese resultado se produce porque la madre no lo ha alimentado, en consecuencia, está claro que el resultado está relacionado con la conducta omisiva del sujeto.

La solución adecuada, la propone Mezger, al expresar que “la causalidad, en la omisión, se plantea en forma distinta que en los delitos de acción, en los cuales se atiende siempre a la

actividad, a la dinámica desarrollada por el sujeto en relación al hecho, en tanto en los delitos de omisión ésta es relevante sólo en función de la acción esperada por el derecho”²⁶.

Apoyado en esta premisa, Mezger, propone esta solución: “la causalidad existe también en los delitos de omisión, pero se trata de una causalidad diversa que debe plantearse desde el punto de vista normativo, contemplando no la conducta en sí misma sino desde fuera o sea desde la norma jurídica. Esta exige del sujeto un determinado proceder, es decir, la realización de una acción; el derecho espera esa acción y cuando el sujeto incumple la exigencia de la norma, jurídicamente da origen al resultado, de manera que es la omisión misma, en función de la causa esperada, la causa en la producción del resultado”²⁷.

Como es sabido, el tipo penal ha tenido una importancia decisiva en el planteamiento de la cuestión causal, ya que si antes del nacimiento de la teoría de Beling se distinguía entre el aspecto objetivo (resultado e ilicitud) y el subjetivo (culpabilidad) del delito, lo que vino a ratificarse con el criterio de la concepción objetiva del tipo, al reconocerse más tarde en

²⁶ Mezger, Edmundo. Ob. Cit., p.325.

²⁷ *Ibidem.*, p.326.

este la existencia de elementos subjetivos que no cumplían una mera función descriptiva, se inicia el periodo crítico del dogma de la causación, pues debió aceptarse que la inclusión en los tipos penales, de caracteres subjetivos y normativos, limitaba la importancia que se atribuía a la causalidad.

Todo lo anterior, no niega que en los tipos normales, constituidos exclusivamente por elementos descriptivos, la causalidad es decisiva para la realización de la acción o conducta típica, ya que esta puede concebirse como actividad o inactividad voluntarias a las cuales se suma el resultado y la necesaria relación causal entre las primeras y el segundo.

Tratando de colocar las cosas en el lugar correcto, los partidarios de la equivalencia extienden el carácter típico de las condiciones, omitiendo los elementos subjetivos, para determinar lo inadecuado de ciertas acciones en función del elemento culpabilidad. Con ello se pretendió superar el defecto de dar a todas las condiciones carácter causal, incluyendo aquellas que resultarían atípicas por inadecuadas, examinadas dentro del campo de la tipicidad.

Este sistema implica, el otorgar a toda conducta humana el calificativo de condición causal y por lo tanto de causa en

relación al efecto, aun cuando típicamente sean acciones carentes de dirección que el tipo les imprime para darles relevancia penal, con lo cual se le otorga a la culpabilidad la función de establecer cuándo se está frente a condiciones atípicas, por inadecuadas, lo que aparentemente constituye una falta de método y desconocimiento del papel que el tipo debe desempeñar con relación a los demás elementos del delito.

Por lo anterior, la afirmación hecha por un sector de la doctrina penal, de que si bien la teoría de la equivalencia de las condiciones, es correcta desde el punto de vista filosófico, en la práctica resulta inútil.

1.2. FRANZ VON LISZT Y LA TEORIA CAUSALISTA DE LA ACCION.

El sistema jurídico penal llamado "causalista" nace a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoya en el concepto de "acción" como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito.

El examen de los conceptos básicos del delito, dentro del sistema causalista, es el objeto principal de la primera parte de la presente investigación.

En la historia del derecho penal, se señala la etapa humanista, que es aquella cuando el derecho penal se preocupa en desterrar las concepciones caracterizadas por la brutalidad, la crueldad y las prácticas inhumanas. El representante más importante de esta corriente fue Cesar Beccaria, quien en su obra "De los delitos y de las penas"²⁸, criticó la tortura y la pena de muerte, consideró necesaria la proporcionalidad entre el delito y la pena; demostró que el excesivo sistema represivo no lograba los fines de seguridad y readaptación social y menos aún el efecto preventivo que debía tener el derecho penal.

Siguiendo los pasos de Cesar Beccaria, el mexicano Manuel de Lardizabal y Uribe, escribe: "Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado, pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal"²⁹.

Las ideas de Cesar Beccaria, fueron recogidas por la Revolución Francesa, en la Declaración de los Derechos del

²⁸ Beccaria, Cesar. Tratado de los delitos y de las penas. Edit. Porrúa. México, 1988. Tercera Edición.

²⁹ De Lardizabal y Uribe, Manuel. Discurso sobre las penas. Edit. Porrúa. México, 1982, p.3.

Hombre y el Ciudadano, estableciendo en el artículo 7º, que ningún hombre podrá ser acusado, arrestado o detenido, sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en la misma. En otro artículo se consagra el principio de presunción de inocencia, con lo cual toda persona será considerada inocente, mientras no se demuestre su culpabilidad, señalando también que todo abuso en contra de la persona, en caso de que sea necesaria su detención, será severamente sancionado por la ley.

Para Beccaria el fundamento del Estado para castigar el delito, se encuentra en la necesidad de preservar la paz y la tranquilidad, y el derecho penal tiene como meta esos fines. Tanto Beccaria como Lardizabal, coinciden en que el origen de la naturaleza de las penas se encuentra en que al unirse los hombres en sociedad, todos y cada uno de ellos renuncian voluntariamente a una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad o en el representante de esa comunidad que eligieron, en alusión a Juan Jacobo Rousseau y su obra el Contrato Social.

La etapa humanitaria se nutre del pensamiento filosófico del Siglo de las Luces, y en especial del Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau, en el cual el derecho a castigar abandona el

criterio de que la pena es consecuencia del delito, sin otra finalidad, para encontrar objetivos políticos y utilitarios.

El periodo humanitario trae como resultado la primera corriente moderna del derecho penal, dando origen a la Escuela Clásica, de la cual su principal representante fue Francisco Carrara, con su obra "Programa del Curso de Derecho Criminal"³⁰.

Para el famoso maestro de Pisa, es imperativo estudiar los principios rectores del derecho penal, para que al inspirarse en la justicia, no se degenerate en el abuso y en la tiranía, siendo para ello fundamental la noción del delito, como ente jurídico, no como ente de hecho, al que el ciudadano y el Estado deben obediencia.

El delito en el pensamiento de Carrara, "es un ente jurídico porque el delito es una violación del derecho, que como tal se debe sancionar. El delito encuadrado en la ley, es también un derecho a la libertad, pues al exigir la norma jurídica el respeto del ciudadano y del Estado, trae como consecuencia la garantía a la libertad ciudadana, ya que con ello sujeta a los hombres a la ley, en virtud de que no se podrá

³⁰ Carrara, Francisco. "Programa del Curso de Derecho Criminal". Bogotá, Colombia, 1991.

castigar sino en los términos y límites que la propia ley señala”³¹.

Carrara siguiendo un orden lógico, heredado de su maestro Carmignani, nos entrega su famosa definición del delito que dice: “Delito es la infracción de 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”³².

En este contexto podemos encontrar en la obra del maestro italiano aspectos positivos del delito, como la antijuridicidad, que se hace consistir en la violación de la ley, en la infracción a la disposición penal; la imputabilidad que se fundamenta en la aceptación del libre albedrío; del aspecto externo positivo o negativo, o sea la acción o la omisión; del elemento moral o subjetivo que se proyecta en el dolo o la culpa; y de aspectos negativos del delito, como aquellos que impiden el nacimiento de la imputabilidad, o del elemento moral en que el dolo se destruye, sea por la ausencia del *animus nocendi*, o en el caso de la culpa, cuando no haya podido ser previsible el resultado dañoso que se produjo.

³¹ Carrara, Francisco. Ob. Cit., p.42.

³² *Ibidem.*, p.43.

Para la Escuela Positivista el delito es un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según lo expone Enrique Ferri, el principal representante de la escuela positivista.

Para esta corriente afirma Orellana, “el delincuente al encontrarse determinado por esos factores, debe ser sujeto de medidas de seguridad y no a penas, porque en él carece de sentido la pena con medidas represivas, pues sino pudo obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, y si lo hace la pena no va en si misma a variar los factores que determinaron esa conducta”³³. El derecho penal, en consecuencia debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social.

Es conveniente recordar que Carrara apuntaba la existencia de dos componentes fundamentales del delito que son: “la fuerza física, o fase objetiva, y la fuerza moral, o fase subjetiva. En la fuerza física se estudia el hecho externo, que nace de un movimiento corporal voluntario, o bien de la

³³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del delito. Edit. Porrúa. México, 1998, p.6.

ausencia voluntaria de ese movimiento corporal, que causan un resultado”³⁴.

En la fuerza moral ésta se integra agrega Carrara, por los siguientes elementos: “a) conocimiento de la ley; b) previsión de sus efectos; c) libertad de elegir; y d) voluntad de obrar”³⁵.

De la forma en que van operando estas dos fuerzas que integran el delito y como ellas se van conformando, se puede considerar que el referido maestro apuntaba claramente el estudio analítico del delito.

La primera exposición sistemática de los elementos del delito la encontramos en el pensamiento de Liszt, quien habla del acto humano, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, como elementos integradores del delito; sin embargo, poco después de publicarse la obra de Liszt, Beling agrega a la teoría del delito su concepto de la tipicidad. Para otros autos, también debe agregarse la imputabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, elevando a siete los elementos del delito.

³⁴ Carrara, Francisco. Ob. Cit., p.44.

³⁵ *Ibidem.*, p.44.

A consecuencia de lo anterior, aparecen dos corrientes de autores penalistas, los que aceptaban al delito integrado por elementos posibles de estudio en si mismos, o sea la teoría analítica; y los que negaban la posibilidad del estudio en esa forma, y que sostenían que tal estudio sólo podía ser en forma unitaria. Para la teoría unitaria el delito es un todo que no admite su estudio en planos o niveles analíticos, donde toda consideración naturalista o finalista debía ser desterrada.

Uno de los más fervientes defensores de la teoría unitaria fue Francisco Antolisei, quien manifiesta: “ El delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es fraccionable”³⁶.

Por su parte la teoría la teoría analítica o atomizadora contempla al delito como un todo, pero acepta que puede fraccionarse en elementos, y estos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad. A este respecto Jiménez de Asúa, defensor de la teoría analítica dice: “Si examinamos la cuestión a fondo podría llegar a un resultado, cuya fórmula anticipamos para demostrarla enseguida: los

³⁶ Antolisei, Francisco. Estudio analítico del delito. Traducción de Ricardo Franco Guzmán. Edición de Anales de Jurisprudencia. México, 1954, p.78.

partidarios de la teoría del delito como conjunto no niegan la utilidad del análisis, y los que defendemos la exposición analítica de los caracteres del delito afirmamos que va en mejor servicio de la síntesis. Más aún: vencidos los regímenes totalitarios, quienes postularon las doctrinas penales allí desarrolladas, dan prudentes pasos hacia atrás, desdiciéndose de sus antiguos párrafos de político entusiasmo”³⁷.

El análisis del delito a partir de la ley penal en forma sistematizada fue realizada por el jurista alemán Franz Von Liszt, en su obra “Tratado de Derecho Penal”³⁸. En esta obra Liszt recoge las ideas de las escuelas Clásica y Positivista y aplicando el método naturalístico, se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, para sacar de este ordenamiento la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, es decir, el conocimiento del delito a través del dogma de la ley.

Para el Código Penal Alemán de 1871, el delito es la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esta ley, Liszt realiza un análisis sistemático del derecho penal y del estudio, partiendo de una

³⁷ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Edit. Losada. Buenos Aires, 1963, p. 317.

³⁸ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid, 1927. Segunda Edición.

base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana, por tal motivo su teoría recibió el nombre de causalista, denominación que se extendió a quienes aceptan como punto de partida de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción.

Franz Von Liszt, creador como ya se dijo de la dogmática penal moderna, analiza el delito partiendo del estudio de la acción, considerándola, “como el movimiento corporal voluntario productor de una mutación en el mundo exterior, es decir, una concepción de la conducta, referida a un proceso meramente causal o naturalístico, de ahí el nombre de teoría causalista”³⁹.

Von Liszt, parte de la premisa de causa a efecto, que toda conducta lleva implícita al momento de manifestarse la voluntad en el mundo fáctico; de esta manera, estructura el concepto del delito, compuesto de dos elementos, a saber: “la antijuridicidad, en la cual él consideraba que pertenecía todo lo objetivo y, la culpabilidad, cuyo contenido era subjetivo”⁴⁰.

³⁹ Moreno Hernández, Moisés. Sobre el estado actual de la dogmática jurídica penal mexicana. Criminalia número 3. México, 1992, p.36.

⁴⁰ *Ibidem.*, p.37.

Sin lugar a dudas, el pensamiento de Beling viene a revolucionar la sistemática adoptada por Von Liszt, en virtud de que en el año de 1906, aporta al pensamiento jurídico penal un nuevo elemento, que habría de trascender a todos los niveles de la teoría del delito, y que fue la creación de la tipicidad, elemento que vino a constituirse como fundamental dentro de la estructura del delito, ya que la tipicidad no pertenece a las acciones humanas, antijurídicas y no antijurídicas, sino sólo a aquéllas que se encuentran legalmente descritas bajo el principio "*nulum poena, nulum crimen sine lege*"⁴¹.

El sistema de Liszt-Beling, conocido como el "sistema clásico" del delito, al cual se adhiere también Radbruch, tiene como fundamento el concepto de acción, caracterizado como el concepto "causal" de acción, por reducirse a un puro proceso causal que la voluntad ocasiona en el mundo exterior, sin importar si el autor lo ha querido o lo ha podido también prever, es decir, sin importar el "contenido de la voluntad", la voluntad aparece, sólo como un impulso causal, esto es, sólo funge como "factor causal", mas no como un "factor de dirección".

⁴¹ Moreno Hernández, Moisés. Ob. Cit., p.38.

En este sentido Moreno Hernández, señala que: "La parte "objetiva" del hecho encuentra expresión en los elementos de tipicidad y antijuridicidad, es decir, en el suceder objetivo fuera del ánimo del autor. La culpabilidad, en cambio, abarca lo "subjetivo", es decir, los procesos intelectuales y anímicos que, en relación al hecho, se reflejan en la persona del autor"⁴².

1.2.1. EL ESQUEMA CLASICO DEL DELITO.

Los representantes del esquema clásico del delito, son Binding, Beling y Liszt, pero por lo que respecta a su orientación y fundamentos filosóficos, a penalistas anteriores, especialmente Feurbach, de los cuales describimos sus rasgos generales, sin que esto induzca a pensar que no existen grandes diferencias entre estos doctrinarios, a quienes llamaron los alemanes "causalistas" y que ahora se les denomina "clásicos"⁴³.

Esta construcción del delito se caracteriza, por sostener un concepto causal mecanicista de la acción humana, correlativo a una concepción sicologista de la culpabilidad como causación síquica o nexos síquico; la antijuridicidad es

⁴² Moreno Hernández, Moisés. Ob. Cit., p.39.

⁴³ *Ibidem.*, p.40.

causación de daño o peligro al bien jurídico y la tipicidad producción de un resultado jurídico penalmente relevante. Hay causalidad de principio a fin.

Pero además, insiste Moreno Hernández, “los elementos del delito, aun en la concepción tripartita de Beling, son entendidos como autónomos unos de otros, especialmente es independiente la tipicidad de la antijuricidad, y ambas de la culpabilidad. Estos elementos se dividen en objetivos (acción, tipicidad, antijuricidad) y subjetivos (culpabilidad)”⁴⁴.

La imputabilidad subraya Moreno Hernández, “es presupuesto de la culpabilidad y esta se concreta bajo las formas, especies o grados de dolo y culpa, excluyéndose lo mismo por el error de hecho, que por el error de derecho, a condición de que sean esenciales e invencibles; si fueran vencibles, dejan vigente la posibilidad de imputación culposa, si existe el tipo respectivo”⁴⁵.

Sumidos en el dogma ontológico de la causalidad, que el positivismo puso en el primer plano de las ideas filosóficas y científicas, Popper argumenta, “olvidaron los clásicos alemanes

⁴⁴ Moreno Hernández, Moisés. Ob. Cit., p.42.

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 43.

que la acción, en cuanto humana, está siempre inmersa en un plexo axiológico que le confiere sentido y que de ese plexo toma la voluntad y los fines que la mueven”⁴⁶.

Para Popper, “la claridad didáctica de estas construcciones se debe sin duda al simplismo de su lógica, que mide lo objetivo y lo subjetivo del delito con el mismo rasero con que la lógica maniqueísta media lo bueno y lo malo. Pero en la realidad no existen los fenómenos simples, las formas puras, las divisiones absolutas, sino que en ella la verdad siempre es compleja y aproximativa”⁴⁷.

La verdad no siempre está del lado de la claridad, la sencillez, la simplicidad y el primitivismo del realismo ingenuo. Por no reflejar lo real, los esquemas clásicos no resistieron el proceso de verificación, que para las teorías científicas es siempre un proceso de falsabilidad.

La claridad y sencillez de las construcciones clásicas, que sin lugar a dudas representan un mérito importante para la enseñanza del derecho penal y la práctica judicial, no son

⁴⁶ Popper, Karl. La lógica de la investigación científica. Edit. Tecnos. Madrid, 1971, p. 75. La “falsabilidad” es mérito de las teorías verdaderamente científicas y consiste en la posibilidad, por ellas mismas ofrecida de ser refutadas o perfeccionadas. Una proposición o un sistema no falsable no es científico sino ideológico y no permite sino entorpecer el avance del conocimiento.

⁴⁷ *Ibidem.*, p.76.

valores científicos definitivos que impongan por sí solos ese esquema para la ciencia.

Es una característica de este esquema la noción causal-mecanicista de la acción externa y causal-fisiologista de la acción interna (voluntariedad) que suministra Liszt, cuya definición del delito es todavía, lo mismo que la de Binding, fundamentalmente bipartita.

Pese a su inclusión en este esquema, los postulados filosóficos de Liszt no son los propios de la escuela clásica; sin abandonar la técnica jurídica, su escuela se inclina por la política criminal y la sociología, con rechazo del libre albedrío, y destaca el cuidadoso estudio del delincuente, las causas de la criminalidad, la ejecución correccional de la pena retributiva y los problemas penitenciarios en general.

1.2.2. LA ACCION.

Para los clásicos un proceso de causación impulsado por la voluntad humana individual, es voluntad objetiva, que trasciende al mundo exterior y que necesariamente produce en él algún resultado. No se puede separar la acción (externa) del

resultado, ni clasificar los delitos en delitos de pura actividad y de resultado, porque no hay delito sin resultado naturalístico.

Para Liszt, acto “es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no que no impide un cambio en el mundo exterior; los cambios del mundo externo los puede producir la voluntad únicamente por medio del movimiento corporal, de suerte que el movimiento corporal es la causa y el resultado es el efecto”⁴⁸.

De acuerdo a lo anterior, Liszt establece que, “la acción consta de los siguientes elementos: carácter voluntario (voluntariedad), manifestación de voluntad (cambio en el mundo exterior o resultado) y nexo causal entre ambos”⁴⁹.

La voluntariedad, es uno de los conceptos más polémicos de esta orientación, pues equivale a una voluntad sin contenido, a la pura forma voluntaria, ya que el contenido del querer se examina después en la culpabilidad.

Para Liszt, la volición que caracteriza la manifestación de voluntad y el acto, significa simplemente, el impulso de la

⁴⁸ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid, 1927. Segunda Edición, p.300.

⁴⁹ *Ibidem.*, p.300.

voluntad. La unificación de los elementos resultado (cambio en el mundo exterior que produce todo acto) y manifestación de voluntad, es doble: objetivamente “cuando el resultado es causado o no impedido (en contra del deber) por la manifestación de voluntad; es decir, cuando entre esta y aquel existe una conexión causal o una relación analógica, y subjetivamente, “cuando el agente, en el momento de la manifestación de la voluntad, ha previsto o pudo prever el resultado; es decir, cuando culpablemente ha causado o no impedido el resultado. Aquí es donde se enlazan los conceptos de dolo y culpa”⁵⁰.

La crítica ha mostrado la inutilidad del concepto causal, que es la abusiva extensión a todos los delitos, de lo que sucede en unos pocos. El problema causal se presenta solamente en los delitos de resultado, que son los menos en los códigos penales del mundo.

De esos pocos delitos, cuya estructura se estudiaba en la parte especial, el problema del nexo causal, se traspasó a la generalidad de los delitos, pasando ese estudio a la parte general. Pero ya que el “delito no siempre es un proceso de causación”, lo que el propio Beling admitía al distinguir los

⁵⁰ Frank Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, pp.302 y 303.

delitos formales de los materiales y circunscribir la causalidad al tipo, puede afirmarse con Jiménez Huerta, que “el dogma causal fue flor de un día”⁵¹.

Si bien la presentación de Liszt sobre la acción causal es la más característica del esquema clásico, las líneas generales de su teoría y de la crítica dirigida contra ella, alcanzan también a Beling. Este llama acción a todo “comportamiento corporal voluntario”, y explica que su fase interna se denomina “voluntariedad”, es la que produce la fase externa u objetiva y corresponde a “libertad de inervación muscular”⁵². La valoración de la fase externa, suministra la “antijuricidad” y la valoración de la fase interna proporciona la “culpabilidad”⁵³.

Hay en ello, alguna diferencia con lo que luego propondría Dohna: “la valoración del tipo objetivo da lugar a la antijuricidad y la valoración del tipo subjetivo a la culpabilidad”⁵⁴.

⁵¹ Jiménez Huerta, Mariano. Panorama del Delito. Imprenta Universitaria. México 1950, p.92.

⁵² Von Beling, Ernest. Esquema de Derecho Penal. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1944, p.19.

⁵³ *Ibidem.*, p.20.

⁵⁴ Graf Zu Dohna Alexander. La estructura de la teoría del delito. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina 1958, p.42

En la teoría del delito, apunta Binding, “la palabra hecho se emplea en su acepción genérica, que cubre “acción” y “causalidad”. Esta última debe apreciarse como voluntad no ajena al sentido jurídico ni al tipo penal de un delito, que es siempre el resultado causado por un hecho, sea este o no culpable”⁵⁵.

Para Binding, “el hombre causa una modificación cuando desencadena un movimiento en dirección a un fin”, y logra que preponderen las condiciones positivas sobre las negativas de su producción (causa preponderante). La causación del tipo penal objetivo es voluntaria cuando el sujeto, sea por dolo o por culpa, ha querido la causa, ya que “querer es causar”⁵⁶.

Rebelándose contra el concepto naturalista de acción propio de Liszt, propone Binding un concepto jurídico de acción, que se construye sobre dos bases: “la capacidad jurídica de actuar y la dirección de la voluntad a un resultado jurídico, integrantes ambos del tipo penal subjetivo o culpabilidad en sentido estricto, cuyas especies son el dolo y la culpa, que no se

⁵⁵ Carlos Binding, citado por Kaufman, Armin. Teoría de las Normas. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1977, p.25.

⁵⁶ *Ibidem.*, p.26.

diferencian por el querer de la antijuridicidad, sino por el saber o representación de la acción y el resultado”⁵⁷.

1.2.3. LA OMISION.

En general siguiendo el pensamiento más avanzado del sistema causalista, se puede afirmar que la omisión se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal esperado, que debía producir el cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva). Resulta más controvertido el concepto de comisión por omisión, donde se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se violan tanto una norma imperativa como una prohibitiva.

De la nada, nada puede surgir, es uno de los argumentos que esgrimen quienes niegan la existencia de la omisión; sin embargo Max Ernesto Mayer distingue entre inactividad y omisión, señalando que “en la primera no participa la voluntad y en la segunda se trata precisamente de un acto de voluntad”. Mezger concuerda en ese sentido cuando explica que “en la

⁵⁷ Carlos Binding. Ob. Cit., p.31.

omisión faltan las dos notas específicas de la acción: el hacer y el querer, o sea, la actividad y la voluntad de esa actividad”⁵⁸.

Se debe a Mezger la fundamentación de la omisión simple, en la acción esperada, tesis que ya aparece en la obra de Liszt, pero que es la desarrollada por Mezger, quien dice: “Lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido realizar. Porque no ha realizado esa acción que de él se esperaba, es por esa razón que es punible, en tanto que la acción esperada también puede serle exigida”⁵⁹.

Ahora bien, sigue diciendo Mezger, “puesto que sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta enteramente correcto que ésta sólo se fundamenta desde fuera y que, por tanto no el que omite, sino el que juzga da realidad a la omisión”⁶⁰.

Es conveniente establecer que a cada elemento positivo del delito se opone uno negativo, que impide su integración, al primer elemento del delito, al acto o acción, se opone su ausencia. El primer elemento del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, como son: a) ausencia

⁵⁸ Mezger, Edmundo. Ob. Cit., p.156.

⁵⁹ Ibidem., p.157.

⁶⁰ Ibidem., p.158.

de conducta; b) inexistencia del resultado, y c) falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta y el resultado material considerado.

1.2.4. LA AUSENCIA DE ACCION.

De acuerdo a la teoría planteada por diversos doctrinarios de que a cada elemento positivo del delito se opone uno negativo, que impide su integración, corresponde señalar que el primer elemento del delito, es decir, a la acción, se opone su ausencia.

Francisco Pavón Vasconcelos, asegura que el aspecto negativo del primer elemento del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado, y c) falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta, y el resultado material considerado⁶¹.

Los aspectos negativos del primer elemento del delito son principalmente: la fuerza física exterior irresistible; el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo. La fuerza física exterior irresistible se presenta cuando el sujeto realiza un movimiento

⁶¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, Edit. Porrúa. México 1967, p.227.

corporal de carácter involuntario que produce un resultado típico, pero el cual no le puede ser atribuido, porque únicamente fue un instrumento involuntario de otro sujeto; o en otros casos por no tener dominio o voluntad de los movimientos corporales, como en el sueño, sonambulismo o hipnotismo.

1.2.5. LA TIPICIDAD.

El segundo elemento del delito, dentro del sistema causalista, “es la tipicidad, concepto cuya sistematización se debe al jurista alemán Ernesto Beling, a partir del año de 1906, en que publicó la teoría de la tipicidad y el tipo”⁶².

El concepto tipicidad, parece desprenderse del concepto “cuerpo del delito”, sin embargo, el mérito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad frente al poder punitivo del Estado, como lo previene el artículo 14 de la Constitución Política Mexicana, que establece: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté

⁶² Von Beling, Ernesto. Tratado de Derecho Penal. Die Lehre vom Verbrechen.

decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”⁶³.

El tipo penal resulta ser la descripción legal de una conducta delictiva y la tipicidad, el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo penal.

La teoría del tipo penal y la tipicidad fue evolucionando, pues Beling la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. A la primera etapa del desarrollo de la tipicidad se le llamó fase descriptiva o de independencia. De esta forma Beling establecía que además del respeto a la máxima “no hay pena sin ley”, debía también consagrarse el principio “no hay delito sin tipicidad”⁶⁴, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero no antijurídica, por existir una causa de justificación.

⁶³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.17.

⁶⁴ *Ibidem.*, p.18.

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede al marco de la tipicidad; más aun, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad.

Fue Max Ernesto Mayer, quien en su Tratado de Derecho Penal, publicado en 1915,⁶⁵ plateó la segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de la antijuridicidad. Mayer sostiene la separación de tipicidad y antijuridicidad, pero asigna a la primera el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad, al señalar que: “son como el humo al fuego”⁶⁶.

La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos en el Tratado de Derecho Penal de Edmundo Mezger, y se refiere a que tipicidad es la “ratio assendi de la antijuridicidad. Para Mezger el delito “es una acción típicamente antijurídica, es decir, suelda los conceptos de tipicidad y antijuridicidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo es típica”⁶⁷.

⁶⁵ Max Ernesto Mayer. Tratado de Derecho Penal. Alemania 1915.

⁶⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. Tomo III, p.751.

⁶⁷ Mezger, Edmundo. Ob. Cit. Tomo I, p.193.

Se critica a Mezger que su teoría le otorga a la tipicidad una función desmesurada, y que crea una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general.

La cuarta fase del desarrollo de la tipicidad es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad por Ernesto Beling en 1930.

Beling en su obra inicial *Die Lehre vom Verbrechen*, en 1906, había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, alrededor del cual se agrupan los demás elementos; en su obra "*Die Lehre vom Tatbestand*" publicada en 1930, Beling, ya no habla de una especie delictiva, sino de una "imagen rectora" compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa "imagen rectora"⁶⁸.

La tipicidad se estudia en el segundo estrato, pero no era así originalmente, en los primeros clásicos de la dogmática jurídica. Así se desprende de la definición bipartita de Binding,

⁶⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., p. 766.

en la cual la tipicidad no se menciona, sino que se sugiere y presupone, definiendo al delito como: “el hecho antijurídico imputable a la culpabilidad y amenazado, antes de su realización, por una ley penal, con determinada pena pública”⁶⁹.

En esta nueva concepción de la tipicidad, el tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una imagen rectora que preside cada especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la imagen rectora, no a la especie delictiva. De esta forma Beling busca darle solución a problemas como la tentativa o la complicidad que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí en la imagen rectora.

El tipo penal objetivo o hecho, consiste para Jiménez de Asúa, “en la modificación del mundo exterior, contraria a la norma, causada por la actividad humana, y el tipo penal subjetivo o culpabilidad, es “la voluntad culpable, dirigida a la creación de aquel hecho”⁷⁰.

⁶⁹ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., p. 767.

⁷⁰ *Ibidem.*, p.768.

Así se desprende de lo señalado por el propio Beling, quien estudia su concepto de delito tipo o tipo rector después de la antijuridicidad y la culpabilidad, distinguiendo en la figura delictiva, el “tipo de ilicitud” y el “tipo de culpabilidad”, pero insistiendo en que el “tipo rector” no se identifica con tal figura delictiva, sino que es una imagen o idea regulativa de las varias figuras que integran un mismo delito (v. gr. “matar a un hombre”, común a todas las figuras de homicidio)”⁷¹.

En realidad, esa es la segunda noción de tipicidad propuesta por Beling y que este concibió para impedir la intromisión de factores subjetivos y normativos en el tipo, ante la fuerza del argumento de que sin los componentes y valorativos de la conducta era imposible determinar a cuál tipo se adecuaba esta.

En esta segunda fase, Beling sigue concibiendo los elementos como independientes entre sí, pero define el delito como “una acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable”⁷².

⁷¹ Von Beling, Ernesto. La doctrina del delito-tipo. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1944, p.29.

⁷² Idem.

En la segunda versión, la tipicidad, no obstante no contener nada de los otros elementos, no aparece aislada de ellos, sino calificándolos a todos, ya que inicialmente, el tipo era la descripción de un injusto culpable, para dotarlo de relevancia punible. En verdad que la terminología alemana, y en especial la belemniana, sobre este tema en particular son muy confusas y variables.

Pero en la doctrina posterior ha venido a prevalecer el sentido del tipo “como descripción legal del hecho punible”, perdiendo importancia, definitivamente, el concepto de “tipo rector” y tipicidad “como adecuación del hecho imputado a la descripción, figura o modelo legal”⁷³.

Lo que sí ha quedado en firme de la ideología belemniana, en cuanto se refiere al tipo, es el carácter meramente descriptivo de este, íntimamente fusionado con su naturaleza objetiva; función puramente descriptiva que el tipo conserva incluso frente a los “elementos normativos” y “subjetivos” de que a veces se vale el legislador “para delimitar la conducta presupuesta en el sentido de las clases de delito correspondientes”⁷⁴.

⁷³ Von Beling, Ernesto. Ob. Cit., p.30.

⁷⁴ *Ibidem.*, p.31.

La objetividad y la función descriptiva del tipo, significa, para Beling, a la vez, estas dos cosas:

1ª. “Que en el tipo está, solo lo externo, material o perceptible de la conducta, de suerte que este, lo mismo que la antijuridicidad, carece de todo componente psicológico”⁷⁵.

2ª. “Que el tipo no posee función valorativa alguna, específicamente es neutro a la valoración de antijuridicidad, ya la conducta típica tan pronto puede ser antijurídica como aparecer justificada”⁷⁶.

La doctrina dominante, reconoce que es mucho lo que la teoría de los elementos normativos del tipo a restado a esa objetividad o neutralidad valorativa. También se reconoce hoy que los tipos abiertos elaborados sobre la base de la violación de un deber jurídico más bien que con respecto al ataque de un interés o bien jurídico, la antijuridicidad pertenece al tipo en estricto sentido, pues sin esta no se puede establecer en aquellos adecuación típica.

⁷⁵ Von Beling, Ernesto. Ob. Cit., p.32.

⁷⁶ Idem.

De modo similar, la teoría de los elementos subjetivos del tipo ha limitado el primer sentido de la objetividad, y también se reconoce que en los tipos abiertos que se forman sobre la base de una tendencia anímica o un fin especiales, de los que se hace depender la punición, la culpabilidad psicológica forma parte del tipo mismo, porque tampoco se puede dar sin ellos la tipicidad.

A partir de Dohna y el finalismo, la mayoría de los autores admiten la existencia de un verdadero tipo subjetivo, al que pertenecen, amen de cualquier otro aditamento psicológico de la conducta, el dolo y la culpa, pero en sentido natural, o sea sin la “conciencia de la antijuridicidad”, la cual se atribuye a la culpabilidad “normativa” bajo el imperio de la llamada “teoría de la culpabilidad”⁷⁷.

Pero también la última, es una concepción absolutamente “ontológica” de la acción que implique en ella tanto la categoría causal como la final valorativa y tanto los aspectos físicos como los síquicos, puede trasladarse al tipo, por virtud de la “teoría del dolo”, identificando, como hemos puntualizado, la culpabilidad con el tipo subjetivo”.

⁷⁷ Graf Zu Dohna Alexander. La estructura de la teoría del delito. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina 1958, p.42

1.2.6. LA ATIPICIDAD.

En forma general podemos afirmar que el sistema causalista contempla en el delito una fase objetiva, en la que se ubica al tipo y la tipicidad. El aspecto negativo de este segundo elemento del delito referido a las causas de atipicidad, lo encontramos cuando falte alguno de los elementos del tipo.

Así habrá atipicidad cuando se presente: a) Falta de bien jurídico tutelado; b) Falta de calidad o del número de sujetos activos o pasivos que exija el tipo; c) No exista manifestación de voluntad; d) No se dé el resultado previsto por el tipo; e) No exista relación causal; f) Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley; g) Por falta de las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo, y h) Por falta de objeto material.

1.2.7. LA ANTIJURIDICIDAD.

Concepto: El maestro Luis Jiménez de Asúa, al referirse a la antijuridicidad, manifiesta: "Provisionalmente puede decirse que es lo contrario al Derecho. Por tanto, no basta que el hecho

encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho”⁷⁸.

En cuanto al concepto de antijuridicidad, Guillermo Sauer, Binding y otros penalistas distinguen entre antijuridicidad e injusto y afirman en que el primer término es un “antijurídico” y el segundo es sólo “no derecho”, por lo que debe preferirse el uso del vocablo antijuridicidad.

En realidad es más compleja la cuestión del contenido de la antijuridicidad, ante lo cual el famoso maestro español Rafael Márquez Piñero, considera: “Dado que la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado”⁷⁹.

⁷⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Edit. Lozada. Buenos Aires, 1963, p.958.

⁷⁹ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal, Parte General. Edit. Trillas. México, 1986, p.193.

La entraña de la antijuridicidad es un juicio de valor, lo que es aceptado por la mayoría de los penalistas, quienes encuentran en la definición de delito natural de Rafael Garófalo, el antecedente de la antijuridicidad es la valoración de un acto, que en esencia es contrario a las normas de la sociedad, que Garófalo denomina “sentimientos altruistas de piedad y probidad” que todo grupo social posee en una medida media.

La sociedad para Mayer, “es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado”⁸⁰.

Por su parte Sergio Vela Treviño, define a la antijuridicidad como: “El resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado”⁸¹.

⁸⁰ Max Ernesto Mayer, citado por Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el delito. Edit. Hermes Sudamericana, 1ª. Edic. en México, 1986, p.275.

⁸¹ Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. Edit. Trillas. México, 1990, p.130.

De la definición anterior se desprenden los siguientes elementos: “a) Una conducta típica, que precede en un plano lógico a la antijuridicidad; b) Una norma jurídica, en la que se encuentra la norma de cultura que se tomó en cuenta para crear la propia norma jurídica; c) Un juicio valorativo de carácter objetivo, que implica en ocasiones el estudio del total sistema jurídico, ya que la antijuridicidad es unitaria, y en ocasiones la norma de cultura no se encuentra en forma expresa en la norma jurídica penal, sin embargo, el tipo debe permitir nutrirse de ese estudio general, y los límites del tipo determinan la objetividad del juicio valorativo”⁸².

La antijuridicidad viene a ser un juicio valorativo objetivo porque corresponde realizarlo al juzgador y su fundamento se encuentra en el artículo 21 constitucional, el que indica: “La imposición de la penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”⁸³.

En relación a lo anterior, Vela Treviño, insiste: “El juicio valorativo de contradicción corresponde realizarlo al juez y sólo a él le compete, en función de sus atribuciones y competencia; juicio valorativo de la conducta típica y a fin de determinar la

⁸² Vela Treviño, Sergio. Ob. Cit., p.130.

⁸³ *Ibidem.*, p.131.

antijuridicidad de la misma, la que desde luego no podría quedar sujeta al juicio del propio inculpado, o del ofendido, o del representante de la sociedad, pues entonces esa valoración sería subjetiva y resultaría arbitraria”⁸⁴.

La separación de antijuridicidad objetiva y culpabilidad subjetiva, se atribuye en Alemania a Rudolf Von Ihering, pero en verdad ya la había practicado Francisco Carrara en 1859, en su obra Programa del Curso de Derecho Criminal, con su teoría de las fuerzas (física y moral), sin embargo, a ello se opuso Carlos Binding con su noción de la antijuridicidad subjetiva o violación del deber de sumisión.

Para esta teoría, la objetiva contradicción del hecho con el derecho, en la cual se implica tanto el aspecto formal como el material. Esa objetividad significa en primer término, que la antijuridicidad no depende en cada caso de la presencia de determinados componentes subjetivos o síquicos de la conducta, porque no surge de lo que el agente se proponga ni de lo que piense, sino de las valoraciones que el derecho objetivo impone y que rigen tanto para imputables como inimputables, para quienes actúan con culpabilidad y para quienes actúan sin ella.

⁸⁴ Vela Treviño, Sergio. Ob. Cit., p.131.

Según Beling, la antijuricidad es “un juicio de valor que recae privativamente sobre el aspecto externo u objetivo de la conducta, y en ello se diferencia terminantemente de la culpabilidad, que se contrae a sus aspectos internos o subjetivos. Ella se deriva no solo de la ley penal, sino de toda ley”⁸⁵.

La antijuridicidad, agrega Beling, “es en todos los casos más bien presupuesta que creada por la ley penal, de suerte que depende más de la ley extrapenal la determinación de las circunstancias bajo las cuales una conducta es antijurídica, pues el tipo penal supone que lo es en todos los casos, ya que de lo contrario no sería merecedora de punición”⁸⁶.

Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad, no dependen de factores psicológicos, es decir, son eminentemente objetivas, se extraen de todo el orden jurídico y son principalmente, la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un cargo público y el ejercicio de actividades peligrosas reglamentadas. En el sistema belingniano, la tipicidad no es fundamento ni indicio de la antijuridicidad. Ello

⁸⁵ Von Beling, Ernest. Ob. Cit., p.30.

⁸⁶ *Ibidem.*, p.31.

tal vez responda a la forma extremadamente técnica y restringida como Binding conceptúa el tipo.

En cambio, Binding, que emplea este concepto en un sentido más amplio, estima que la antijuridicidad pertenece al tipo penal objetivo en todos los delitos, y significa, que el tipo “está abarcado por la prohibición”, vale decir, por la “inadmisibilidad” que es el “único motivo del dictado de la norma”. Pero la antijuridicidad es por antonomasia violación de un deber subjetivo, aunque obviamente este es indispensable sin el derecho objetivo que lo garantiza. La antijuridicidad, según Binding, “no se identifica con el hecho antijurídico, que es “la realización del tipo penal objetivo” por la acción causal del hombre”⁸⁷.

Sobre este tema en particular, Von Liszt, opina: “El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad”⁸⁸.

⁸⁷ Carlos Binding, citado por Armin Kaufman. Ob. Cit., p. 28.

⁸⁸ Von Liszt, Franz. Ob. Cit., p.336.

Aclara Beling seguidamente: “La lesión o riesgo de un bien jurídico solo será materialmente contraria al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común; esa lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana”⁸⁹.

Con el juicio de antijuridicidad concluye la teoría del injusto penal, que para los clásicos y en sus rasgos principales también para los neoclásicos, no pasa de la descripción externa del delito.

1.2.8. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Para el maestro español Luis Jiménez de Asúa, las causas de justificación pueden definirse como: “Aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que

⁸⁹ Von Beling, Ernesto. Ob. Cit., p.337.

falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen”⁹⁰.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad como elemento positivo del delito, y su aparición excluye la antijuridicidad, mas no así el acto (conducta o hecho) y la tipicidad; como lo señala Castellanos “quien priva de la vida a otro, ajusta su conducta al tipo descrito en el artículo en el artículo 302 del Código Penal para Distrito Federal, pero tal conducta podrá no ser antijurídica si quien privó de la vida obró en legítima defensa, en estado de necesidad, o en presencia de cualquier otra justificante”⁹¹.

También debemos destacar insiste Castellanos, “que las causas de justificación, resultan ser conductas lícitas, y por ende no pueden ser antijurídicas o contrarias a derecho, sino por el contrario ajustadas a derecho y en consecuencia carecen de sanción”⁹².

Jiménez Huerta en desacuerdo con lo anterior, critica la expresión “causas de justificación”, cuando afirma: “La

⁹⁰ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, p.284.

⁹¹ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Edit. Porrúa, México 1994, p.179.

⁹² *Ibidem.*, p.180.

conducta que no es antijurídica no necesita justificarse; quien no lesiona ningún interés jurídico al obrar conforme a derecho no efectúa una conducta antijurídica que deba ser legitimada”⁹³.

Algunos autores han manejado el término de “causas de licitud”, que bien pueden sustituir al término “causas de justificación”, porque el término licitud puede interpretarse como sinónimo de derecho, ya que una de las causas de justificación es la legítima defensa, es decir la defensa permitida por la ley, o sea una conducta lícita.

1.2.9 LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es uno de los conceptos pilares de la teoría del delito. Este concepto se encuentra desarrollado en la Escuela Clásica representada por Francisco Carrara y lo establece en su definición de delito al señalar que “acto externo del hombre, positivo o negativo deberá ser moralmente imputable”⁹⁴. El fundamento del estado para imponer penas, lo encuentran los clásicos, en el libre albedrío, base de la responsabilidad del sujeto.

⁹³ Jiménez Huerta, Mariano. La antijuridicidad. Imprenta Universitaria. México, 1952, p.119.

⁹⁴ Carrara, Francisco. Ob. Cit., p.486.

El libre albedrío fue negado por la Escuela Positivista, por lo difícil que es demostrarlo, sin embargo, a pesar de las objeciones de esta escuela, se acepta que el sujeto tiene un margen de elección, de decisión, de optar por el respeto a la ley, o de violarla, y en esa posibilidad radica la imputabilidad.

Para el penalista italiano Francisco Carrara, la imputabilidad “es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad”⁹⁵.

El Código Penal mexicano de 1931, acepta en esencia la redacción del código penal italiano cuando señala en su artículo 15 fracción II, que es imputable cuando el sujeto pudo “comprender el carácter ilícito del hecho y conducirse de acuerdo a esa comprensión”.

Igual disposición contiene el código penal para el Estado de Coahuila de 1983, pues en su artículo 36, refiere que Imputabilidad: “Es imputable penalmente la persona mayor de 16 años que, en el momento de cometer la conducta típica,

⁹⁵ Carrara, Francisco. Ob. Cit., p.487.

tenga la capacidad para comprender su carácter ilícito y determinar aquella en razón de esa comprensión”.

Habida cuenta de lo anterior podemos afirmar en base a la doctrina y las leyes mencionadas, que la imputabilidad exige dos límites mínimos para su existencia:

- a) Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo físico, logra también el desarrollo psíquico suficiente para poderlo considerar imputable;
- b) Un límite psíquico, o sea, la capacidad de “entender y querer” que aluden los códigos italiano, mexicano de 1931 y el de Coahuila de 1983.

A la capacidad de “entender” se le considera en un plano “intelectivo” o “de comprensión”, y a la capacidad de querer en un plano de “voluntad”; ambos conceptos como fundamento de la imputabilidad, sin embargo, estas concepciones sufren actualmente críticas, porque de acuerdo con Muñoz Conde, “reduce todas las facultades humanas a los planos intelectual y

volitivo, que no son las únicas, ni tan siquiera las más importantes”⁹⁶.

En todo caso, las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad. Por eso no puede considerarse actualmente que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo más complejo.

Independientemente de lo anterior, existe la discordia en la ubicación de la imputabilidad dentro de la teoría del delito, pues mientras para Jiménez de Asúa, es presupuesto de la culpabilidad, Mezger, lo considera elemento del delito, y otros como Rodríguez Muñoz, que opinan que no existe mayor diferencia en considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad o como elemento precedente de la culpabilidad, o bien, que ven a la imputabilidad como presupuesto del delito, como es el caso de Battaglini, sin embargo, en general los penalistas, sea como presupuesto, elemento o característica, coinciden en que: “No hay culpabilidad sin libertad. En otras palabras el hombre es

⁹⁶ Muñoz Conde, Francisco. Teoría general del delito. Edit. Tirant lo Blanch. España 1989, p. 130.

culpable de un delito porque es imputable a él; y es imputable porque es libre”⁹⁷.

La teoría de las “acciones liberae in causa” es sostenida por la mayoría de los penalistas que comulgan con el sistema causalista. Sin embargo, esta teoría no está exenta de críticas, como así lo hace Zaffaroni, al manifestar que: “La teoría de las acciones liberae in causa no puede ser tomada en cuenta en la dogmática contemporánea, porque no puede fundar la responsabilidad dolosa en razón de que al hacerlo viola el principio de culpabilidad y el de legalidad, y porque tampoco sirve para fundamentar la tipicidad culposa, porque en tales supuestos ésta se hace efectiva conforme a los principios generales de la culpa, ni tampoco es útil a los efectos de la función de los delitos en que el incapacitarse para cometerlos ya es un acto de tentativa, puesto que en ellos rigen las reglas generales de la tipicidad dolosa”⁹⁸.

El Código Penal de Coahuila contiene esta institución en su artículo 38, el que indica: “Conductas libres en su causa. Será considerada plenamente imputable, quien realice un

⁹⁷ Giuseppe Bettiol. Derecho Penal. Parte General. Edit. Temis. Colombia, 1965, p.36.

⁹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Edit. Cárdenas Editores. México, 1988, p.445.

hecho típico en estado de alteración psicosomática transitoria, derivada de su anterior comportamiento doloso o culposo”.

1.2.10. LA INIMPUTABILIDAD.

Las causas de inimputabilidad manifiesta Orellana, “serán aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, y las vamos a referir a los casos en que el sujeto que ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley. En otras palabras, o no alcanza el límite de edad previsto en la ley, o bien no reúne las condiciones psíquicas previstas en la norma”⁹⁹.

Las causas de inimputabilidad manifiesta Orellana, “son aquellas en que el sujeto no alcance la edad mínima que la ley señala o que alcanzándola no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la ley”¹⁰⁰.

⁹⁹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p. 38.

¹⁰⁰ *Ibidem.*, p.39.

ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

En el sistema jurídico mexicano, se puede observar en el Código Penal Federal, que señala como causas de inimputabilidad, el trastorno mental, o el desarrollo intelectual retardado; por su parte el Código Penal de Coahuila, habla de quien padezca ceguera o sordomudez de nacimiento, con tal falta de instrucción; o enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, o por desarrollo psíquico retardado o incompleto, o por grave perturbación de la conciencia sin base patológica.

1.2.11. LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad es uno de los elementos fundamentales de la teoría del delito, por lo cual lo encontramos en casi la totalidad de las modernas concepciones de la teoría del delito. La culpabilidad aparece en el esquema del maestro Jiménez de Asúa, colocado enseguida de la antijuridicidad, presuponiendo la existencia de la imputabilidad del sujeto.

En el antiguo derecho penal, se castigaba al autor de un delito en consideración al resultado dañoso que había producido. Se atendía únicamente al resultado lesivo, sin importar la intención del sujeto activo del delito. Por esta causa,

a esa vieja concepción de la culpabilidad, se le ha denominado “responsabilidad objetiva por el mero resultado”¹⁰¹.

En los inicios del derecho penal, para la aplicación de una pena, su fuente radicaba en la presencia de un nexo objetivo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado, independientemente del vínculo de carácter psicológico, subjetivo que ligase al hecho con su autor. Se aceptaba que la responsabilidad penal revestía carácter objetivo.

La evolución del concepto de la responsabilidad objetiva que atiende a exigencias por encima de la mera producción de un resultado dañoso o peligroso, ha sido lenta según Liszt y Mezger, y aún no termina. Al pasar el tiempo se fueron elaborando los conceptos de dolo y culpa como manifestaciones de la culpabilidad, pues desde la antigua Roma, se empezaba a manejar situaciones subjetivas del sujeto al momento de cometer un ilícito penal.

Con la Escuela Clásica, aparece la culpabilidad integrada por los conceptos de dolo y culpa. Para Carrara el dolo es “la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la Ley”. La culpa la definen los doctrinarios como

¹⁰¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.40.

“la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho”¹⁰².

En relación a la culpabilidad Bettiol, manifiesta: “No existe en la doctrina una communis opinio, pues son muy diversas las concepciones acerca de la noción y límites de la culpabilidad. La concepción que ha dominado durante siglos y que aún cuenta con numerosos seguidores, es la llamada psicológica o también naturalista. La concepción psicológica de la culpabilidad se basa, pues, sobre un vínculo de carácter subjetivo que une el hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa”¹⁰³.

Para Franz Von Liszt, la culpabilidad va a sistematizarse y a desarrollarse sobre una base de relaciones naturalísticas que reafirman el carácter causalista de este sistema, a consecuencia de lo cual aparece la teoría sicologista de la culpabilidad. Para Liszt la culpabilidad “es una relación natural, en este caso, una relación psicológica entre el sujeto y el acto”¹⁰⁴.

Para el sistema causalista de la teoría del delito, el primer elemento del delito, el acto, acción o hecho, se integra de

¹⁰² Carrara, Francisco. Ob. Cit., p.506.

¹⁰³ Giuseppe Bettiol. Derecho Penal. Vol. I. Edit. Temis. Bogotá Colombia, 1954, p.317.

¹⁰⁴ Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, pp.523 y 524.

conducta, resultado y nexo causal; a su vez la conducta, se conforma de un elemento psíquico y otro físico, el primero consiste en la voluntariedad de la propia conducta, y el segundo en la acción u omisión, formas en que se proyecta el elemento psíquico de la actividad o inactividad humana.

La segunda corriente, dentro del sistema causalista, respecto del estudio de la culpabilidad, es la "teoría normativista de la culpabilidad", que aparece de la investigación realizada por Frank "Sobre la estructura de la culpabilidad", donde este penalista planteaba que la culpabilidad, además de consistir en la relación psicológica entre el autor y su hecho, radicaba en el reproche a ese proceso o relación psicológica, es decir, una valoración (reproche) de esa relación psicológica.

El penalista Vincenzo Cavallo, explica que la teoría sicologista se limita a establecer la relación psíquica del agente, pero no explica la razón por la cual éste es culpable, en cambio la teoría normativista: "No descuida la actitud psicológica de la conciencia y voluntad del agente hacia el resultado, porque no se encuentran en tal actitud el momento causativo de éste y la posibilidad de su imputación al sujeto, como la determinación de sus especies estriba en la calidad de la dirección hacia el

mismo resultado: sino que califica de culpable la actitud que de otro modo sería únicamente antijurídica”¹⁰⁵.

La formulación del juicio de reproche constitutivo de la culpabilidad, requiere, según la configuración originaria de la doctrina normativa de la culpabilidad, comenta Córdoba Roda: “La concurrencia de tres requisitos: a) la imputabilidad del agente entendido como la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad de su hacer y de orientar su actividad conforme a dicho conocimiento, que resulta excluida por causa de minoría de edad, de enajenación permanente o transitoria, o de sordomudez; b) la presencia alternativa de dolo o culpa, entendida esta como imprudencia; c) la ausencia de causas de no exigibilidad de una acción adecuada a derecho, entre los que se incluyen, por lo regular, el llamado estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la obediencia debida”¹⁰⁶.

El reproche o juicio normativo radica en la propia ley, el juez sólo a reconocerla en cada caso concreto, por su parte al sujeto activo del delito se le exige el conocimiento de que su conducta es ilícita, no el exacto conocimiento del tipo descrito en la ley, en este sentido Maggiore señala: “El agente debe tener

¹⁰⁵ Vincenzo Cavallo, citado por Celestino Porte Petit. El elemento subjetivo del delito, la culpabilidad. Criminalia, México, número 1, Enero de 1958, p.5.

¹⁰⁶ Córdoba Roda, Juan. Culpabilidad y pena. Edit. Bosh. Barcelona, España 1977, p.16.

conciencia de no realizar una cosa lícita, sino de hacer algo ilícito, ilegal, prohibido; en otras palabras, debe estar consciente de la falta de valor jurídico del acto realizado”¹⁰⁷.

Para los normativistas, uno de los mayores adelantos que se obtienen siguiendo sus directrices, radica en la posibilidad de incluir en la culpabilidad, el concepto de “exigibilidad de otra conducta”, derivado de la exigencia normativa de conducirse de tal manera de no lesionar bienes jurídicos tutelados por la norma penal; y a consecuencia de este principio acepta los casos de “no exigibilidad de otra conducta” como aspecto negativo de la culpabilidad, es decir, como causa de inculpabilidad, todo lo anterior imposible de fundamentarse en la teoría sicologista de la culpabilidad, al encerrarse ésta en “el puro proceso psicológico entre el agente y el resultado”¹⁰⁸.

A la teoría clásica de la culpabilidad, se atribuye el mismo grado de didáctica, claridad y simplicidad con que esta escuela edifica su concepto del injusto. En tal estructura no solo se trata de dos escalones del fenómeno criminoso, fundado en la conducta humana, cuyo exterior se confía al juicio de antijuridicidad y cuyo interior se remite a la culpabilidad.

¹⁰⁷ Giuseppe Maggiore. Ob. Cit., p.581.

¹⁰⁸ *Ibidem.*, p.582.

No es difícil intuir que las penas contra animales y cosas en el antiguo derecho, se fundaron en una idea del injusto que tuvo que ser similar a la sostenida por los clásicos y que podría aparecer como su antecedente histórico. Si los clásicos rechazaron semejante consecuencia, tuvo que haber sido por consideraciones distintas de carácter general, o bien porque subrepticamente mantenían la referencia del injusto objetivo a las fuerzas espirituales que lo nutren especialmente al principio "*nulla poena sine culpa*".

Entendidos los criterios tradicionales, el pensamiento de Binding sobre la estructura del delito, no es el más claro, lo que puede explicar la falta de seguidores o de escuela, pese al general reconocimiento que se le hace de haber puesto las bases jurídico-normativas de la moderna concepción del delito.

En sentido amplio para Binding, la culpabilidad es "acción culpable", que generalmente implica el momento de finalidad de la voluntad causante del injusto. En sentido estricto, entiende por culpabilidad "la voluntad de quien es capaz de actuar, en tanto causa de una antijuridicidad"¹⁰⁹, noción que alcanza a todo el ámbito del derecho y no solo al penal.

¹⁰⁹ Carlos Binding, citado por Politoff, Sergio. Los elementos subjetivos del tipo legal. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1956, p. 67.

La culpabilidad supone siempre una verdadera acción y no un simple hecho: causación querida de algo jurídicamente relevante. Para Binding, “el dolo es la voluntad de un sujeto capaz de actuar “dirigida a la realización de un tipo penal concreto de delito, con especial conocimiento de la antijuridicidad de la acción concreta”¹¹⁰.

Frente a esta última exigencia, llama la atención que para Binding sea inadmisibile o irrelevante el verdadero error de prohibición, que implica, la ausencia de esa comprensión. La culpa es entendida por el mismo autor como “negligencia” y se funda siempre en un error sobre alguna característica del delito, error en todo caso excusable o vencible, cuya incursión se debe a la incuria del autor en el examen de la situación previa de la que dimanaba su deber de omisión. El dolo y la culpa, que son especies de la culpabilidad, no se caracterizan, como esta, al delito, sino a la culpabilidad”¹¹¹.

En sentido amplio, para Liszt la culpabilidad significa responsabilidad por el injusto, abarcando la causación del resultado por el autor y la legalidad del acto. En sentido estricto es “la relación subjetiva entre el acto y el actor”, relación que

¹¹⁰ Carlos Binding, citador por Miguel Polaino Navarrete. Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal Español. Universidad de Sevilla, 1972, p.90.

¹¹¹ *Ibidem.*, p.91.

solo puede ser sicológica, pero que al existir, “determina la ordenación jurídica en consideración valorativa” y que es, además, un síntoma (expresión) de la naturaleza antisocial del carácter del autor (que es la que da a la culpabilidad su contenido material). “Acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable”¹¹².

La culpabilidad, como se ve, supone en tal caso la imputabilidad del agente, y esta consiste en la “facultad de determinación normal” que generalmente distingue a “todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano”, pero que falta también en los estados de “inconsciencia”. Importa destacar, como valiosa acotación sicológica de Liszt, que para él “el contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad”¹¹³.

Por lo demás, “sin imputabilidad, la culpabilidad y el delito, son imposibles”, lo que lo lleva a negar la participación punible de terceros en “una violación jurídica cometida por un inimputable”.

¹¹² Von Liszt, Franz. Ob. Cit., p. 338.

¹¹³ *Ibidem.*, p.339.

No obstante exigir, en la definición del dolo, la conciencia de que el acto ataca un bien jurídico, el objetivismo de Liszt, llega al punto de sostener que “la conciencia de la ilegalidad no es elemento esencial del dolo y debe ser examinada de un modo rigurosamente objetivo, de manera que no perjudica al autor en el “delito putativo”, ni el error sobre la justificación, ni lo beneficia el error de ser legal lo que es ilegal; quedando siempre a salvo la posibilidad de que el derecho positivo incluya en el dolo ese conocimiento de la ilegalidad en ciertos casos, como por ejemplo: Cuando se exige una dirección del acto contra el bien jurídico o el deber, una intención contraria a derecho o ilegal, etc., casos en los que es necesario el dolo directo, no bastando el eventual”¹¹⁴.

Es conveniente destacar que para Beling, “la tipicidad rige el injusto pero también la culpabilidad para cada delito. El delito, es precisamente el <<esquema rector>> común para la faz objetiva y para la subjetiva del hecho”¹¹⁵.

En este contexto, lucha Beling contra la concepción naturalista del dolo como mera intención psicológica referida al hecho, dejando de lado su antijuridicidad, lo que llevaría a

¹¹⁴ Von Liszt, Franz. Ob. Cit., p.340.

¹¹⁵ Von Beling, Ernesto. Ob. Cit., p. 337.

reprochar el acto a quien no pudo conocer su ilicitud y no es, por ende, culpable; o sea que, sin la conciencia de la ilicitud, la imputación “dolosa” es modo de responsabilidad objetiva. Por lo tanto, los conceptos de intención y negligencia, son conceptos normativos.

Es conveniente aclarar que la aceptación del dolo y la culpa dentro de la teoría de la culpabilidad en el sistema causalista, es una situación aceptada, sin embargo, se plantea la polémica acerca de si el dolo y la culpa son elementos o especies de la culpabilidad. Para quienes el dolo y la culpa son elementos, afirman que estos concurren con otros elementos a configurar la culpabilidad, como lo acepta Mezger, entre otros actos. En cambio algunos juristas que se inclinan a aceptar que el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad, señalan:

“Las especies de la culpabilidad no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad y son las únicas especies”¹¹⁶.

¹¹⁶ Mezger, Edmundo, citado por Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Ob. Cit., p.385.

a) EL DOLO.

El dolo es la más importante de las formas de culpabilidad, idea con la cual concuerdan la mayoría de los penalistas. Sin embargo, aun cuando también sostienen su especial gravedad e importancia, manifiesta José Peco, “el concepto del dolo es uno de los más difíciles y controvertidos del derecho penal, ya que unos asientan el elemento psicológico en la voluntad y otros en la representación y el elemento ético, unos en la conciencia de la tipicidad, otros en la conciencia de la antijuricidad, algunos en la conciencia de la antisocialidad y hay quienes, en la conciencia del quebrantamiento del deber”¹¹⁷.

Para José Peco, son tres las teorías que han tratado de explicar la naturaleza del concepto de dolo y que son: 1. La de la voluntad; 2. La de la representación; y 3. La del asentimiento.

1. “La teoría de la voluntad se centra en la relación directa entre lo querido por el sujeto y el resultado delictivo; lo importante es que el sujeto quiera el resultado y dirija

¹¹⁷ Peco, José. Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos. Buenos Aires, 1942, p.50.

su voluntad a la consecución del evento”¹¹⁸.

Para Fontán Balestra la teoría de la voluntad se conforma de la siguiente manera: “Quien realiza el acto debe conocer los hechos y su significación (la significación ha de referirse a la naturaleza delictuosa de su acción y no a la exacta consecuencia de la misma), y el autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado; debe haber tenido la intención de realizarlo. No se trata de haber querido la acción, sino de haber querido el resultado”¹¹⁹.

2. La teoría de la voluntad, dominó durante bastante tiempo, hasta que apareció la teoría de la representación, la que empieza por señalar que la primera se encierra en demasiadas exigencias subjetivas, dejando fuera varias modalidades o subespecies dolosas, y que es necesario que además de considerar el proceso psicológico, se tomen en cuenta circunstancias externas que sirvan de referencia para tener por demostrado el dolo.

En relación a la teoría de la representación Fontán Balestra, comenta: “Las divergencias entre una y otra doctrina

¹¹⁸ Peco, José. Ob. Cit., p.51.

¹¹⁹ Fontán Balestra, Carlos. Manual de derecho penal. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1949, p.247.

no son fundamentales. La teoría de la representación se ha propuesto mas que nada dirigir el haz central del enfoque del problema a las circunstancias externas que permitan formar un juicio para suponer que el evento ha sido o no querido. Con ello queda dicho que los partidarios de este último no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, lo que ocurre es que se supone querido lo representado”¹²⁰.

Es evidente que Liszt defiende la teoría de la representación cuando señala que el dolo es la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad, pero además afirma: “Pertenece al dolo no solamente el conocimiento de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también saber que estas circunstancias de hecho, pertenecen a la definición legal del acto”¹²¹.

Liszt encuentra que el dolo se forma de los siguientes elementos: “a) la representación de los hechos y circunstancias del acto; b) la previsión del resultado; y c) la representación de la causalidad del acto, en los delitos de comisión, y la representación del no impedimento en los delitos de omisión”¹²².

¹²⁰ Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit., p.248.

¹²¹ Von Liszt, Franz. Ob. Cit., p. 403.

¹²² Ibidem., p.404.

Posteriormente Liszt agrega, que “al dolo también van a corresponder las circunstancias del hecho y además las que pertenezcan al tipo, sin afectar por ello los elementos que él encuentra en el dolo”¹²³.

3. Para Jiménez de Asúa, Maggiore, Fontán Balestra, Porte Petit, consideran que la teoría que explica más satisfactoriamente el concepto del dolo, es la teoría ecléctica, llamada del asentamiento que conjuga la teoría de la voluntad y la teoría de la representación.

Por ello, la teoría más completa, a juicio de Maggiore, debe conciliar, en la noción del dolo, la representación y la voluntad. En el mismo sentido opinan Jiménez de Asúa y Fontán Balestra. El primero integra el dolo con los elementos mezgerianos: un elemento intelectual, en donde Jiménez de Asúa incluye la conciencia de violar el deber, y así dice: “A nuestro juicio, deben unirse la teoría de la voluntad y la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto”¹²⁴.

¹²³ Von Liszt, Franz. Ob. Cit., p. 404.

¹²⁴ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, p.363.

Para los penalistas que se adhieren a la teoría ecléctica, el dolo está estructurado de tres elementos: a) de la representación; b) de la voluntad; y c) de la conciencia de la antijuridicidad.

En su definición de dolo Jiménez de Asúa, afirma: “Existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conciencia de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”¹²⁵.

La conciencia de la voluntad como elemento del dolo, es un punto de controversia para algunos autores, así mientras Eusebio Gómez, niega su existencia, señalando que la “ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”, con lo cual no está de acuerdo Reyes Navarro, al manifestar que: “Bastaría interpretar a contrario sensu el mismo argumento que él sostiene para que éste cayera por tierra¹²⁶. Es decir, si la ignorancia de la ley no excusa, es porque se presume que todos la conocen, o que por lo menos tienen la obligación de conocer;

¹²⁵ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, p. 364.

¹²⁶ Reyes Navarro, Angel. Ensayo sobre la preterintencionalidad. México, 1949. Tesis Profesional, p.48.

es una presunción jure et jure y en tal caso toda aquella persona que realice un acto doloso, se presumirá que lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad que acarrea el propio acto doloso, se presumirá que lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad que acarrea el propio acto, en virtud de que todos tenemos obligación de conocer al Derecho Positivo, y tan es así que si lo ignoramos no nos aprovecha”¹²⁷.

Sobre la conciencia de la antijuridicidad Maggiore, manifiesta: “Tenemos pues que admitir que el conocimiento de la ilicitud es requisito del dolo”¹²⁸. ¿Pero de que manera? No en el sentido de que el delincuente ha de tener una noción técnica jurídica precisa de la ilicitud, pues entonces sería preciso ser juristas para cometer un delito, sino en el sentido de que el agente, al delinquir debe tener la conciencia, no de realizar una cosa lícita, sino de hacer algo ilícito, ilegal, prohibido; en otras palabras, insiste Maggiore, “debe estar consciente de la falta de valor jurídico del acto realizado”¹²⁹.

¹²⁷ Reyes Navarro, Angel. Ob. Cit., p.48.

¹²⁸ Giuseppe Maggiore. Ob. Cit., p.580.

¹²⁹ *Ibidem.*, p.580.

En cuanto a las clases de dolo, se habla de dolo genérico y dolo específico; de dolo directo y dolo alternativo; de dolo de daño y dolo de peligro; de dolo premeditado y dolo simple; de dolo posible y dolo real; dolo inicial; concomitante y sucesivo; eventual y de consecuencias necesarias. A este respecto Jiménez de Asúa afirma que “sólo deben distinguirse cuatro clases de dolo: directo, específico, de consecuencias necesarias y eventual”¹³⁰.

b) LA CULPA.

Para los causalistas, la culpa es la segunda especie de la culpabilidad. El concepto de culpa ha sido más debatido aun que el dolo. La culpa no siempre ha sido aceptada como especie de la culpabilidad, pues se afirma que nadie puede ser penado por una acción no querida por él; y si la distinción fundamental entre el dolo y la culpa consiste que en la primera el agente si quiere la conducta y su resultado, en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir conductas culposas.

¹³⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V, p. 680.

Para Maggiore, el concepto de culpa admite varias acepciones, pero entendida como una especie de la culpabilidad, la podemos definir como “la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, impericia o descuido del agente, causa un resultado dañoso”¹³¹.

Sobre las teorías de la naturaleza de la culpa, manifiesta Orellana, encontramos las siguientes: “a) teoría del defecto de inteligencia; b) teoría de la previsibilidad y prevenibilidad; c) teoría del vicio de la voluntad; d) teoría de la voluntad indirecta; e) teoría integral; f) teoría de la falta de atención; g) teoría de la referencia anímica; h) teoría del error”¹³².

a) La teoría de la previsibilidad está expuesta en la obra de Carrara, para este ilustre penalista, la culpa se conforma: “Cuando el hombre que realizó un hecho del cual resultó la

¹³¹ Maggiore Giuseppe. Ob. Cit., p.598. El reproche al agente de un evento culposo, radica en la obligación que tiene éste de conducirse con prudencia, previsión y cuidado, a fin de no causar resultados dañosos. Sin embargo el fundamento en que se apoya este reproche ha sido considerado de diversas forma, a este respecto Maggiore, señala que: Rossi colocó esos motivos en el hecho de que el hombre descuida el procurarse las consecuencias necesarias para que su acción no sea ilegítima; Carmignani, en la sospecha del dolo, Nicolini, en la transgresión del deber de prever y calcular; Mori, en su carácter excepcional; Carrara, en el daño mediato con el inmediato, con tal que el ciudadano, aun por hechos independientes, sienta disminuida la opinión de su seguridad; Pessina, en no haber previsto el individuo las siniestras consecuencias, que hubiera podido prever, de un hecho voluntario, demostrando así que no ha querido prestarle a su acción la atención que tenía que prestarle; Impallomeni, Alimena y Manzini, en el fin de crear con la pena motivos de diligencia; Ferri, en la personalidad antisocial y en la peligrosidad de los medios, aunque no se dirijan a un fin antijurídico; y Tosti, en la utilidad social.

¹³² Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.56.

ofensa a la ley, no quiso ni previó esa consecuencia, sino que sólo previó y quiso el antecedente, no hay dolo con respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni siquiera querida era previsible, hay culpa; si tampoco era previsible por el agente, se tiene el caso fortuito”¹³³.

Franco Guzmán, considera que en la teoría de Carrara se habla de que el reproche al agente debe hacerse en virtud de un vicio de la inteligencia, pero a su juicio, la ley no exige conductas inteligentes, “sino sólo acciones u omisiones voluntarias o involuntarias. Es más, agrega el autor, existe la culpa con representación (o consciente), no podemos afirmar que la previsión del resultado sea esencia de la culpa”¹³⁴.

En relación a la esencia de la culpa, sigue diciendo Franco Guzmán que:

“b) Carmignani, fundamenta la culpa en una sospecha de dolo, postura criticada por Carrara, porque de una sospecha la justicia no debe imputar un hecho delictuoso.

¹³³ Carrara, Francisco. Ob. Cit., pp.79 y 80.

¹³⁴ Franco Guzmán, Ricardo. La culpabilidad y su aspecto negativo, p.459.

c) Almendigen, basa la culpa en un vicio de la inteligencia y la memoria, negando que sea un vicio de la voluntad; considera que se trata de un vicio de la inteligencia y la memoria, porque el agente obra sin la debida previsión, precisamente por esos vicios.

d) Angilione, explica la culpa como una deficiencia de la asociación de ideas, o un defecto de atención, que se debe a condiciones de tipo fisiopsicológicas, apoyándose en un estudio de la red nerviosa central y de las neuronas.

e) Para Ferri, la noción de previsibilidad que utilizan los clásicos para fundamentar la culpa, es inaceptable porque entraña un vicio del intelecto, que da lugar a un defecto de atención, sin embargo, a pesar de que su conducta es dañosa, no debe ser punible, sino por ser peligrosa, serán las medidas preventivas las que deban aplicarse.

f) Von Liszt, expone la teoría denominada integral, porque trata de armonizar los conceptos de la escuela clásica de la previsibilidad y del vicio de la voluntad, con la de la falta de atención, así como con la falta de sentido social¹³⁵.

¹³⁵ Cfr. Franco Guzmán, Ricardo, Ob. Cit., p.460.

A juicio de Liszt, la culpa exige tres condiciones: “La primera es la falta de precaución, que consiste en el desprecio a las normas de cuidado que exige el estado, la sociedad, o las circunstancias. Las normas de cuidado se determinan según la naturaleza objetiva de las acciones emprendidas por el agente, no según el carácter particular del agente. La falta de voluntad se refleja en el incumplimiento de la atención necesaria para impedir el resultado lesivo”¹³⁶.

La segunda, subraya Liszt, “es la falta de previsión, que debe agregarse a la falta de precaución; es decir, el agente debe haber podido prever el resultado, para lo cual hay que tomar en cuenta las facultades mentales del sujeto en el momento de la realización del acto, así la falta de previsión se presenta como una falta de inteligencia”¹³⁷.

Con base en la primera condición Liszt maneja una base objetiva, la falta de precaución; en la segunda condición señala un fundamento subjetivo, la falta de inteligencia; y como tercera condición, “el proceder del agente tiene una significación antisocial por la indiferencia a las exigencias de la

¹³⁶ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p. 416.

¹³⁷ *Ibidem.*, p.417.

vida comunitaria, al agente le falta el sentido social que debe regir sus actos”¹³⁸.

g) Carlos Binding, propone los criterios de previsibilidad y evitabilidad para fundamentar la teoría de la culpa. “En el delito culposo debe existir, como en el doloso, una voluntad dirigida a una acción antijurídica, pero en el delito culposo el agente desconoce esa antijuridicidad, pero el evento es previsible y evitable, y la culpa se da por existir esa conducta antijurídica que pudo ser prevista y que podía evitarse, porque si se da el caso de que era previsible pero no evitable, no se dará la culpa por faltar uno de los elementos mencionados”¹³⁹.

h) Para Edmundo Mezger, “la llamada teoría de la referencia anímica”¹⁴⁰, en la cual trata de encontrar tanto para el dolo como para la culpa un fundamento común, que a su juicio se da en la referencia anímica, pues tanto en el dolo, como en un momento de los delitos culposos, la acción se ha querido, aun cuando el resultado en estos últimos no se ha querido.

¹³⁸ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p. 418.

¹³⁹ Carlos Binding, citado por Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, pp. 374 y 375.

¹⁴⁰ Mezger Edmundo, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., p. 377.

Esta teoría es criticada por algunos penalistas, porque consideran que no es posible explicar los casos de la culpa inconsciente y los delitos de olvido, donde es difícil hablar que el sujeto ha querido la conducta y no el resultado, cuando este último ni siquiera ha podido representar.

Para el sistema causalista, se consideran como elementos de la culpa, según Orellana, los siguientes:

- a) "La voluntariedad del acto inicial, es decir, debe quererse la conducta, sea esta comisiva u omisiva;
- b) Un resultado dañoso tipificado en la ley, para que podamos catalogarlo como delictivo;
- c) La ausencia de dolo, es decir, de la intención delictiva, pues el agente o no se representa el resultado, o si se lo representa, espera que éste no se produzca;
- d) La previsión, o la falta de previsión del resultado, cuando uno u otro, son deberes que se derivan de la ley, o de la propia convivencia social;

e) La relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir debe existir un enlace entre el proceso psicológico del agente, sea consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión que exigía la norma”¹⁴¹.

La culpa es un concepto único, sin embargo, tanto en la doctrina como en la legislación se hace referencia a la culpa en sus diferentes especies, como son: la imprudencia que implica obrar con temeridad, ligereza o sin precauciones; la negligencia que consiste en actuar con falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza; la impericia que radica en la falta total o parcial de conocimientos indispensables para realizar una actividad técnica o profesional; la ineptitud que es una deficiencia de orden natural que no debe confundirse con la impericia que es una deficiencia de orden técnico.

La culpa se ha clasificado de diferentes formas, como la aceptada por la doctrina y la legislación, en grados de culpa, en culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación. En la culpa consciente e inconsciente, se presenta la ausencia de voluntad del evento, pero en ambas existe el deber de prever el evento, pero mientras en la primera

¹⁴¹ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., pp. 59 y 60.

el sujeto se representa la posibilidad del evento, en la segunda no se lo representa, pero el deber de representarse ese resultado existe en la ley.

El Código Penal de Coahuila en su artículo 43, señala lo siguiente: “Obra culposamente el que produce un resultado típico, que no previó siendo humanamente previsible o que previó cuidando en que no se produciría, al infringir un deber de cuidado que le incumbe de acuerdo a las circunstancias y sus condiciones personales. Sólo serán punibles como delitos culposos, el homicidio, lesiones, contagio, daño, contra la ecología, evasión de presos, y los demás que expresamente determine este código u otras leyes”.

De la lectura de esta disposición se desprenden los elementos que la doctrina ha venido manejando en torno a la culpa, y señala taxativamente cuáles son los delitos en que puede punirse por culpa (principio de número cerrado).

1.2.12. LA INCULPABILIDAD.

Las causas de inculpabilidad, son aquellas que impiden la configuración del dolo o la culpa, por no reunirse los elementos que para cada una de esas especies se requieran.

En el sistema causalista, en torno a la culpabilidad encontramos las teorías sicologista y normativista, en las cuales según la posición que se adopte, respecto a esas teorías serán las causas que admita como posibles para impedir que nazca la culpabilidad. Señala Orellana que por lo general se acepta como causas de exclusión de la culpabilidad, “a) el error, y b) la no exigibilidad de otra conducta”¹⁴².

Algunos autores distinguen entre el error y la ignorancia, situaciones diversas, ya que en la primera tiene el sujeto una concepción equivocada, supone una realidad que no concuerda con esta, sin embargo, en la ignorancia, existe el desconocimiento total, el sujeto ni siquiera concibe una idea falsa respecto del objeto.

En relación a lo anterior, en general se acepta que para los efectos del derecho, el error y la ignorancia, son conceptos que se identifican, afirma Jiménez de Asúa, que: “Los dos conceptos se reúnen, en uno solo y los códigos suelen hacer uso de la expresión error si bien el derogado código italiano prefirió decir ignorancia en su artículo 44, acaso más en lo cierto ya que con este concepto general abarca también el error”¹⁴³.

¹⁴² Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.66.

¹⁴³ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Ob. Cit., p.390.

El error, que es una concepción equivocada de la realidad, se clasifica en error de hecho y error de derecho. El sistema causalista acepta el error como causa de inculpabilidad, cuando el sujeto a virtud de una equivocación e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, en cambio, rechaza el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar no releva de responsabilidad.

Castellanos afirma que, “la ignorancia de la ley a nadie excusa de su cumplimiento, nos lleva a concluir que el llamado error de derecho es irrelevante, es decir, un sujeto creyendo que una conducta es lícita, o ignorando que es punible, la ejecuta, su actuar, es desde luego, de acuerdo al principio ya señalado resultaría culpable porque su error no destruiría el dolo o la culpa. Así el código penal federal en su artículo noveno, antes de su reforma, prescribía que “la intención delictuosa no se destruiría, aun cuando el sujeto llegase a probar que creía que era legítimo el fin que se propuso, consagrando así la culpabilidad del error de derecho”¹⁴⁴.

También se habla al tratar el tema del error de derecho de los estados putativos que se presentan cuando el sujeto creía

¹⁴⁴ Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., p.351.

realizar una conducta lícita que en realidad no existe, y produce un resultado típico, evidentemente un error esencial e invencible no debe producir ninguna consecuencia de carácter penal.

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. A su vez el error esencial se clasifica en error esencial invencible y error esencial vencible. El error de hecho accidental, por su parte, se clasifica en error en el golpe (*aberratio ictus*) y error en la persona (*Aberratio in persona*).

El error esencial de hecho invencible se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a circunstancias que no podía superar; su equívoco puede recaer sobre elementos del delito, o sobre circunstancias agravantes de la penalidad, y en ese caso se presenta el error como causa de inculpabilidad.

Las eximentes putativas las define Fernando Castellanos Tena, como: “Las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una

justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo”¹⁴⁵.

Se aceptan generalmente como eximentes putativas manifiesta Jiménez de Asúa, las siguientes:

- a) “La defensa putativa;
- b) El estado de necesidad putativo;
- c) El ejercicio de un derecho putativo;
- d) El cumplimiento de un deber putativo”¹⁴⁶.

La no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad se plantea en el sistema causalista únicamente para quienes aceptan la teoría normativa de la culpabilidad, pues esta causa de inculpabilidad se apoya en la imposibilidad de reprochar al sujeto su conducta.

El psicologismo no puede aceptar la no exigibilidad de otra conducta, porque tal situación no está referida al proceso psicológico, sino a una valoración, al reproche que se realiza de ese proceso, situación que cae fuera de esa relación psicológica.

¹⁴⁵ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit., p.352.

¹⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo VI, p.304, señala como clases de esta especial forma de error, al error de tipo, al error de prohibición, a las eximentes putativas y a la obediencia jerárquica.

El fundamento de la inexigibilidad de otra conducta, de acuerdo con Muñoz Conde, lo encontramos en que: “El derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la Ley, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física”¹⁴⁷.

1.2.13. LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Para aquellos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad, éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena. La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter objetivo independientes de la acción delictiva.

En este sentido Muñoz Conde manifiesta: “Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellos el dolo o la imprudencia del autor siendo indiferente que sean o no conocidas por él. Entre ellas se cuentan, en nuestro código penal (español), la sentencia

¹⁴⁷ Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del delito. Ob. Cit., p.149.

condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo; la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra”¹⁴⁸.

Por su parte Zaffaroni niega terminantemente la existencia y valor de las condiciones objetivas de punibilidad, ya que ellas son el último reducto dogmático de la responsabilidad objetiva, pues al referirse a cuestiones objetivas que van a incidir en la pena, rompen con el principio de que “no hay pena sin culpa”. Por lo anterior señala: “La ubicación de estas supuestas condiciones objetivas de la punibilidad es un problema harto dudoso, pues mientras unos pretenden que forman parte del tipo pero que no son alcanzados por el dolo ni por la culpa, es decir, por ningún conocimiento, pero los dejan navegando en una zona neutra, fuera del tipo y del delito, siendo esta última la tesis que prevalece actualmente”¹⁴⁹.

Sigue diciendo Zaffaroni, que “lo cierto es que cualquiera que fuese la posición que se le asigne, como se conviene en que no necesitan ser abarcados por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad, representan una severa restricción al principio de culpabilidad en la forma en que implica que todo evento del

¹⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit., p. 156.

¹⁴⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob, Cit., p. 55.

que dependa la punición debe ser alcanzado por el dolo o por la culpa”¹⁵⁰.

1.2.14. LA FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Para quienes aceptan las condiciones objetivas de punibilidad, sea como requisito de procedibilidad o como cuestiones prejudiciales, la falta de ellas, impide que pueda procederse contra el agente, aun cuando los elementos del delito estén plenamente comprobados. Esto último nos reafirma la idea de negar su existencia en la teoría del delito, pues el ilícito se da con independencia de tales condiciones objetivas, que se refieren a aspectos procesales, no de derecho penal.

1.2.15. LA PUNIBILIDAD.

Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como: “La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”¹⁵¹.

¹⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit., p.56.

¹⁵¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., p.395.

La punibilidad, es la amenaza de pena que en cada tipo penal se establece; de esta manera, una vez realizada una conducta típica, antijurídica y culpable, a la misma, se le deberá imponer la pena prevista en la ley. A este respecto, vuelve a señalar Pavón Vasconcelos que: “Si todo derecho es un orden coactivo, ¿cual es la diferencia específica entre las normas de derecho penal y los otros derechos? No siendo lo injusto ni lo culpable características distintivas, según lo hemos afirmado, sólo dos notas, la tipicidad a la punibilidad concretizan y diferencian la norma penal de otras. A ellos alude la definición del artículo 7º, “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pues únicamente es punible lo descrito por estas leyes”¹⁵².

1.2.16. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.

Pavón Vasconcelos, después de analizar los supuestos de excusas absolutorias, en la legislación penal federal, descarta la mayoría de ellas (encubrimiento entre parientes, o ligados por

¹⁵² Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., p.396.

afecto o amistad; favorecimiento a la evasión de parientes; el aborto en el caso de embarazo con motivo de una violación)¹⁵³.

Las restantes excusas absolutorias Pavón Vasconcelos las agrupa de la siguiente manera:

1° En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente; artículos 139, actualmente 138, (deposición de armas por el rebelde), y 375 (robo cuyo valor no exceda de veinticinco pesos), actualmente que el valor de lo robado no exceda de diez veces el salario mínimo.

2° En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor; artículo 333, primera parte (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada) y 340 (injurias recíprocas), este último precepto, fue derogado

3° En razón de la conservación de las relaciones familiares: artículos 377, 385, 390 (robo, abuso de confianza y fraude cometido por ascendientes contra sus descendientes o por éstos contra aquellos), estas disposiciones fueron derogadas

¹⁵³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., p. 398.

y actualmente se requiere la querrela de la parte ofendida para proceder penalmente en contra del sujeto activo del delito”¹⁵⁴.

1.3. EL ESQUEMA NEOCLASICO.

Concepción neoclásica. A esta concepción se le ha llamado por la doctrina Teoría Normativa o Causalismo Valorativo. La Teoría clásica empezó a tener fisuras en su estructura, al no poder explicar los delitos de omisión cuando hay olvido, pues no existe un nexo causal entre el sujeto y su acto.

Las críticas a la dogmática clásica provinieron de la consideración teleológica del injusto y tipo penales, así como el creciente influjo de la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana en la teoría del delito. Señala Gallas que “al acentuarse la transformación de los elementos “formales descriptivos” en elementos “materiales normativos”, se llenó la fisura entre tipicidad y antijuridicidad, de un lado, y se hizo cada vez menos nítida y fija la separación entre injusto y culpabilidad, del otro”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., p. 399.

¹⁵⁵ Wilhelm Gallas. La teoría del delito en el momento actual. Edit. Bosch. Barcelona 1959, p.8.

Gallas afirma que “el esquema neoclásico se caracteriza por el dominio de una concepción social de la acción y una “teoría normativa” de la culpabilidad; la inclusión en el tipo de elementos valorativos y su puesta en función de conocimiento y aun de fundamento de la antijuridicidad, y la presencia de elementos subjetivos en el injusto, hasta ese momento referido a lo meramente objetivo”¹⁵⁶.

Por lo anterior argumenta nuevamente Gallas, que “la crítica de la acción causal y la culpabilidad psicológica, trajo consigo el desquiciamiento de la sistemática anterior y puso en juego una nueva dinámica de la teoría del delito, inaugurada por la teoría de los “elementos subjetivos del injusto” y la llamada “teoría normativa de la culpabilidad”¹⁵⁷.

El distintivo del esquema neoclásico es el reconocimiento de que el injusto sigue siendo principalmente objetivo, pero de modo excepcional se funda en particulares elementos subjetivos: objetivo, pero no en todos los casos; y la admisión de que la culpabilidad permanece como subjetiva, pero se integra con elementos normativos, subjetiva, pero no totalmente.

¹⁵⁶ Wilhelm, Gallas. Ob. Cit., p.9.

¹⁵⁷ *Ibidem.*, p.10.

De esta suerte, algunos componentes de ciertos delitos se desplazan de la parte objetiva a la subjetiva y viceversa, quebrándose así la tranquila y didáctica división maniquea de los clásicos.

El gran maestro y catedrático de la Universidad de Munich, Alemania, Reinhart Frank, es considerado el padre de la Escuela Neoclásica, para la cual la acción es comprendida como: “la conducta humana, una manifestación de la voluntad en el mundo exterior”¹⁵⁸.

1.3.1. La acción.

El gran maestro Daza Gómez, afirma que; “la Teoría Normativa y la Clásica conciben a la acción como la conducta humana, una manifestación de la voluntad en el mundo exterior. El acto interno de la voluntad y la manifestación externa de este acto son requisitos de la acción”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Reinhart Frank, citado por Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1998, p.45.

¹⁵⁹ Daza Gómez Carlos. Ob. Cit., p.45.

1.3.2.La tipicidad.

A la tipicidad, se le considera como la ratio assendi de la antijuridicidad. Se habla así del tipo del injusto. Considera Daza Gómez que “en su condición de mera descripción, exenta de valoración, como pugnaba la teoría clásica, se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos del injusto”¹⁶⁰.

1.3.3. La antijuridicidad.

Bustos Ramírez, en relación a la afirmación de Beling, señala que el tipo es ajeno al valor; indica que la antijuridicidad “es una lesión objetiva de las normas de valoración; la acción típica surge como la creación de una lesión, en la medida que no hay causas de justificación”¹⁶¹. Esta es la forma en que se afirma la valoración de la tipicidad y la antijuridicidad, con la cual se verifica la existencia de elementos normativos específicos del tipo.

¹⁶⁰ Daza Gómez Carlos. Ob. Cit., p.46.

¹⁶¹ Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Edit. Ariel. Barcelona, 1984, p.159.

1.3.4. La culpabilidad.

La concepción normativa insiste el gran maestro Daza Gómez, “es un juicio de reproche al autor por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haber actuado conforme a lo que ordena el derecho. La culpabilidad, además de tener un contenido determinado de carácter psicológico (dolo y culpa), es un juicio de desvalor; la culpabilidad es reproche. Para esta doctrina la imputabilidad, el dolo y la culpa son formas de ella”¹⁶².

1.3.5. El concepto social de acción.

Fue Schmidt, quien ideó un concepto social de acción que pretende funcionar como tercera vía entre finalismo y causalismo, pero que a veces se construye de un modo o de otro. El estricto causalismo, como dice Welzel, “no puede suministrar un concepto social de acción”¹⁶³, y por otra parte, como destaca Zaffaroni, “todo concepto verdaderamente social de acción, es necesariamente finalista”¹⁶⁴.

¹⁶² Daza Gómez, Carlos. Ob. Cit., p.46.

¹⁶³ Welzel Hans. El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducida por José Cerezo Mir. Edit. Ariel. Barcelona, 1964, p.33.

No es de esta forma como el concepto es expresado por sus fundadores, (Schmidt, Maihofer, Mezger, Wolf, Kaufman, Wurtenberger, Jescheck y del Rosal), para quienes la acción consiste en la causación voluntaria de un resultado social o jurídicamente relevante.

En este sentido señala Welzel, “si la relevancia es social, pero pretípica, el concepto tiene que ser finalista, o se cromatiza con una peligrosa ética social; si es jurídica, el concepto de acción sería jurídico-penal y no ontológico, lo que impedirá la existencia de acciones atípicas, pues estas precisamente ya no serían acciones para el sistema del derecho penal”¹⁶⁵.

Para Mezger, la acción es un concepto-valor que, contradictoriamente, corresponde también a “una imagen de hecho natural”, que en el derecho penal ostenta la calidad de un sustantivo al que se refieren los atributos de la antijuridicidad y la culpabilidad. El la conceptúa como “el querer interno del agente que trasciende como realización típica, a la que corresponde tanto la “conducta corporal del agente” como su resultado externo”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Welzel, Hans. Ob. Cit., p.34.

¹⁶⁶ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I., p.173.

Con Zaffaroni, se puede afirmar que una conducta “es socialmente relevante siempre que sea conducta, o sea, siempre que implique una relación intersíquica, y no hay relaciones intersíquicas que no impliquen una actitud, lo que requiere una finalidad, con la salvedad de que este texto solo entiende por conducta la interferencia intersubjetiva propia del derecho, dejando de lado las interferencias subjetivas características de la ética, que también son ontológicamente acciones”¹⁶⁷.

Ello podría significar insiste Zaffaroni, “que la concepción finalista tradicional de la acción no es completa y cabalmente ontológica, puesto que se le escapan múltiples procesos voluntarios que son acciones desde el punto de vista óntico-ontológico”¹⁶⁸.

Con todo lo anterior, parece indiscutible que el sistema neoclásico, fundado en la axiología de la escuela sudoccidental alemana, es en definitiva también naturalista, puesto que aun cuando se percata de que ontológicamente la acción no cae bajo la legalidad de categorías puramente causales, enuncia la

¹⁶⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit., p. 143.

¹⁶⁸ *Ibidem.*, p.144.

necesidad de apreciarla como si así fuese, a fin de satisfacer exigencias metodológicas.

La crítica puede considerarse en este sentido agotada desde lo señalado por Maurach: “Lo mismo que el concepto naturalista, el concepto social de acción es puro concepto causal: acción es igual que causación, es decir, causación de un resultado típico en lo que se refiere al derecho penal. Sostener tal teoría es, sin embargo, tomar el rábano por las hojas”¹⁶⁹.

1.3.6. Los elementos subjetivos del injusto.

Para Fischer, no corresponde en verdad al derecho penal la “policía del espíritu”¹⁷⁰, esto es, la punición del pensamiento y del ánimo, únicamente, al sentido espiritual que les confiere la tendencia o la finalidad especial del autor. En general la prohibición es objetiva, pero en algunos casos depende de particulares elementos psicológicos, sin los cuales la conducta no está prohibida, es decir, no es antijurídica.

¹⁶⁹ Maurach, Reinhart. “Concepto final de acción” en tres conferencias, separadas de DPC. Vol. IV, número 3. Bogotá Colombia, 1965, p.167.

¹⁷⁰ Fischer, H. A., citado por Sergio Politoff. Los elementos Subjetivos del tipo legal. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1956, p.167.

Novoa considera que, “a nadie podrá censurarse por hacer lo permitido, desconociendo la permisión genérica o concreta, porque es absurdo y responde a una versión primitiva de los imperativos jurídicos, amen de que se inspira, en el campo penal, en la orientación no liberal de sancionar la mala voluntad jurídica y no, el mal jurídico ocasionado por la voluntad culpable”¹⁷¹.

Tampoco podrá reprocharse afirma Novoa, “el hacer lo prohibido, creyéndolo permitido, pero en este caso por razones de justicia ligadas al principio de culpabilidad y no a la eficacia misma de las normas jurídicas, que no se puede tratar como la eficacia de una orden personal y subjetiva”. Pues, en el derecho, agrega Novoa, lo justo no depende ni puede depender de los contenidos sicoéticos de la voluntad realizadora, y en cambio sí lo injusto, principalmente lo injusto punible”¹⁷².

Siguiendo a Jeschek, propone Zaffaroni, la siguiente clasificación de los tipos con elementos subjetivos:

¹⁷¹ Novoa Monreal, Eduardo. Ob. Cit., p.92-94. Lo anterior está bien, porque el derecho se rige por el axioma “lo que no está prohibido, está permitido”, y no por el inverso, axioma que muestra el carácter general de lo permitido y la índole especial o excepcional de lo prohibido. Pero si el actuar ajustado a derecho también depende, lo mismo que el injusto de la actitud sicológica o ética del individuo, entonces el derecho y la moral se refunden porque el primero pierde su heteronomía, alteridad y autarquía.

¹⁷² *Ibidem.*, p.95.

“a) Delitos de intención, también llamados de “tendencia interna trascendente”¹⁷³, al dolo genérico, se agrega un fin ultratípico que el agente debe perseguir para que se dé el tipo subjetivo, pero que generalmente no ha menester que alcance. Entre ellos se comprenden los siguientes:

1. Los delitos de resultado cortado, que se consuman sin que el agente alcance el fin propuesto. En efecto de esta técnica tipificadora es el de anticipar la consumación, impidiendo que el hecho se quede en tentativa ante la inconsecución del fin. Ejemplo: basta, en el cohecho propio, que el empleado oficial reciba la dádiva para los fines indicados en la norma, aunque esos fines no se realicen o cumplan; de modo similar, en el cohecho activo basta que el particular ofrezca la dádiva para tales fines, aunque estos no se alcancen.

2. Los delitos incompletos de dos actos, en los cuales la conducta típica es un medio para otra conducta, no debiendo esta última alcanzarse, pues en caso tal se daría un concurso de hechos punibles. Así sucede con la causal 2^a de agravación del homicidio, y lo mismo con la 3^a, aunque en el primer caso la segunda conducta es “fin” y en segundo es “medio”. Porque esa

¹⁷³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Teoría del delito, p.316. Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, pp.436.

finalidad se adiciona al dolo y sobra con respecto a él, es por lo que a estos delitos se les denomina comúnmente de “tendencia interna trascendente”¹⁷⁴.

b) Delitos de tendencia: la voluntad del autor debe ostentar una especial tendencia al realizar la conducta. Se trata, clarifica Bacigalupo, de “especiales elementos del ánimo”, esto es, de una actitud subjetiva del autor que determina un especial disvalor ético-social de la acción”¹⁷⁵.

c) Delitos de expresión, categoría doctrinal que viene desde Mezger y Wolf y que también admite Jeschek, cuya acepción, según Kern, “es la de una manifestación de voluntad que trasciende como una declaración del agente, con un contenido intelectual o sentido determinado, cualquiera que sea el medio empleado”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Teoría del delito, p.316-319. Jescheck, Hans. Tratado. Tomo I, pp.436-438.

¹⁷⁵ Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoría del delito. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1974, pp.52-53. A los elementos subjetivos del injusto, este autor prefiere llamarlos “especiales elementos subjetivos de la autoría”, designación que ciertamente arroja luz sobre su naturaleza y función.

¹⁷⁶ Kern, Eduardo. Los delitos de expresión. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1967, pp.20-22. Entre ellos se incluyen los delitos agraviantes, los de incitación, amenaza, engaño, los de comunicación, los acuerdos punibles, y además, todos los casos de autoría mediata y de complicidad mediante consejo, instigación y determinación, y, en general todos los delitos formales.

Conviene recordar que para el causalismo, pese a la contradicción estructural que ella reporta, el dolo es un elemento subjetivo del injusto en todas las formas de la tentativa, tanto en la general como en las especialmente previstas; por ejemplo: los delitos de empresa, cuya finalidad es impedir la reducción de la penalidad propia de la tentativa para los autores que emprenden ciertas obras punibles (complot de traición a la patria, rebelión). El causalismo reconoce también, como elementos subjetivos del tipo, los llamados “dolos específicos”¹⁷⁷.

Lo que no admite subraya Kern, “es el dolo genérico de los delitos consumados en la parte subjetiva del tipo, de tal manera que para los causalistas no existe un verdadero tipo subjetivo. Para ellos, el tipo es regularmente objetivo y descriptivo, y solo por excepción se estructura con particulares elementos normativos o subjetivos”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Kern, Eduardo., p.26.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.27.

1.4. HANS WELZEL Y LA TEORIA FINALISTA DE LA ACCION.

Hans Welzel es el jurista que desarrolla la teoría de la acción finalista que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la dogmática causalista.

La teoría finalista de la acción surgió según Muñoz Conde, “para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del derecho penal desde principios del siglo”¹⁷⁹.

La teoría de la acción final nace con la publicación del libro Derecho Penal Alemán de Hans Welzel. Esta teoría comenta Daza Gómez, “es iniciada por Hellmuth Von Weber y Graf Zu Dohna y seguida por Hans Welzel, Niese, Reinhart Maurach, Günter Stratenwerth, Armin Kaufman, Claus Roxin y Günter Jakobs”¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Muñoz Conde, Francisco. Teoría general del delito. Edit. Temis. Bogotá, Colombia 1990, p.13.

¹⁸⁰ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel. Teoría general del delito. Edit. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1998, p.47.

Alexander Graf Zu Dohna, publicó su obra “La Estructura de la Teoría del Delito en 1936, posteriormente fue reimpressa en 1941. En ella el autor expone su pensamiento sobre la teoría del delito, rechazando por primera vez el sistema tradicional de objetivo-subjetivo, cambiándolo por el de objeto de valoración (acción típica) y valoración del objeto, que contiene dos niveles: valoración del tipo objetivo, que nos lleva a la antijuridicidad o justificación de la acción típica y valoración del tipo subjetivo, que trae consigo la culpabilidad o inculpabilidad del autor”¹⁸¹.

Dohna divide su obra en dos capítulos: los elementos constitutivos del delito y las modalidades de la ejecución del delito.

Dohna define al delito como: “la transgresión culpable de la norma. Considera que el delito, al ser concebido con un enfoque dual, puede entenderse como la inobservancia de la norma contenida en el ordenamiento jurídico, que contiene una amenaza de imposición de pena”¹⁸². Una vez definido el concepto de delito, afirma Dohna, que sus elementos son: “acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad”¹⁸³.

¹⁸¹ Graf Zu Dohna, Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1958.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

Partiendo de la hipótesis de que no hay delito sin acción, con la valoración del objeto nace la antijuridicidad y finalmente la culpabilidad. Es de hacerse notar que hace falta la presencia de elementos que nos lleven a determinar qué conductas deben ser susceptibles de subsumir en el ámbito penal, denominando a esto, adecuación típica de la acción realizada.

Dohna fue el primero en colocar al dolo en el tipo. Entiende al tipo como tipo de acción y al dolo como dolo de tipo, trasladando la conciencia de la antijuridicidad a la culpabilidad y no al tipo subjetivo, por lo que el error de prohibición excluye a la culpabilidad, sin excluir al dolo. Por lo anterior, las aportaciones de Dohna fueron básicas para la construcción del finalismo, al realizar por primera vez la división entre tipo objetivo y subjetivo.

Por su parte Von Weber en sus estudios afirma que el desarrollo del Derecho Penal alemán, a principios de este siglo, a sido determinante por el enfrentamiento de las escuelas penales clásica y moderna, que discrepan sobre el tema “retribución o protección de la sociedad”, “pena o seguridad”,

afirmando: “La estructuración del sistema de Derecho Penal se ha tornado problemática”¹⁸⁴.

Este autor señala que el sistema clásico del Derecho Penal se rige sobre la elemental y obvia diferenciación entre las partes objetiva y subjetiva del delito. Weber funda la antijuridicidad sobre las características externas de determinada conducta (conforme a la causación del resultado), mientras que la culpabilidad es una relación psíquica para este resultado, que contiene un doble requerimiento: la imputabilidad del autor y una particular posición respecto del hecho en concreto, que se manifiesta en alguna de sus formas o clase de culpabilidad, como son dolo y culpa. Tentativa y participación son consideradas: “formas de aparición del delito”¹⁸⁵.

Weber analiza los verbos utilizados en las descripciones legales y encuentra que en los tipos dolosos la voluntad del autor está dirigida al resultado. Este análisis, es de gran importancia, ya que de su estudio surge para la dogmática penal el conocimiento de que el legislador tiene fundamentalmente dos posibilidades para explicar una conducta humana antijurídica.

¹⁸⁴ Hellmuth Von Weber. Citado por Daza Gómez, Carlos. Teoría del Delito. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1998, p.19.

¹⁸⁵ Von Weber, Hellmuth. Ob. Cit., p.20.

Puede asentar la norma sólo sobre el aspecto exterior y prohibir una conducta causal de un resultado o bien, puede tomar como fundamento la voluntad del autor y poner bajo pena una conducta dirigida a un resultado. Por lo tanto, las conductas podrán ser señaladas como antijurídicas tanto objetiva como subjetivamente. Dicho con otras palabras, según Weber: “Tenemos aquí derecho penal de acto y allá derecho penal de voluntad”¹⁸⁶.

El tratadista alemán hace una clasificación de los tipos, en causales y finales; los tipos causales prohíben un resultado, cualquiera que sea la actividad que los genere, y para los tipos finales lo prohibido está en la conducta misma, con independencia del resultado.

La aportación de Weber introduce una variable en la teoría del delito, que convierte todos los tipos penales, es decir, lo prohibido no es nunca lo causante como tal, sino la conducta dirigida a producir el resultado, aun en los pocos casos en que el resultado posee relevancia.

Las aportaciones de Von Weber contribuyeron a “la construcción del finalismo, al establecer una separación del

¹⁸⁶ Von Weber, Hellmuth. Ob. Cit., p.21.

injusto y culpabilidad sobre las categorías del deber y el poder”¹⁸⁷.

La Doctrina de la Escuela de Kiel nace en Alemania en 1935, bajo el régimen nacional socialista, siendo sus principales expositores Daham y Schaffstein. Esta escuela surge como una reacción a la concepción individualista y liberal del derecho. Para estos autores el delito es un todo orgánico y sus componentes no pueden separarse, constituyendo su esencia el deber de fidelidad al Estado.

Lo más importante de esta escuela afirma Daza Gómez, “es que relega el tipo legal a un segundo plano, concediéndole al autor mayor preponderancia, toda vez que lo decisivo es que el autor reúna las condiciones que el legislador tomó en cuenta al descubrir la conducta, si contiene los caracteres de tipo de autor para el que está prevista la pena que la ley establece”¹⁸⁸.

El maestro español Rodríguez Devesa, a este respecto afirma: “Con la Escuela de Kiel se abre camino la idea de un

¹⁸⁷ Daza Gómez, Carlos. Ob. Cit, pp.21-22. Weber contribuye a dar soporte al problema de los delitos culposos al fundamentarlos en “el desvalor de la acción”, lo injusto de los delitos culposos no es la causa del resultado extrafinal, sino el modo de realización de la acción, el modo de dirección de los medios en forma contraria al cuidado objetivamente requerido en el respectivo ámbito de relación; el resultado pertenece al tipo de tales delitos, pero no al injusto de los mismos, representando a lo sumo una condición objetiva de punibilidad.

¹⁸⁸ Daza Gómez, Carlos. Ob. Cit., p.23.

derecho penal de autor, voluntarista, en el que debe predominar no la letra de la ley, sino la ética-social, el sano sentir del pueblo”¹⁸⁹.

Esta escuela aportó el desvalor del acto con respecto al del resultado, atacó con severidad la concepción objetivista del delito como atentado contra bienes jurídicos y defendió la doctrina subjetivista, que la concebía sobre todo como violación de deberes jurídicos de la lealtad frente al estado y el derecho.

La teoría de la acción final nace en los años treinta con la obra Derecho Penal Alemán, de Han Welzel, quien posteriormente modificó algunos puntos básicos de su doctrina en su libro “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”¹⁹⁰.

Este autor establece la limitación del poder punitivo del Estado nacional socialista. Retoma el pensamiento de diversos autores y lo plasma en su obra, y constituye así un cambio radical en el Derecho Penal; posteriormente algunos autores como Kaufman, Maurach, Jeschek, Roxin y Jakobs adoptan esta ideología.

¹⁸⁹ Rodríguez Devesa, José María. Citado por Daza Gómez Carlos. Ob. Cit, p.23.

¹⁹⁰ Welzel, Hans. “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”.

El finalismo es la consecuencia de la evolución del Derecho Penal, ya que en la práctica resultó insuficiente la doctrina clásica; por lo que el pensamiento de los diversos autores que se han destacado, quienes llevaron consigo la reestructuración de los diversos niveles de la teoría del delito.

Esta teoría parte de la base en que los tipos de delitos dolosos o en los culposos nos hallamos mediante dos categorías autónomas, en las cuales el decurso de la acción presenta una diferencia estructural ontológica.

Para Hans Welzel la acción finalista “es la realización de una voluntad plena de sentido que está dirigida a lograr objetivos determinados, y que no se puede separar el contenido objetivo de la acción, sin que ésta, en cuanto fenómeno social, pierda su valor de realidad”¹⁹¹.

La acción sólo puede entenderse a partir de esta dirección de la voluntad. La acción causal designa la causación ciega, no sustentada por voluntad alguna, de un cambio en el mundo exterior. Ella adquiere significado jurídico penal sólo cuando es evitable, como en el caso del delito culposos.

¹⁹¹ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Traducción: Juan Bustos Ramírez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1987, p.26.

A partir de la década de los años treinta, aparecen publicados los trabajos de Hans Welzel, quien acepta que si bien “el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, un fin, no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad o del fin”¹⁹².

Welzel fundamenta la teoría de la acción finalista, no sólo en el plano de los elementos que integran el delito, sino en el terreno mismo del derecho penal, como base de su propia teoría. Para Welzel la misión del derecho penal consiste “en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares”¹⁹³.

El fundador del finalismo explica que detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse sólo a la protección de los deberes ético-sociales, como la vida, la libertad, el honor, etc., (principio de exclusividad de los medios punitivos específicos), pues extender la punición a conductas

¹⁹² Welzel, Hans. Ob. Cit., p.26.

¹⁹³ *Ibidem.*, p.27.

que no revistan gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo.

La determinación de esos deberes ético-sociales viene a resultar de la mayor importancia, pues para este autor, “los regímenes totalitarios se han servido del derecho penal para crear un derecho penal destinado a oprimir a los individuos”¹⁹⁴.

El nacionalsocialismo en Alemania es un ejemplo de esta desviación, así el nazismo se apropió de los conceptos “nacional” y “social” para darles una proyección política que atentaba contra los deberes ético-sociales que afirmaba defender. En el campo jurídico el nacionalsocialismo alemán colocó en el lugar del individuo y la sociedad, al pueblo, la nación y la raza.

Al derecho se le señalaron metas utilitarias y naturalistas “la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo”. Estas ideas ya aparecen con anterioridad al nacionalsocialismo, cuando se manejó el concepto de la “antijuridicidad material” caracterizada como daño social.

¹⁹⁴ Welzel, Hans. Ob. Cit., p.28.

A juicio del autor alemán, ahora debe imperar la función ético-social, basada en el consenso de los propios ciudadanos, en el ejercicio democrático de sus derechos y obligaciones. Dice también que: “El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitarias del derecho penal”¹⁹⁵.

El escritor alemán sostiene, que “acción humana es ejercicio de actividad final”. La acción “es un acontecer final, no solamente causal, la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan y a la consecución de estos fines”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Hans Welzel. La teoría de la acción finalista. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1951, p.18. Para Hans Welzel, el objeto de las normas penales es la conducta humana, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción, el ejercicio efectivo de la actividad final, o la omisión de una acción, el no ejercicio de una actividad final posible. Para las normas del derecho, la acción está en primer plano, mientras que la omisión queda en un segundo plano.

¹⁹⁶ Hans Welzel. Ob. Cit, p.19. Hans Welzel, apoyándose en los deberes ético-sociales que se hallan inmersos en el trasfondo de las prohibiciones o mandatos que imponen las normas penales, parte de la idea, de que todo Estado de Derecho, debe regirse por un derecho penal de autor, donde la pena deba graduarse de acuerdo al grado de culpabilidad del sujeto activo, y no de acuerdo a la peligrosidad del autor, o también llamado, derecho penal de autor, que impera en los Estados Autoritarios o Totalitarios, en donde la pena rebasa el grado de culpabilidad por los rasgos característicos que la distinguen.

De acuerdo al pensamiento de Welzel, la esencia del finalismo puede resumirse en esta tesis mínima, señala Morselli, "tanto el dolo como la culpa son sustraídos al concepto de la culpabilidad para ser trasladados al ámbito del hecho típico, según la fórmula *"Voratz nicht mehr zur Schuld, ndern zum Tatbestand"* (el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino a la figura delictiva)"¹⁹⁷.

De acuerdo al penalista alemán, el verdadero sentido de la teoría de la acción final, va encaminada al restablecimiento de la función ético-social que conlleva el derecho penal y, por consiguiente, la superación de las tendencias naturalísticas utilitarias del mismo derecho penal.

En la teoría de la acción final de Welzel, se rechaza la fundamentación "naturalística" y, por tanto, el que la acción sea entendida como un mero "proceso causal ciego", carente de sentido, y en su lugar, se hace resaltar el momento "final" de todo proceder humano. Conforme a esta nueva concepción, la acción es "actividad final", es ejercicio de la actividad final humana, y como tal, es un acontecer final y no solamente causal; la finalidad, por otra parte, es vidente y la causalidad ciega.

¹⁹⁷ Hans Welzel. Ob. Cit., p.20.

En relación a la acción, existen diversas teorías que pueden señalarse, sin embargo, en este apartado, analizaremos las siguientes: a) Teoría naturalista de la acción; b) Teoría social de la acción y c) Teoría finalista de la acción.

Se denominó acción natural, según Maurach, “por querer trasladar las leyes de la ciencia de la naturaleza al derecho penal, y considerar el cumplimiento del tipo como una simple consecuencia del proceso causal precedente”¹⁹⁸.

El concepto naturalista de la acción fue mejorado por el concepto social de acción. Es decir, al estar situado el concepto en el campo del derecho, debe dicho concepto estar regido por éste, sin que pueda el concepto social de acción denegar la paternidad intelectual del concepto naturalista de acción.

Dentro de este breve análisis del concepto social de acción, es necesario señalar las observaciones formuladas por Maurach, a este concepto social de acción:

“a) Lo mismo que el concepto naturalista, el concepto social de acción es un puro concepto causal.

¹⁹⁸ Maurach, Reinhart. Ob. Cit., p.208.

b) Si las doctrinas causales de acción identifican el concepto de acción con el de causación del resultado, resulta incomprensible, la clasificación de aquellas manifestaciones de voluntad que no han producido ningún resultado, y

c) Un concepto de acción tan vacío y desvanecido (acción es igual a causación del resultado) no es fundamento sólido del delito”¹⁹⁹.

Jiménez de Asúa, acepta que “no niega, que la teoría de la acción finalista traiga mucho de nuevo, junto a residuos inevitables de lo antiguo, como su aferramiento a concepciones más éticas que jurídicas, aunque Welzel es de los que afirman que la culpabilidad ha de ser jurídico-penal y que no es la responsabilidad <ante la conciencia o ante Dios>”²⁰⁰.

Francisco Antolisei, al hablar de la teoría finalista de la acción, establece en forma congruente cuál es su consistencia y significados:

“a) La nueva sistemática responde mejor que la tradicional, en alguno de sus aspectos, a las exigencias del

¹⁹⁹ Maurach, Reinhart. Ob. Cit., p.209.

²⁰⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Vol. V. Editorial Losada. Buenos Aires, 1956, p.215.

derecho penal moderno; pero no obstante ello, la nueva orientación que ha encontrado muy pronto entre los jóvenes, inclinados con frecuencia a seguir la última moda, no puede ser aceptada.

b) La doctrina aludida aparece ligada estrechamente a una concepción filosófica particular, a la que la ciencia jurídica no tiene motivos para atribuir un mayor valor que a otras muchas que le han precedido y que han sido rápidamente abandonadas. La existencia de estructuras ontológicas que preexisten al derecho positivo constituye un asunto metafísico, que tiene valor solamente para quienes apriorísticamente lo admiten, a través de un acto de pura fe.

c) Por lo que concierne al concepto de acción finalista, debe destacarse que sólo mediante manifiestas acrobacias lógicas puede hacerse entrar en ella la conducta culposa, y especialmente la debida a una culpa inconsciente.

d) La transposición del dolo y la culpa desde el elemento de la culpabilidad a los de la acción y la antijuricidad, constituye una verdadera aberración, haciendo imposible una neta distinción entre el aspecto objetivo y subjetivo del delito. Su artificiosidad encuentra una confirmación en el hecho de

que los mismos seguidores de la teoría finalista, cuando se disponen a examinar las individuales figuras del delito no pueden prescindir de la distinción entre tipo objetivo y subjetivo, conforme a los criterios tradicionales.

e) Donde la doctrina aludida revela intensamente su inconsistencia, es en la determinación del concepto de culpabilidad. Al excluir de este elemento el dolo y la culpa, se le vacía de lo que le es más esencial, puesto que la culpabilidad no puede ser más que una actitud psíquica contraria al deber.

f) La abstrusa arquitectura de la orientación finalista, al igual que la teoría de la culpa de autor, sólo encuentra explicación en la vinculación casi fetichista de los penalistas alemanes al principio de la Vergeltung, es decir, al concepto de la pena considerada como castigo moral y expiación.

g) Lejos de ser una valiosa imprejuizada revisión de los métodos y los conceptos, la nueva teoría no es más que un artificioso y vano intento de conciliar lo inconciliable, o sea,

determinados presupuestos ideológicos y filosóficos con un derecho que ha dejado ya tales presupuestos a su espalda”²⁰¹.

Maurach seguidor de la teoría finalista de la acción, aunque con algunas reservas, indica como consecuencias de la teoría final de la acción, las siguientes:

“a) Ningún ámbito de la construcción del delito deja en un principio, de resultar afectado por el cambio de estructura.

b) El dolo, como elemento subjetivo del tipo, pasa a formar parte del injusto, convirtiéndose, de este modo, en un dolo natural.

c) En la teoría de la antijuricidad se impone la consideración del elemento subjetivo de justificación.

d) La culpabilidad del delito doloso pierde su anterior carácter dualista, y se convierte en un puro juicio de valor.

e) El potencial conocimiento del injusto encuentra su lugar sistemático dentro de la culpabilidad.

²⁰¹ Cfr. Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Uteha Argentina. Buenos Aires, 1960, pp. 248, 249.

f) La teoría del error se regula de modo nuevo.

g) La accesoriadad de la participación adquiere una base más segura.

h) Los hechos punibles de los inimputables obtienen una configuración más firme.

i) La teoría de la unidad y de la pluralidad de los hechos, obtiene deslindes más seguros”²⁰².

Richar Bush considera, que “el concepto finalista de la acción”²⁰³ hace posible, como lo muestran los sistemas de Graf Zu Dohna, Von Weber y Welzel, la construcción de un sistema jurídico penal, cuya articulación clara y sencilla no sólo tiene valor didáctico; que la teoría del delito basada en este sistema permite resolver en forma dogmáticamente clara y objetivamente correcta; que sólo con esto se demuestra su superioridad frente al sistema jurídico penal tradicional, además que la teoría finalista de la acción ofrece el único fundamento para aquella concepción del injusto que incide en las raíces del derecho penal.

Del Rosal, opina que “corresponde al finalismo, el mérito de haber intentado, con felices hallazgos, una nueva

²⁰² Maurach, Reinhart. Ob. Cit., p.208.

²⁰³ Bush, Richar. Modernas Transformaciones en la teoría del delito. Edit. Temis. Bogotá, 1970, p.52.

sistemática del delito, al amparo de un replanteamiento de la acción, y que la teoría finalista de la acción que abarca por entero el ámbito del delito, constituye sin género de duda, el fenómeno intelectual más destacado en la dogmática contemporánea”²⁰⁴.

Porte Petit, señala las dificultades que en algunos sectores origina la doctrina finalista: “Hay que tener en cuenta, que describe correctamente las acciones plenamente conscientes, pero no, en cambio, las que no lo son, como las acciones automáticas (pasear, escribir, conducir) o las pasionales que pueden tener trascendencia penal. Se muestra incapaz de comprender a la omisión, porque en ésta falta una sobredeterminación final del proceso causal”²⁰⁵.

Fracasa en los delitos imprudentes. Porte Petit subraya que “la imprudencia consiste en la ejecución descuidada de una acción final --- el automovilista que quería llegar pronto a su casa para ver a su familia (voluntad final) --- provoca con sus poco prudentes prisas la colisión (causación no querida de un

²⁰⁴ Del Rosal, Juan. Tratado de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo I. Madrid, 1968, p.561.

²⁰⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México, 1989, p.258.

resultado dañoso), y este descuido no puede considerarse sometido a control final”²⁰⁶.

Jescheck, al hablar de la teoría finalista, se pregunta, qué caminos ha de reconocer la teoría del delito del futuro, y contesta, que “ha de contarse con que los principios sistemáticos que sirven de base al concepto de delito del finalismo, seguirán imponiéndose, pues resultan convincentes aun con independencia de la teoría final de la acción..., nueva construcción de la teoría del delito, que conseguirá la supremacía”²⁰⁷.

Para Muñoz Conde, la “época del finalismo se puede considerar superada, no porque no se acepten sus conclusiones, sino precisamente por lo contrario, porque se han impuesto y hay que buscar nuevas soluciones para nuevos problemas a los que el finalismo no da respuesta alguna”²⁰⁸.

Gómez Benitez dice: “El gran mérito del concepto finalista del delito no debe verse ya en su teoría de la acción, sino en las consecuencias que extrajo a partir del estudio de la finalidad

²⁰⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. Cit., p.259.

²⁰⁷ Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Edit. Bosch. Barcelona 1981, pp.286-287.

²⁰⁸ Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Edit. Bosch. Barcelona 1975, p.176.

para las restantes categorías o elementos del delito, y muy destacadamente para el estudio del injusto penal o hecho penal o hecho típico y antijurídico, desvalorado por el derecho penal”²⁰⁹.

1.4.1.La acción finalista.

La teoría finalista de la acción, maneja los conceptos ya expuestos por la teoría causalista, se habla de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, sin embargo, estos conceptos son manejados con un esquema distinto, que trae como consecuencia, soluciones a problemas que no encontraba la teoría causalista, como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría y otros. La teoría finalista no es una exposición que nada aportaría al conocimiento de los elementos del delito, que ya ha proporcionado la teoría causalista, sino un sistema que busca solución técnica a cuestiones que la teoría causalista no resolvía adecuadamente.

Si recordamos el concepto de acción de la teoría causalista, encontramos que la acción comenta Orellana “es

²⁰⁹ Gómez Benitez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Edit. Civitas. Madrid, 1984, p.79.

una manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado”. Mientras que para la teoría finalista, “la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista”²¹⁰.

La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según a la obtención de esos objetivos.

Para la teoría finalista, argumenta Orellana, “la acción pasa por dos fases, una interna y otra externa, en la primera existe: a) El objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines; b) Los medios que se emplean para su realización; y c) Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal. Sigue diciendo Orellana que en la segunda fase encontramos: a) La puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo

²¹⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.90.

principal; b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes”²¹¹.

El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista.

De esta manera señala Roxin, “el sujeto que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya no actúa en absoluto”²¹².

En la teoría de la acción finalista, el dolo y la culpa ya no se van a ubicar en la culpabilidad, sino en la acción típica. El dolo y la culpa dejan de ser especies de la culpabilidad, como se consideraba en la teoría causalista, pero ahora el dolo y la culpa constituyen el fin de la acción.

²¹¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.90. La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que esta se ha realizado en el mundo externo. Puede ocurrir que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y no lo sean los efectos concomitantes, o los medios seleccionados para realizarlo. Por ello, una acción sólo puede considerarse finalista, en relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y de sus efectos concomitantes; y respecto de otros resultados no propuestos, al no quedar dentro de posibles consecuencias concomitantes o secundarias, estaremos en presencia de resultado meramente causal.

²¹² Claus Roxin. Problemas Básicos del Derecho Penal, contribución a la crítica de la teoría final de la acción. Edit. Romo. Madrid, 1976, p.93.

Subraya Roxin que “a la teoría finalista de la acción se le objetó que en el caso del dolo eventual o en los delitos culposos, se pudiera hablar de “acción”, ya que en el dolo eventual o en la culpa con representación, y aun en la culpa sin representación, no se podría plantear la finalidad de la acción”²¹³.

La objeción se salva en virtud de que el hombre se propone una “acción”, pero al ejecutarla se producen consecuencias concomitantes o secundarias, pues argumenta Roxin, “en el dolo eventual o en la culpa, sea con representación o sin ella, se ejecuta una acción con una finalidad, pero ésta no se logra, porque se desvía a un resultado concomitante o secundario, como es el caso de la persona que limpia el arma de fuego, al hacerlo esta se dispara y el proyectil mata a una persona, este resultado desviado de su acción, es secundario”²¹⁴.

La teoría finalista concibe a la omisión dentro del concepto conducta humana, es decir, el concepto de acción abarca también la omisión. A este respecto Gustavo Radbruch sostiene que “no es posible hablar de un concepto general que sea comprensivo de “acción” y de omisión, la acción se traduce en

²¹³ Roxin, Claus. Ob. Cit, p.93.

²¹⁴ *Ibidem*, p.94.

hacer y la omisión en un no hacer, son pues a su juicio, ideas irreductibles”²¹⁵.

Para Von Liszt, “la acción y la omisión se pueden equiparar, pues la producción de un resultado y la no evitación de un evento, resultan de la voluntad del sujeto y de la antijuridicidad de ellos”²¹⁶.

El finalismo coincide en parte con el pensamiento de Liszt, en cuanto a que puede concebirse una conducta genérica dentro de la cual caben como subclases el hacer y el omitir (tratándose de delitos dolosos), en cuanto ambos importan comportamientos dominados por la voluntad, pero difieren en que el finalismo señala que acción u omisión son dirigidos a un fin determinado. Para Maurach, la posición finalista unificadora de los conceptos acción y omisión, ha acuñado las expresiones “acción por hacer” y “acción por omitir”²¹⁷.

En el sistema finalista el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión.

²¹⁵ Gustavo Radbruch, citado por Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.93.

²¹⁶ *Ibidem*, p.93.

²¹⁷ Reinhart Maurach. Ob. Cit., p.254.

El problema fundamental en el tema de la omisión tanto en el sistema causalista como en el finalista lo plantea el nexo causal, el cual ha sido motivo de interminables discusiones, pues en la omisión simple se habla de nexo jurídico; en los delitos de comisión por omisión en que se dan un resultado material el nexo causal se plantea en la posibilidad de que el resultado no se hubiera producido si el sujeto realiza la acción ordenada por la ley, teniendo el deber jurídico de obrar.

De esta forma el sujeto obligado por la norma tiene la posición de garante, es decir, tiene el deber de evitar el resultado, posición que se desprende de la ley cuando ésta señala al sujeto determinados deberes cuyo cumplimiento derivan de su cargo, profesión, empleo o lazos familiares, como sería el caso del guardavía que omite el cambio de vía para el paso de un tren y se produce un accidente.

Es conveniente resaltar que en la teoría finalista de la acción se debe distinguir un resultado producido por la acción causal, entre la conducta humana y ese resultado, como expresión naturalista, causalista; en cambio, el resultado como producto de una acción finalista, según Welzel, "se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y

merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan, a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final”²¹⁸.

En este sentido debe afirmarse que si la acción y la omisión para que sean típicas, deben tener una finalidad, entonces la acción y la omisión se matizan de dolo o de culpa, según que la conducta se dirija a la obtención voluntaria del fin, o bien que esa voluntad del sujeto debió prever, dentro de los límites exigibles, el carácter dañoso de su omisión.

El esquema causalista en que todo lo objetivo se refiere a la acción y a la antijuridicidad, y lo subjetivo a la culpabilidad, es desechado por la teoría finalista, por reñir con la realidad, por mostrarse incapaz, por aferrarse a esa situación de irrealidad, que le impide resolver los problemas teóricos y prácticos que esa dualidad plantea.

²¹⁸ Welzel Hans. Derecho penal alemán. Ob. Cit., p.54. En este punto, el finalismo difiere radicalmente del sistema causalista, pues la acción u omisión va a dejar de ser objetiva y pasa a ser un concepto objetivo y subjetivo, objetivo en cuanto que la voluntad se va a manifestar por el movimiento corporal, o por su ausencia, y subjetivo porque la voluntad la va a proyectar en forma dolosa o culposa.

1.4.2. La ausencia de acción.

La ausencia de acción en la teoría finalista la encontramos cuando no se presentan las fases en que se puede dar la acción, es decir, cuando el sujeto no se ha planteado la realización de un fin, no ha seleccionado los medios para lograrlo, o no ha considerado los efectos concomitantes o secundarios: o bien, al realizar la conducta se producen efectos que no son los planteados, ni sus efectos concomitantes pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se produce en virtud de un mero proceso causal, en el cual la finalidad nada tuvo que ver, como puede ser en el caso fortuito.

La teoría finalista acepta como casos de ausencia de conducta, la fuerza física exterior irresistible (vis absoluta); los movimientos reflejos; los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, la hipnosis). En el caso de los estados de inconsciencia incluye el problema de las llamadas **acciones liberae in causa**, en que lo relevante penalmente es el actuar finalista precedente, tema muy debatido y en el que Zaffaroni no concuerda.²¹⁹

²¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III.. Ob. Cit., p.445, donde nos dice: "La teoría de las acciones libres en su causa no puede ser tomada en cuenta en la dogmática contemporánea, porque no puede fundar la responsabilidad dolosa en razón de que al hacerlo viola el principio de culpabilidad o el de legalidad y porque tampoco sirve para fundamentar la tipicidad culposa porque en tales supuestos ésta se hace efectiva conforme a los principios generales de la culpa".

1.4.3. La acción típica finalista.

Es conveniente recordar que Beling en 1906, crea la teoría del tipo y la tipicidad, que vienen a constituir un instrumento valioso para consagrar el principio *nullum crimen sine lege*. A partir de la creación del tipo, la ley va a delimitar por un lado la responsabilidad en que puede incurrir el individuo ante la ley penal y por el otro el derecho del propio individuo de que sólo si encuadra su conducta en la descripción del tipo penal, será posible sancionarlo.

De lo anterior se desprende que el tipo desempeña una triple función, señala Zaffaroni, a saber: “a) Una función represiva de las conductas que encuadren dentro del tipo penal (tipicidad); b) Una función de garantía , pues sólo las conductas típicas podrán ser sancionadas (principio *nullum crimen sine lege*); c) Una función preventiva, ya que el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar conductas típicas”²²⁰.

Para el finalismo, la acción y la omisión se encuentran previstas en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, la cual está integrada de finalidad. El

²²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit, p.446.

proceso de selección de acciones finalistas en derecho penal se denomina tipificación de acciones. Por eso el contenido de la voluntad forma parte de la descripción típica. La finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o de imprudencia y en forma activa u omisiva.

En este orden de ideas, Gómez Benitez, argumenta: “La ubicación del dolo o de la imprudencia entre los elementos de la tipicidad penal introduce la finalidad, y en este sentido, elementos subjetivos, en todos los tipos penales; cuestión ésta no solo inevitable, ya que los tipos describen acciones y éstos implican siempre finalidad”²²¹.

Manifiesta Richar Bush que: “El injusto está determinado no sólo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad”²²².

Para el finalismo, el tipo penal está compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también subjetivos, por ello Muñoz Conde, afirma: “La acción u omisión humanas subsumibles en

²²¹ Gómez Benitez, José Manuel. Teoría jurídica del delito. Parte General. Edit. Civitas. Madrid 1988, p.70.

²²² Richar Bush. Modernas transformaciones de la teoría del delito. Edit. Temis. Bogotá Colombia, 1969, p.19.

el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad”²²³. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad. Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (tipo objetivo) como subjetiva (tipo subjetivo).

Como elementos objetivos del tipo, Muñoz Conde señala los siguientes:

1. “El sujeto activo (autoría y participación);
2. El sujeto pasivo;
3. El bien jurídico tutelado;
4. La acción u omisión;
5. El resultado típico en los delitos de resultado;
6. Los elementos normativos;
7. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo penal”²²⁴.

²²³ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit., p.53.

²²⁴ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit, p.54. Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción u omisión o sea el dolo. Como elementos subjetivos del tipo se pueden considerar únicamente al dolo o la culpa. De esta forma la teoría finalista coloca al dolo y a la culpa, como elementos del tipo, y no como elementos de la culpabilidad, como lo hace la teoría causalista.

El dolo para los finalistas, es un dolo de tipo o dolo de hecho, es decir, una voluntad de realizar el hecho típico, lo que también se ha llamado dolo natural. Este concepto de dolo natural o de tipo, es una consecuencia directa de su consideración como mera finalidad específica, es decir, una consecuencia de la estructura lógico objetiva de la acción.

Para el finalismo los aspectos objetivo y subjetivo del tipo se encuentran en estrecha relación, en efecto Welzel afirma: “El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior”²²⁵.

El dolo por su parte, como elemento subjetivo del tipo, no es sino la realización del tipo objetivo de un delito. En efecto, vuelve a señalar Welzel, “el finalismo explica que hay infinidad de acciones finalistas no dolosas, que no están dirigidas a la realización del tipo de un delito, como son las acciones cotidianas o actividades de cada persona”²²⁶.

También pertenecen al tipo penal las acciones culposas, en las cuales la voluntad de la acción no se dirige al resultado

²²⁵ Hans Welzel. Ob. Cit., p.93.

²²⁶ *Ibidem.*, p.94.

típico, que se proyectan con consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción.

En los delitos culposos por dirigirse a la producción de resultados socialmente reprochables, producidos por imprudencia, falta de cuidado o previsión, es el juez quien debe investigar cual era el límite del cuidado requerido; de ahí que en los ilícitos culposos la acción no está precisada como en los delitos dolosos, ya que la ley al señalar “actúa con falta de previsión y cuidado” no precisa la conducta culposa, por lo que estamos ante tipos abiertos que requieren ser complementados por el juez, quien juzga la actuación del sujeto activo del delito en relación al deber de cuidado que debía y podía observar de acuerdo a las condiciones personales en que se encontraba, para evitar el resultado que se produjo en cada caso concreto.

Serrano González en relación a lo anterior, dice: “Una explicación concebida de tal manera obedecía a que, como el resultado no era posible conectarlo en modo alguno, con la finalidad del autor, se entendía que en la imprudencia el

criterio decisivo consistía en la evitabilidad final del resultado causalmente producido”²²⁷.

1.4.4.Las causas de atipicidad.

Las causas de atipicidad en la teoría finalista se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos en el tipo, por ello serán causas de atipicidad, por ausencia de algún elemento objetivo, de acuerdo con Muñoz Conde, las siguientes:

1. “Falta del número o calidad del sujeto activo.
2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.
3. Falta del bien jurídico tutelado.
4. Falta de la acción u omisión.
5. Falta del resultado típico en los delitos de resultado.
6. Falta de los elementos normativos.
7. Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo penal”²²⁸.

Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos del tipo, únicamente pueden ser por falta del dolo o la culpa.

²²⁷ Serrano González de Murillo, Luis. Teoría del delito imprudente, doctrina general y regulación legal. Editado por el Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, p.172.

²²⁸ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit., p.82.

1.4.5. La antijuridicidad e injusto.

En el sistema causalista, la antijuridicidad se encuentra separada del tipo, como lo estableció Beling, sin embargo otros doctrinarios como Mayer, Hegler y Mezger, afirman que el injusto penal se integra por la tipicidad y la antijuridicidad.

La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo en el sentido de un juicio de valor general, así se establece en la teoría finalista, a lo que Muñoz Conde, comenta: “El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo”²²⁹.

La teoría finalista distingue entre antijuridicidad e injusto, aun cuando algunos autores las usan como equivalentes. Para los finalistas, entre ellos Welzel, la antijuridicidad es “una relación (una contradicción entre los miembros de una

²²⁹ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit., p.83.

relación), lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma”²³⁰.

Lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de esas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico.

1.4.6. Las causas de justificación.

En la teoría finalista de la acción, la conducta típica, es un indicio de la antijuridicidad de la misma, es decir, ese indicio puede ser desvirtuado. El propio orden jurídico, opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico concreto, siendo estas disposiciones las causas de justificación.

Las causas de justificación no excluyen la tipicidad, la acción típica subsiste, sin embargo, esa conducta típica dolosa, no será antijurídica, si existe una causa de justificación. La acción de privar de la vida a otro, en legítima defensa, deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la

²³⁰ Hans Welzel. Ob. Cit., p.78.

antijuridicidad de la conducta, el hecho concreto está amparado por una causa de justificación.

1.4.7. La culpabilidad.

Para algunos doctrinarios la culpabilidad es la medida de la pena, por lo que consideran a esta como el fundamento de la pena, por ello, para Roxin, “la culpabilidad cumple finalidades de prevención general y especial, pero no de carácter retributivo, ya que la pena en su aplicación busca la resocialización del delincuente, que de lograrse, surtirá el efecto de prevención especial”²³¹.

En la teoría finalista de la acción los elementos de la culpabilidad son: a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, y c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.

La culpabilidad, en concepto de Welzel “es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de

²³¹ Roxin, Claus. Teoría del tipo penal. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1979, p.266.

lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor”²³².

Para Muñoz Conde, la culpabilidad es, “la facultad humana fundamental que, unida a otras, (inteligencia, efectividad), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida”²³³.

1.4.8. Las causas de inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad en el sistema finalista serán aquellas que anulen cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir, que impidan que se presente la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) o la comprensión de lo injusto, o la exigibilidad de la conducta ajustada a derecho.

La falta de capacidad de culpabilidad se presenta cuando existen dos momentos, uno cognoscitivo (intelectual) y otro de voluntad (volitivo), es decir, la falta de inteligencia y de voluntad en el sujeto, además de la madurez necesaria que

²³² Hans Welzel. Ob. Cit., p.209.

²³³ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit, p.133.

proporciona la mayoría de edad, trae como consecuencia la inculpabilidad.

Los casos de inexigibilidad de otra conducta son excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos, en relación a lo cual Muñoz Conde, señala: "El derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere un hecho prohibido por la ley penal, antes de sacrificar su propia vida o su integridad física"²³⁴.

En este caso, agrega Muñoz Conde, "la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuridicidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento) sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable)"²³⁵.

²³⁴ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit., p.164.

²³⁵ Ibidem., p.164.

C A P I T U L O I I

EL CUERPO DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL.

2.1. EL PROBLEMA DEL CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO.

La base del procedimiento en materia penal, es la comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión que la ley reputa delito. De ahí la necesidad de legislar con minucioso cuidado sobre todo lo que pueda conducir a la justificación del cuerpo del delito.

Se consideró desde los autores clásicos de una importancia fundamental para el proceso penal la demostración de la existencia del crimen; así los doctrinarios españoles establecieron estos conceptos:

Tapia, escribe: "La existencia del delito es, por decirlo así, la base de todo procedimiento criminal"²³⁶; García, continuando esta concepción del proceso penal, comentaba: "La averiguación del cuerpo del delito es, por regla general, el primer paso que debe darse en todo procedimiento criminal"²³⁷; reconociendo con ello el antecedente de Elizondo, que un siglo

²³⁶ Tapia, Eugenio. Febrero Novísimo. Tomo VI. Valencia, 1937, p.258.

²³⁷ García Goyena, Florencio. Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos. Madrid, 1852, T. V. p.458.

antes había declarado que: “En toda causa criminal debe, antes de haber cuestión, constar el cuerpo del delito”²³⁸.

Corresponde a la doctrina, determinar cuales son los problemas que la institución legal presenta o que ha dado lugar a mayores dificultades en el ámbito de su aplicación. Estos son:

- a) El problema del concepto del cuerpo del delito;
- b) El problema de la naturaleza jurídica del cuerpo del delito, y
- c) El problema de la prueba del cuerpo del delito.

Es conveniente reconocer que la noción de cuerpo del delito no ha perdido actualidad y que es necesaria desde el punto de vista formativo y dogmático. La noción de cuerpo del delito, es una noción neta y específicamente procesal, por lo cual es necesario hacer dos observaciones:

1ª. Como noción procesal, debe afirmarse que sus normas son netamente procesales, y están destinadas a desarrollarse dentro del proceso, pues los ordenamientos procesales, no definen tipos delictivos, sino que establece las reglas instrumentales necesarias para satisfacer las necesidades del

²³⁸ Elizondo, Francisco Antonio. Práctica Universal Forense. Tomo III. Madrid, 1796, p.303.

proceso, reglamentando la actividad instructoria del juez o magistrado, y en especial la inspección de cosas, personas y lugares.

2^a. Es una noción procesal, aunque no exclusiva del proceso penal, sino de todo proceso, aunque en aquel adquiriera preponderancia específica, derivada de los intereses que en él se afectan.

Esta afirmación abandona su aparente heterodoxia cuando se observa que en definitiva el cuerpo del delito no es sino un presupuesto para la incoacción del proceso. Manifiesta Fontecilla Riquelme, que: “Existe una diferencia entre los presupuestos procesales y los presupuestos materiales para la incoacción del proceso”²³⁹.

²³⁹ Fontecilla Riquelme, Rafael. Concepto y Valor procesal del cuerpo del delito, en las legislaciones chilena y argentina. Revista de Derecho Procesal, 1946, Primera Parte, p.273. Siguiendo una observación de Alcalá Zamora, sostiene que “el verdadero presupuesto procesal lo constituye un hecho con apariencias delictuosas”. Este concepto es inadmisibile. Ante todo, erigir al cuerpo del delito en presupuesto procesal significa un sensible retroceso en la construcción dogmática de esta figura; es distinto hablar de “presupuesto para la incoacción”. En segundo lugar, el “hecho con apariencias delictuosas” puede ser presupuesto material del proceso, pero nunca un presupuesto procesal, al que se define como condición para la existencia de un proceso. El proceso puede existir, y procesalmente será válido, aunque no se den los presupuestos materiales; v. gr., cuando se absuelve al procesado porque no existió delito. Por eso, en el texto, se generaliza procesalmente la figura como presupuesto (material) para la incoacción.

Ejemplos:

1. La apertura del proceso sucesorio se encuentra condicionada por la existencia de un presupuesto (material) para la incoación, el cual es la muerte de una persona, acreditada mediante el certificado de defunción.

2. En el procedimiento civil de separación de cónyuges (divorcio) requiere la presentación de la partida de estado civil que acredite el matrimonio del actor con la persona a quien demanda. Pero en este caso ya no se trata de un presupuesto para la incoación, sino de un presupuesto procesal, ya que atañe a la legitimación del actor para demandar a otra persona por separación conyugal.

Es similar lo que ocurre en el proceso penal, pues al no ser posible comprobar el cuerpo del delito, la denuncia o la querrela no son sino medios instrumentales de adquirir la *notitia criminis*, y solamente existirá un proceso cuando se hayan realizado las diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del delito.

Para Jiménez Huerta, “la más profunda raíz histórica del tipo hállase en el concepto de *corpus delicti* contenido en las

viejas leyes y que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. Así Hall subraya que la doctrina del tipo ha surgido del concepto de *corpus delicti*. Antolisei estima que hay en ella una reminiscencia de este viejo concepto procesal, y Jiménez de Asúa también expresamente reconoce y proclama que el tipo legal penal ha surgido del *corpus delicti*²⁴⁰.

El maestro Jiménez de Asúa, subraya que “al irse independizando el llamado actualmente tipo delictivo del *corpus delicti*, se presenta como “la suma de todos los caracteres o elementos del delito, en su contenido de acción”²⁴¹.

Esta fue la manera como se concibió antes de Beling, como la conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción, agrega Jiménez Huerta que “trató de él en 1805 Cristóbal Carlos Stübel. También Luden, en 1840; Kächer, en 1873, y Schaper, por la misma época, mantenían esa noción del tipo, como figura del delito específica en la que se conjuntan la totalidad de sus elementos internos y externos”²⁴².

²⁴⁰ Jiménez Huerta, Mariano. Revista Criminalia. Número 5. Año XXII. México, D. F., 1º. De Mayo de 1956, p.238.

²⁴¹ Jiménez de Asúa, Luis. Citado por Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit., p.238.

²⁴² Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p.238.

En este contexto, señala Manzini, que “se atribuye a Farinaccio haber introducido la expresión “*corpus delicti*” en la temática procedimental y con esa expresión, cuya ambigüedad es manifiesta, se originan las dudas y hesitaciones de la doctrina en cuanto a su concepto y definición”²⁴³.

Ortolán manifiesta que D’Aguesseau fue el primero que incurrió en confusiones, en cuanto sostuvo que “el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviere establecida por el testimonio de testigos dignos de fe, concordantes entre sí y perseverando en sus deposiciones, incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen”²⁴⁴.

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 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.

²⁴³ Manzini, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Traducción de Sentís Melendo Santiago. Buenos Aires, 1952, Tomo III, p.499.

²⁴⁴ Ortolán, M. Tratado de derecho penal. Traducción de Melquiades Pérez Rivas. Madrid, 1878. Tomo I, p.174.

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 o "*corpus delicti*".

Algunos autores como Ortolán, han definido 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"²⁴⁵.

Por su parte los autores prácticos habían advertido que esta definición representa varias 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.

Ante la dificultad definatoria 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

²⁴⁵ Ortolán M. Ob, Cit., p.457.

y precisión, los elementos y factores que se involucran en la figura.

Mittermaier, sin tratar de dar una definición de cuerpo del delito, escribió: “Puede aplicarse al 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”²⁴⁶.

También Manzini, lo entiende así 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”²⁴⁷.

A saber sigue diciendo Manzini: “Los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito; las cosas sobre las que se cometió; las huellas dejadas por el delito o por el delincuente; las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya portación o uso constituye delito; las cosas que representan el precio o el provecho del delito; cualquier otra

²⁴⁶ Mittermaier, C. J. A. Tratado de la prueba en materia criminal. Traducción de Primitivo González de Alba. Madrid, 1893, p.155.

²⁴⁷ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., p.500.

cosa en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito”²⁴⁸.

Los inconvenientes de este tipo de definiciones ostensivas, es su ineficacia definitoria, y en el caso particular de que se trata, lo es la desmesurada amplitud; todo encuentra cabida en el concepto, y en cierto modo se comprendía 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”²⁴⁹.

La noción de cuerpo del delito es un concepto complejo, en cuanto se compone de elementos de diferente intensidad y calidad, que difícilmente son susceptibles de ser comprendidos o extractados en una frase lo suficientemente amplia como para comprenderlos a todos; de ahí que insiste Fenech, “la definición de cuerpo del delito tendría que comenzar por definir sus elementos”²⁵⁰.

²⁴⁸ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., p.500.

²⁴⁹ Fenech, Miguel. Derecho procesal penal. Segunda Edición, Barcelona 1952. Tomo II, p.299.

²⁵⁰ *Ibidem.*, p.300.

Para empezar se excluye al autor del delito como elemento del cuerpo del delito, el que queda limitado pura y exclusivamente a los elementos materiales del delito. Los elementos materiales son complejos, variados y de distinta calidad, por ejemplo: El cuerpo de la víctima, el arma que causó la herida, la sangre que manchó las ropas usadas de otra persona etc., entran en la calidad de los elementos materiales, pero ni el cuerpo, ni el arma y ni la sangre pueden considerarse aislada o separadamente como el cuerpo del delito.

De esta forma para Díaz Clemente el cuerpo del delito “es el conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso”²⁵¹.

Con esto se previene contra quienes concretan el cuerpo del delito, en la existencia del cadáver simplemente, pues este puede carecer de significación, en tanto el cuerpo del delito estaría formado por dos elementos: el cadáver, la herida del

²⁵¹ Díaz Clemente. El cuerpo del delito. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1965. p.35. El cuerpo del delito se deduce de la existencia de un conjunto de elementos materiales, pues un elemento aislado no es suficiente para que el juez pueda adquirir la convicción de encontrarse frente a un hecho delictuoso, como podría ser el hallazgo del cadáver de una persona, no permite afirmar que se esté en presencia de un homicidio, pero el cadáver de una persona con una herida letal, permite deducir que esa herida causó la muerte de esa persona.

cadáver y además que esa herida haya sido la causa de la muerte.

La referencia a la certidumbre del juez puede no coincidir con los ordenamientos procesales que se inspiren en el postulado de la prueba legal; sería plenamente coincidente con aquellos que adopten el de las libres convicciones del juez. Díaz Clemente argumenta que: “El conjunto de elementos materiales debe tener la suficiente fuerza como para imprimir en la conciencia del juez el sentimiento que se encuentra ante la comisión de un hecho delictuoso, el cual debe ser investigado para su esclarecimiento y para conseguir la individualización de los autores”²⁵².

2.2. LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO.

Al definirse el cuerpo del delito como el conjunto de elementos materiales, es necesario determinar cuales son estos elementos. Manzini en su definición descriptiva de cuerpo del delito, no realizó ninguna sistematización a cerca de los elementos materiales, limitándose a una enumeración relativamente amplia, pero no exhaustiva.

²⁵² Díaz Clemente. Ob. Cit., p.35.

Alcalá Zamora y Levene, señala que el cuerpo del delito comprende: “a) Las cosas que constituyen los medios materiales del delito; b) Las cosas que constituyen la finalidad del delito; c) Las cosas sobre las que se ha cumplido el delito”²⁵³.

Alcalá Zamora, en un intento de sistematización de los elementos del cuerpo del delito, manifiesta que esta figura jurídica se encuentra dada por los elementos que se podrían denominar: “a) El *corpus criminis*; b) El *corpus instrumentorum*, y c) El *corpus probatorium*”²⁵⁴.

a) *El corpus criminis*. Alcalá Zamora lo define como “la persona o cosa sobre la cual fueron ejecutados los actos que la ley señala como delictuosos, o bien la persona o cosa que ha sido objeto del delito”²⁵⁵.

Es conveniente separar el *corpus criminis* de la figura *corpus delicti*, pues mientras este se puede entender como una figura abstracta dominada por la definición y caracterización legal de un hecho que se estima merecedor de la sanción penal, el primero solamente puede ser concebido como una figura objetiva, concreta, que aunque presupuesto en todo hecho

²⁵³ Alcalá-Zamora y Levene, Niceto. Ob. Cit, p. 372.

²⁵⁴ *Ibidem.*, p.373.

²⁵⁵ *Ibidem.*, p.374.

delictuoso, su presencia no es decisiva para la existencia del delito.

En conclusión, el *corpus criminis*, integra el concepto de cuerpo del delito, pero no en forma tan esencial que su inexistencia conduzca a la inexistencia del cuerpo del delito. En el homicidio, el cuerpo de la víctima, no es el cuerpo del delito, sino un elemento del cuerpo del delito. En contrapartida, resulta la posibilidad de que exista cuerpo del delito en aquellos actos delictuosos que no dejan rastros ni huellas tangibles, es decir, carecen de *corpus criminis*.

b) El *corpus instrumentorum*. Díaz Clemente indica que: “La comisión del hecho delictuoso muchas veces requiere la utilización de instrumentos o medios destinados a facilitar la actividad del delincuente. La arma que causa las heridas, las herramientas que utiliza el ladrón, en la comisión del delito²⁵⁶.”

Con este preconcepto se puede definir el *corpus instrumentorum* como “las cosas mediante las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso”²⁵⁷. La importancia que tiene el *corpus instrumentorum* trasciende los límites del

²⁵⁶ Díaz Clemente. Ob. Cit., p.44.

²⁵⁷ *Ibidem.*, p.45.

proceso penal, en cuanto al medio empleado, es un elemento de apreciación de la conducta delictiva.

c) El *corpus probatorium*. Este para Díaz Clemente está constituido por la piezas de convicción a las cuales podría definirse como “todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso”²⁵⁸.

Recordemos que el juez, como investigador del pasado, debe ajustar su conducta procesal a las reglas del método histórico, adoptado por las leyes de forma, que esencialmente se compone de tres operaciones distintas: heurística, crítica y síntesis.

Para la pieza de convicción no existe la limitación que existía con respecto al instrumental: el hombre mismo puede ser una pieza de convicción, por ejemplo en sus huellas digitales encontradas en el lugar del crimen o sobre la cosa objeto del delito, como las excoriaciones, heridas o lastimaduras que presente en su cuerpo; las ropas con

²⁵⁸ Díaz Clemente. Ob. Cit., p.47. Todo hecho que se realiza en el mundo de la naturaleza deja secuelas que el investigador puede utilizar como valiosos elementos para la reconstrucción del hecho ocurrido. Se ha señalado con verdadero acierto que en la recolección del material de conocimiento, tanto el juez como el historiador deben someterse a un método, cuya temática se resume en las mismas operaciones en uno y otro caso.

manchas de sangre o con desgarraduras o la que le faltan piezas encontradas en el lugar del crimen; rastros y pisadas que corresponden a persona determinada, solo por señalar a los elementos de convicción más inmediatos y próximos al delito.

Estos tres elementos en su conjunción formarían el ideal de la figura jurídica “cuerpo del delito”: si existe el cadáver de una persona, el arma que le causó la muerte, las huellas de otra persona que le esperó al amparo de las sombras, o la ausencia de dinero o los bolsillos con signos de revisión, el juez no podrá dudar en la tipificación del hecho delictuoso e incluso le servirá para orientarse en la investigación para señalar a una persona como autora del delito.

Aunque en la mayoría de los casos reales se den estos tres elementos, es preciso determinar que insiste Díaz Clemente “no es necesaria la concurrencia de todos ellos; más aun, en muchos casos, según el *modus operandi* de determinados géneros de delincuentes, alguno de los elementos señalados nunca puede existir”²⁵⁹.

Pero, si no es necesaria la concurrencia o la coexistencia de todos los elementos señalados, basta con que exista en los

²⁵⁹ Díaz Clemente. Ob. Cit., p. 48.

casos excepcionales, uno de dichos elementos, en tanto los restantes se acrediten por cualquier género de pruebas.

2.3. LA NATURALEZA JURIDICA DEL CUERPO DEL DELITO.

El problema de la naturaleza jurídica del cuerpo del delito consiste en determinar qué es el cuerpo del delito. Aunque se trata de un problema teórico, no por ello deja de interesar a la técnica y a la práctica jurídicas, en cuanto a la precisa ubicación de la figura procesal del cuerpo del delito dentro del sistema de derecho procesal penal y de la estructura del proceso penal.

Para Manzini el cuerpo del delito es un indicio: “El cuerpo del delito, de ordinario, es de suyo un indicio inerte que debe ser analizado e interpretado mediante la observación judicial”²⁶⁰.

Jiménez Asenjo también incorpora la noción de cuerpo del delito dentro de una temática probatoria: “Posee (el cuerpo del delito) un carácter procesal doble: es inspección judicial y

²⁶⁰ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Tomo III, p.502.

simultáneamente pericial con predominio de uno u otro según su naturaleza”²⁶¹.

Atribuir al cuerpo del delito naturaleza probatoria, como lo hacen Manzini y Jiménez Asenjo, puede constituir una peligrosa confusión del problema. El cuerpo del delito asevera Díaz Clemente, “no se prueba a si mismo, sino que debe ser probado por cualquiera de los medios autorizados por la ley; la inspección ocular, el dictamen pericial o la declaración testimonial son elementos probatorios destinados a verificar la existencia de un hecho delictuoso”²⁶².

Se habla de prueba genérica, por oposición a la prueba específica, y dentro de esta clasificación el cuerpo del delito correspondería al ámbito de la prueba genérica, ya que es la que se dirige a probar la materialidad del hecho delictuoso, por oposición a la segunda que versa sobre la imputabilidad del hecho delictuoso.

Lo genérico es la inspección judicial, admitiendo una caracterización emanada de un cuerpo legal como el italiano,

²⁶¹ Jiménez Asenjo, Enrique. Derecho procesal penal. Tomo I, p.445.

²⁶² Díaz Clemente. Ob. Cit., p.50.

pero puede ser desacertado confundir “el cuerpo del delito” con el medio de prueba que se utilice para su constatación.

No se trata de un presupuesto procesal. Las condiciones instrumentales para la existencia del proceso o presupuestos procesales son ajenas a la noción de cuerpo del delito y tanto es así que el proceso puede tener existencia real sin la presencia del cuerpo del delito, por ejemplo, cuando se dicta una sentencia interlocutoria de sobreseimiento o una sentencia definitiva de absolución por no haberse perpetrado el delito. “No se sobresee el delito ni el hecho perseguido, dice Muñoz Rojas, se sobresee el proceso”²⁶³.

Tampoco constituye una *condición de punibilidad*. Los penalistas procesalistas son dados a introducir en la temática del derecho procesal, instituciones que le son ajenas que pertenecen al derecho material penal y significan un juicio de valor que durante el proceso no puede anticiparse en forma alguna. Lo que denominan condiciones de punibilidad o peor

²⁶³ Muñoz Rojas, Tomás. Las cuestiones previas en el proceso penal. Revista de derecho procesal penal, española. Enero-Junio de 1964, p. 109, nota 30. Los presupuestos procesales y los presupuestos para la incoacción se manifiestan procesalmente desde un punto de vista negativo, mediante sentencias interlocutorias de mera certeza que no deciden acerca del objeto litigioso, sino que impiden cualquier decisión sobre el objeto litigioso, pero mientras los presupuestos procesales solamente inciden sobre la normal constitución del proceso, por ejemplo el proceso debe substanciararse ante el juez competente, los presupuestos para la incoacción presuponen la existencia normal de los presupuestos procesales, pero su inexistencia, impediría proseguir la tramitación del proceso.

aun, condiciones de procedibilidad, no son sino las condiciones para la admisibilidad de la acción, o presupuestos para el derecho a la acción penal.

Los procesalistas en materia penal han advertido la complejidad de las estructuras del proceso penal, en las cuales sin introducir diferencias substanciales con las del proceso civil, existen categorías procesales que adquieren una especial conformación, derivada de la adecuación del proceso a una realidad tangible que hace resaltar algunas categorías que en el proceso civil se encuentran disimuladas.

Fenech, estudiando las llamadas condiciones de procedibilidad, escribe: “La procedibilidad en el derecho procesal penal plantea problemas más complicados que en la rama procesal civil, en la que la iniciación del proceso civil viene determinada normalmente por una sola circunstancia, la petición de iniciación del proceso civil por medio de demanda, acto complejo con un doble contenido, a saber, la petición de iniciación del proceso civil y la formulación de la pretensión procesal cuyos hechos van a servir de objeto al proceso civil”²⁶⁴.

²⁶⁴ Fenech, Miguel. Derecho procesal penal. Segunda Edición, Barcelona 1952, p.321.

El estudio de la procedibilidad en el proceso penal viene complicada en primer lugar por la propia estructura del proceso penal con su doble fase de sumario, proceso instructorio, y de juicio oral, proceso decisorio, que separa en dos momentos bien determinados el momento de la iniciación del proceso, que coincide con la iniciación del sumario, del momento de la formulación de la pretensión procesal que es posterior incluso a la iniciación del juicio oral.

En este orden de ideas, escribe Pastor López, “el proceso civil se inicia en la mayoría de los casos sin preparación oficial alguna. Toda demanda deducida ante un órgano judicial correspondiente y que reúna los requisitos formales exigidos por la ley, da origen directamente a un proceso contradictorio”²⁶⁵.

Esto no quiere decir que la interposición de la demanda, que en la casi totalidad de los procedimientos civiles es un acto complejo que contiene la pretensión sustantiva, no haya ido precedido de actividad extraprocesal preparatoria por parte del demandante, del mismo modo que normalmente provocará otra similar y contraria, también al margen del proceso, de la parte

²⁶⁵ Pérez, Pastor. El sumario: su función y naturaleza jurídica. Revista de Derecho Procesal española. Enero-Marzo de 1965, p.63.

demandada , la cual habrá de constar hechos y buscar pruebas antes de su contestación.

Habrá habido conversaciones del profesional asesor jurídico del asunto con los interesados que lo designan, tendientes a la averiguación de los hechos y datos relevantes para el pleito, así como de los medios probatorios con que se puede contar; acaso entrevistas y contactos con posibles testigos a los que consten los hechos, para comprobar si su testimonio es útil, posible u aún para conocer sus circunstancias personales que la parte debe facilitar al Tribunal; obtención de asesoramientos periciales, reflejados o no por escrito pero fundamentales en ciertos casos; reconocimientos sensoriales de los lugares u objetos materiales litigiosos, con levantamientos de croquis, fotografías o descripciones fehacientes como son las actas notariales bien frecuentes en la práctica; obtención de documentos públicos y privados; consulta de los registros públicos, requerimientos a interesados o terceros.

Los presupuestos para la incoación del proceso, son una categoría independiente de los presupuestos procesales y las condiciones para la admisibilidad de la acción. Beling contraponía frente a éstos, una especial categoría a la que

denominaba “presupuestos de la formación procesal”, denominación también admitida por Sauer, señalando que “se trataba de conceptos diferentes en su función práctica”²⁶⁶.

En este sentido las categorías serían las siguientes:

a) Los presupuestos procesales, tendientes a la formación de un proceso válido, mediante la observación de los requisitos procesales sobre la competencia del juez, la legitimación de las partes, o los recaudos formales de la querrela; señala Beling, que “su inexistencia da lugar a una excepción dilatoria de previo y especial pronunciamiento”²⁶⁷.

b) Los presupuestos para la incoación del proceso, que “son aquellos elementos de carácter esencialmente fáctico que deben presuponerse para que pueda abrirse el proceso penal, es decir, admitirse la apertura de la instancia. Si no existen estos presupuestos la instancia penal no podría abrirse, procediendo el sobreseimiento”²⁶⁸.

²⁶⁶ Von Beling, Ernesto. Ob. Cit., p.125, nota 8. Se ha preferido innovar en la terminología, dado que la expresión “formación procesal” es ambigua, mientras que el vocablo “incoación” tiene un sentido jurídicamente preciso.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Idem. Se refiere a “hechos no consistentes en un sencillo acaecimiento, sino en un material ficticio al que se une una determinada valoración o juicio”, citando como ejemplo, la sospecha suficiente para que pueda dictarse un nuevo auto de apertura del proceso.

c) Las condiciones para la admisibilidad de la acción, que si no se reúnen en el proceso penal, dan lugar a una sentencia absolutoria.

2.4. LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO.

En principio la prueba del cuerpo del delito puede realizarse por cualquier medio de prueba. Esta debe ser considerada una posición jurídicamente aceptable, por lo menos en cuanto a que la ley no establece ninguna prohibición al respecto.

Queda establecido que la ley no ha prohibido que el cuerpo del delito sea probado por cualquier medio de prueba. Díaz Clemente subraya que: "La ley no prohíbe, sino condiciona el valor probatorio de la confesión y de las presunciones, exigiendo que el cuerpo del delito esté legalmente comprobado, es decir, acreditado por medio de pruebas directas e inmediatas"²⁶⁹.

Ahora bien, tanto la prueba de confesión como la prueba por presunciones operan sobre la culpabilidad del procesado, lo cual surge de la categórica referencia al reconocimiento como

²⁶⁹ Díaz Clemente. Ob. Cit., p.73.

autor, cómplice o encubridor de un delito o tentativa punible y al definirse los indicios como las circunstancias o antecedentes que teniendo relación con el delito, puede razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de hechos determinados.

En este sentido lo que la confesión o las presunciones prueban es que el procesado reconoce haber cometido el delito o que determinadas circunstancias o antecedentes inducen a pensar que el procesado cometió el delito.

Argumenta Díaz, que: “La exigencia legal sobre la coincidencia de la confesión-reconocimiento o de la presunción con el cuerpo del delito legalmente comprobado sobreviene, no tanto para establecer limitaciones a la amplitud probatoria del hecho de la existencia del delito, sino para evitar la autoacusación patológica que la pericia podría neutralizar o los razonamientos ilógicos o arbitrarios del juez o magistrado”²⁷⁰.

En la instauración del proceso penal, la garantía individual liberal excluye del sistema probatorio cualquier género de coacción jurídica tendiente a obtener una confesión. Nadie puede ser obligado a declarar en su contra ordena la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política Mexicana,

²⁷⁰ Díaz, Clemente. Ob. Cit., p.74.

pero durante el proceso las partes contendientes pueden formular los interrogatorios que estimen pertinentes, sin embargo, será potestativo para el acusado contestar o no las interrogantes, pero en ningún caso podrá ser presionado para obtener la confesión de su culpabilidad en la comisión del delito que se le atribuye.

En el proceso penal se advierte con claridad la falta de autonomía de la figura jurídica *confesión*, la cual es una especie dentro de la figura genérica *declaración*, considerada como participación general de conocimiento. Sin una declaración, no podrá haber confesión. Toda manifestación del procesado es una declaración, pero también puede una declaración sin que haya una confesión.

En lo que atañe al cuerpo del delito, la participación del conocimiento puede versar sobre el mismo, de tal manera que la confesión-declaración de voluntad nunca podrá ser considerada un medio probatorio del cuerpo del delito, pero en ninguna parte se excluye que las participaciones de conocimientos obtenidas en el proceso puedan constituir la prueba del cuerpo del delito.

Esta posición consiste, en distinguir entre la prueba del cuerpo del delito y la prueba de la culpabilidad. Señala Díaz que: “Se trata de entidades probatorias distintas: el cuerpo del delito puede ser probado por cualquier medio probatorio, incluyendo las propias manifestaciones o participaciones de conocimiento del procesado, en tanto las mismas no constituyen reconocimiento de culpabilidad”²⁷¹.

La prueba de la culpabilidad también puede probarse por cualquier medio probatorio, incluyendo la confesión o reconocimiento del procesado, la cual para constituir plena prueba necesita que “la existencia del cuerpo del delito esté legalmente probada y la confesión concuerde con sus circunstancias y accidentes”²⁷².

Si solamente existe la prueba de la culpabilidad, pero no se ha probado el cuerpo del delito, todo haría presuponer que se estaría en presencia de un hecho inexistente.

Por ejemplo: El procesado se reconoce culpable del delito de homicidio de una persona determinada, cuyo cadáver no aparece, ni persona alguna ha visto el hecho confesado, ni el

²⁷¹ Díaz Clemente. Ob. Cit., p.74.

²⁷² *Ibidem.*, p.75.

supuesto delito ha dejado vestigio material alguno, ni el procesado relata detalles del hecho que le hagan verosímil y posible. A este respecto Mittermaier, decía que “las dudas originadas por la falta de vestigios del crimen, no deben tener al juez: a) Cuando el crimen por su misma naturaleza no ha podido dejarlos; b) Cuando esta falta de vestigios pueden explicarse fácilmente por la manera como ha sido cometido; c) Cuando las circunstancias actuales demuestran por qué no pueden encontrarse o por qué sólo se encuentran en pequeño número” y como conclusión agrega que “el cuerpo del delito puede muy bien descubrirse por la confesión del acusado, pero (confesión) perfecta, en cuanto a las condiciones requeridas de credibilidad”²⁷³.

Esta posición tiene sin embargo un importante conflicto. Al considerarse la declaración del procesado en participaciones de conocimiento y en declaraciones de voluntad (reconocimiento de la culpabilidad), prácticamente el procesado se convierte en testigo de su propia causa lo cual podría significar, la ruptura

²⁷³ Mittermaier, C. J. A. Ob. Cit., p. 239. Se ha especulado mucho con la confesión morbosa o patológica, citando el caso de quien se acusa por un motivo extraordinario. Pero lo que se ha demostrado es precisamente la conclusión que se pretende extraer de esas circunstancias extraordinarias, dado que lo común y ordinario es precisamente todo lo contrario y que en la declaración del procesado intervienen un conjunto de factores completamente humanos y perfectamente aplicables: lo inexplicable, lo sobrenatural no tiene encuadre exacto dentro de los sistemas jurídicos ni dentro de los ordenamientos legales.

de una garantía procesal, que en la constitución adquirió jerarquía de norma fundamental.

La cuestión adquiere alguna sutileza, pues se ha pretendido asimilar la declaración del testigo con la declaración del procesado; evidentemente en ambos casos se trata de participaciones de conocimiento, que provienen del propio procesado o de una persona ajena al proceso, y si en el primer caso no puede admitirse, la declaración testimonial del procesado sobre el hecho propio, la cuestión se complica cuando esa declaración se refiere a hechos de otros, como sería el caso del coautor, copartícipe o cómplice.

El artículo 20 fracción II de la Constitución Política Mexicana, establece la garantía individual de naturaleza procesal penal, de no ser obligado a declarar, el que es objeto de investigación en la averiguación previa o el inculcado dentro del proceso. El que es materia de acusación, tiene el derecho de declarar o abstenerse de hacerlo. Si declara, lo que expresó podrá ser prueba confesional, siempre y cuando su testimonio acredite el delito y la responsabilidad penal.

La prueba confesional del procesado de acuerdo a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El artículo 94, fracción VII, de la Constitución Política Mexicana, establece la facultad del Poder Judicial Federal, mediante jurisprudencia de establecer la interpretación obligatoria de lo que prevé la ley procesal.

Partiendo de lo que en jurisprudencia a resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las primeras declaraciones del imputado, tendrán carácter de prueba confesional, siempre y cuando reúnan los requisitos que establece el artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, porque presupone la ausencia de aleccionamiento previo. En este sentido la Jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado:

“CONFESION. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO.

De acuerdo con el principio de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores”²⁷⁴.

²⁷⁴ Jurisprudencia No. 70, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala, pp.157 y 158.

Cuando se formula la confesión y en declaraciones posteriores se pretende retractarse de ella, tendrán que aportarse pruebas que demuestren la ilegalidad de la confesión para que tenga eficacia legal, ya que de no hacerlo, la prueba confesional subsiste. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido la retractación de la forma siguiente:

“CONFESION, RETRACTACION DE LA. Para que la retractación de la confesión anterior del inculpado tenga eficacia legal, precisa estar fundada en datos y pruebas aptas y bastantes para justificarla jurídicamente”²⁷⁵.

Una vez rendida la confesión, quien pretende invalidar su naturaleza de prueba, aduciendo violencia física o moral, tendrá que justificar su aserto. Ante la ausencia de pruebas de este tipo, la confesión inicial subsiste porque se presume legalmente su espontaneidad, siendo indispensable en consecuencia, justificar la violencia de que fue objeto por parte de alguno de los órganos del Estado, como bien podrían ser las policías preventiva, judicial local y judicial federal.

²⁷⁵ Jurisprudencia No. 72, visible en el Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala, pp. 164 y 165.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a determinado:

“CONFESION COACCIONADA, PRUEBA DE LA. Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fue objeto de violencias por parte de alguno de los órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal”²⁷⁶.

Las declaraciones que vierta el inculpado podrán ser confesión que consagre defensas, como causas de exclusión del delito y la prescripción del derecho procesal que da nacimiento a la acción penal o de la acción penal en sí. A ello se le denomina prueba confesional calificada. En estos casos, es responsabilidad procesal del que las hace, el probar su existencia, para que trasciendan en el resultado del juicio.

La Suprema Corte de Justicia de la nación se ha pronunciado en ese sentido:

²⁷⁶ Jurisprudencia No.71, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala, pp.160 y 161.

“CONFESION CALIFICADA, PRUEBA DE LA. Si existen elementos que afecten la verosimilitud de la confesión calificada, el acusado debe probar las circunstancias excluyentes o las modificativas atenuantes que al emitirlas introdujo en su favor”²⁷⁷.

La confesión calificada, puede ser divisible. Esto es, en principio constituye la aceptación de haber cometido el delito; y, si no se prueban las circunstancias eximentes de responsabilidad o la prescripción, solo perjudicará a quien la formula.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hablar de la confesión calificada, así lo ha expresado:

“CONFESION CALIFICADA DIVISIBLE. La confesión calificada con circunstancias excluyentes o modificativas de responsabilidad es divisible si es inverosímil, sin confirmación comprobada o si se encuentra contradicha por otras pruebas fehacientes, en cuyos casos el sentenciador podrá tener por

²⁷⁷ Jurisprudencia No. 69, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala, p.157.

cierto lo que perjudica al inculpado y no lo que le beneficia”²⁷⁸.

La prueba confesional, cuando no está desvirtuada ni es inverosímil y está corroborada por otros elementos de convicción, tiene valor probatorio pleno, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación a esta, la Jurisprudencia de la Suprema Corte establece:

“CONFESION, VALOR DE LA. Conforme a la técnica que rige la apreciación de las pruebas en el procedimiento penal, la confesión del imputado como reconocimiento de su propia culpabilidad derivada de hechos propios, tiene el valor de un indicio, y alcanza el rango de prueba plena cuando no está desvirtuada ni es inverosímil y si corroborada por otros elementos de convicción”²⁷⁹.

El artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales, determina que: “La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el

²⁷⁸ Jurisprudencia No. 68, visible en el Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala, p.156.

²⁷⁹ Jurisprudencia No.73, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala, p.167.

Ministerio Público, el Juez o Tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable”.

Se reitera que el cuerpo del delito puede ser probado por cualquier medio de prueba, porque en el proceso, en general, y en el proceso penal particularmente, nunca se concreta un solo y único medio de prueba, y paradójicamente, la existencia de la prueba única, aunque ella reuniera los requisitos establecidos por el legislador como “prueba clásica”, podría ser la más dudosa o la que en todo caso no aportara al entendimiento del juez la segura convicción que necesita para juzgar²⁸⁰.

Es imposible que en el proceso exista solamente la confesión del imputado; en casos como el supuesto, el juez no

²⁸⁰ Gorphe, Francois. De la apreciación de las pruebas. Traducción de Luis Alcalá Zamora. Buenos Aires, 1950, p.455: Sabemos que los diversos medios de prueba analizados no constituyen, de manera alguna, comportamientos estancos, ; no hemos podido analizar ninguno de ellos sin afectar incursiones en terreno de los otros, y cada uno se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la que podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta; y tales exámenes resultarían incompletos si no se refirieran asimismo a las relaciones entre las pruebas; con frecuencia de esos propios vínculos nace la conclusión. Este esencial punto de vista ha pasado demasiado inadvertido hasta el presente; porque, al hipnotizarse con las categorías jurídicas de forma, se ha producido el encastillamiento en el estudio separado de las pruebas.

podría fundar una sentencia de condena jurídicamente válida en una confesión que surgiera aislada en el complejo probatorio y desprovista de toda sustentación fáctica, o sea las circunstancias y accidentes a que se refiere la ley procesal.

La experiencia enseña que ello muy pocas veces sucederá, y aunque no sea raro que el delincuente se preocupe primordialmente por obtener la impunidad borrando, suprimiendo, destruyendo o alterando toda clase de huellas, rastros y vestigios de su actividad delictual, siempre existirá un defecto en la instrucción del proceso que no supo o no quiso cumplimentar los expresos mandatos del legislador.

Por otra parte, se ha visto que la confesión solamente significa el reconocimiento de la propia culpabilidad, manifestada en una declaración emitida por el procesado al juez competente, y de ahí que se admita que en los casos de proceso con sujeto múltiple, las participaciones de conocimiento de unos, prueba con respecto a los otros la existencia del cuerpo del delito.

De lo contrario, la ley habría establecido un premio injusto al delincuente más habilidoso, que utilizando el conocimiento científico o los adelantos de la técnica supiera eliminar del

mundo sensible todo rastro y vestigio del cuerpo del delito. Para evitar esta fisura legal acertadamente se ha declarado que es posible la comprobación del cuerpo del delito en el homicidio, cuando no se ha encontrado el cuerpo de la víctima.

2.5. INVESTIGACION JUDICIAL DEL CUERPO DEL DELITO.

Los códigos de procedimientos en materia penal, determinan la actividad que debe realizar el juez de la instrucción sumaria para la obtención y el aseguramiento de la prueba del cuerpo del delito. En términos generales, la ley ha reglamentado un aspecto particular de la *investigación judicial*, actividad genérica y compleja del juez de la instrucción sumaria que tiende a la adquisición del material de conocimiento relativo a la existencia del delito y a la individualización de sus autores, mediante el ejercicio y actuación de las operaciones procesales siguientes:

- a) El aseguramiento, adquisición y conservación de las piezas de convicción;
- b) El reconocimiento de personas, cosas y lugares;
- c) La adquisición de los medios de prueba.

Prácticamente, la investigación judicial se identifica con la actividad desplegada por el juez durante todo el proceso de instrucción. La *investigación judicial e inspección judicial* son instituciones que deben ser diferenciadas. La primera ingresa dentro del capítulo de los deberes y poderes del juez; mientras que la inspección judicial u ocular se manifiesta por una actividad judicial encuadrada dentro de los denominados “medios de prueba”²⁸¹.

Por no haber tenido presente esta diferenciación se ha llegado a confundir la apreciación del material probatorio con la inspección judicial u ocular. Rosemberg, la define como “toda percepción sensorial directa del tribunal sobre cualidades o circunstancias corporales de personas y cosas”²⁸².

En lo que atañe a la investigación del cuerpo del delito la inspección judicial u ocular es uno de los variados medios de que puede valerse el juez para llegar a su comprobación, y presenta las características siguientes:

²⁸¹ La afirmación del texto requiere dos aclaraciones: 1) ¿La inspección judicial como medio de prueba o como una fuente de prueba? Carnelutti, Francisco. La prova civile. Segunda Edición. Roma, 1947. Traducción al Castellano, Niceto Alcalá Zamora, Buenos Aires 1955, p.71. Distingue entre la actividad del juez que busca la verdad del hecho a probar (medio de prueba), y el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad (fuente de prueba); por ejemplo: medio de prueba es la declaración del testigo recibida o percibida por el juez, mientras que el testigo es una fuente de prueba. Con este criterio no cabe duda que la inspección judicial, caracterizada por la percepción del juez, es un medio de prueba.

²⁸² Rosemberg, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Traducción de Angela Romero Vera, Buenos Aires, 1955. Tomo II, p.139.

a) Se complementa con la actividad de adquisición material de las cosas que servirán de pruebas, por ejemplo: el secuestro de las armas, instrumentos y efectos del delito.

b) Se integra con la utilización de otros medios de prueba, por ejemplo: El juez procederá con intervención de peritos, siempre que lo creyere necesario.

c) La actividad de inspección judicial realizada por el juez estaría limitada, en esta materia, a las operaciones de reconocimiento de lugares y descripción de personas y cosas.

Se ha intentado una sistematización del ordenamiento legal, teniendo en cuenta el género de actividad que desarrollará el juez de instrucción y en este episodio del proceso penal. Así Jiménez Asenjo dice que las actuaciones encaminadas a comprobar el cuerpo del delito son las siguientes:

“1) Ocupación y comprobación de las armas, instrumentos o efectos que sirvieron para la realización del delito;

2) Identificación de la persona o personas objeto del mismo;

3) Comprobación de la cosa materia del delito;

4) Demostración de los elementos de hecho que acompañaron a la transgresión;

5) Se añade también por los prácticos la identidad del delincuente y sus circunstancias personales”²⁸³.

Otra clasificación de la actividad judicial puede formularse en atención no solamente a la actividad del juez de instrucción, sino a las características de los elementos que componen el cuerpo del delito. Si el concepto de éste se estructura mediante el concurso de *corpus instrumentorum*, del *corpus criminis* y del *corpus probatorium*, parecería lógico concluir que cada uno de ellos origina una actividad específica del juez de instrucción, en cuanto éste debe proveer a la obtención y conservación de los instrumentos del delito, a la descripción del objeto del delito y a la adquisición de las piezas de convicción.

Esta actividad adoptada en su especificidad, argumenta Díaz, daría un intento clasificatorio sobre los extremos siguientes:

“a) Secuestro y conservación del *corpus instrumentorum*;

b) Descripción y reconocimiento del *corpus criminis*;

c) Reconocimiento e inspección de lugares y cosas;

²⁸³ Jiménez Asenjo, Enrique. Ob. Cit. Tomo I, p.446.

d) Adquisición del *corpus probatorium*²⁸⁴.

Con respecto a este último elemento es necesario aclarar dice Díaz Clemente que “la adquisición del *corpus probatorium*, no significa que a través de la figura procesal del cuerpo del delito se interfiera en todo sistema probatorio del ordenamiento procesal, y aunque de ello no surgiera ningún inconveniente desde el punto de vista sistemático, se conjugaría a través de este instituto, un estudio de los medios de prueba, lo cual podría conducir a una visión limitativa y estrecha de aquellos, que exceden ese marco”²⁸⁵.

2.5.1. El secuestro de los instrumentos del delito.

El principio general en materia penal, es que se deben secuestrar los instrumentos del delito. El secuestro consiste en una medida cautelar que se ejercita sobre cosas, especialmente sobre aquéllas que se involucran en el concepto de “armas, instrumentos o efectos provenientes o que tengan relación con el delito”, privándose a su titular o propietario de la posesión o

²⁸⁴ Díaz, Clemente. Ob. Cit., p.147.

²⁸⁵ Díaz Clemente. Ob. Cit., p.148. En virtud del mismo argumento, se debe excluir toda actividad judicial instructoria que no se refiera concreta y específicamente al cuerpo del delito, como sería el caso de las circunstancias personales e identidad del procesado, que no tienen gravitación sobre la existencia del delito, sino sobre la autoría y la responsabilidad.

la tenencia de las mismas, mientras dure el proceso o sea necesario a los fines de la investigación.

Es diferente el secuestro de la confiscación o decomiso por lo siguiente:

a) El secuestro es una medida cautelar y como tal de carácter exclusivamente procesal; el decomiso es una pena y la determina la ley penal.

b) El secuestro no importa la privación de la propiedad; el decomiso es una medida tendiente a establecer la pérdida de la propiedad.

c) El secuestro tiende a la conservación de la cosa y los fines de la investigación instructoria; el decomiso tiende a la destrucción de la cosa o a su transformación.

También existe diferencia dentro del ordenamiento procesal, del embargo de bienes y cosas en lo siguiente:

a) Porque el secuestro tiende a individualizar los instrumentos del delito o los efectos provenientes del delito, mientras que el embargo tiende a individualizar bienes o cosas

independientemente que hayan servido o no como instrumentos del delito o provengan del delito.

b) Porque la finalidad del secuestro es asegurar la cosa a los fines de la instrucción del sumario, mientras que el objeto del embargo es asegurar la responsabilidad pecuniaria del procesado.

Esta medida es sumamente importante a los fines de la investigación y muchas veces formará el nexo entre el hecho objetivo del delito y el sujeto que lo cometió. Para Díaz, “la propiedad del arma, habitual utilización de determinados instrumentos o herramientas, el *modus operandi* de los delincuentes habituales, constituyen elementos inapreciables para la investigación del hecho y muchas veces posibilitan la individualización de su autor”²⁸⁶.

²⁸⁶ Díaz Clemente. Ob. Cit., p.150. En relación a los efectos, la cuestión reside en determinar cuál es el concepto de “efectos relacionados”, comparativamente con el concepto de “efectos provenientes”, los primeros, están sujetos al secuestro, medida que no prejuzga sobre el dominio y que consiste en la privación transitoria de la posesión o tenencia, mientras que los segundos, están sujetos a una privación del dominio; partiendo de este criterio, la interpretación de la frase “efectos relacionados” debe ser amplia, teniendo como única limitación la existencia de una vinculación causal, inmediata y directa entre el hecho delictuoso y el “efecto” o cosa sujeta al secuestro.

El ámbito descriptivo de la norma es muy amplio, ya que dentro de aquél se comprenden no solamente los elementos que integrarían el *corpus instrumentorum* propiamente dicho, considerando como los medios materiales que fueron utilizados para cometer el hecho delictuoso, sino también los efectos o cosas relacionadas con el delito, que pueden ser innumerables y hasta innecesarios para los fines de la investigación.

Los objetos materia de secuestro deben ser conservados durante el proceso penal. Aquí se plantea el problema de la responsabilidad por la conservación y custodia de los objetos secuestrados como también la posibilidad de sustituir el custodio. La función del juez es la de ordenar la conservación de los objetos; incluso si los objetos no pudiesen por su naturaleza conservarse en su forma primitiva, el juez acordará lo que estime más conveniente para conservarlos del mejor modo posible.

2.5.2. La descripción y reconocimiento del *corpus criminis*.

La circunstancia de que el *corpus criminis* deba incorporarse al proceso como elemento de convicción o material de conocimiento que el juez debe tener en cuenta al momento

de dictar sentencia, ha obligado al legislador a prever un conjunto de operaciones tendientes a receptar aquellos elementos, de por sí cambiantes y susceptibles de variaciones físicas, a fin de que perduren hasta la finalización del proceso.

El cuerpo del occiso debe ser inhumado; las lesiones desaparecen con el tiempo, y en algunos casos (hematomas, traumatismos) no dejan huellas visibles; las sustancias venenosas se volatilizan o combinan químicamente hasta hacerse irreconocibles o imperceptibles; las cosas sufren las mismas variaciones y mutaciones por la acción de elementos físicos. Para estos casos y otros similares, la ley ha previsto de qué modo pueden quedar definitivamente incorporados estos elementos dentro del proceso.

En términos generales, esta norma de actividad judicial instructoria se manifiesta por la descripción de personas y cosas: Siendo que exista la persona o cosa objeto del delito, el Ministerio Público, describirá detalladamente su estado y circunstancias y especialmente todas las que tuvieren relación con el hecho punible.

En materia penal, lo que interesa es determinar el modo de realización de las operaciones de descripción y de

reconocimiento del *corpus criminis*. En este sentido sigue diciendo Díaz, se pueden establecer las operaciones siguientes:

- “a) La descripción material y objetiva del *corpus criminis*;
- b) La preexistencia de la persona o cosa, objeto del delito;
- c) La reconstrucción del hecho;
- d) En caso de muerte violenta, la necropsia del cadáver”²⁸⁷.

En la investigación del *corpus criminis* es de particular importancia la preexistencia o sea la demostración de la existencia cierta de la cosa o persona con anterioridad al hecho delictuoso. Sin embargo, se ha limitado la determinación de la preexistencia al supuesto de los delitos contra la propiedad, siendo una figura de carácter general que abarca no solamente las cosas que han sido objeto de un hecho delictuoso, sino también las personas que han sido víctimas del hecho.

La preexistencia de personas y de cosas consiste esencialmente en su *identificación*: tratándose de cosas tiene por objeto determinar que ellas existían con anterioridad al hecho delictuoso, y tratándose de personas, tiene como finalidad identificar un cadáver con una persona que estuvo viva.

²⁸⁷ Díaz, Clemente. Ob. Cit., p.182.

Para Díaz Clemente, la *reconstrucción del hecho*, “es una diligencia probatoria de carácter complejo que consiste en la reconstitución o reproducción de los hechos presumiblemente delictuosos realizada ante el juez competente, en la que puede intervenir la persona imputada de la comisión de aquellos hechos”²⁸⁸.

Por sus características se trata de una inspección judicial, pero se diferencia de ésta en que la misión del juez no consiste en una estática observación de cosas, lugares o personas, seguida de una descripción, sino que la observación se torna dinámica, se moviliza, como medio de obtener la convicción de las circunstancias y accidentes de su realización.

2.5.3. El reconocimiento e inspección de lugares.

La adquisición del cuerpo del delito exige frecuentemente el desarrollo de una actividad judicial destinada a la búsqueda del mismo, sea en el mismo lugar en que se cometió el hecho delictuoso, sea en otros lugares hacia donde se pudieron desplazar las cosas relacionadas con el delito, o las huellas y los rastros dejados por el delito. Estas operaciones exigen el reconocimiento y la inspección de los lugares.

²⁸⁸ Díaz, Clemente. Ob. Cit., p.191.

La finalidad específica de la inspección judicial concretada en el reconocimiento de lugares es la observación de elementos para la comprobación de los hechos delictuosos, no delimitado a las cosas que puedan hallarse o encontrarse como resultado de la investigación, sino también a aquellos elementos que puedan conducir a la acertada apreciación del delito.

2.5.4. La adquisición del *corpus probatorium*.

La actividad encaminada a la adquisición del *corpus probatorium* en función de la investigación judicial no constituye un atributo específico de la inspección judicial encaminada a determinar la existencia del cuerpo del delito. Su contenido es complejo y dentro de esta actividad se encierra la totalidad de los elementos y de los fenómenos del hecho delictuoso, incluso sobre la personalidad del imputado.

Esta actividad está circunscripta a lo que exclusivamente se refiere el cuerpo del delito, es decir, a la demostración de la existencia del delito, el legislador aunque sin romper el molde de las estructuras probatorias, para determinar las reglas y formas de comprobar el cuerpo del delito de acuerdo a la descripción de la figura delictuosa creada en abstracto por el

órgano legislativo, que viene a constituir una garantía de legalidad para el imputado.

2.6. EL CUERPO DEL DELITO EN LA DOCTRINA MEXICANA.

El concepto de *corpus delicti* es medular en el sistema penal mexicano, pues sobre él descansan el enjuiciamiento punitivo del Estado y sus criterios científicos rectores. Preciso es subrayar, manifiesta Jiménez Huerta, "que fundamentalmente erraría quien concibiese este concepto como trascendente sólo en el Derecho procesal penal e irrelevante en el Derecho Penal sustantivo"²⁸⁹.

En forma específica, en el estudio de la tipicidad, como certeramente subrayan los profesores González Bustamante y Franco Sodi cuando afirman que comenta Jiménez Huerta "para madurar el concepto de cuerpo del delito es muy útil el estudio de la teoría de la tipicidad"²⁹⁰.

Concepto: El cuerpo del delito en el procedimiento penal, señala González Bustamante, "está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la

²⁸⁹ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p.242.

²⁹⁰ *Ibidem.*, p.242.

definición. Esta idea es la más precisa y completa que hemos conocido y nos permite distinguir el cuerpo del delito, del delito mismo"²⁹¹.

Se conceptuaba antiguamente al cuerpo del delito como la cosa en que o con la que se ha cometido un acto criminal, o en la cual existen las señas de él, por ejemplo el cadáver del asesinado, el arma con que se le hirió, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que se la robo, sin embargo se consideraba que el cuerpo del delito, no era otra cosa que la ejecución , la existencia misma, la realidad del delito.

Entre los autores clásicos comenta García Ramírez, que Bentham, sostiene que cuerpo del delito, "es el estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas, sino también a las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de sus facultades intelectuales, como es el caso de marcas producidas por enfermedad o por violencia externa"²⁹².

²⁹¹ González Bustamante, José Juan. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México, 1989, p.159.

²⁹² García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa, México, 1983, p. 397.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal".

El cuerpo del delito, es la parte de un todo, de la misma manera que el cuerpo del hombre es una parte de la entidad hombre. El todo a que se refiere el cuerpo del delito, afirma Rivera Silva, "es el delito real: el acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo externo, etc.), una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley"²⁹³.

Así el delito real, se informa con un contenido positivo en el cual hay dos partes: una que puede hospedarse en algún delito legal y otra que queda fuera, por lo tanto, el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que encaja perfectamente en la definición legal de un delito, siendo en consecuencia el cuerpo del delito, el contenido de un delito real, que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal.

²⁹³ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Edit. Porrúa, México, 1997, p. 154.

Los delitos legales son las definiciones que la ley da de los delitos en particular. Para Rivera Silva, “estas definiciones las crea el legislador fijándose en los actos conculcadores de la vida social, de esos actos hace a un lado lo que tienen de particular y, con su esencia construye los tipos delictivos”²⁹⁴.

Es conveniente no confundir los motivos, elementos morales, actos y consecuencias; los motivos son el conjunto de circunstancias externas o internas que provocan el acto; los elementos morales, la intención o la omisión espiritual que se tuvo al actuar; el acto, el proceder, la forma como se acciona y, la consecuencia, el cambio que en el mundo exterior produjo el acto.

El delito legal casi siempre se configura con el acto y la consecuencia los cuales objetiviza y desprende de los motivos y elementos morales. Sin embargo, indica Rivera Silva, “en algunos casos el legislador coloca en su definición elementos de

²⁹⁴ Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit., p.154. Un tipo delictivo, no abarca todas las particularidades que en el mundo exterior provoca un acto real; únicamente conceptualiza o tipifica el proceder indeseable. El delito legal, no alude a ningún delito real en particular, sino a todos en general, de la misma manera que un concepto no se refiere en especial a un concreto, sino a todos.

índole subjetiva, que juegan un doble papel: elementos de la definición del delito (dolo específico) y elementos morales necesarios para la sanción”²⁹⁵.

El cuerpo del delito es calificado por notas de carácter valorativo, cuando la definición comprende éstas, como sucedía con el estupro, que requería la castidad y honestidad, conceptos que entrañan valoraciones.

Asimismo el cuerpo del delito es calificado por notas de la calidad del sujeto, cuando en la descripción de la conducta registrada por el legislador, se señalan características de tal especie, como sucede con el peculado, que requiere en el sujeto activo la calidad de servidor público. Por último, el cuerpo del delito es calificado por notas de relación, cuando el delito legal señala características de vinculación de los sujetos, como es el caso del incesto.

²⁹⁵ Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit., p. 155. Las variedades que presentan los delitos, determinan la diversidad en el cuerpo de los mismos; el primer grupo de delitos está constituido por los que su definición sólo abarca elementos que se pueden percibir por los sentidos, por lo cual se denominan delitos simples, ejemplos: Homicidio, lesiones, infanticidio y aborto. El segundo grupo se encuentra integrado por aquellos cuyo cuerpo se encuentra calificado por notas de carácter subjetivo y valorativo, por ejemplo, el fraude, el que comprendiendo el engaño, tiene una nota de carácter subjetivo, puesto que el engaño entraña el tener conocimiento de la realidad y la intención de llevar al ánimo del sujeto pasivo la creencia de que la realidad presenta caracteres distintos a los verdaderos.

Habida cuenta de lo anterior, se puede afirmar que comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal.

En los cuerpos de los delitos simples, se necesita demostrar los elementos materiales del proceso externo y la consecuencia, con lo cual se agota la definición del delito; en los calificados, el proceso previsto por el legislador, incluyendo las notas subjetivas, valorativas, de calidad del sujeto o de relación previstas por el delito legal; y en los bilaterales, también las referencias que hacen al proceder o situación del sujeto pasivo.

La base en todo procedimiento penal, es la comprobación del cuerpo del delito, ya que en caso de no encontrarse comprobado, no podrá procederse en contra de persona alguna; vuelve a señalar Rivera Silva, que “antes de perseguir al homicida, es necesario comprobar que el homicidio existe como una verdad de hecho, pues en caso contrario, equivaldría a buscar la causa de un fenómeno imaginario”²⁹⁶.

La comprobación del cuerpo del delito no solamente es un requisito procesal para que pueda dictarse el auto de formal prisión, sino un imperativo que establece nuestra ley suprema.

²⁹⁶ Rivera Silva. Manuel. Ob. Cit., p.157.

Puede comprobarse por el empleo de pruebas directas o indirectas. Aquéllas son las que no necesitan demostración, porque llegan al conocimiento del Juez o tribunal, por la realidad misma.

Para Rivera Silva, la prueba directa es, “por naturaleza, esencialmente objetiva, porque nos lleva a la comprobación del hecho o circunstancia, por la materialidad del acto, y es la que más satisface, porque llega al conocimiento de la autoridad por su propia percepción”²⁹⁷.

En cambio las pruebas indirectas señala Rivera Silva, “son pruebas de confianza para el Juez, atendiendo a la confianza que le inspire el órgano o el medio de prueba que la produce, como sería el testimonio de una persona o el documento en que se haga constar el hecho”²⁹⁸.

Respecto a los delitos que no dejan huella permanente comenta González Bustamante, “es notorio que la previa investigación de un cuerpo del delito sería una empresa quimérica, y aun respecto de los delitos que dejan huella permanente, aunque es cierto que se debe proceder con todo

²⁹⁷ Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit., p.158.

²⁹⁸ *Ibidem.*, p.158.

ahínco a buscar esas huellas, sin embargo, es imposible admitir la doctrina de que la ausencia completa de vestigios materiales puede asegurar la impunidad de un acusado cuya culpabilidad esté acreditada con testigos directos. Si tal fuera admisible, sigue diciendo el citado autor, entonces un asesino se pondría a salvo de toda pesquisa con sólo ocultar o destruir el cadáver de su víctima"²⁹⁹.

En este orden de ideas debe decirse, que no debe concretarse la comprobación del cuerpo del delito, únicamente a los elementos materiales, sino también aquellos indicios que puedan comprobar la existencia de un ilícito que no deje vestigios materiales de su perpetración, siendo que para ello la legislación vigente permite al órgano investigador y al jurisdiccional la utilización de todo tipo de medios de investigación para comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad probable o plena de quien lo haya cometido.

La comprobación del cuerpo del delito en los ilícitos de mera conducta, no sería posible si se atiende a estas reglas, pues al no dejar huellas materiales que cambien el mundo exterior, no sería posible su comprobación, por lo cual debe recurrirse a otro tipo de evidencias probatorias.

²⁹⁹ González Bustamante, Juan José, Ob. Cit, p, 164.

La comprobación del cuerpo del delito no solamente es un requisito procesal para que pueda dictarse el auto de formal prisión, sino un imperativo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Debemos advertir argumenta González Bustamante, “que la comprobación del cuerpo del delito, constituye una valorización de las pruebas obtenidas al vencimiento del término constitucional y es una facultad exclusivamente jurisdiccional”³⁰⁰.

La Policía Judicial y el Ministerio Público, en las diligencias que practican en el periodo de averiguación previa que antecede a la consignación a los tribunales, afirma González Bustamante, “sólo aseguran la prueba pero no la valorizan, y, si recogen los instrumentos u objetos del delito y describen las huellas y vestigios que hubiese dejado, es con el objeto de que el Juez esté en condiciones de poder apreciar su valor probatorio”³⁰¹.

³⁰⁰ González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., p. 165.

³⁰¹ *Ibidem.*, p.165.

En síntesis, el Ministerio Público y la Policía Judicial, sólo aportan al proceso los elementos de prueba que han de servir al Juez para pronunciar su resolución.

En rigor, insiste González Bustamante, "sólo existen dos reglas para la comprobación del cuerpo del delito. La primera, es la regla genérica; las segundas, son las reglas especiales. Si hemos entendido por cuerpo del delito en el procedimiento penal mexicano, los elementos materiales que se contienen en la definición, sino existieran reglas especiales, sería suficiente que tuviéramos noción de lo que se entiende por elementos materiales para que el requisito primordial que establece el artículo 19 de la Constitución Política de la República quedara satisfecho"³⁰².

Para González Bustamante, "es indudable que el legislador no quiso abandonar solamente a la regla general la comprobación del cuerpo de ciertos delitos que por su misma índole requieren el complemento de otras pruebas, y justifica su determinación de haber creado reglas especiales, si bien es cierto que aun en aquellos delitos que requieren una prueba

³⁰² González Bustamante, Juan José, Ob. Cit., p. 166.

especial para su comprobación, lo hacemos en función de los elementos materiales”³⁰³.

La regla genérica para la comprobación del cuerpo del delito consiste en comprobar la existencia de su materialidad, separando los elementos materiales de los que no lo son, en la definición contenida en cada tipo legal.

En este contexto González Bustamante considera que: “El cuerpo del delito puede comprobarse mediante toda clase de pruebas, siempre que éstas sean lógicamente adecuadas para lograr el conocimiento de la existencia del elemento constitutivo de que se trate”³⁰⁴.

Los elementos materiales del delito que se traduzcan en cambio o modificaciones anatómicas o patológicas, como sucede por ejemplo en los delitos sexuales, deberán ser comprobados mediante pericia médica. Y aquellos otros que afecten a objetos y lugares, como por ejemplo en el delito de daño en propiedad ajena, deberán acreditarse forzosamente por medio de la inspección ocular.

³⁰³ González Bustamante, Juan José, Ob. Cit., p.166.

³⁰⁴ *Ibidem.*, p. 167.

El cuerpo del delito de lesiones que puedan percibirse por el sentido de la vista, se comprobará por la inspección ocular de las mismas que corresponde practicar al Ministerio Público en las diligencias de averiguación previa o al juez en su caso, en el curso del proceso. La inspección debe recaer tanto sobre los caracteres semiológicos de las lesiones como sobre su localización topográfica en el cuerpo del lesionado. La clasificación de las lesiones se lleva a cabo pericialmente.

En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad provenientes de delito, subraya González Bustamante, “se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección ocular y descripción hechas por el Ministerio Público, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen médico en que se expresarán los síntomas que tenga, si existen esas lesiones y si se han producido por una causa externa”³⁰⁵.

La jurisprudencia ha resuelto que tratándose de las lesiones a que se refiere el artículo 290 del Código Penal, aquellas que dejan cicatriz perpetuamente notable, la perpetuidad ha de acreditarse por medio de dictamen médico y la notabilidad mediante inspección judicial en que se dé fe de

³⁰⁵ González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., p.168.

que la cicatriz, es notable a simple vista o sea a una distancia no mayor de tres metros.

2.7. EL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

En la legislación mexicana existen bases dogmáticas que permiten afirmar que la expresión cuerpo del delito de uso tan frecuente en la Constitución Federal y en la leyes de procedimientos penales, está empleada como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el código punitivo o una ley especial.

Es evidente que en los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se contienen disposiciones que recogen el sentido de la expresión *corpus delicti*, pero también se desprende de tales preceptos que hacen referencia a la comprobación del cuerpo del delito, es decir, a los medios legales de acreditar lo que en el sistema de la ley se entiende por cuerpo del delito.

Jiménez Huerta señala que “en tres sentidos distintos ha sido y es empleada la expresión *corpus delicti*, unas veces como

el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; otras, como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración; y en una tercera, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada”³⁰⁶.

En el ordenamiento jurídico de México es utilizada la expresión *corpus delicti* en el sentido fundamental a que hace referencia la primera de las acepciones. Corpus delicti manifiesta Jiménez Huerta, “es el hecho objetivo ínsito en cada delito o bien la acción punible abstracta y objetivamente descrita en cada infracción penal”³⁰⁷.

El primer Código de Procedimientos Penales que tuvo México, fue el de 1880, mismo que no precisó el contenido de cuerpo del delito, sin embargo, estableció en varios artículos las reglas para su comprobación, en su Capítulo IV, llamado de la comprobación del cuerpo del delito, en los artículos 121 y 157, precisa lo siguiente:

³⁰⁶ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p.243.

³⁰⁷ *Ibidem.*, p.243.

Artículo 121.- "La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho ó la de una omisión que la ley reputa delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior".

Artículo 157.- "Si el delito no hubiere dejado vestigios permanentes, ó estos no existieren ya, el juez recogerá todas las pruebas relativas á la naturaleza y circunstancias del hecho; y en el segundo caso, hará constar los motivos que hayan producido la desaparición de los vestigios, y tomará todas las providencias que conduzcan á la comprobación del delito".

El Código de Procedimientos Penales de 1894, en forma diferente y acercándose un poco a lo que hoy conocemos como cuerpo del delito, en su artículo 104, señala: "Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en el artículo 9º".

El Código Penal de 1871, en su artículo 9º, indicaba: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo: a no ser que se averigüe

lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito".

Estas disposiciones expresan con claridad el pensamiento del legislador mexicano de 1894, sobre la evolución legislativa del cuerpo del delito. Jiménez Huerta comenta que "el delito era para él, la infracción dolosa de la ley. Todo delito tipificado estaba integrado de los elementos materiales y circunstancias específicas que la caracterizaban, más el dolo"³⁰⁸.

Para comprobar el cuerpo de un delito concreto, afirma Franco Sodi, "quería la ley adjetiva de fines del siglo pasado que se comprobaran todos los elementos que lo constituían, materiales o inmateriales, puesto que al citar el artículo 9º del Código de 71, estaba indicado claramente que debían comprobarse, para estimar acreditado el cuerpo del delito, no sólo los elementos materiales, sino también el inmaterial "dolo", en los casos en que la ley exigía expresamente su comprobación"³⁰⁹.

De lo anterior puede deducirse que el legislador de 1894, confundía el cuerpo del delito con el delito mismo, en virtud de

³⁰⁸ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p.244.

³⁰⁹ Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Edit. Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal. México, 1937, p. 241.

que no exigía que se comprobara el dolo para acreditar el cuerpo del delito, sino cuando la ley lo presumía, adoptando una actitud contraria cuando no existía tal presunción. Lo que demuestra con ello en última instancia, que el dolo en su concepto, formaba parte integrante del cuerpo del delito.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Penales de 1909, en su artículo 107, describe al cuerpo del delito como: "La existencia de un hecho ú omisión que la ley repute delito, será la base del procedimiento penal. Luego que estén justificados los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo define la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito".

Al continuar el análisis sobre la evolución del cuerpo del delito en la legislación mexicana, lo mismo aconteció en el Código de Procedimientos Penales de 1929, el cual en su artículo 263, expresaba lo siguiente: "Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán por la comprobación de sus elementos constitutivos, según la definición que de ellos haga el Código Penal".

Una vez promulgado el Código de Procedimientos Penales de 1894, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció un criterio interpretativo adecuado, señala Bermúdez Molina, "que el cuerpo del delito no debía comprobarse con todos los elementos del delito, porque obviamente ya no habría elemento alguno que debiera comprobarse en la responsabilidad penal, ni habría base para el proceso"³¹⁰.

En este orden de ideas afirma Bermúdez Molina que "en razón de la completa ignorancia, entonces reinante sobre la dogmática del delito, la Corte señaló que el cuerpo del delito correspondería a los elementos materiales, objetivos o externos de la infracción penal"³¹¹.

Es conveniente precisar que los elementos materiales fueron referidos al delito, no al tipo, pues en ese tiempo se desconocía. Sin embargo, si esto se hubiese interpretado adecuadamente, con posterioridad, al manejarse ya la teoría del tipo, aún bajo el esquema causal, la comprobación del cuerpo del delito, que se refería a los elementos materiales del delito, tendría necesariamente que haber reconocido la insuficiencia de aquellas reglas especiales que ya se señalaban desde antes

³¹⁰ Bermúdez Molina, Estuardo Mario. Del cuerpo del delito a los elementos del tipo. Edit. Procuraduría General de la República. México, 1996, p. 20.

³¹¹ *Ibidem.*, p.20.

de la creación del Código de Procedimientos Penales de 1894, para comprobar el cuerpo del delito. Estas reglas, en verdad, no se referían a la totalidad de los aspectos objetivos o materiales del delito.

El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1931, el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 y el Proyecto de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, elaborado por la Secretaría de Gobernación, recogieron el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al determinar que "se entiende que el cuerpo de un delito está constituido por los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso conforme a la ley"³¹².

Así el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, establece: "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".

Las reglas especiales que prevé el código que se analiza, establece por ejemplo en los artículos 94, 105, 115 y 116 (estos dos últimos derogados por decreto publicado en el Diario Oficial

³¹² Bermúdez Molina, Estuardo Mario. Ob. Cit., p.21.

de 10 de Enero de 1994) las reglas para la comprobación del delito de Lesiones, Homicidio, Fraude, Abuso de Confianza y Peculado.

Artículo 94.- Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la policía judicial lo hará constar en el acta o parte que levante, recogiénolos si fuere posible.

Artículo 105. “Cuando se trate de homicidio, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, la harán también los peritos que practicarán la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarda y las causas que originaron la muerte. Sólo podrá dejarse de hacer la autopsia, cuando el juez lo acuerde, previo dictamen de los peritos médicos”.

Artículo 115. En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes: Fracción I. Por la comprobación de los elementos materiales del delito. Fracción II. Por la confesión del indiciado, aun cuando se ignore quien es el dueño de la cosa materia del delito.

Estas pruebas serán preferidas en el orden numérico en que están colocadas, aceptándose las posteriores sólo a falta de las anteriores.

Artículo 116. El cuerpo del delito en el fraude, abuso de confianza y peculado, se comprobará por cualquiera de los medios expresados en las fracciones I y II del artículo anterior, observándose lo que dispone su inciso final. Además para el delito de peculado es necesario que se demuestren, por cualquier medio de prueba, los requisitos que acerca del sujeto activo prevenga la ley penal.

La amplitud de la prueba en la comprobación del cuerpo del delito, la contempla el artículo 124, mismo que ordena: Para la comprobación del cuerpo del delito, el juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

Es conveniente hacer notar que los preceptos transcritos fueron reformados originalmente el 10 de enero de 1994, para cambiar la denominación de cuerpo del delito, por elementos del tipo; posteriormente el 8 de mayo de 1999, se vuelve a

reformular la legislación constitucional y procesal penal, tanto federal como del Distrito Federal, para regresar a la anterior denominación de cuerpo del delito, en lugar de los elementos del tipo, siendo esta última legislación la que sigue vigente.

El artículo 16 Constitucional reformado en su párrafo segundo, determina: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Por su parte el artículo 19 Constitucional, ordena: “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 de 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”.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 134, estatuye: “En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea”.

En relación a lo anterior el artículo 168, establece: “El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos está acreditados en autos”.

En su segundo párrafo define: “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera”.

Por su parte el artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, indica: “Para la comprobación del

cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho”.

El artículo 122 del Código de Procedimientos del Distrito Federal, actualmente establece: “El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos”.

“El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho que la ley señale como delito”.

“En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito”.

La amplitud de la prueba para la comprobación del cuerpo del delito, la determina el artículo 124, el que reza: “Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público y el Juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta”.

En este sentido el artículo 286 bis, estatuye: “Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y que se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda”.

La reforma que retoma el concepto de “cuerpo del delito” abandonando la idea de los “elementos del tipo penal”, no plantea solamente una diferencia conceptual de uno de los elementos de fondo para librar la orden de aprehensión o la emisión del auto de formal prisión, sino que introduce una

clara distinción de carácter jurídico penal, con la intención de sentar las bases de un más eficaz sistema de justicia.

Al abandonar la necesaria justificación de los elementos constitutivos del tipo penal y rescatar el concepto de cuerpo del delito, por considerarse que la legislación secundaria y la jurisprudencia, establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que dificultaron la aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión u el auto de formal prisión, se quiso suprimir la necesaria comprobación de los elementos subjetivos y normativos del tipo penal, por lo que se planteó la necesidad de rescatar e incorporar al régimen constitucional, el concepto añejo de cuerpo del delito, al que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había referido como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley”.

La concepción materialista del cuerpo del delito no surge para descartar los elementos subjetivos específicos de aquellos tipos penales que los incluyan, sino como puede verse en criterios que se remontan al año de 1930, surge para eliminar los aspectos morales o subjetivos que propiamente se refieren a la culpabilidad, esto es, ubicar al dolo en la responsabilidad.

Los criterios sostenidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 21 de enero de 1930, establecen lo siguiente:

CUERPO DEL DELITO. “Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta confusión sería antijurídica, ya que delito es la infracción voluntaria de una ley, requiriéndose, por tanto, para que exista, un elemento psicológico, o subjetivo, el cuerpo del delito debe entenderse que es el conjunto de los elementos objetivos, físico o externos, que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad”³¹³.

CUERPO DEL DELITO. “Por cuerpo del delito debe entenderse al conjunto de elementos externos o físicos y no morales o subjetivos, que propiamente se refieren a la culpabilidad; por tanto, para dictar auto de formal prisión, basta que se compruebe la existencia de esos elementos externos. El dolo se refiere a la culpabilidad y no forma parte del cuerpo del delito”³¹⁴.

³¹³ Quinta Epoca. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVI, página 1982.

³¹⁴ Quinta Epoca. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVIII, página 365.

Para la comprensión del cuerpo del delito como parte integrante del delito en general, fue necesario que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableciera que: “el cuerpo de un delito, comprende exclusivamente los elementos externos o formales que objetivizan el hecho criminal, en tanto que el delito, en si mismo considerado, integra lo que tanto por la ley como doctrinalmente, se reconoce como la parte subjetiva de un crimen, o en otras palabras, la responsabilidad penal”.

Lo anterior llevó a sostener que por cuerpo del delito debe entenderse: “el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyan un delito, con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger)....”³¹⁵.

³¹⁵ Mezger, Edmundo. Derecho Penal, pp.90-91.

La reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales, contenida en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de ocho de marzo de 1999, no plantea una diferencia puramente conceptual entre los conceptos de “elementos del tipo penal” y “cuerpo del delito”.

La reforma constitucional y procesal no significa retomar la concepción de “cuerpo del delito”, en los términos exactos en que se encontraba antes de la reforma introducida en el año de 1993, pues ahora se contemplan cuando el tipo lo requiera, los elementos normativos.

El nuevo concepto de “cuerpo del delito”, tiene caracteres propios que se delimitan con la reforma a los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, en donde se produce una separación absoluta entre tal concepción y la de tipicidad, de tal modo que en el nuevo concepto de cuerpo del delito, sólo quedan comprendidos los elementos materiales u objetivos y los elementos normativos del tipo, si estos son requeridos por la descripción típica, no así los elementos subjetivos, cuya expresión bastará, sin necesidad de prueba plena, en relación a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, para el dictado de una orden de aprehensión o la emisión de un auto de formal prisión.

En virtud de la limitación del concepto de “cuerpo del delito”, introducido en función de los requisitos exigidos para girar la orden de aprehensión o para el pronunciamiento del un auto de formal prisión, se tomó en cuenta que en los diversos estadios del proceso legislativo de reformas constitucionales y procesales, se sostuvo que “debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado”.

Por lo anterior, es causa de exclusión del delito la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, en términos del artículo 15, fracción II, del Código Penal reformado. Para la sentencia definitiva el Ministerio Público, sí deberá acreditar plenamente la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos, si éstos son requeridos, y las demás circunstancias que la ley prevea.

Considerando el contenido del artículo 168, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales reformado, será necesario el análisis de fondo en la sentencia, en función de los elementos constitutivos del tipo penal y la plena responsabilidad del acusado.

En la sentencia, deberá acreditarse plenamente la responsabilidad penal del acusado en orden a la comisión del delito de que se trate, estableciendo si la participación del acusado fue dolosa o culposa, pues se estableció en las reformas a las leyes secundarias, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de dieciocho de mayo de 1999, en la que se estableció:

“La probable responsabilidad quedará conformada por la forma de participación, la comisión dolosa o culposa del sujeto activo en el hecho delictivo que se le imputa, siempre y cuando no opere en su favor una causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

C A P I T U L O III
LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

3.1. LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Para desarrollar lo concerniente al tipo penal, es importante establecer el papel relevante que despliega en el derecho penal moderno el concepto de tipo. Siendo necesario precisar en primer término que la trascendencia jurídica de sus elementos conceptuales, es propia del Derecho Penal. En segundo lugar, que los elementos conceptuales fueron conocidos con anterioridad a Beling, que fue quien por primera vez, desarrolló la teoría del tipo.

La más profunda raíz histórica del tipo se haya en el concepto de *corpus delicti* contenido en las viejas leyes y que todavía existe en los ordenamientos jurídicos procesales de la actualidad. Señala el maestro Jiménez de Asúa que al irse independizando el tipo delictivo del *corpus delicti*, se presenta como “la suma de todos los caracteres o elementos del delito, en su contenido de acción”³¹⁶.

Esta fue la manera como se concibió el tipo, antes de Beling, como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción, varios fueron los doctrinarios que así lo concibieron y dedicaron su actividad a este fin, en 1805,

³¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., p.745.

Cristóbal Carlos Stübel, en 1840, Luden, y en 1873, Kärcher y Schaper, quienes por la misma época, mantenían esa noción del tipo, como figura de delito específica en la que se conjuntan la totalidad de sus elementos internos y externos.

Esta es también la noción del tipo que concibe Antolisei, para quien la figura legal, tipo o modelo de delito, “está constituida no solamente por el conjunto de los elementos materiales que se encuentran indicados en las diversas normas incriminadoras, sino por el complejo de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que deben concurrir para la existencia de un determinado delito y que se derivan también de la parte general del código”³¹⁷.

Concebido de esta manera el tipo penal, se identifica con la plenitud del delito, sin que sea posible establecer una diferenciación entre ambos conceptos. La teoría del tipo hace su ingreso en el campo del Derecho Penal en 1906, por obra de Ernesto Beling, el cual atribuye al principio por ella enunciado el puesto de primer orden en la jerarquía de los elementos esenciales en la noción del delito.

³¹⁷ Antolisei, Francisco. Estudio analítico del delito. Anales de Jurisprudencia, México, 1954. Traducción de Ricardo Franco Guzmán, p.37.

Es necesario precisar manifiesta Jiménez Huerta, “que con Beling primero se materializa y después se espiritualiza el concepto de tipo penal. Se materializa en 1906, cuando publica su obra *Die Lehre vom Verbrechen*; se espiritualiza veinticuatro años después, cuando en 1930, publica su obra *Die Lehre Vom Tatbestand*”³¹⁸.

De acuerdo a la primera formulación de Beling, “el tipo es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos”³¹⁹. La mayoría de la definiciones del delito, considerado como fenómeno abstracto y desvinculado de sus manifestaciones singulares, lo califican antes de 1906, como “ una acción antijurídica, culpable y sancionada con una pena”³²⁰.

En estas definiciones, la característica de ser sancionada con una pena, venía considerada como un apéndice exterior, respecto al presupuesto fundamental de la acción antijurídica, incondicionalmente puesto en el centro de la doctrina del delito. Esta sistematización teórica era una consecuencia de la grandiosa teoría de las normas de Carlos Binding.

³¹⁸ Jiménez Huerta, Mariano. *Criminalia*, número 5, México, 1954, p. 239.

³¹⁹ Jiménez Huerta, Mariano. *La Tipicidad*. Edit. Porrúa. México, 1954, p. 22.

³²⁰ *Ibidem.*, p.22.

Partiendo del punto de vista de Binding, para quien “el contenido ilícito de la acción criminosa radicaba en la desobediencia a la norma imperativa o prohibitiva que forma el substrato de las leyes sancionadoras penales”³²¹. Era natural que la cuestión de la antijuridicidad fuere la primera en presentarse y quedarse entendido como cosa obvia que no toda especie de desobediencia a la norma, sino solamente a aquellas normas que son sancionadas con pena, puede tener relieve penal.

En la elaboración de su sistema apoyado sobre el concepto de tipo penal, Binding ha indicado que “en última instancia sólo pretendió un desplazamiento de valor en el ámbito de los elementos del delito”³²².

La conformidad a cada especie de tipo, de simple atributo accesorio destinado a señalar los límites del derecho penal a través de su calificación de acción sancionada con pena, deviene la forma fundamental de delito; esto es, aquella determinada acción tipificada por el legislador, y que

³²¹ Binding, Carlos, citado por Jiménez Huerta, Mariano. *Criminalia*, México, 1954, p.239.

³²² *Ibidem.*, p.239.

precisamente, por esta tipificación, podía automáticamente considerarse como antijurídica.

El tipo penal describe abstractamente los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito. Esta concepción del tipo penal es la que, en líneas generales y sin entrar en el problema de sus relaciones con los demás elementos del delito, norma las ideas doctrinarias de Mezger y Grispigni.

En el año de 1930, Beling hace una nueva formulación de su doctrina, en la que espiritualiza algunos de sus primeros puntos fundamentales. La idea medular de este autor, es la separación que establece entre el tipo y la especie delictiva. Para la exposición de su nuevo sistema arranca del concepto de “especie delictiva”³²³, concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos que se encuentran en la descripción legal.

Estos elementos son: unos de naturaleza externa y objetiva, como los que caracterizan a la antijuridicidad, y otros, de naturaleza subjetiva, como los que configuran la culpabilidad.

³²³ Von Beling, Ernesto. La Doctrina del delito tipo.

Todos estos elementos se orientan hacia una “imagen unitaria” que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva, y sin la cual aquellos elementos perderían su sentido como elementos integrantes de la especie delictiva.

Esta “imagen unitaria” es el tipo que informa y preside la creación y vida de cada “especie delictuosa” y representa esquemáticamente su contenido esencial. El tipo no es ya, el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, sino la *imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens*, que norma y preside cada especie delictiva.

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

La adecuación de la conducta al tipo, idea implícita en el concepto de tipicidad, no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es “imagen o figura rectora” o “cuadro dominante” de cada una de ellas. De esta forma pretendió resolver los problemas de la primera formulación de su doctrina quedaban en el vacío, como el de la tentativa y la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no eran plenamente subsumibles en la descripción del tipo.

Con la nueva concepción del tipo como “imagen rectora” o cuadro dominante de cada especie delictiva, el problema encuentra solución, pues la acción intentada y la de los participantes entran dentro de la “imagen rectora” o “cuadro dominante” que rige la especie delictiva.

Por otra parte, como afirma Rodríguez Muñoz, “el motivo determinante de esta nueva concepción del tipo rector fue el deseo de Beling de asegurar la necesaria congruencia del tipo del injusto y del tipo de culpabilidad, congruencia que no se deducía como necesidad lógica en su construcción de 1906”³²⁴.

³²⁴ Rodríguez Muñoz, José Arturo, citado por Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p.240.

En ella el concepto fundamental del tipo no representaba el vínculo de congruencia y podía afirmarse el carácter delictivo de una conducta que, realizando objetivamente el tipo, no iba acompañado de la culpabilidad congruente a dicho tipo.

La idealización que del tipo hizo Beling en 1930, no encontró arraigo en el pensamiento jurídico penal. La mayoría de los escritores trabajaba con un tipo de delito fundamentalmente diverso del tipo, del tipo rector de la segunda época, concepto éste que pertenece sólo a la esfera metódica.

Es indudable, comenta Rodríguez Muñoz, “que el carácter delictivo de una conducta sólo puede afirmarse a condición de que el tipo de culpabilidad sea congruente con el tipo objetivo del injusto, y no es menos indudable que los diferentes tipos de delitos que el código contiene han sido concebidos por el legislador como tipos del injusto y de culpabilidad congruentes (el tipo del delito de homicidio del parágrafo 212 del Código alemán o del artículo 407 del español, tan sólo surgen de la conjunción de la conducta objetiva antijurídica de dar muerte a un hombre y del dolo del agente de matar a un ser humano; y así, en todos y cada uno de los delitos)³²⁵.

³²⁵ Rodríguez Muñoz, José Arturo. Ob. Cit., p.240.

Es precisamente, al objeto de explicar el porque de la necesaria congruencia que en la ley se advierte en todo instante, formula Beling su nuevo concepto del tipo rector, como algo fundamentalmente diferenciado del tipo del delito.

Por otra parte, el hecho de valerse del concepto de tipo o esquema rector para lograr la adecuación o vinculación típica en la tentativa y en la participación, es también tratar de explicar, mediante primitivos esquemas ideales, lo que la progresión científica del Derecho Penal, consagrado en preceptos expresos de la parte general de los códigos penales.

El hecho de que toda cuestión de derecho penal deba ser resuelta en referencia al esquema de un tipo autónomo de delito, puede presentar el peligro de la inutilidad de la parte general del derecho penal. Con ironía rechaza Mezger, la segunda versión de la doctrina del tipo formulada por Beling en 1930, al afirmar que “nuestra exposición de la materia vuelve la espalda al mundo luminoso del puro pensamiento típico y se enfrenta con la cruda realidad del propio Derecho Punitivo”³²⁶.

Por su parte Jiménez Huerta señala que “sería injusto desconocer la extraordinaria aportación que representa la

³²⁶ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, I, Madrid, 1946, p.372.

primigenia doctrina de Beling sobre el tipo penal. Mediante ella se pone en el primer plano de la consideración jurídica la trascendente importancia que revisten los elementos objetivos que conceptualmente integran la singular especie delictiva plasmada legislativamente en la ley, y con ello, las bases de la doctrina del delito”³²⁷.

En este sentido Bettiol hizo notar que “la importancia del tipo legal no consiste tanto en la interpretación del principio fundamental *nullum crimen sine lege*, sobre el que todos los juristas están de acuerdo ---- un hecho que no se adecua perfectamente a un tipo delictivo no puede ser susceptible de valoración penal ----, sino más bien en la función metodológica que él ofrece a los fines de la sistematización de los elementos del delito”³²⁸.

Es conveniente señalar que aparte de esta función metodológica , el concepto del tipo penal proporciona las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito, en primer término, concretiza la antijuridicidad; concreción que dinámicamente realiza el legislador durante el proceso de formación de la ley y estadísticamente queda en ella

³²⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p. 240.

³²⁸ Bettiol, Giuseppe. Ob. Cit., p.276.

plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos y como guía del juez; y en segundo lugar, pone en relieve la forma que el comportamiento antijurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo.

También es de utilidad la doctrina de Beling, al poner de manifiesto que en todo delito debe considerarse ante todo su forma, es decir, su faz externa, constituida por la acción u omisión y, en algunos casos, también por el resultado.

Para Carnelutti, el delito tiene siempre una forma típica. Esta forma típica que reviste el delito asume una extraordinaria significación estrictamente técnica, pues descubre ante nuestros ojos los elementos materiales que abren la vía y marcan el camino para la actuación e interpretación jurídica. No caprichosa o casualmente ha acontecido que el tipo surgiera del viejo *corpus delicti*”

El tipo penal es la descripción hecha por el legislador, de una conducta antijurídica, plasmada en una ley. También se ha denominado la descripción de una conducta delictuosa creada en abstracto por el proceso legislativo.

Por su parte López Betancourt, argumenta que “el tipo penal, también se conforma de las modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como los medios empleados”³²⁹.

La tipificación de las conductas delictuosas no tienen una regla especial, pues la media se determina en base a la política criminal que el Estado considere conveniente aplicar, debido a la frecuencia en la comisión de ciertas conductas antijurídicas que pretenda sancionar y a los bienes jurídicos que quiera proteger para el establecimiento de los tipo penales.

Por lo anterior, será diverso el tipo penal cuando en el se describa un resultado material a cuando se presenten conductas que requieran elementos normativos por una especial situación del sujeto activo del delito.

Por consiguiente, el comportamiento antijurídico descrito por el legislador en el tipo penal, será puntualizado en algunas ocasiones mediante la descripción de los elementos objetivos de la conducta; en otras, será haciendo referencia a la valoración normativa de la misma y algunas más lo harán mediante la apreciación de la intención del autor del delito.

³²⁹ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Edit. Porrúa. México, 1997, p. 116.

Para López Betancourt los elementos del tipo penal son los siguientes:

1. “La conducta o el hecho.
2. El sujeto activo.
3. El sujeto pasivo.
4. El objeto jurídico.
5. El objeto material.
 - a) Referencias temporales
 - b) Referencias espaciales.
6. Las modalidades de la conducta: c) R. a otro hecho punible
d) De R, de otra índole.
e) Medios empleados.
7. Elementos normativos.
8. Elemento subjetivo del injusto”³³⁰.

A partir de la segunda formulación de la doctrina del tipo penal de Beling en 1930, para que una conducta sea típica, debe integrarse por una parte objetiva y otra subjetiva. La primera se refiere a la conducta externa, la que produce un

³³⁰ López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit., p.117.

cambio en el mundo exterior, como un resultado material, y que este pueda ser imputado objetivamente a la conducta.

La segunda se integra con una parte subjetiva, constituida siempre por la voluntad del sujeto activo del delito, dirigida a la obtención del resultado, en los delitos dolosos de resultado, también en los de pura actividad, como lo son los culposos y en los delitos formales de mera conducta.

Por lo que respecta a los sujetos que intervienen en la concreción del tipo penal; el sujeto activo, es el que realiza la conducta delictuosa; y el sujeto pasivo, sobre quien recae la conducta delictiva del sujeto activo.

El objeto es otro de los elementos del delito, y se divide en objeto material y objeto jurídico. El primero está integrado por la persona o cosa sobre la que recae materialmente la acción típica, por lo que también se le denomina el objeto de la conducta, pudiendo coincidir en una misma persona el objeto jurídico y el objeto material. El objeto jurídico, es el bien jurídico protegido por la ley penal, esto es, el bien jurídicamente tutelado.

3.1.1. Los elementos objetivos.

Los elementos objetivos de la conducta contenidos en el tipo penal, se refieren a la descripción de la conducta antijurídica, creada por el legislador. El elemento objetivo se refiere a la manifestación de voluntad en el mundo físico, requerida en el tipo penal, es decir la manifestación de voluntad que produce un cambio en el mundo externo o material, como lo estableció Beling, en su teoría del tipo en 1906.

3.1.2. Los elementos normativos.

Los elementos normativos del tipo penal, son aquellos que requieren de una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado por el juez. En la aplicación de los elementos normativos del tipo refiere López Betancourt, “el legislador ha introducido conceptos jurídicos indeterminados, en los cuales puede salvaguardarse el requisito de la vinculación del juez a la ley, basando la apreciación en conceptos valorativos generalmente admitidos”³³¹.

En este contexto, los elementos normativos del tipo se refieren a hechos que únicamente se establecen bajo el

³³¹ López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit., p.121.

presupuesto lógico de una norma penal. Dentro de estos elementos quedan excluidos los conceptos jurídicos que se refieren a valor y sentido.

Algunos autores como Beling, niegan la existencia de los elementos normativos y consideran que todos los elementos del tipo son descriptivos, ya que en ellos no se expresa la valoración jurídica que califica lo antijurídico. También señala Beling, que los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales se presentan simplemente como materia de reglamentación, y por ende, no tienen naturaleza normativa.

Contrario a lo argumentado por Beling, el maestro Edmundo Mezger, afirma que “todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos y por lo tanto, conceptos valorativos teleológicamente tipificados”³³².

Frente a las posiciones de Beling y Mezger, aparece el tercero en discordia que es Bauman, para quien “son descriptivas las características, cosa, mueble, sustraer, y normativa la característica “cosa ajena”, a propósito de la cual el interprete de la ley debe recurrir al ordenamiento de la

³³² Mezger, Edmundo. Citado por López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit., p.123.

propiedad del Derecho Civil. El deslinde entre características descriptivas y normativas es fluido. También la característica normativa contiene una cierta descripción y también la característica descriptiva no es simplemente descriptiva”³³³.

3.1.3. Los elementos subjetivos.

Los elementos subjetivos del tipo penal se refieren a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo en la comisión de un ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que ocurren en el mundo interno, en el estado psicológico del autor del delito.

Existen hechos que objetivamente no interesan al Derecho Penal; sin embargo, al incrustarle el elemento subjetivo, adquieren una relevancia especial, en este sentido Jiménez Huerta, afirma: “Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia, en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos, que desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo”³³⁴.

³³³ Bauman, Jürgen. Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistemas. Edit. Depalma. Buenos Aires 1973, pp. 78 y 79.

³³⁴ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México, 1983, p.90.

Los elementos subjetivos del tipo penal surgen de la naturaleza misma del hombre, ya que éste es un ser esencialmente pensante, que ante la ejecución de la mayoría de sus actos, siempre va a participar su psique, elemento subjetivo del tipo penal. El elemento subjetivo puede radicar en el conocimiento que tiene el autor, de la realidad de un determinado estado de las cosas. En otras ocasiones, este elemento estará en un determinado deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica.

Los elementos subjetivos se refieren a los estados anímicos del autor en orden al injusto, por ello afirma Jiménez de Asúa que “este aspecto subjetivo de la antijuridicidad liga a ésta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, los incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de distinto modo”³³⁵.

³³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1958, p.256.

Son elementos subjetivos en relación al dolo, los expresados con las palabras “a sabiendas” “maliciosamente”, “voluntariamente”, “intención de matar”, que con la forma de decirlos se alude al dolo para diferenciar los casos de homicidio, lesiones, de otros de naturaleza culposa.

De esta forma se puede afirmar que hay tipos penales en los que se requiere el elemento subjetivo, para que la conducta sea tipificada como delictuosa, por ejemplo, en el artículo 246, fracción VII del Código Penal, la conducta antijurídica no adquiere relevancia típica, sino cuando el sujeto activo del delito haga uso “a sabiendas” de un documento falso.

3.1.4. Hans Welzel y la teoría del tipo penal.

Para alcanzar un conocimiento claro de la significación dogmática de las nuevas concepciones de Hans Welzel, con respecto a la teoría del tipo penal, es necesario considerarlas en su desarrollo histórico.

3.1.5. El tipo valorativamente neutro.

Beling elaboró por primera vez el concepto de tipo en su obra *Die Lehre vom Verbrechen*, en 1906, y le asignó un

significado claramente independiente frente a la antijuridicidad y a la culpabilidad, de esta forma se convirtió en el fundador de la moderna teoría de tipo, lo que se demuestra con el desarrollo posterior que se le dio a esta teoría. Según Beling, el tipo penal consiste en “la descripción exterior de los elementos del tipo del delito”³³⁶.

3.1.6. La objetividad del tipo penal.

La objetividad del tipo penal significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor. Todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior anímico del autor, no corresponde al tipo penal.

3.1.7. La neutralidad valorativa del tipo penal.

El tipo es puramente descriptivo. En el tipo penal no se da juicio de valor alguno. Con la expresión “el tipo es valorativamente neutro” puede afirmarse con Roxin, “que el tipo no contiene ningún juicio de valor del legislador”³³⁷.

³³⁶ Roxin, Claus. Teoría del tipo penal. Edit. Depalma. Buenos Aires 1979, p.57.

³³⁷ Roxin, Claus. Ob. Cit., p. 57.

La neutralidad valorativa del tipo no sólo quiere designar la neutralidad valorativa frente al legislador, sino también frente al juez.

El tipo es valorativamente neutro, en este sentido, cuando todos los elementos contenidos en él provienen del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales y el juez sólo debe comprobarlos sin necesidad de valorar. Tal concepto de tipo penal se designa como descriptivo, mientras que todos los elementos que requieren valoración judicial para su determinación se caracterizan como normativos.

3.1.8. El descubrimiento de los elementos normativos.

La teoría del tipo tuvo un significativo impulso como consecuencia del descubrimiento de los elementos normativos del tipo hecha por Max Ernesto Mayer. Este autor subraya con mayor precisión que Beling el carácter indiciario del tipo penal con relación a la antijuridicidad y su carácter de más importante fundamento para su conocimiento. El tipo guarda respecto a la antijuridicidad la misma relación que el humo con el fuego: “El humo no es fuego ni contiene fuego, pero mientras no se pruebe lo contrario indica la existencia de fuego”³³⁸.

³³⁸ Roxin, Claus. Ob. Cit., p.87.

3.1.9. La posición de Welzel en la teoría del tipo.

“a) La realización de un tipo abierto carece de efecto indiciario de la antijuricidad.

b) La existencia de un tipo abierto determina que la antijuricidad sea investigada por medio de un juicio de valor judicial dirigido a la comprobación del momento de la antijuricidad.

c) Los elementos de la antijuricidad no tienen la tarea de describir el hecho, sino solamente de fundamentar el deber jurídico del autor, por ello, en la mayoría de los casos, es posible dejarlos fuera de consideración”³³⁹.

La delimitación realizada por Welzel, no permite una clara diferenciación de los elementos del tipo, los momentos de la antijuricidad y las causas de justificación. Con respecto a lo anterior, Roxin, precisa:

“1. La diferencia esencial de tipos abiertos y cerrados consiste en que los tipos cerrados deberían ser indiciarios de la antijuricidad, mientras que ello no ocurriría en los abiertos. De

³³⁹ Roxin Claus. Ob. Cit., p.88.

nuestra investigación surge que tal opinión, afirmada con esta generalidad, no es correcta. Muchos tipos abiertos son tan indiciarios de la antijuricidad como los cerrados.

2. En los tipos abiertos la antijuricidad debería comprobarse de manera positiva, mientras que en los cerrados se requeriría un juicio judicial negativo. Se ha demostrado de esta manera ---- en la medida en que ello sea cierto en general, con respecto a los tipos abiertos ---- por medio de ellos no se define una diferencia esencial, y que este resultado sólo se apoya en la circunstancia de que en un caso el sujeto de la proposición es el autor, mientras que en el otro lo es el objeto de la acción. De esta forma, se torna crítica no sólo la diferencia de tipos abiertos y cerrados, sino también la delimitación de los elementos del deber jurídico y de las causas de justificación.

3. La diferencia entre elementos del tipo y elementos del deber jurídico, residiría entonces, en que estos últimos no cumplirían una función descriptiva del hecho, lo que no es acertado. Los elementos del deber jurídico, no sólo determinan el deber jurídico, sino que además no pueden ser sustraídos de la descripción del hecho”³⁴⁰.

³⁴⁰ Cfr. Roxin, Claus. Ob. Cit., pp.99 y 100.

3.1.10. Las funciones del tipo penal.

1. La función de garantía del tipo penal. De acuerdo a la cual sólo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada antes de su comisión. Todo ciudadano debe tener la posibilidad, antes realizar un hecho delictivo, de saber si su acción es punible o no. El tipo tiene la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida. Sólo mediante esta función se da cumplimiento al principio "*nulla poena sine lege*".

2. La función de regular el error. La teoría del tipo penal adquiere significación principal en la teoría del error, pues el autor de un ilícito, sólo puede ser sancionado por la comisión de un hecho doloso cuando por lo menos conoció las circunstancias del hecho, pertenecientes al tipo legal. Conforme a ello, el tipo penal tiene la tarea de describir todos los elementos a los cuales debe referirse el dolo del autor.

3. La función sistemática del tipo. La tercera raíz de la teoría del tipo penal se encuentra en la necesidad de un concepto fundamental del sistema del derecho penal que pueda insertarse entre los elementos "acción" y "antijuricidad". "El tipo total resulta desde puntos de vista sistemáticos,

dogmáticos y prácticos, preferible a un tipo penal que sólo contenga los elementos de las prescripciones penales de la Parte Especial. Sólo el tipo total es realmente un tipo “cerrado”, pues comprende la totalidad del sustrato correspondiente al juicio de injusto”³⁴¹.

3.2. LA EVOLUCION DEL TIPO PENAL.

La teoría del tipo penal y la tipicidad fue evolucionando, pues Beling la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

3.2.1. La fase de la independencia.

A la primera etapa del desarrollo de la tipicidad se le llamó fase descriptiva o de independencia. De esta forma Beling establecía que además del respeto a la máxima “no hay pena sin ley”, debía también consagrarse el principio “no hay delito sin tipicidad”³⁴², donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica.

³⁴¹ Roxin, Claus. Ob. Cit., p.294.

³⁴² Von Beling, Ernesto. *Die Lehre vom Verbrechen*, en 1906.

Pero este encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero no antijurídica, por existir una causa de justificación.

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede al marco de la tipicidad; más aun, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad.

Dentro de la fase evolutiva del tipo, Márquez Piñero, argumenta que “también ha de separarse la tipicidad y la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto no reside en la determinación del dolo ni de la negligencia, pues el tipo, con el que se relaciona la acción cometida (dolosa o culposa), debe tener el mismo contenido”³⁴³.

³⁴³ Márquez Piñero, Rafael. El tipo penal. Edit. UNAM. México, 1992, p.168.

3.2.2. La fase de carácter indiciario.

Max Ernesto Mayer, en su Tratado de Derecho Penal, publicado en 1915, donde plateó la segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de la antijuricidad.³⁴⁴

Mayer sostiene la separación de tipicidad y antijuricidad, pero asigna a la primera el fundamento de conocimiento de la antijuricidad, al señalar que: “son como el humo al fuego”³⁴⁵.

3.2.3. La fase de ratio assendi de la antijuricidad.

La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos en el Tratado de Derecho Penal de Edmundo Mezger, y se refiere a que tipicidad es la “ratio assendi de la antijuricidad. Para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica, es decir, suelda los conceptos de tipicidad y antijuricidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo es típica.³⁴⁶

³⁴⁴ Max Ernesto Mayer. Tratado de Derecho Penal. Alemania 1915.

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal.

Se critica a Mezger que su teoría le otorga a la tipicidad una función desmesurada, y que crea una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general.

3.2.4. La fase defensiva.

La cuarta fase del desarrollo de la tipicidad es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad elaborada por Ernesto Von Beling en 1930.³⁴⁷

Beling en su obra inicial *Die Lehre vom Verbrechen*, en 1906, había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, alrededor del cual se agrupan los demás elementos.³⁴⁸

En su obra *Die Lehre vom Tatbestand* publicada en 1930, Beling, ya no habla de una especie delictiva, sino de una “imagen rectora” compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos o subjetivos, pero todos dan lugar a esa “imagen rectora”³⁴⁹.

³⁴⁷ Von Beling, Ernesto, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930.

³⁴⁸ Von Beling, Ernesto. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

³⁴⁹ Von Beling, Ernesto, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930.

3.2.5. La fase destructiva.

Tanto la doctrina de la tipicidad, del tipo, como la teoría objetiva de la antijuridicidad, son radicalmente incompatibles con las extremas concepciones del nacionalsocialismo (nazismo hitleriano), que producen una desorganización en el armazón de la ciencia del derecho penal.³⁵⁰

Durante la época nazi, manifiesta Márquez Piñero, “los profesores alemanes más distinguidos se vieron obligados a acatar esas doctrinas que patrocinaban los penalistas nazis y, momentáneamente al menos, tuvieron que retractarse de cuanto habían dicho en sus mejores años de labor científica”³⁵¹.

Jiménez de Asúa indica que esto ocurrió a Mezger, “quien había edificado su teoría del delito con base en la acción típicamente jurídica, en la antijuridicidad objetiva y en un sagaz y bien razonado concepto de la culpabilidad, de tal suerte que se vio constreñido a renunciar a su construcción de la antijuridicidad objetiva y a reducir la tipicidad a la mera función de medio auxiliar técnico, aunque más tarde volvió a

³⁵⁰ Márquez Piñero, Rafael. El tipo penal, p. 170.

³⁵¹ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas. México, 1997, p.223.

sostener su primitivo criterio de destacar la importancia del tipo dentro del injusto”³⁵².

El profesor Jiménez de Asúa, termina su opinión respecto a la tipicidad, al señalar que: “su función es predominantemente descriptiva, lo que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y además tiene mecanismo indiciario de su existencia”³⁵³.

La tipicidad se estudia en el segundo estrato, pero no era así originalmente, en los primeros clásicos de la dogmática jurídica. Así se desprende de la definición bipartita de Binding, en la cual la tipicidad no se menciona, sino que se sugiere y presupone, definiendo al delito como: “el hecho antijurídico imputable a la culpabilidad y amenazado, antes de su realización, por una ley penal, con determinada pena pública”³⁵⁴.

En esta nueva concepción de la tipicidad, el tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una imagen rectora que

³⁵² Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1997, p.250 y 251.

³⁵³ *Ibidem.*, p.252.

³⁵⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p. 20.

preside cada especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la imagen rectora, no a la especie delictiva.

De esta forma Beling busca darle solución a problemas como la tentativa o la complicidad que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí en la imagen rectora.

El tipo penal objetivo o hecho, consiste en la modificación del mundo exterior, contraria a la norma, causada por la actividad humana, y el tipo penal subjetivo o culpabilidad, es “la voluntad culpable, dirigida a la creación de aquel hecho”³⁵⁵.

Así se desprende de lo señalado por el propio Beling, quien estudia su concepto de delito tipo o tipo rector después de la antijuridicidad y la culpabilidad, distinguiendo en la figura delictiva, el “tipo de ilicitud” y el “tipo de culpabilidad”³⁵⁶, pero insistiendo en que el “tipo rector” no se identifica con tal figura delictiva, sino que es una imagen o idea regulativa de las varias figuras que integran un mismo delito (v. gr. “matar a un hombre”, común a todas las figuras de homicidio)³⁵⁷.

³⁵⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.43.

³⁵⁶ Von Beling, Ernesto. La doctrina del delito tipo. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1944, p.42.

³⁵⁷ Idem.

En realidad, esa es la segunda noción de tipicidad propuesta por Beling y que este concibió para impedir la intromisión de factores subjetivos y normativos en el tipo, ante la fuerza del argumento de que sin los componentes y valorativos de la conducta era imposible determinar a cuál tipo se adecuaba esta. En esta segunda fase, Beling sigue concibiendo los elementos como independientes entre sí, pero define el delito como “una acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable.”³⁵⁸

En la segunda versión, la tipicidad, no obstante no contener nada de los otros elementos, no aparece aislada de ellos, sino calificándolos a todos, ya que inicialmente, el tipo era la descripción de un injusto culpable, para dotarlo de relevancia punible. En verdad que la terminología alemana, y en especial la belemniana, sobre este tema en particular son muy confusas y variables.

Pero en la doctrina posterior ha venido a prevalecer el sentido del tipo como descripción legal del hecho punible, perdiendo importancia, definitivamente, el concepto de “tipo rector” y tipicidad como adecuación del hecho imputado a la descripción, figura o modelo legal.

³⁵⁸ Von Beling, Ernesto. La doctrina del delito tipo, p.42.

Lo que sí ha quedado en firme de la ideología belingniana, en cuanto se refiere al tipo, es el carácter meramente descriptivo de este, íntimamente fusionado con su naturaleza objetiva; función puramente descriptiva que el tipo conserva incluso frente a los “elementos normativos” y “subjetivos” de que a veces se vale el legislador para delimitar la conducta presupuesta en el sentido de las clases de delito correspondientes.

La objetividad y la función descriptiva del tipo, significa, a la vez, estas dos cosas:

“1ª. Que en el tipo está, solo lo externo, material o perceptible de la conducta, de suerte que este, lo mismo que la antijuridicidad, carece de todo componente psicológico.

2ª. Que el tipo no posee función valorativa alguna, específicamente es neutro a la valoración de antijuridicidad, ya la conducta típica tan pronto puede ser antijurídica como aparecer justificada”³⁵⁹.

La doctrina dominante, reconoce que es mucho lo que la teoría de los elementos normativos del tipo a restado a esa

³⁵⁹ Cfr. Roxin, Claus. Ob. Cit.,p.56.

objetividad o neutralidad valorativa. También se reconoce hoy que los tipos abiertos elaborados sobre la base de la violación de un deber jurídico más bien que con respecto al ataque de un interés o bien jurídico, la antijuridicidad pertenece al tipo en estricto sentido, pues sin esta no se puede establecer en aquellos adecuación típica.

De modo similar, la teoría de los elementos subjetivos del tipo ha limitado el primer sentido de la objetividad, y también se reconoce que en los tipos abiertos que se forman sobre la base de una tendencia anímica o un fin especiales, de los que se hace depender la punición, la culpabilidad psicológico forma parte del tipo mismo, porque tampoco se puede dar sin ellos la tipicidad.

A partir de Dohna y el finalismo, la mayoría de los autores admiten la existencia de un verdadero tipo subjetivo, al que pertenecen, amén de cualquier otro aditamento psicológico de la conducta, el dolo y la culpa, pero en sentido natural, o sea sin la “conciencia de la antijuridicidad”, la cual se atribuye a la culpabilidad “normativa” bajo el imperio de la llamada “teoría de la culpabilidad”³⁶⁰.

³⁶⁰ Roxin, Claus. Ob. Cit., p.57.

Pero también la última, en una concepción absolutamente “ontológica” de la acción que implique en ella tanto la categoría causal como la final valorativa y tanto los aspectos físicos como los síquicos, puede trasladarse al tipo, por virtud de la “teoría del dolo”, identificando, como hemos puntualizado, la culpabilidad con el tipo subjetivo.³⁶¹

Con la nueva concepción del tipo, Beling pretendía que la imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva diera solución a algunos problemas que en su primera formulación quedaban sin resolver, tales como la tentativa y la complicidad, en virtud de que la conducta intentada y la de los participantes no eran subsumibles en el concepto descriptivo del tipo.

En efecto, señala Jiménez Huerta, que “con esta nueva concepción doctrinal el problema encuentra su solución, ya que la acción intentada y la de los participantes entran dentro de la imagen rectora o cuadro dominante que rige la especie delictiva”³⁶².

³⁶¹ Roxin, Claus. Ob. Cit., p.57.

³⁶² Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p.30.

En resumen de la nomenclatura y distintos elementos y conceptos que se manejan en torno al tipo penal, según la nueva formulación de la doctrina de Beling, expuesta en 1930, Jiménez de Asúa, realiza la síntesis siguiente:

- a) Tipo de delito. Se trata de la figura de delito, como se diría en castellano, o también de la vieja acepción que se dio, de Stübel a Schaper, a la tipicidad. Se procura tan sólo destacar especies.
- b) Tipo de lo injusto. Se trata de la conducta antijurídica de esta o aquella especie. Para el intérprete, pues, una valoración, ya que se trata de imágenes normativas.
- c) Tipo de culpabilidad. Es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. Con un tipo de culpabilidad de estafa no se califica la muerte.
- d) Figura rectora. Es en realidad el antiguo *Tatbestand*, al que Beling da este nuevo nombre para evitar confusiones. Esta imagen (apoderamiento de cosa ajena mueble, por ejemplo), lo rige, lo rectora todo: en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Pero la figura rectora es objetiva,

descriptiva, por eso hace posible reunir, en su tipo, todos los demás tipos internos, el de lo injusto y el de la culpabilidad.

- e) Adecuación típica. En realidad, el tipo o figura rectora no es parte del tipo delictivo. Si éste se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora. Pero no es así. Esa figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido, mejor dicho, lo espera, puesto que está vacía. “Matar a un hombre” es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales, que corresponden a la acción; pero la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora “matar a un hombre”, sino la acción de matar. Esto es la adecuación típica.
- f) Tipicidad. En sentido estricto, la tipicidad es un “elemento conceptual del delito”, que no se debe confundir con la “adecuación al tipo”, que es la realización en la práctica”³⁶³.

³⁶³ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Edit. Losada. Buenos Aires 1977, tomo III, pp. 766-767.

Para precisar en cuanto al tipo y tipicidad, Porte Petit, indica que “el tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula *“nullun crimen sine typo*. El concepto que se dé del tipo debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho, descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además, según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos”³⁶⁴.

Es evidente que una vez comprobado que existe una conducta o hecho, debe investigarse que haya adecuación al tipo. En este sentido Porte Petit expone que el papel asignado a la tipicidad en la teoría del delito abarca:

a) La tipicidad es una característica esencial del delito. b) La tipicidad es un registro del hecho, según el derecho positivo. c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito. d) La tipicidad es una condición, pero no un elemento del delito”³⁶⁵.

En este sentido insiste Porte Petit, “la tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque puede contener el tipo, además, algún elemento

³⁶⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal. Edit. Regina de los Angeles. México, 1973, pp.423 y 424.

³⁶⁵ Idem, p.425.

normativo o subjetivo del injusto o ambos (salvo el caso que el tipo requiera solamente el elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo”³⁶⁶.

Es en el año de 1933, cuando se inicia la reforma en Alemania, en ella señala Jiménez de Asúa, “que la pena, no depende de la producción del resultado; el nuevo derecho penal tiene como meta la voluntad, no la acción, el delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible, y el punto de partida no es ya el resultado lesivo sino la conducta peligrosa del agente”³⁶⁷.

En este sentido Dahm, se aplica a la tarea de destruir la noción de tipicidad. “Comienza por atacar la distinción entre antijuridicidad y tipicidad, arguyendo que esa diferenciación y la posterior de la culpabilidad atentan contra la idea misma del derecho penal”³⁶⁸.

Para Dahm, “el derecho es el orden concreto, el delito es el desorden. El hecho de matar a un hombre sólo será castigado, como homicidio, si la comunidad ha sufrido, o está en riesgo de

³⁶⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. Cit., p. 426.

³⁶⁷ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., p.238.

³⁶⁸ Dahm, Georg. Verbrechen and Tatbestand, Berlín, 1935.

sufrir un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios, que supongan la acción de valor deben ser rechazados”³⁶⁹.

Los seguidores de esta doctrina deben inspirarse no en las nociones jurídicas, provenientes de una realidad empírica, sino en un orden moral, que surge del pueblo y de la raza. El papel del juez, es interpretar este orden moral, la misión de la pena consiste en sancionar esas violaciones. El derecho penal nacionalsocialista sólo considera la voluntad criminal y no tiene en cuenta el resultado. Para juzgar es preciso poner en la balanza al individuo culpable y a la colectividad ultrajada.

Naturalmente, indica Jiménez de Asúa, “las concepciones penales liberales, basadas en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, desaparecen con este particular punto de vista del nazismo”³⁷⁰.

Sebastián Soler, en relación a lo anterior, asegura: “Que todo lo que suponga limitación de las facultades del Estado, y la tipicidad objetiva evidentemente las limita, supone una posible debilidad de aquél ante un eventual ataque a su orden jurídico-político; de ahí que se pueden sancionar las intenciones, los

³⁶⁹ Dahm Georg. Verbrechen and Tatbestand, Berlín, 1935.

³⁷⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado. Tomo III, p.768.

propósitos de los hombres aun antes de tener una manifestación externa”³⁷¹.

3.2.6. La fase actual.

El maestro Márquez Piñero, “respecto del momento actual, señala que puede afirmarse la necesidad del mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva y de la culpabilidad como características funcionales del delito, aunque sin olvidar que, en ultima instancia, forman el todo conceptual denominado delito, no obstante su capacidad de ser distinguidos separadamente, visto que cada una tiene su función propia en la diversidad armónica del conjunto”³⁷².

Continúa Márquez Piñero afirmando que, “la concepción presente del Estado, está enfocada bajo la perspectiva de un “Estado social y democrático de derecho”, especialmente en lo que se deduce de determinados ordenamientos constitucionales, tales como el español y el mexicano”³⁷³.

³⁷¹ Soler, Sebastián. Derecho penal liberal soviético y nacionalsocialista. Revista cursos y conferencias. Buenos Aires. Julio de 1937, p.372.

³⁷² Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General, p.223.

³⁷³ Márquez Piñero, Rafael. El tipo penal, p.172.

Se intenta con la formula del Estado social y democrático de derecho, una modalidad estatal social al servicio de todos los ciudadanos; en cuanto social y democrático, el Estado deberá crear condiciones sociales reales favorecedoras de la vida del individuo, pero para garantizar el control ciudadano sobre tales condiciones deberá ser un Estado democrático de derecho. La democracia supone, el factor de sintetización del Estado social y del Estado de derecho, en cuanto freno eficaz contra el posible desvío de las dos concepciones antagónicas.

Roxin sostiene la misma posición, aunque la denomina “teoría unificadora dialéctica”, que pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, lográndose el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas”³⁷⁴.

De lo anterior se desprende, que el orden político del Estado cobra singular importancia; las mejores constituciones, son las que a través de la división de poderes, integran su derecho con todos los puntos de vista y proporcionan al particular el máximo de libertad individual; la mejor

³⁷⁴ Roxin, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Edit. Reus. Madrid, 1976, p.21.

Constitución económica es la unión de principios del Estado social y el liberal.

La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiaridad y culpabilidad, así como la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. Para Roxin, “la culpabilidad no justifica la pena, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general, y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial”³⁷⁵.

El delincuente mismo señala Roxin, “es una persona débil y necesitada, con urgencia de tratamiento terapeutico-social, pero hay que concebirlo según la idea de hombre libre y responsable, porque un ordenamiento jurídico que tenga una concepción demasiado pequeña del hombre, termina convertido en pupilaje y falta de libertad”³⁷⁶.

En materia penal sustantiva, el legislador, a través de las normas penales, prohíbe acciones u omisiones, esto es, restringe las esferas de actuación de las personas. Esta

³⁷⁵ Roxin, Claus. Ob. Cit., p.34.

³⁷⁶ Idem.

restricción será benéfica para la sociedad sólo cuando se imponga en función de las necesidades sociales y, por lo mismo, cuando se oriente a eliminar aquellas situaciones gravemente desestabilizadoras del normal desarrollo social.

El artículo 17 Constitucional, establece: “Ninguna persona podrá hacerse justicia, por sí misma y que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia”.

En derecho penal, el maestro Márquez Piñero, indica: “hacerse justicia, por sí mismo, significa que una persona infiere un daño a otra, que previamente le ha dañado en forma injustificada. Se trata de un daño justo, porque constituye una respuesta a un daño injustificado previamente sufrido”³⁷⁷.

En este orden de ideas, quien no ha sufrido un daño injustificado, no se hace justicia al dañar a otro, sino por el contrario, realiza una injusticia. Ahora bien, el daño que se realice debe ser proporcional, para que sea justo, ya que si es mayor, constituiría una injusticia.

La justicia como lo dispone el artículo 17 Constitucional, debe hacerla no el particular sino los tribunales, siendo estos,

³⁷⁷ Márquez Piñero, Rafael. El tipo penal, p.176.

quienes sancionen a una persona sólo cuando ésta haya producido un daño injustificado. Para ello, es necesaria la existencia de una norma penal que prevea el caso y la sanción correspondiente, es decir, la existencia de un tipo penal y de una punibilidad, cuyos contenidos satisfagan lo prescrito en el artículo 17 Constitucional.

La aplicación de una pena, argumenta el excelente maestro Márquez Piñero, “a través de una sentencia, de una punibilidad no proporcional o que se impone a quien no ha inferido un daño injustificado, no es administración de justicia, sino la producción de un daño injusto, que cae fuera de la función jurisdiccional instaurada y delimitada en la Constitución”³⁷⁸.

Un evento antisocial constituye delito sólo cuando, previamente, existe una norma penal que lo describe y sanciona. En este sentido insiste Márquez Piñero, “Se detecta toda una secuencia fáctica y jurídica que debe cumplirse para llegar al mundo del delito: fuente real (eventos antisociales), norma penal (tipo y punibilidad) y delito (eventos antisociales adecuados a un tipo y reprochados a su autor)”³⁷⁹.

³⁷⁸ Márquez Piñero, Rafael. Ob. Cit., p.176.

³⁷⁹ Idem.

El orden secuencial señalado indican Olga Islas y Elpidio Ramírez, “satisface plenamente el principio de legalidad, consagrado en los artículos 14 Constitucional y 7° del Código Penal, y así lo satisface tanto en la consumación como en la tentativa”³⁸⁰.

3.3. EL TIPO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

En relación al tipo penal, aparte de su funcionalidad metodológica, el concepto del tipo penal, nos ministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito.

En primer término, señala el maestro Jiménez Huerta, “concretiza, a los fines penales, la antijuridicidad; concreción que realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley, y queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos, así como norte y guía del juzgador; pone de relieve la forma que el comportamiento antijurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo”³⁸¹.

³⁸⁰ Islas, Olga y Ramírez Elpidio. La tentativa en el derecho penal mexicano. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. México, número 7. Agosto de 1965, p.205.

³⁸¹ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México, 1980, Tomo I, p.32.

Jiménez Huerta, al examinar el acto legislativo que da nacimiento a tipo legal, afirma que la antijuridicidad es *ratio assendi* del mismo; el legislador lo que hace con el tipo penal es acercar y acotar, penalísticamente, una preexistente facticidad antijurídica; pero si contemplamos la cuestión una vez terminado el proceso formativo de la ley, con la vista fija en los tipos penales, resulta indudable que constituyen el indicio, “el fundamento de cognición”, o la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad”³⁸².

Jiménez de Asúa, por su parte indica, “que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El código, o las leyes, los definen, los concretan, para poder castigarlos”³⁸³.

Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, nos lleva de la mano al concepto de tipo legal, que el maestro Jiménez de Asúa define como: “la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”³⁸⁴.

³⁸² Jiménez Huerta, Mariano., p.34.

³⁸³ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Edit. Losada. Buenos Aires, 1964, Tomo III, p.747.

³⁸⁴ Idem.

Welzel por su parte dice que “el tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal”³⁸⁵.

Agrega el maestro alemán que “el principio constitucional de la punibilidad de un hecho tiene que estar determinada por la ley antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva. No todos los tipos satisfacen este ideal de “descripción exhaustiva” o de tipos “cerrados”³⁸⁶.

Al contrario, sigue diciendo Welzel, “hay muchos tipos en los cuales la ley describe sólo una parte de los caracteres del mismo, dejando al juez la labor de completar la otra parte, al indicarle sólo el criterio con arreglo al cual ha de emprender la tarea de completarlos. Estos tipos que requieren ser completados o abiertos, se encuentran principalmente, en los delitos culposos y en los delitos impropios de omisión”³⁸⁷.

³⁸⁵ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Edit. Jurídica. Santiago de Chile, 1970, 75.

³⁸⁶ Idem.

³⁸⁷ Idem.

En los delitos culposos, sólo está legalmente descrito el resultado (la lesión o puesta en peligro del bien jurídico); la acción prohibida, por el contrario, tiene que ser establecida por el juez de acuerdo al criterio de la infracción “del cuidado debido en el ámbito de relación”³⁸⁸.

En los delitos impropios de omisión se deja abierto el ámbito de la autoría, y tiene que ser completado por el juez mediante el criterio de la “posición de garante”. Por esta razón, los tipos de los delitos culposos y de los delitos impropios de omisión son sólo en parte tipos legales y en parte tipos que deben ser completados por el juez.³⁸⁹

En este sentido Roxin, se inclina por abarcar ambas posibilidades tipológicas en un “tipo total”, ya que las dos sirven de la misma manera a la tarea de definición de lo injusto jurídico-penal, que constituye la esencia del tipo. El tipo total se corresponde también mejor con el carácter de injusto del tipo penal, pues puede sortear definitivamente la crítica de que alguien que obra típicamente, pero justificadamente, obraría en sí en forma antijurídica. Para el tipo total una acción justificada no es típica, y una acción típica es siempre antijurídica”³⁹⁰.

³⁸⁸ Welzel, Hans. Ob. Cit., p. 76.

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Roxin, Claus. Teoría del tipo penal, p. 275.

Roxin afirma que “el tipo total resulta, desde puntos de vista sistemáticos, dogmáticos y prácticos, preferible a un tipo penal que sólo contenga los elementos de las prescripciones penales de la parte especial. Sólo el tipo total es realmente un tipo “cerrado”, pues comprende la totalidad del sustrato correspondiente al juicio de injusto”³⁹¹.

De lo anterior se deduce que todas las circunstancias descriptivas y determinantes de lo injusto, que aparecen comprendidas en los elementos del deber jurídico, son también parte sistemática del tipo.

Roxin señala que “los presupuestos bajo los cuales un funcionario puede excederse, las circunstancias y situaciones que fundamentan el deber de evitar el resultado para un omitente, las diversas autoridades con facultades para tomar protesta, los presupuestos objetivos de una “autorización”, son todos casos de circunstancias que deben verificarse en el momento de la comprobación de la adecuación típica”³⁹².

Es irrelevante asevera Roxin, “si se trata de circunstancias del hecho del tipo indiciario o de presupuestos de la

³⁹¹ Roxin, Claus. Ob. Cit., p.294.

³⁹² *Ibidem.*, p.296.

justificación. “Tipos abiertos, en el sentido de Welzel, no existen”. El tipo comprende, en éste como en otro sentido, todas las circunstancias decisivas para lo injusto punible, aunque no la antijuridicidad. Esta es una consecuencia necesaria, pero no un componente de la realización del tipo”³⁹³.

Gallas señala que “en la concepción del dolo del delito, como elemento de la acción típica, reside el punto de partida de la teoría final. El alcance de esta tesis depende, en primer lugar, de lo que entienda por “tipo” y “tipicidad”, concepto equívoco y objeto de las más candentes polémicas”³⁹⁴

Gallas continúa diciendo, “la buscada función material del concepto de tipo, dentro de la teoría del delito, sólo puede estar constituida por la individualización que el tipo lleva a cabo en relación a la infracción, al incluir todos aquellos caracteres configurados de la correspondiente especie de delito”³⁹⁵.

Esta individualización es necesaria, ya que no todo injusto culpable es delito, sino sólo el digno de castigo, y la selección

³⁹³ Roxin, Claus. Ob. Cit., p.296.

³⁹⁴ Gallas, Wilhelm. La teoría del delito en su momento actual. Traducido por Córdoba Roda. Edit. Bosch. Barcelona, 1959, p.25.

³⁹⁵ Ibidem., p.26.

sólo puede realizarse en virtud de la fijación de tipos de conducta delictiva.

Como concepto correspondiente a la teoría del delito, el tipo constituye el elemento portador del contenido de la cualidad de *digno de castigo* propio de la especie respectiva de infracción, la manifestación de la figura delictiva, residiendo en el contenido material de la tipificación su importancia sistemática.

De esta consideración del tipo en sentido material se derivan según Gallas, dos consecuencias fundamentales: “en primer lugar, el paso de una neutralidad valorativa a una consideración moderna referida a valores; el sentido y el alcance de la conducta típica sólo pueden ser comprendidos desde puntos de vista valorativos, determinantes de la selección de este comportamiento como *digno de castigo*”³⁹⁶.

En segundo lugar, comenta Gallas, “la aceptación de un concepto material del tipo da lugar a que no pueda ser aprehendido el contenido de la infracción sin recurrir a sus formas especiales de aparición, y a que la función sistemática

³⁹⁶ Gallas, Wilhelm Ob. Cit., p.26.

no se pueda agotar en la enumeración de los caracteres generales del delito”³⁹⁷.

Para una sistemática orientada teleológicamente, que quiera comprender el contenido del delito la única solución está representada por la renuncia a la formación de un concepto unitario, y por la contemplación del delito en sus caracteres generales y en su forma de aparición especial, es decir, por la consideración de la infracción punible bajo dos aspectos distintos referidos el uno al otro (injusto y culpabilidad, que quedan así erigidos en los dos pilares de la teoría del delito; tanto en su configuración general como en la especial propia del tipo delictivo).

Sigue diciendo Gallas, que: “el delito es, por un lado injusto culpable, y, por otro, típico, esto es, injusto culpable calificado de digno de castigo, en atención a determinadas consideraciones con relación a los fines, y a conceptos de naturaleza ético-social; sin que el carácter adjetivo del término tipicidad deba inducirnos a creer que nos encontramos frente a una cualidad complementaria, ante un tercer elemento que se

³⁹⁷ Gallas, Wilhelm, Ob. Cit., p.27.

agrega al injusto y a la culpabilidad. Por el contrario, constituye una forma de aparición del injusto culpable”³⁹⁸.

En efecto, el tipo sólo puede mostrar lo que convierte el acto concreto en homicidio, en privación de libertad, no las causas existentes fuera del ámbito del mismo determinantes de la consideración del acto, como no antijurídico o no culpable, y, con ello, como no delito. Para averiguar esto último debe recurrirse, a la esencia propia del injusto y de la culpabilidad, como caracteres generales del concepto de infracción.

La consideración del injusto como conducta prohibida en relación con el pensamiento de unidad del ordenamiento jurídico se deriva el que una conducta, permitida bajo un determinado punto de vista (la legítima defensa, por ejemplo), no constituya delito aun cuando, por lo demás, presente las características de una figura de infracción. Una conducta concreta que se presente como realización de un tipo dará lugar a la existencia de un delito, con reserva de variar esta conclusión en sentido negativo, por aplicación de los conceptos generales de injusto y culpabilidad.

³⁹⁸ Gallas, Wihelm., Ob. Cit., p.29.

Gallas vuelve a señalar que “estas reflexiones tuvieron en cuenta la significación material del tipo, llegando a la conclusión de que constituye la manifestación del contenido de injusto y culpabilidad característico de la respectiva especie de infracción; pero el tipo no es sólo contenido sino también forma”³⁹⁹.

En este caso, interesa no únicamente el “qué”, sino también el “como” de la tipificación. Esto, ha quedado ya expresado con el concepto de la “concreción” en el tipo del contenido del delito. Sólo la formas de conductas configurativas como delictivas, merecen ser consideradas como portadoras del contenido del delito.

En este contexto, la redacción del artículo 14 Constitucional, no deja lugar a dudas sobre la tipificación predominante en el derecho penal mexicano, el artículo de referencia señala:

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

³⁹⁹ Gallas, Wihelm. Ob. Cit., p.30.

“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”.

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

“El esfuerzo de abstracción que la tipicidad supone, y que fija la relación lógica de los datos integrantes del ilícito, consistiendo en la adecuación de la conducta a un tipo legal. Por tanto al hablar de tipicidad subraya García Ramírez, “es como hacerlo de legalidad penal sustantiva, que dimana del principio reconocido en los párrafos segundo y tercero del artículo 14 Constitucional e implícitamente por el artículo 7° del Código Penal”⁴⁰⁰.

En relación al tipo, “basta con leer la obra del maestro Emilio Rabasa para percatarse de la trascendencia del artículo

⁴⁰⁰ García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Edit. UNAM. México, 1983, p.27.

14 de la Constitución Política Mexicana, en orden al carácter eminentemente típico del derecho penal mexicano”⁴⁰¹.

El tipo y la punibilidad, son trasladados a la teoría de la ley penal. Precisamente indica Márquez Piñero, “en la teoría de la ley penal, en la teoría de la norma penal, el objeto de conocimiento es la propia norma, donde todo es general, abstracto y permanente, consiguientemente la presencia de la norma es condición para la existencia del delito (y ello es cierto, si consideramos que uno de los elementos de la misma es la descripción de la conducta, tipo), lo mismo ocurre con la punibilidad (descripción de la amenaza, que es el otro elemento de la norma) que constituye un antecedente del delito”⁴⁰².

De esta manera indican Olga Islas y Elpidio Ramírez, “se superaron, además, los dos absurdos más voluminosos de las sistemáticas dominantes; *el primero*, consiste en que la teoría de la ley penal estudiaba cualquier materia excepto la que sí le es propia, o sea el tipo y la punibilidad. *Era una teoría de la ley*

⁴⁰¹ Rabasa, Emilio. El artículo 14 y el juicio constitucional. Edit., Porrúa, México, 1978.

⁴⁰² Márquez Piñero, Rafael. El tipo penal, p.184.

*penal, sin ley penal, sin norma penal*⁴⁰³.

La secuencia fáctica y jurídica debe satisfacerse para arribar al universo del delito, manifiesta Márquez Piñero, que la "*fuerza real* (eventos antisociales), *norma penal* (tipo y punibilidad) *y delito* (eventos antisociales adecuados a un tipo y reprochados a su autor). Este movimiento secuencial, cumple con plenitud, el principio de legalidad, ordenado por los artículos 14 Constitucional y 7° del Código Penal"⁴⁰⁴.

En cuanto al problema de los elementos del tipo, en las teorías tradicionales, como lo son la causalista, representada por Ernesto Von Beling, y la finalista, representada por Hans Welzel, sintetizando estas tenemos:

Para el causalismo, de acuerdo al pensamiento del maestro español Luis Jiménez de Asúa, encontramos la estructura siguiente:

⁴⁰³ Islas Olga y Ramírez Elpidio. *Lógica del tipo en el derecho penal*. Edit. Jurídica Mexicana. México, 1970, p.9. En la teoría del delito, habrá que estudiar su objeto del conocimiento, el delito, como hecho particular, concreto y temporal; establecido lo anterior, es indudable que el tipo debe estudiarse en la teoría de la ley penal, en la teoría de la norma penal. Con ello queda salvado el segundo absurdo, constituido por la amalgama de conceptos heterogéneos en la teoría del delito, esto es, se mezclaban conceptos del mundo normativo (del deber ser), con otros del mundo de los hechos (del ser).

⁴⁰⁴ Márquez Piñero, Rafael. *El tipo penal*, p.185.

3.3.1. Los elementos objetivos.

Para Jiménez de Asúa, “La descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apoderarse, apropiarse, sustraer, etcétera. Pero, junto a este núcleo, aparecen referencias al sujeto activo y pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y a los medios”⁴⁰⁵.

A’) **En cuanto al sujeto activo:** El tipo penal exige en algunas ocasiones, una específica calidad del agente: la de servidor público, en los artículos 219 y 220 del Código Penal.

B’) **En relación al sujeto pasivo:** El tipo penal requiere también en algunos casos, determinada calidad, como por ejemplo la relación de parentesco, que previene el artículo 323 del Código Penal.

C’) **En cuanto al objeto material:** El tipo exige que el objeto sobre el que recae la conducta delictuosa sea un inmueble ajeno o inmueble propio en determinadas ocasiones, como lo previene el artículo 395 del Código Represivo.

⁴⁰⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado. Tomo III, p.799.

D') **Por lo que respecta al tiempo:** El artículo 325 del Código Criminal, exige en su tipo legal, que la muerte de un niño ocurra dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento.

E') **En relación al lugar:** El tipo penal ordena que la conducta se realice en despoblado o paraje solitario.

F') **En cuanto a la ocasión:** El tipo precisa que la conducta se actualice cuando el servidor público tenga conocimiento por razón de su empleo o cargo, previsto en la fracción III del artículo 214 del Ordenamiento Punitivo.

G') **Por lo que hace a los medios:** El tipo exige el engaño o aprovechamiento del error en el delito de Fraude, que establece el artículo 386 del Código Penal.

3.3.2. Los elementos subjetivos.

Hay ocasiones señala Jiménez de Asúa, "en que el tipo no presenta una descripción objetiva, sino que se agregan a ella otros elementos, referentes a estados anímicos del agente en orden al injusto. Esos elementos subjetivos de la antijuridicidad

existen aunque no aparecen expresamente incluidos en la definición del tipo legal, siempre que éste lo requiera”⁴⁰⁶.

A este respecto Jiménez Huerta, señala: “El artículo 235 fracción III del Código Penal, el que “*a sabiendas*” hiciere uso de moneda falsa o alterada; el artículo 387, fracción II, al que a título oneroso enajene alguna cosa “*con conocimiento*” de que no tiene derecho a disponer de ella; el artículo 400, fracción I, no procure por los medios lícitos, que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos “*que sabe*” van a cometerse”⁴⁰⁷.

En cuanto a tipos delictivos en los que no hay mención expresa de elementos subjetivos, su interpretación descubre la existencia tácita de ellos, como lo establece el artículo 261, del Código Penal, “ejecute un acto sexual”, depende de la intención que el agente ponga en sus actos.

3.3.3. Los elementos normativos.

Respecto a los elementos normativos, Mezger nos habla de “los elementos normativos del tipo, o típicos, que para el son presupuestos del injusto típico, más bien características de la

⁴⁰⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., p.826.

⁴⁰⁷ Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit., p.91.

antijuridicidad, pero que, por estar vinculados a ella, y constar en la descripción típica, implican la necesidad de una valoración por parte del juzgador”⁴⁰⁸.

Esta valoración, se encuentra inmersa en los llamados elementos normativos, puede adoptar una naturaleza diversa:

a) **Como elementos de juicio cognitivo.** Ellos suponen una valoración de la concreta y específica situación del hecho, realizada de conformidad con los datos y reglas suministrados por la experiencia, no se trata del punto de vista personal del juzgador, sino que tiene matices objetivos en función de la conciencia de la colectividad.

b) **Como elementos de valoración jurídica.** Opera en virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas, como por ejemplo el concepto de “cosa ajena mueble”, que previene el artículo 367 del Código Penal.

c) **Como elementos de valoración cultural.** Estos requieren una actividad valorativa conforme a criterios ético-sociales, se trata de normas y concepciones vigentes en el acervo cultural-normativo de la comunidad, y no pertenecen

⁴⁰⁸ Mezger, Edmundo. Ob. Cit, p.92.

propriadamente a la esfera de lo jurídico, como era el caso de la castidad y honestidad que prevenía el artículo 262 del Código Penal, antes de la reforma sufrida por este precepto.

Jiménez Huerta en este sentido dice que “los verdaderos elementos normativos (contenidos en los tipos legales) son aquellos que por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta; cada vez que el tipo penal contenga una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta, incluye una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuridicidad encuentra su fundamento”⁴⁰⁹.

Por ejemplo se señalan los casos de abrir o interceptar indebidamente comunicación escrita como lo previenen las fracciones I y II del artículo 173 del Código Penal.

3.3.4.1. Los elementos objetivos en la teoría finalista:

- a) “Acción de realización.
- b) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
- c) Especiales medios o formas de realización.
- d) Modalidades de lugar, tiempo y ocasión.

⁴⁰⁹ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p.86.

- e) Nexo causal.
- f) Objeto material.
- g) Sujetos activos (número y calidad del sujeto), y pasivos (número y calidad)”⁴¹⁰.

Los elementos objetivos del tipo, se dividen en:

A') **Elementos descriptivos:** Se aprecian por la simple aplicación de los sentidos.

B') **Elementos normativos:** En ellos es necesario un determinado juicio de valor.

3.3.4.2. Los elementos subjetivos en la teoría finalista:

a) Dolo o culpa.

b) Elementos subjetivos del autor diferentes del dolo, (intenciones, propósitos, ánimos). Para los finalistas, el dolo es concebido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo.

Las características del conocimiento en el dolo, son:

a) Debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo.

⁴¹⁰ Moreno Hernández, Moisés. Cátedra del Curso de Derecho Penal. México, División de Estudios de Postgrado. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1982.

- b) Debe ser actual y no potencial (es decir, en el acto mismo).
- c) En relación a los elementos normativos. Es suficiente un conocimiento asequible al común de las gentes.

En relación al aspecto volitivo del dolo, la voluntad debe abarcar todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo:

1. Debe extenderse a todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo.
2. Debe distinguirse la intensidad con que la voluntad abarca todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo.
3. Se referirá al fin, los medios y consecuencias concomitantes y necesarias.
4. La voluntad no tiene que abarcar a todos los elementos objetivos del tipo.

Maurach, en relación al tipo, sostiene que “al tipo legal, pertenece todo lo que constituye el concepto del delito: la final voluntad rectora, que se ofrece en forma de dolo, y además de ello los otros elementos subjetivos requeridos por el tipo

respectivo, tales como las intenciones, tendencias y ánimos. De esta manera el tipo se transforma en un fenómeno complejo”⁴¹¹.

Sigue diciendo Maurach que el tipo “está integrado por una parte subjetiva y otra objetiva. La parte subjetiva del tipo forma su componente final. La parte objetiva es su componente causal, siendo la componente causal dominada y dirigida por la componente final”⁴¹².

En la teoría finalista, el dolo ya no es elemento de la culpabilidad, sino por el contrario, característica del tipo, de lo cual resulta lo siguiente:

1°. El dolo perteneciente al tipo del delito, es idéntico con la voluntad de acción, en los hechos punibles dolosos. De la misma forma en que la voluntad de acción, es un hecho puramente psicológico, una realidad natural, el dolo en cambio, es siempre y será un dolo natural.

⁴¹¹ Maurach, Reinhart. Tres conferencias, dictadas en la Universidad Externado de Colombia, los días 29 y 30 de septiembre y 1° de octubre de 1965. Revista de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, Vol. VI, número 3, diciembre de 1965, p.12.

⁴¹² Maurach, Reinhart. Ob. Cit., p.13.

Por lo anterior, pueden tener el dolo natural, las personas que no actúan en forma culpable, como por ejemplo los niños y los enfermos mentales; quienes también pueden actuar en forma dolosa o culposa. Siendo de gran importancia que en los delitos de autores incapaces de culpabilidad, se les interne en un establecimiento adecuado, dado que esos eventos antisociales no carecen de importancia y existe una responsabilidad social.

2°. El dolo en la teoría final, se extiende y limita al tipo objetivo del delito en cuestión. Para el dolo es indispensable y suficiente que el sujeto conozca la tipicidad. No es necesario que tenga conciencia de la antijuridicidad del hecho. El dolo es natural, es decir, dolo neutro.

Lo anterior no implica que para los finalistas, la cuestión del conocimiento del injusto sea irrelevante. Pero no examinan el problema del conocimiento del injusto dentro del dolo, sino dentro de la culpabilidad.

Tampoco exige, vuelve a señalar Maurach, la sistemática finalista, “la presencia positiva, actual, del conocimiento del injusto, sino que es suficiente el conocimiento potencial del injusto; el autor ya ha obrado de modo culpable tan sólo si

tenía la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su hecho, y no importa si la conoció en realidad”⁴¹³.

Los doctrinarios señalan que Harold Fischer, fue el primero en referirse a ciertos momentos subjetivos que intervienen en la relación entre lo ilícito y lo lícito, observando que en ocasiones lo antijurídico de la acción se califica en razón del propósito del agente.

A pesar de la concepción objetiva de la antijuridicidad, privatista en el pensamiento de Fischer, el autor reconoce “la existencia de determinadas conductas o hechos en los cuales sólo es posible precisar su ilicitud cuando se dan algunas referencias subjetivas. Estas quedan incluidas en la culpabilidad, salvo cuando se conectan con la intención o el propósito, en cuyo caso se les relaciona con la antijuridicidad”⁴¹⁴.

⁴¹³ Maurach, Reinhart. Ob. Cit., p.14.

⁴¹⁴ Para Harold Fischer la antijuridicidad es objetiva e incluso cuando el fin es necesario para el Derecho, debe separarse de los motivos del sujeto. No obstante la naturaleza objetiva de la antijuridicidad, Fischer acepta la concurrencia de elementos subjetivos, para delimitar lo justo de lo injusto. Así se esfuerza en demostrar, mediante ejemplos, que en ocasiones un hecho se permite o se prohíbe según la intención o el propósito del agente al ejecutar la acción. Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado. Tomo III, pp.717 y 718.

Max Ernesto Mayer, colocándose dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad, afirma, “lo equívoco del término “antijuridicidad objetiva”, pues con él alude a la imputabilidad, reconociendo que tales elementos son características de lo antijurídico y no de la culpabilidad por no coincidir con los elementos de ésta”⁴¹⁵.

Para Mayer, “los procesos subjetivos son los que hacen ilícita una acción y son diversos de los que interesan a la culpabilidad, con lo cual se puede considerar que los elementos subjetivos de la ilicitud son características propias de la antijuridicidad, pero no son propias de la culpabilidad”⁴¹⁶.

Para el maestro Jiménez de Asúa, los elementos subjetivos no se vinculan a la culpabilidad. “En los casos en que esos elementos subjetivos del tipo no figuren expresamente en él, se precisa una valoración para determinar su existencia y su eficacia”⁴¹⁷.

En este orden de ideas debe decirse que si la culpabilidad no es simplemente psicológica, sino normativa, en ellas pueden

⁴¹⁵ Al definir el delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable, Mayer otorga al término imputabilidad el contenido del de culpabilidad en sentido lato, usando aquél como género comprensivo del segundo. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado. Tomo III., p.719.

⁴¹⁶ Idem.

⁴¹⁷ Idem.

recibirse también la influencia de los elementos subjetivos de lo antijurídico. Pero debe observarse que para esa operación de atribuir al agente la responsabilidad del hecho en cuyo tipo concurren elementos subjetivos de lo injusto, no es necesario que estos elementos se asocien a la culpabilidad.

Para el autor argentino Ricardo C. Nuñez, “es incorrecto referirse a tales elementos en orden a la antijuridicidad, pues ello equivaldría a otorgar una función diversa a los elementos objetivos respecto a la determinación de la ilicitud del hecho; igualmente es un error, en su opinión, pretender ligarlos a la culpabilidad, pues ésta puede existir a pesar de aquéllos”⁴¹⁸. En síntesis, los elementos subjetivos del tipo son parte de la acción, pues ella están referidos en la descripción legal”⁴¹⁹.

En cuanto a los elementos subjetivos Villalobos, “reconoce la existencia dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad, de elementos subjetivos que constituyen excepcionalmente la antijuridicidad de ciertas conductas, por

⁴¹⁸ Nuñez, Ricardo C. Los elementos subjetivos del tipo penal. Citado por Franco Guzmán, Ricardo. La subjetividad en la ilicitud. Edit. José M. Cajica, México, 1959, p.124.

⁴¹⁹ Nuñez, Ricardo C. Los elementos subjetivos del tipo penal. Citado por Franco Guzmán, Ricardo. La subjetividad en la ilicitud. Edit. José M. Cajica, México, 1959, p.124. Para Felipe Grispigni, los tipos penales están formados por elementos cuya función es meramente descriptiva, más en ocasiones a ellos se entrelazan elementos cuya referencia es evidentemente subjetiva. En estos casos habla de elementos subjetivos del tipo legal, pues no pertenecen a la culpabilidad en lo general, aún cuando reconoce, en algunos tipos, la presencia de ciertos elementos que contienen referencias a tal carácter del delito. Derecho Penal Italiano. Milano, 1947, p. 133 y 134.

estar incluidas en la valoración objetiva del acto que con ella resulta antisocial o contrario al orden jurídico”⁴²⁰.

Por su parte Franco Guzmán, “reconoce la existencia de elementos subjetivos en el tipo legal objetivo, los cuales sirven en ocasiones para calificar la culpabilidad del autor y en otras para integrar el juicio de ilicitud de la conducta. Reconociendo la importancia de la distinción entre motivo y fin de la voluntad del sujeto”⁴²¹.

En opinión de Pavón Vasconcelos, “los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse, de buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento del

⁴²⁰ Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México, 1960, p.251. Partiendo de la distinción entre antijuridicidad e ilicitud, términos de contenido y alcance diverso. Para este autor, la ilicitud es acaso la consecuencia de lo antijurídico, pues una cosa “es ilícita porque es antijurídica”, resultando de ello que confundir los términos, equivale a desconocer “las normas valorativas que dan sustantividad y validez al precepto, para dejar éste volando, en su mera calidad imperativa, como expresión auténtica de arbitrariedad o de autocracia”. La exigencia en ciertos tipos penales de elementos subjetivos no basta para destruir el carácter objetivos de la antijuridicidad. “En el terreno ideológico, en que hace el análisis del delito para su estudio, se puede notar que esa intención de ofender, en la injuria (ya derogado) o de lucro en el fraude, se valora objetivamente para considerar la conducta como lesiva del orden de convivencia en la sociedad, sin perjuicio de que el conocimiento de que se ejecuta un acto ilícito y la determinación consciente a ejecutarlo, genere respecto al agente, un reproche y un juicio de culpabilidad”.

⁴²¹ “El motivo en el delito es la causa viciada que impulsa al sujeto a realizar una determinada acción, el cual tiene importancia sobre todo para el juicio de culpabilidad; el fin, en cambio, es aquella intención dirigida hacia un determinado objeto; este fin último, este objeto final es el que da coloración de ilicitud a la acción”. Franco Guzmán, Ricardo. Ob. Cit., p.139.

delito; ello hace necesario el estudio de cada tipo en particular⁴²².

3.4. LA CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES.

La clasificación de los tipos en torno a su ordenación metodológica, Jiménez Huerta los clasifica en la forma siguiente:

- a) Básicos.
- b) Especiales.
 - A') Agravados.
 - B') Privilegiados.
- c) Complementados:
 - A') Agravados.
 - B') Privilegiados.

En torno al alcance y sentido de la tutela penal:

- a) Tipos de daño.
- b) Tipos de peligro.
 - A') Tipos de peligro efectivo.
 - B') Tipos de peligro presunto.
 - C') Tipos de Peligro individual, y

⁴²² Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México, 1984, p.277.

D') Tipos de peligro común.⁴²³

En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados:

a) Simples.

b) Complejos:

A') Complejo especial.

B') Complejo complementado.⁴²⁴

Tipos básicos o fundamentales, especiales y complementados. Se estima, tipos básicos o fundamentales, a los que constituyen, por sus elementos integrantes, la esencia o fundamento de otros tipos legales.⁴²⁵

Los tipos especiales, se forman con los elementos del tipo básico, a los cuales se agregan nuevas características, de tal manera que el nuevo tipo así surgido, comprensivo del anterior con el cual se integra, adquiere vida propia e independiente, sin subordinación al tipo básico.⁴²⁶

⁴²³ Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad. Edit. Porrúa, S. A.. México, 1955, p.95.

⁴²⁴ Idem.

⁴²⁵ Para Jiménez Huerta, el tipo básico es aquel "en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar el delito. los tipos básicos constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código. Dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es tipo básico el de homicidio descrito en el artículo 302. Ob. Cit, p.97.

⁴²⁶ El tipo especial, según apreciación de Jiménez de Asúa, supone los caracteres del tipo básico, al cual se añade alguna otra peculiaridad, la cual excluye la aplicación del tipo básico al quedar los hechos subsumidos en el tipo especial. La ley y el delito, p.280.

Son tipos complementados los que, integrándose mediante el tipo básico, al cual se vienen a sumar nuevos elementos, quedan subordinados a éste, careciendo por ello de vida independiente, funcionando siempre relacionados al tipo fundamental del cual se forman. Tanto los tipos especiales como los complementados pueden ser a) cualificados o agravados, y b) privilegiados o atenuados, atendándose a su penalidad con relación al tipo básico.

Tipos autónomos y tipos subordinados. Los tipos autónomos o independientes deben distinguirse de los tipos subordinados, tomando como criterio de clasificación su relación o autonomía. Los primeros no requieren de ningún otro tipo para tener existencia o vida propia, mientras los segundos, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, que es siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino se subordinan.⁴²⁷

Tipos normales y tipos anormales. Luis Jiménez de Asúa, distingue entre tipos normales y tipos anormales. Aquéllos se integran con elementos objetivos, de aprehensión

⁴²⁷ Para Jiménez de Asúa Luis, existen tipos que no teniendo relación con los demás en orden a su fundamento, poseen absoluta autonomía y que, en cierto modo, los especiales sensu estricto, no obstante su formación con base en el tipo fundamental, "adquieren relativa independencia por hallarse completa la descripción en el propio tipo específico, calificado o privilegiado". Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p.789.

cognoscitiva material, mientras los anormales incluyen también elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por el aplicador de la ley.⁴²⁸

Tipos de daño y tipos de peligro. En torno al alcance y sentido de la tutela penal, Jiménez Huerta, se refiere a los tipos de daño y de peligro, poniendo de relieve que la tutela penal tiene, por cuanto a los bienes jurídicos, un doble alcance y significado; “unas veces el tipo tutela el bien jurídico frente al daño consistente en su destrucción o disminución; y otras el tipo protege especialmente el bien jurídico del peligro que pueda amenazarle”. Los tipos de peligro los subdivide en: tipos de peligro efectivo y de peligro presunto: tipos de peligro individual y de peligro común.⁴²⁹

Tipos simples y tipos complejos: El maestro español Jiménez Huerta, tomando como criterio orientador la unidad o la pluralidad de bienes tutelados, clasifica los tipos en: tipos

⁴²⁸ Jiménez de Asúa, señala que “en estos tipos anormales, en que a más de los elementos puramente descriptivos, hay elementos normativos y subjetivos, el juez no puede contentarse con el mero proceso de conocimiento. Incluso ante elementos subjetivos del tipo, la función objetiva debe ser superada, y sin quebrantar su papel cognoscitivo, penetrar en el ánimo del agente. Con mayor motivo aun en presencia de elementos normativos el juez instructor no ha de reducirse a su habitual menester. En tales hipótesis, que han de ser fijadas cuidadosamente en cada caso, el juez de instrucción está obligado a hacer un juicio valorativo sobre la índole antijurídica de la conducta del autor”. *La ley y el delito*, p.280.

⁴²⁹ En los tipos de peligro efectivo, como el del artículo 199 bis del Código Penal (del peligro de contagio venéreo), el peligro debe presentarse y no simplemente suponerse, mientras en los tipos de peligro presunto, como en el delito de abandono de deberes de asistencia (abandono de hogar), consignado en el artículo 336, la situación de peligro al bien jurídico se da por acreditada por el simple hecho del incumplimiento. Jiménez Huerta, Mariano. *Ob. Cit.*, p.101.

simples y tipos complejos, siguiendo el criterio expuesto por Carrara. “Algunos tipos de delito tutelan, contemporáneamente, no uno, sino dos o más bienes jurídicos”⁴³⁰.

Así por ejemplo, en el artículo 397 del Código Penal, no solamente se tutela al patrimonio frente a los daños que puedan afectarle, sino también la seguridad pública ante los graves estragos que puedan causarse mediante incendio, inundación o explosión. Los tipos de delito que tutelan un solo bien jurídico se denominan simples; complejos, los que tutelan dos o más bienes jurídicos”⁴³¹.

Tipos de formulación libre y casuísticamente formados. Los tipos de formulación libre, son aquellos en los cuales se describe, en forma genérica, la conducta o hecho delictivos, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprenderse multitud de variedades con fisonomía común, como lo describe Remo Pannain, o bien se caracterizan por el hecho de que cualquier actividad produce determinado resultado, según el concepto vertido por Francisco Antolisei, como sucede en el homicidio, tipo de formulación libre cuya esencia está constituida por el fenómeno de la privación de la vida de un

⁴³⁰ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit., p.103.

⁴³¹ Idem.

hombre, resultado al cual puede arribarse mediante cualquier conducta eficaz para producirlo.

A estos tipos penales, formulados de manera elástica, se oponen los de formulación casuística, en donde se acumulan detalles innecesarios en la definición de la conducta o del hecho abarcados por tales tipos, siendo para Jiménez de Asúa, un clásico ejemplo, el artículo 288 del Código Penal, relativo al delito de lesiones, en el que se comprenden *“no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa”*⁴³².

Tipos de formulación alternativa y acumulativa.

Bettioli distingue entre ley mixta alternativa y ley mixta acumulativa. En la primera se establecen diversas modalidades de realización; diversos actos se prevén alternativamente de manera que su valor fungible hace indiferente la realización de uno o de otro, pues con cualquiera de ellos el delito se conforma. La segunda, sigue diciendo Bettioli, formada por hechos acumulativamente previstos, implica autonomía funcional por falta de fungibilidad entre los actos, en razón de

⁴³² Jiménez de Asúa, Luis. Tratado., p.792.

su diversa exigencia valorativa; en este tipo se recogen una pluralidad de actos delictuosos autónomos entre sí.⁴³³

Jiménez de Asúa concibe de diversas maneras los tipos acumulativos cuando falta fungibilidad de los hechos previstos en la ley, negando autonomía funcional. “A nuestro juicio, es atinada la apreciación del autor español, el régimen acumulativo del tipo existe cuando las diversas acciones, conceptualmente abstraídas en el tipo legal, se precisa que concurren, pero que concurren todas, para que el juez considere los hechos subsumibles en la figura rectora”⁴³⁴.

Como ejemplo de tipos de formulación alternativa, tenemos el artículo 124 del Código Penal, “a quien destruya o quite las señales que marcan la frontera de la Nación o de cualquier modo haga que se confundan; al que oculte o auxilie a los espías”. Artículo 141. “Los que reunidos

⁴³³ Giuseppe, Bettiol. Derecho Penal, Parte General. Palermo, 1945, p.147. “No hay que creer, sin embargo, que todas las normas penales sean tan simples como la que califica el delito de homicidio. La disposición del artículo 635 por ejemplo, establece que quien destruya, disperse o tome inservibles, en todo o en parte, cosas muebles o inmuebles ajenas, será castigado....” Aquí se prevén diversas modalidades de realización en un mismo delito; se prevén, en otras palabras, alternativamente varios hechos a través de los cuales puede perpetrarse el delito de daño. No se crea, no obstante, que el delito se hace plural si el agente realiza más de uno de los hechos previstos por medio de una sola acción; por ejemplo, si destruye una cosa ajena y dispersa otra. El delito permanece único porque las diversas modalidades de realización, los diversos hechos, aunque alternativamente previstos --- leyes mixtas alternativas --- son, en cuanto a su valor completamente fungibles. Es una cuestión de técnica y aun de política legislativa, la que puede impulsar al legislador a contemplar dos o más hechos delictuosos autónomos en una misma disposición legal, como lo son las leyes mixtas acumulativas.

⁴³⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado. Tomo III, p.792.

tumultuariamente, pero sin armas, resistan a la autoridad o la ataquen para impedirle el libre ejercicio de sus funciones”.

Los tipos acumulativamente formados, son aquellos que suponen concurrencia de todas las hipótesis descritas, estos son relativamente escasos en la legislación penal mexicana, un ejemplo ilustrativo manifiesta Pavón Vasconcelos, “*es el de usurpación de funciones*, prevista en el artículo 250, fracción I, del Código Penal, pues para su comisión no basta que una persona se atribuya el carácter de funcionario público, sin serlo, requiriéndose de acuerdo con la exigencia típica, otro hecho consistente en ejercer alguna de las funciones inherentes al cargo usurpado”⁴³⁵.

3.5. LA TIPICIDAD.

La tipicidad, “es la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal”. Como lo señala Sebastián Soler, “que la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación

⁴³⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., p.282.

típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal”⁴³⁶.

Es conveniente aclarar que no debe confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto, mientras que la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos. Castellanos Tena, señala que, “no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto”⁴³⁷.

⁴³⁶ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Buenos Aires, 1951, p.163. Señala el autor argentino que es un error afirmar que Beling agregó como requisito, en la definición del delito dada por Von Liszt, la tipicidad, pues su principal preocupación consistió en buscar la manera de excluir la calificación punible dada a la acción, al considerar a la punibilidad un elemento tautológico de la definición. A tal fin, Beling propuso definir el delito como la acción antijurídica, culpable y adecuada a un Tatbestand, recalando que tatbestandmässigkeit no significa tipicidad sino adecuación a un tipo.

⁴³⁷ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, Décima Edición. México, 1976, p.165. Al referirse a la adecuación típica, Alfonso Reyes afirma que un estudio completo de la tipicidad se extiende a sus dos momentos. El estático que permite conocer la estructura formal y sustancial de los tipos y el dinámico, que da la oportunidad de comprender el activo papel que desempeñan en el derecho penal, precisando a continuación que por adecuación típica se entiende “el proceso conceptual mediante el cual un concreto comportamiento humano encuadra dentro de un tipo penal determinado. Es esta una labor que el juez realiza cada vez que tiene conocimiento de una *notitia criminis* para ver si de ella debe ocuparse el ordenamiento jurídico penal. Todo el complejo fenómeno de la hermenéutica jurídica en derecho penal se explica en este intento de encuadramiento típico que el intérprete debe realizar frente al caso concreto. En efecto, el objeto de la interpretación de las normas penales no es otro que el de averiguar si una determinada conducta encaja o no dentro de un tipo legal. Este proceso de adecuación de la conducta al tipo puede realizarse de dos maneras diversas: o el concreto comportamiento humano encuadra directa e inmediatamente en uno de los tipos de la parte especial del código y entonces habrá una adecuación directa, o tal encuadramiento se produce mediante uno de los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa, complicidad), en cuyo caso la adecuación es directa”.

3.6. LA ATIPICIDAD.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, el que impide la integración del delito, sin embargo, no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho.

Para Jiménez de Asúa, “hay atipicidad, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. La atipicidad, es la ausencia de adecuación típica”⁴³⁸.

La atipicidad se presenta:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, en el sujeto activo;
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, en el sujeto pasivo;

⁴³⁸ Para Jiménez de Asúa, existe ausencia de tipicidad, cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la ley penal “no ha descrito la conducta que en a realidad se ha presentado con característica antijurídica ausencia de tipicidad, en sentido estricto”. Tratado, Tomo III, p.812.

- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por lo que respecta a sus atributos;
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o especiales exigidas en el tipo legal;
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados en la ley, y
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

C A P I T U L O I V

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE CUERPO DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

4. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE CUERPO DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

El cuerpo del delito está integrado por todos los elementos objetivos o externos que constituyan el delito, pues a este respecto la Jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, determina:

CUERPO DEL DELITO. “Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito”⁴³⁹.

Es conveniente recordar que en la teoría causalista, se acepta que el primer elemento del delito es la acción u omisión causal, que se realiza mediante un movimiento o ausencia del movimiento corporal voluntario; el examen sobre el proceso psicológico que determinó esa acción u omisión, es decir el dolo o la culpa, no pertenecen al estudio de la fase objetiva del delito, sino a la subjetiva, como lo es la culpabilidad. Por ello, antes de abordar el tema del cuerpo del delito, se analizará los fundamentos metodológicos de las teorías causalista y finalista.

⁴³⁹ Quinta Epoca: Instancia: Primera Sala Fuente: Apéndice de 1995: Tomo: Tomo II, Parte HO: Tesis: 845: Página: 544.

En el causalismo pertenecen a la fase objetiva del delito, la acción u omisión, la tipicidad y la antijuridicidad; a la fase subjetiva corresponde la culpabilidad, integrada por el dolo y la culpa.

Para el esquema clásico, que establece el concepto causal de acción, esta es según Nodier Agudelo, “la modificación del mundo exterior que nuestros sentidos pueden percibir, y la voluntad del individuo no está contenida en la acción como parte integrante de ella, sino que la acción, para ser tal, requiere de la voluntariedad que es diferente de la voluntad”⁴⁴⁰.

Para el sistema finalista, es parte de una acción u omisión finalista; subraya Nodier Agudelo, “se ubica el dolo y la culpa en la acción u omisión típica, no se acepta la distinción de los causalistas en fase objetiva y subjetiva del delito, se le otorga a la culpabilidad un contenido diverso, excluyendo de este elemento el dolo y la culpa, que se ubican en el estudio de la tipicidad”⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Nodier Agudelo Betancourt. Diversos contenidos de la estructura del delito, p.3; Eugenio Raúl Zaffaroni. Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría del delito, p.62; Hans H. Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p.292.

⁴⁴¹ Idem.

El origen de estas dos diversas concepciones metodológicas las encontramos, según Gallas, en “la cambiante historia de la teoría de la teoría del delito que refleja contrastes materiales y metodológicos, vinculados al nacimiento de nuevas finalidades de política criminal y política general, y a la progresión del pensamiento filosófico”⁴⁴².

El fundamento filosófico naturalista y formalista es la base del sistema causalista propuesto por Liszt y Beling, el que afirma Orellana, “se contrapuso al criterio teleológico de los valores, desarrollado por la escuela de la filosofía de los valores o escuela sudoccidental alemana, en la cual su logro más importante fue el desplazamiento del concepto formal de la antijuridicidad, como contradicción a la ley, a un concepto material, cuya finalidad es la protección jurídica de los bienes jurídicamente protegidos”⁴⁴³.

La acción es concebida naturalísticamente y el tipo es entendido como descripción de los elementos exteriores de la acción, es decir, de la parte que se encuentra fuera del ánimo del autor, sin ser valorado normativamente. La antijuridicidad es entendida formalmente, como una contraposición del hecho

⁴⁴² Wilhelm Gallas, D. La teoría del delito en su momento actual.. Edit. Bosch, Barcelona España, 1959, p.5.

⁴⁴³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.134.

objetivo con el orden jurídico, la que concuerda con la concepción causal ciega de la acción.

En la afirmación de la antijuridicidad de la conducta, se formula por primera vez un juicio de valoración. La culpabilidad era puramente subjetiva y se entendía como una relación psíquica entre el autor y el resultado. Señala Orellana que “en la culpabilidad se plantea el problema sobre el contenido de la voluntad; por ello, es que el dolo y la culpa aparecen como formas de la culpabilidad. En cambio la imputabilidad, fue entendida como un presupuesto de la culpabilidad, y el estado de necesidad como causa excluyente de la culpabilidad”⁴⁴⁴.

Las intenciones, motivos, tendencias, previstas en las disposiciones penales, fueron ordenadas como elementos subjetivos de la culpabilidad. Para Moisés Moreno, “la tentativa y la consumación, la autoría y la participación, la unidad y la pluralidad de delitos, son formas de aparición del delito, variaciones de la forma fundamental, caracterizada por la acción de ejecución y el resultado”⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.135.

⁴⁴⁵ Moreno Hernández, Moisés. Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana. Criminalia, año LVIII, número 3, México, 1992, p.38.

Habida cuenta de lo anterior, resulta evidente que el sistema causalista se apoya en la filosofía positivista y observa el fenómeno jurídico penal de la acción, como un hecho de orden natural, libre de sentido y valor, como una causalidad ciega, sin finalidad alguna.

Por el contrario, el sistema finalista se inspira en la filosofía kantiana, su fundamento es la filosofía de los valores, desarrollada en Alemania a principios del presente siglo, donde se plantea según Orellana, “que el derecho no es una reproducción de la realidad, sino el resultado de conceptos extraídos de esa realidad a través de una elaboración metodológica fundada en valores y fines”⁴⁴⁶.

En forma general se puede afirmar que en el sistema causalista el método determina el estudio del objeto, mientras que en el sistema finalista el estudio del objeto determina el método, por lo que analizaré cada uno de los elementos del delito, para determinar sus principales diferencias de acuerdo a cada sistema.

⁴⁴⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.135.

4.1. LA ACCION.

El sistema causalista concibe a la acción como ya se dijo de un modo naturalístico, como relación de causa a efecto. La acción es un proceso causal, un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, en donde no interesa analizar los aspectos internos, sino los externos, lo que interesa es el resultado, más que la acción misma, debe demostrarse la causa y el nexo entre esta y el resultado.

Para Orellana, “la acción debe ser voluntaria, para diferenciarla de la acción de carácter físico-natural, sin embargo, el estudio de esa voluntariedad se reduce a establecer que el movimiento corporal, efectuado por la persona, fue voluntario, el estudio del fin o sentido de la acción que se persigue con esa inervación muscular pertenece a la culpabilidad”⁴⁴⁷.

En el sistema finalista se rechaza el concepto de una acción entendida como proceso causal ciego del que parte el causalismo, y afirma con Welzel que “la acción, es actividad

⁴⁴⁷ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.136.

final; los procesos causales, están dirigidos por la voluntad del hombre, tienen una finalidad”⁴⁴⁸.

Para Welzel, “el legislador no está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que también tiene que respetar determinadas estructuras lógico-reales en el objeto de su regulación, pues de lo contrario, su regulación resulta necesariamente falsa. Así, la estructura ontológica de la acción, sobre todo, tiene existencia previa a cualquier valoración y regulación”⁴⁴⁹.

Sigue diciendo Welzel, el legislador tampoco puede cambiar la estructura de la actividad final del hombre ni la función del dolo en ella, sino que, si los quiere someter a normas, tiene que vincular su regulación a aquéllas, pues, de lo contrario malogra el objeto de la regulación”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Hans Welzel. Derecho penal alemán, p.25.

⁴⁴⁹ Idem.

⁴⁵⁰ Hans, Welzel. Citado por Claus Roxin. Problemas básicos del derecho penal. Edit. Reus, Madrid, España, 1976, p.87. Para Roxin el finalismo al proponer finalidades preexistentes y a las que debe sujetarse el legislador, ha sido aceptada por numerosos penalistas, por constituir “verdades eternas” que no puede pasar por alto quien legisla. Tal posición para Roxin, es un giro copernicano de la dogmática, pero que tales finalidades contradicen en ocasiones la realidad misma, como el caso de los delitos imprudentes, donde la finalidad que se persigue es una y el resultado lesivo es otro, y el legislador no puede sujetarse sólo a la finalidad, sino que debe, en estos casos, en considerar relevante el resultado; además, a su juicio, “es exclusivamente el legislador quien selecciona los elementos de significado jurídicamente relevantes. En consecuencia, no habrá actuado alguien que haya determinado el acontecimiento externo en toda su extensión, sino tenía claro un factor de sentido empleado por el legislador en el tipo”. Ob, Cit., p.94.

Para el finalismo la acción es ejercicio humano voluntario de actividad final, la acción no es sólo causal, sino que está orientada conscientemente hacia un fin, la acción finalista dirige ese carácter causal, de ahí que la acción finalista sea vidente, y la acción causalista ciega.

4.1.1. La omisión.

Para Franz Von Liszt, la omisión consiste en “no impedir voluntariamente el resultado”, agregando que la manifestación de voluntad consistía en no haberse realizado, lo realizable. Por su parte Jiménez de Asúa, señala que “debe distinguirse entre simple omisión y la omisión impropia”⁴⁵¹.

4.1.2. La omisión simple.

La fundamentación que expuso Liszt, y que perfeccionó Mezger, quien señaló que todo delito de omisión tiene su fundamento en una “acción esperada” y sin esa acción esperada, exigida por la ley, no puede existir omisión alguna en sentido jurídico. Para el finalismo “el poder de la voluntad no se

⁴⁵¹ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p.389.

agota en el ejercicio de la acción final, sino que comprende también la omisión de ella”⁴⁵².

4.1.3. La omisión impropia.

Eduardo Novoa, señala: “Los delitos propios de omisión están constituidos por pura inactividad, en el sentido de que se agotan en la simple ejecución de un obrar determinado, sin que sea necesario para su punibilidad ningún efecto externo especial ni alteración alguna del mundo exterior”⁴⁵³.

Por su parte Jiménez de Asúa, considera que Mezger tiene razón cuando dice: “La decisión de si un delito ha de estimarse de naturaleza directamente comisiva o de si es de los llamados comisión por omisión, depende de momentos (ánimicos) del agente”⁴⁵⁴.

Hans Welzel en su teoría finalista afirma que, “los delitos de omisión impropios son, por ello, no sólo ontológicamente verdaderos casos de omisión, sino que también siguen

⁴⁵² Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, p.276.

⁴⁵³ Novoa, Eduardo. Fundamentos de los delitos de omisión. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1984, p.54.

⁴⁵⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p.406.

dogmáticamente las reglas especiales de los delitos de omisión”⁴⁵⁵.

Las críticas a la teoría de la acción final de Roxin, quien le reprocha que encierre la dimensión de sentido, es decir, los criterios como los de ajenidad o deshonestidad, que, de ser ignorados por el autor, excluyen el dolo y por ende, la finalidad. “El concepto final de acción no sólo no está dado ontológicamente, sino que es un producto juridiconormativo por excelencia”⁴⁵⁶.

Por su parte, Jescheck acusa al concepto finalista de la acción de no ser capaz de cobijar todas las formas de comportamiento juridicopenalmente relevantes y señala en concreto a los eventos de omisión, “por muy fuerte que sea la participación emocional del autor en el proceso que se desarrolle ante él”, pues la acción imprudente no puede incluirse sin dificultades en el concepto final de acción”⁴⁵⁷.

Es evidente que la violación del deber objetivo de cuidado debida a la imprudencia o impericia, no se conecta en forma directa con la finalidad. Aunado ello a que el resultado dañoso

⁴⁵⁵ Han Welzel. Derecho penal alemán., p.289.

⁴⁵⁶ Claus Roxin. Problemas básicos del derecho penal, p.57.

⁴⁵⁷ Hans H. Jescheck. Tratado de derecho penal. Tomo I, pp.294 y 295.

que se debía evitar, está por fuera de la relación final. Sin embargo, argumenta Hirsch, “la irrelevancia jurídica del objeto del querer no excluye el carácter final de la conducta”⁴⁵⁸.

Por otra parte, como dice Hirsch, “la construcción del sistema propuesto por Welzel no ha sido seguida de nuevas concepciones dogmáticas convincentes de naturaleza fundamental”⁴⁵⁹.

Bacigalupo indica, “como la discusión entre causalismo y finalismo pertenece ya al pasado dogmático. En la actualidad, las tesis del finalismo son, en general, aceptadas, aunque sobre sus fundamentos filosóficos y metodológicos, por el contrario, persista un evidente desacuerdo; por otra parte, no todos los <<finalistas>> defienden actualmente idénticos puntos de vista, incluso en cuestiones básicas”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Hans J. Hirsch. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel, p.21.

⁴⁵⁹ *Ibidem.*, p.37.

⁴⁶⁰ Bacigalupo, Enrique. La función del concepto de norma en la dogmática penal, p.73. Hoy, no todos los finalistas aceptan la vigencia de la teoría sobre las estructuras lógico-objetivas y la naturaleza de las cosas como fundamento filosófico-jurídico de la teoría del delito. Mas ello no impide que otros concedan plena validez a dichos criterios. Este último es mi caso, especialmente porque considero que en América esa discusión está al día y que un desarrollo ulterior de la dogmática y su fundamentación metodológica (que asumo como necesario y útil) no puede darse saltando este paso. De Welzel hacia acá, los pocos nuevos criterios expuestos tienen piso en el finalismo y su sistemática. Por lo demás, es apenas normal que entre finalistas y entre los seguidores de cualesquiera corrientes del pensamiento, se presenten divergencias dentro de su sistema y aunque, por qué no, tiendan a romperlo.

En México, el artículo 7º del Código Penal, en su último párrafo, establece: “En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.

4.1.4. El nexa causal.

El nexa causal, siempre ha sido motivo de discusiones, pues los doctrinarios no se ponen de acuerdo, cual de las teorías que lo explican es la adecuada, por ello la teoría de Mezger, “sobre la acción esperada, o sea, el deber jurídico de obrar que debe existir para que se considere a la omisión delictuosa”⁴⁶¹.

El término causalidad expresa una conexión necesaria entre causa y efecto. La causa está formada por un conjunto de hechos. Para explicar la teoría de la causalidad, existen dos corrientes:

⁴⁶¹ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal.

La teoría generalizadora⁴⁶² y las teorías individualizadoras.⁴⁶³

Teoría de la condición, o de la equivalencia de las condiciones, o de la *condictio sine qua non*. Esta teoría fue expuesta por el procesalista Graser en 1858, y es Von Buri quien introduce al Derecho Penal esta doctrina, teniendo una gran aceptación en la dogmática penal.

Se funda esta teoría en que toda condición del resultado, por secundaria, alejada o indirecta que sea, es causa del mismo, y por lo tanto que a efectos causales todas las condiciones son equivalentes, entendiendo por condición todo factor sin el cual no se produciría el resultado, es decir, lo condiciona.

⁴⁶² Teoría Generalizadora: Para esta doctrina cada una de las condiciones sin las que no se hubiera ocasionado el resultado el resultado tiene el mismo valor causal, la principal teoría es la equivalencia de las condiciones o teoría de condición. La teoría de la equivalencia de las condiciones, fue creada por Von Buri en 1860. Esta doctrina sostiene, que las condiciones tienen el mismo valor, tanto en el aspecto causal como jurídico. Es causa toda condición que suprimida mentalmente daría lugar a que no se produjese el resultado, formula de la *condictio sine qua non*.

⁴⁶³ Teorías individualizadoras: son aquellas que tratan de resaltar el conjunto de antecedentes del resultado (condiciones) una que constituya la causa. La distinción de causa y condición, desde luego, repercute en la teoría de la participación: el que coloca una causa es autor, el que simplemente contribuye con una condición a la producción del resultado será cómplice (auxiliador). De estas dos doctrinas podemos destacar: la teoría del equilibrio (Carlos Binding). A la aparición de un evento previo a un estado de equilibrio entre unas circunstancias que tienden a producirlo (condiciones positivas) y otras que impiden que aquéllas surtan efectos (negativa). Causa que para Binding, es la producción de una preponderancia de las condiciones positivas sobre las negativas del resultado mediante la voluntad humana. Teoría de la condición más eficaz, para Birkermeier, "es una teoría cuantitativa ya que solamente toma una condición, lo más eficaz como productora del resultado. Teoría de Kholer, teoría cualitativa: causa sería el impulso decisivo para la calidad del efecto. Estas teorías teorías no han sido aceptadas, ya que limitan la participación.

Para esta doctrina se ha utilizado el método auxiliar heurístico, para decidir si algo es condición, denominado “fórmula hipotética”, según la cual dice Daza Gómez, “condición o causa es todo aquel factor que si se suprime mentalmente, esto es, en la hipótesis de que no se hubiera dado, da lugar a que también desaparezca o se suprima el resultado”⁴⁶⁴.

La crítica que se ha formulado a esta doctrina consiste en la ilimitada amplitud de la responsabilidad hacia atrás, también denominada Teoría de la objeción de regreso al infinito. Ejemplo: “No sólo habría causado la muerte el homicida, sino que también se podría decir que sus ascendientes, aun remotos, por haber procreado a los sucesivos procreadores, son causa del tal muerte”⁴⁶⁵.

Teoría de la adecuación. Esta teoría es creada por Von Bar en 1871, y difundida por Von Kries en 1886. Sostiene que sólo es causa la condición generalmente adecuada para producir el resultado, y la adecuación se afirma o se niega según sea previsible o imprevisible que tal factor pudiera originar el resultado.

⁴⁶⁴ Daza Gómez, Carlos. Ob. Cit., p.110.

⁴⁶⁵ Idem.

Según Daza Gómez, “estos autores utilizan el concepto de previsibilidad objetiva, entendiendo por ella lo que es previsible para el hombre medio ideal diligente situado en la posición del autor y con los conocimientos de éste, partiendo de los datos conocidos y cognoscibles al actuar”⁴⁶⁶.

Esta doctrina tiene el inconveniente del grado de posibilidad de producción para fundar la previsibilidad. Von Bar, habla de la “regla de la vida”. La teoría de la adecuación es rechazada como causal, porque introduce consideraciones normativas o valorativas para decidir cuándo hay o no causalidad; esto es, un dato lógico real y por ello una categoría ontológica.

Teoría de la relevancia. Esta teoría fue creada por Edmundo Mezger y consiste en la causalidad jurídica, en ella sostiene que “a efectos penales sólo es causa la condición que sea jurídico penal relevante; lo cual requiere en primer lugar, que sea adecuada (coincide con la teoría de la adecuación) y además una interpretación del sentido de cada tipo para ver que causa se puede considerar o no relevante a efectos del mismo”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Daza Gómez, Carlos. Ob. Cit., p.110.

⁴⁶⁷ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal.

La teoría de la relevancia abre el camino al concepto de imputación objetiva como requisito adicional del tipo donde se examina la relevancia jurídico penal de un curso causal.

Teorías individualizadoras. Estas doctrinas no han sido aceptadas, ya que sostienen que a efectos penales hay que operar con la misma distinción que se puede hacer ya en el plano lógico real entre mera condición y causa, es decir, distinguir de entre el conjunto de condiciones de un resultado entre simples condiciones accesorias y auténticas causas.

Dentro de las doctrinas más conocidas tenemos la de Binding, denominada teoría de la condición preponderante o decisiva; la de Birkmeyer, denominada más eficaz; la de Ortmann, conocida como teoría de la condición más eficiente, principal, directa o última condición.

Teoría de la interrupción del nexo causal. Para Daza Gómez, “esta doctrina sostiene que los cursos causales acumulativos o irregulares, la interrupción de un factor extraño, que, aunque se apoye en el anterior curso causal

conduce inmediatamente al resultado, rompe o interrumpe el anterior nexo causal”⁴⁶⁸.

Teoría de la prohibición de regreso. Reinhard Frank en 1931, propone esta doctrina, afirmando que si cursos causales de acciones no dolosas (culposas), son aprovechados por una acción dolosa para provocar directamente el resultado, está prohibido regresar o remontarse más atrás de la acción dolosa para buscar causas no dolosas.

Principio del riesgo. Claus Roxin, es quien aporta el principio del riesgo a la ciencia jurídico penal. Esta teoría no busca la comprobación del nexo causal en sí, sino explicar los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una. En resumen “sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico”⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Daza Gómez, Carlos. Ob. Cit., p.112. Esta teoría se resquebraja por su indeterminación de criterios, ya que aveces en el factor extraño interruptor existen divergencias, pues unas veces exige una actuación dolosa, otras basta la imprudente y en algunas otras se atiente más al peso del factor o a su incalculabilidad.

⁴⁶⁹ En cuanto al principio de riesgo, en la actualidad existen dos tendencias: una restrictiva y otra amplia expuesta por Jakobs, Günther en su libro: “La imputación objetiva en Derecho Penal. Edit. Civitas. Madrid, 1996.

En relación a la, omisión Cházaro, argumenta: “La omisión es causal en orden al resultado, cuando de realizarse la acción esperada no se hubiera producido el resultado”⁴⁷⁰.

4.1.5. La ausencia de conducta.

La ausencia de conducta en la teoría causalista se presenta cuando falta alguno de los elementos de la conducta, como puede ser el movimiento corporal voluntario o la falta del nexo causal, es decir, que entre la conducta y el resultado no se presente la relación de causa a efecto.

La teoría finalista considera que la ausencia de conducta se presenta cuando el sujeto no plantea la realización de un fin típico, no seleccionó los medios, no consideró los efectos concomitantes y el resultado se produce como efecto de un proceso causal, como es el caso fortuito y la fuerza física exterior irresistible.

⁴⁷⁰ Cházaro, María Isabel. Ensayo sobre la causalidad en la omisión. Veracruz, México, 1959, p.51.

4.2. EL TIPO PENAL.

Para el sistema causalista el tipo fue considerado como la descripción legal de una conducta delictuosa, sin embargo en lo relativo a la acción típica y antijurídica, que son elementos objetivos del delito, fue difícil sostener esta teoría con la aparición de los elementos subjetivos del tipo y del injusto.

El sistema finalista por su parte, ubicó el dolo y la culpa en el tipo; ubicando también el contenido de la voluntad en la acción, el dolo y la culpa están en la conducta descrita en el tipo penal, apareciendo con ello, los tipos de dolo y de culpa, y como el juicio de antijuridicidad incide sobre la acción u omisión, se incluye en ellos el estudio de los elementos tanto objetivos como subjetivos.

4.2.1. El tipo de dolo.

Para Orellana, “el dolo se concibe como voluntad dirigida en forma consciente a la ejecución del delito, su realización debe encuadrar en la definición legal y de ser así, es típica; si la ejecución no se logra, por causas ajenas a la voluntad del

sujeto, podrá ser tentativa, pero en uno u otro caso, es típica”⁴⁷¹.

4.2.2. El error de tipo.

Para Monterroso, “los casos de *aberratio ictus o aberratio in personam*, la doctrina finalista los considera accidentales o irrelevantes, por ello se indica: “El error de tipo puede ser invencible o inevitable o vencible o evitable”⁴⁷².

Sigue diciendo Monterroso: “El primero elimina la voluntad dolosa al no constituirse un fin típico; su consecuencia obligada es la atipicidad de la conducta. El error vencible también elimina la voluntad dolosa porque el sujeto no se plantea un fin típico, pero puede propiciar una voluntad culposa si la actuación del agente acusa una lesión al deber de cuidado señalado en el respectivo tipo culposo”⁴⁷³.

⁴⁷¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.148.

⁴⁷² Monterroso, Jorge Efraín. Culpa y omisión en la teoría del delito. Edit. Porrúa, México, 1993, p.93.

⁴⁷³ Idem.

4.2.3. El tipo de culpa.

En el sistema causalista se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional, donde destaca como elemento importante del delito culposo, el resultado producido.

Para el finalismo, lo fundamental del tipo culposo conforme a Welzel, “es el desvalor de la acción, no la causación del resultado; lo fundamental se encuentra en la divergencia entre la acción ejecutada y la que debió realizarse, en virtud del cuidado necesario”⁴⁷³.

El artículo 9º del Código Penal, en su párrafo segundo, indica: “Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen”.

4.2.4. Las causas de atipicidad.

Para el causalismo las causas de atipicidad se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos del tipo; para el

⁴⁷³ Hans Welzel, Derecho penal alemán, p.183.

finalismo cuando falta alguno de ellos o bien alguno de los elementos subjetivos del tipo, principalmente, el dolo y la culpa.

4.3. LA ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO.

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción típica en un delito. Para Welzel, “la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone al anterior”⁴⁷⁴.

El sistema causalista coloca a la antijuridicidad como elemento objetivo del delito, situación que fue severamente cuestionada, al aparecer los elementos subjetivos del injusto, ante ello Gómez Benitez, señala: “La principal innovación del finalismo no es tanto la forma de comprender esta relación entre tipicidad y antijuridicidad, sino la consideración de que el objeto sobre el que recae el juicio de antijuridicidad, es decir, la conducta típica, está constituida por elementos objetivos y

⁴⁷⁴ Hans, Welzel. Derecho penal alemán, p.73.

subjetivos, entre éstos, como elemento subjetivo general de todos los tipos dolosos, está el dolo”⁴⁷⁵.

La acción dolosa o culposa al ejecutarse va a ser desvalorada como injusta, y como injusto personal, por ello, Gómez Benitez, indica: “El desvalor del resultado no es, pues, un elemento independiente o autónomo en el plano de lo injusto, sino dependiente del desvalor de la acción, del que forma parte”⁴⁷⁶.

4.3.1. Las causas de justificación.

Para la teoría causalista, la antijuridicidad se destruye, al aparecer las causas de justificación. La aparición de estas causas de justificación, se apoyan en el desvalor del resultado, se dirigen al aspecto objetivo, para constatar si se presentó una real y objetiva situación de justificación.

Para el sistema finalista al atender tanto al desvalor de la acción, como el desvalor del resultado, las causas que excluyen el injusto se deben estudiar tomando en cuenta los elementos

⁴⁷⁵ Gómez Benitez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito, p.80.

⁴⁷⁶ *Ibidem.*, p.82.

subjetivos del sujeto que ejecuta la acción y no basta constatar la real y objetiva situación de justificación.

La teoría finalista, es más exigente que la causalista, porque el fundamento de la exclusión se debe encontrar, no sólo en el resultado objetivo, sino en el resultado producto de una acción finalista de defensa, a bienes jurídicamente protegidos.

La doctrina dominante entiende con Gallas, que “a cada causa de justificación pertenezca como elemento subjetivo al menos el conocimiento por parte del sujeto de las circunstancias que fundan la justificación”⁴⁷⁷.

4.4. LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad en la teoría causalista es el aspecto subjetivo del delito. Esta culpabilidad se refería a la relación psicológica entre el sujeto y su conducta, la que podía ser dolosa o culposa. Después apareció la teoría normativa de la culpabilidad, cuyo fundamento era el juicio de reproche al proceso psicológico, siendo el reproche una valoración normativa.

⁴⁷⁷ Wilhelm Gallas. La estructura del concepto de injusto penal, p.844.

El sistema causalista considera que a la culpabilidad le corresponde el papel más importante en la teoría del delito. Por ello Orellana, afirma que: “El juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse de acuerdo a esa comprensión”⁴⁷⁸.

Agrega Orellana que “teniendo la conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, tuvo la oportunidad de actuar en forma distinta a como lo hizo y de acuerdo a las normas jurídicas”⁴⁷⁹.

- a) La imputabilidad. La culpabilidad en la teoría finalista se apoya en primer lugar, en la imputabilidad del sujeto, o sea, la capacidad de poder actuar de otra manera.

⁴⁷⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.157.

⁴⁷⁹ *Ibidem.*, p.157.

- b) Conciencia de la antijuridicidad. El segundo elemento de la culpabilidad se encuentra en la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

- c) La exigibilidad de otra conducta. El tercer elemento de la culpabilidad, en el sistema finalista, es la exigibilidad de un comportamiento distinto al ejecutado por el sujeto, y que resultó típico y antijurídico.

Welzel en su estudio de la culpabilidad afirmó: “Qué la culpabilidad es un mero juicio de reproche que el Estado hace al sujeto que comete la realización de una acción típica y antijurídica, componente de elementos normativos”⁴⁸⁰.

Lo que la voluntad resuelve es tan culpable como la acción misma, al punto que la voluntad es el objeto primario de la reprochabilidad, dado que según Bacigalupo, “el autor pudo dirigir su conducta de acuerdo con la norma en lugar de la voluntad de resolución antijurídica”⁴⁸¹.

En la reprochabilidad está la esencia de la culpabilidad. El juicio de reproche argumenta Welzel, “solo procede contra una

⁴⁸⁰ Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal, p.79. “Culpabilidad es reprochabilidad”, lo ha dicho Enrique Bacigalupo. Lineamientos de la Teoría del delito, p.79.

⁴⁸¹ *Ibidem.*, p79.

acción que hemos corroborado es típica y antijurídica, habida cuenta que la culpabilidad es la voluntad de la realización del injusto, es concepto valorativo negativo y, por consiguiente, graduable”⁴⁸².

4.4.1. Las causas de inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad en el sistema causalista, subraya Orellana Wiarco, “son aquellas que destruyen el dolo o la culpa, presentándose de esta forma los casos de hecho invencible o insuperable, que dan lugar a los errores putativos”⁴⁸³.

Para el finalismo de Welzel, “las causas de inculpabilidad, son aquellas que dan lugar a la inimputabilidad, al error de prohibición, que destruye la conciencia de la antijuridicidad y a la no exigibilidad de otra conducta”⁴⁸⁴.

⁴⁸² Hans Welzel. Ob. Cit., p.81.

⁴⁸³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit., p.158.

⁴⁸⁴ Welzel, Hans. Ob. Cit., p.82.

4.5. LAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL.

Una vez establecidos los fundamentos metodológicos de los sistemas causalista y finalista, así como sus diferencias estructurales en cuanto a la integración de los elementos de acuerdo a la teoría del delito, pasaré a determinar las similitudes y diferencias entre el cuerpo del delito y los elementos del tipo penal, siendo de precisarse lo siguiente:

Para el gran procesalista Díaz Clemente, el cuerpo del delito "es el conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso"⁴⁸⁵. El cuerpo del delito en el procedimiento penal, para González Bustamante, "está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición"⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Díaz Clemente. El cuerpo del delito. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1965, p.35.

⁴⁸⁶ González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México, 1989, p.159. Uno de los temas procesales sumamente discutido, es el que se refiere al cuerpo del delito. Algunos responden a la interrogante sobre su naturaleza diciendo que es el propio delito. Para esta tesis no hay distinción entre cuerpo del delito y delito, y en última instancia no define eficazmente el concepto. Hay quienes consideran que el cuerpo del delito es su resultado. El cuerpo del delito de homicidio, por ejemplo para estos autores, sería el muerto. Además de simplista y superficial es falsa esta teoría, si recordamos que el delito como noción sustantiva penal es independiente del resultado. Aceptarla sería tanto como confundir el cuerpo del delito de injurias con la sensación dolorosa ocasionada al injuriado, según aguda crítica de Carlos Franco Sodi. (El Procedimiento Penal Mexicano, México, 1957, p.198).

Entre los autores clásicos comenta García Ramírez, que Bentham, sostiene que cuerpo del delito, "es el estado de la cosa que ha sido objeto del delito". Esto comprende no solamente las cosas, sino también a las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de sus facultades intelectuales, como es el caso de marcas producidas por enfermedad o por violencia externa"⁴⁸⁷.

Como se señaló anteriormente la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal"⁴⁸⁸.

El cuerpo del delito, es la parte de un todo, de la misma manera que el cuerpo del hombre es una parte de la entidad hombre. El todo a que se refiere el cuerpo del delito, afirma Rivera Silva, "es el delito real: el acto que presentándose con su

⁴⁸⁷ García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa. México, 1983, p. 397. Sergio García Ramírez, señala que: "No obstante el alzado valor del concepto que ahora nos ocupa, ha mediado gran confusión en torno al mismo. Efectivamente, suele asociársele demasiado, hasta casi confundírsele o confundírsele de plano, con las ideas de corpus instrumentorum y de huellas. Digamos de una vez que estos son simplemente vestigios que deja la perpetración del crimen, mientras que el instrumento del mismo es el objeto con el que aparece cometido". (Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S. A., México, 1974, página 344).

⁴⁸⁸ Quinta Epoca: Instancia: Primera Sala Fuente: Apéndice de 1995: Tomo: Tomo II, Parte HO: Tesis: 845: Página: 544.

complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo externo, etc.), una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley"⁴⁸⁹.

Así el delito real, se informa con un contenido positivo en el cual hay dos partes: una que puede hospedarse en algún delito legal y otra que queda fuera, por lo tanto, el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que encaja perfectamente en la definición legal de un delito, siendo en consecuencia el cuerpo del delito, el contenido de un delito real, que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal.

Los delitos legales indica Rivera Silva, "son las definiciones que la ley da de los delitos en particular. Estas definiciones las crea el legislador fijándose en los actos conculcadores de la vida social, de esos actos hace a un lado lo que tienen de particular y, con su esencia construye los tipos delictivos"⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Rivera Silva, Manuel. El procedimiento penal. Edit. Porrúa, México, 1967, p. 149. "Manuel Rivera Silva señala que los efectos del auto de formal prisión consisten en dar base y tema al proceso, y justificar la prisión preventiva así como el cumplimiento del órgano jurisdiccional respecto a la obligación de resolver la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas. (El Procedimiento Penal, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1967, páginas 161 y 162.

⁴⁹⁰ Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit., p.149.

Un tipo delictivo, no abarca todas las particularidades que en el mundo exterior provoca un acto real; únicamente conceptualiza o tipifica el proceder indeseable. Subraya Rivera, que “el delito legal, no alude a ningún delito real en particular, sino a todos en general, de la misma manera que un concepto no se refiere en especial a uno concreto, sino a todos”⁴⁹¹.

Es conveniente no confundir los motivos, elementos morales, actos y consecuencias; los motivos, insiste Rivera Silva, “son el conjunto de circunstancias externas o internas que provocan el acto; los elementos morales, la intención o la omisión espiritual que se tuvo al actuar; el acto, el proceder, la forma como se acciona y, la consecuencia, el cambio que en el mundo exterior produjo el acto”⁴⁹².

El delito legal casi siempre se configura con el acto y la consecuencia los cuales objetiviza y desprende de los motivos y elementos morales. Sin embargo en algunos casos el legislador coloca en su definición elementos de índole subjetiva, que juegan un doble papel: elementos de la definición del delito

⁴⁹¹ Rivera Silva, Manuel. Ob, Cit., p.149.

⁴⁹² *Ibidem.*, p.150

Las variedades que presentan los delitos, determinan la diversidad en el cuerpo de los mismos; el primer grupo de delitos, vuelve a señalar Rivera Silva, “está constituido por los que su definición sólo abarca elementos que se pueden percibir por los sentidos, por lo cual se denominan delitos simples, ejemplos: Homicidio, lesiones, infanticidio y aborto”⁴⁹³.

El segundo grupo dice Rivera Silva, “ esta integrado por aquellos cuyo cuerpo se encuentra calificado por notas de carácter subjetivo y valorativo, por ejemplo, el fraude, el que comprendiendo el engaño, tiene una nota de carácter subjetivo, puesto que el engaño entraña el tener conocimiento de la realidad y la intención de llevar al ánimo del sujeto pasivo la creencia de que la realidad presenta caracteres distintos a los verdaderos”⁴⁹⁴.

El cuerpo del delito es calificado por notas de carácter valorativo, cuando la definición comprende éstas, como sucedía con el estupro, que requería la castidad y honestidad, conceptos que entrañan valoraciones. Sigue diciendo Rivera Silva que “el cuerpo del delito es calificado por notas de la calidad del sujeto, cuando en la descripción de la conducta

⁴⁹³ Rivera Silva, Manuel. Ob, Cit., p.152.

⁴⁹⁴ *Ibidem.*, p.153.

registrada por el legislador, se señalan características de tal especie, como sucede con el peculado, que requiere en el sujeto activo la calidad de servidor público”⁴⁹⁵.

Habida cuenta de lo anterior, se puede afirmar que comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal.

La base en todo procedimiento penal, es la comprobación del cuerpo del delito, ya que en caso de no encontrarse comprobado, no podrá procederse en contra de persona alguna; antes de perseguir al homicida, es necesario comprobar que el homicidio existe como una verdad de hecho, pues en caso contrario, equivaldría a buscar la causa de un fenómeno imaginario.

La comprobación del cuerpo del delito no solamente es un requisito procesal para que pueda dictarse el auto de formal prisión, sino un imperativo que establece nuestra ley suprema.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Rivera Silva, Manuel. Ob, Cit., p.154.

⁴⁹⁶ Idem.

Para González Bustamante, “la comprobación del cuerpo del delito en los ilícitos de mera conducta, no sería posible si se atiende a estas reglas, pues al no dejar huellas materiales que cambien el mundo exterior, no sería posible su comprobación, por lo cual debe recurrirse a otro tipo de evidencias probatorias”⁴⁹⁷.

Para comprobar el cuerpo del un delito de aquellos que no dejan huellas materiales o de mera conducta debe recurrirse a los elementos subjetivos y normativos que tengan una forma especial de comprobación, pues como se ha visto los doctrinarios procesalistas confunden los elementos del cuerpo del delito, con los elementos del tipo, lo que resulta ilógico dada la naturaleza de cada uno de ellos, debido a que se pierde de vista que el cuerpo del delito al ser un concepto procesal por excelencia, no tiene propiamente elementos, sino que los elementos son del tipo penal a estudio, mismo que sí tiene bien determinados sus elementos”⁴⁹⁸.

Para la debida comprensión de las diferencias y similitudes entre cuerpo del delito y elementos del tipo,

⁴⁹⁷ González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., p.182.

⁴⁹⁸ *Ibidem.*, p.183.

provocado severas confusiones, pero que de alguna forma ilustran al investigador sobre el tema en estudio.

Para los fines de la presente investigación, se puede establecer con Alfredo Etcheverry, que “en la aplicación práctica del derecho la tipicidad es una herramienta indispensable del juez y del interprete para analizar los hechos concretos de la vida real, tanto en su aspecto objetivo, como en sus características subjetivas”⁴⁹⁹.

Es importante el valor procesal de la tipicidad, como lo apunta Orestes Folchi, quien sobre el tema apuntaba “si entendemos el tipo como de textura fundamentalmente descriptiva, y a la tipicidad como función que concretiza la adecuación de una conducta al tipo, fácil resulta colegir que el valor forense de la teoría aparece en los primeros tramos de la instrucción del proceso”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Alfredo Etcheverry. Edit. Carlos E. Gibbs. Santiago de Chile, 1965, p.195.

⁵⁰⁰ Orestes Folchi, Mario. La importancia de la tipicidad en el Derecho Penal. Edit. Roque de Depalma, Buenos Aires, 1960, p.72. “Fácil resulta además, aprehenderlos conceptualmente ante el ya tradicional ejemplo que ofrece Jiménez de Asúa, quien dice que es el elemento subjetivo de lo injusto lo que permite diferenciar el reconocimiento médico sobre el cuerpo de una muchacha, de la palpación lasciva del sátiro.

Con su característica claridad el maestro Jiménez Huerta, afirma que la raíz histórica del tipo, está en el concepto de “Corpus Delicti”, contenido en las viejas leyes y apoya esa relación en los autores como Hall, Antolisei, Jiménez de Asúa y Pietro Ellero⁵⁰¹.

Jiménez Huerta, subraya que, “no es casual o caprichosa la elaboración del tipo a partir del viejo corpus delicti, debido a que esta noción rebasa la importancia del derecho procesal, por ser un concepto medular de todo el sistema”⁵⁰².

El paralelismo que existe en la evolución de la doctrina del tipo y del cuerpo del delito, agrega Jiménez Huerta, “nos confirma en nuestra arraigada convicción de que “corpus delicti” y tipo penal se funden en un todo en la dogmática del delito construida sobre la legislación nacional”⁵⁰³.

No es novedoso ni extraño que después de dos siglos se tenga que remover el parentesco histórico entre corpus delicti y tipo penal para explicarnos un elemento esencial del auto base del proceso penal contemporáneo. Acuña comenta, “si la evolución del corpus delicti generó teórica y legislativamente el

⁵⁰¹ Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad. Edit. Porrúa, México, 1955, p.26.

⁵⁰² *Ibidem.*, p.27.

⁵⁰³ *Ibidem.*, p.28.

concepto del tipo penal, resulta razonable recurrir a la entraña de este para explicar correctamente el contenido de aquél”⁵⁰⁴.

Puede ocurrir que un tipo delictivo sólo contenga elementos objetivos; pero habrá otros que se integren con aquellos y además con elementos subjetivos y normativos. En relación a ello Acuña señala que “en caso de que un tipo concreto, además de elementos objetivos a que alude la ley y la jurisprudencia, contengan elementos normativos o de valoración, o subjetivos, para acreditar su corporeidad habrán de acreditarse plenamente todos los elementos típicos contenidos expresa o tácitamente en la definición legal”⁵⁰⁵.

Hace tiempo que se planteó la posibilidad de vincular con el concepto de tipo la prueba del cuerpo del delito. Por un lado se sostiene que el cuerpo del delito se integra con los elementos materiales, tal como lo dice la ley adjetiva, y por el otro aquellos que insisten en la necesidad de que para acreditar el núcleo de la formal prisión se deben demostrar todos los elementos típicos del delito en cuestión.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Acuña Griego, Francisco. El cuerpo del delito en el Proceso Penal Mexicano. Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año II, Julio 1978, Junio 1979, p. 29.

⁵⁰⁵ Acuña Griego, Francisco. Ob. Cit., p. 29.

⁵⁰⁶ Idem.

En el primer caso se apunta con González Bustamante que la palabra “cuerpo del delito”, nos da la idea de una substancia u objeto físico, compuesto por el conjunto de partes materiales, y descubriendo el origen del pensamiento de Ortolán para asegurar que el cuerpo del delito sólo se integra con los elementos materiales de éste⁵⁰⁷.

Rivera Silva, por su parte, recurriendo a una inspiración de la escuela clásica en cuanto a enfocar el problema más hacia el hecho que hacia el hombre, hace alusión a los cambios que en el mundo produce el que hacer delictivo, aludiendo a que “la mutación no sólo se da en el mundo externo, sino que exige la presencia de elementos morales o un estado especial de los sujetos activo y pasivo del delito”⁵⁰⁸.

Ahora bien, “si el acto es el cuerpo del delito y su descripción se haya en la tipificación legal de los delitos, lógicamente se puede concluir con Rivera Silva: “el cuerpo del delito comprende los elementos con que se describe el delito”. “Lo que no significa otra cosa mas que comprender dentro del corpus delicti a todos los elementos típicos”⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ González Bustamante, Juan José. El cuerpo del delito y el procedimiento penal. Criminalia. Revista de Ciencias Penales. Año VIII, Número 9, México, 1º de Marzo de 1942, p.528.

⁵⁰⁸ Rivera Silva, Manuel. Apuntes sobre el cuerpo del delito. Criminalia. Revista de Ciencias Penales. Año 9, número 1, 1º de Septiembre de 1942, p.27.

⁵⁰⁹ Ibidem., p.28.

El cuerpo del delito, es la parte de un todo, de la misma manera que el cuerpo del hombre es una parte de la entidad hombre. El todo a que se refiere el cuerpo del delito, afirma Rivera Silva, "es el delito real: el acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo externo, etc.), una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley"⁵¹⁰.

Sigue diciendo Rivera Silva que: "Los delitos legales son las definiciones que la ley da de los delitos en particular. Estas definiciones las crea el legislador fijándose en los actos conculcadores de la vida social, de esos actos hace a un lado lo que tienen de particular y, con su esencia construye los tipos delictivos"⁵¹¹.

Carlos Franco Sodi, al comentar la antigua jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que la noción de "elementos materiales", a que se refiere "comprende tanto los elementos subjetivos y los objetivos, como los normativos, lo que, en última instancia, quiere decir, en un lenguaje técnico penal, que el cuerpo del delito está constituido

⁵¹⁰ Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit., p.28.

⁵¹¹ *Ibidem.*, p.29.

por todos los elementos del tipo y nada más que ellos, resultando innecesario destacar, como destaca la jurisprudencia, que las formas de culpabilidad son extrañas al cuerpo de la infracción punible”, para después subrayar la utilidad de recurrir a la teoría de la tipicidad para el estudio del cuerpo del delito”⁵¹².

Colín Sánchez, después de señalar la recíproca dependencia entre tipo delictivo y corpus delicti, explicando que “el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá según el caso: A lo objetivo, a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo, o bien a lo objetivo y subjetivo”⁵¹³.

En resumen continua Colín Sánchez, “se puede afirmar que el cuerpo del delito corresponde en la mayoría de los casos a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a lo que corresponde como figura delictiva, o sea el total delito”⁵¹⁴.

⁵¹² Franco Sodi, Carlos. “El Cuerpo del Delito y la Teoría de la Tipicidad”. *Criminalia*. Revista de Ciencias Penales. Año VIII, número 7, Marzo 1° de 1942, páginas 392 y 394.

⁵¹³ Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Edit. Porrúa, México, 1964, p.272.

⁵¹⁴ Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 275.

No se pretende una plena identidad entre el cuerpo del delito y el tipo, ya que afirma Acuña, “éste es la descripción abstracta que del delito hace la ley, y el corpus delicti cobra vida, realidad y trascendencia en los hechos averiguados que van a constituir el tema de un proceso concreto”. Por ello, sigue diciendo Acuña, “más que aquella identidad puede sostenerse la que existe entre el cuerpo del delito y la tipicidad, entendida ésta como la adecuación de los hechos de la vida al tipo penal”⁵¹⁵.

La solución propuesta por Acuña, puede objetarse porque “al considerar los elementos subjetivos como parte del cuerpo del delito, en el auto de formal prisión, se estaría resolviendo la responsabilidad penal; o bien que al decidir sobre el cuerpo del delito automáticamente quedaría resuelta la presunta responsabilidad como elemento autónomo”⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Acuña Griego, Francisco. Ob. Cit., p.31. El autor, señalara: “Y es esto precisamente lo que vincula histórica y científicamente al cuerpo del delito, al tipo y a la tipicidad, descubriendo las infiltraciones conceptuales que existen entre los campos sustantivos y adjetivos del derecho. De ahí que, como lo afirmamos en rubros anteriores, además de la importancia dogmática, integradora, liberal y humanista de la tipicidad, ésta recobra su especial jerarquía en la vida práctica al constituir, por conducto del corpus delicti, el marco infranqueable que contendrá el tema definitivo del proceso.

⁵¹⁶ Acuña Griego, Francisco. Ob. Cit., p.31. Basta una breve reflexión sobre los tres elementos típicos para advertir la necesidad de que el juez se ocupe del acreditamiento de los elementos normativos, para tener por demostrado el cuerpo del delito cuyo tipo los contenga. Pero, se ha dicho, si también se van a acreditar los elementos subjetivos, se irrumpiría en el campo de la responsabilidad plena, o en la zona reservada al estudio de la presunta responsabilidad.

González Bustamante se opone a la solución propuesta, diciendo que: “a veces es preferible en el procedimiento, prescindir de las definiciones que respecto al delito han dado los autores de derecho penal en orden a la finalidad práctica que se persigue en la secuela del proceso”⁵¹⁷.

Sigue diciendo González Bustamante que “si adoptáramos la teoría de la tipicidad como la concibe Mezger y la aplicáramos de una manera rígida a la comprobación del cuerpo del delito, comprendiendo tanto los elementos materiales, como los subjetivos y los normativos, sólo de manera excepcional se podría decretar el auto de formal prisión; en el uso de documento falso (artículo 246, fracción VII), además de esta circunstancia correspondería al juez el “onus probandi” de que lo hizo el agente a sabiendas”⁵¹⁸.

En la vagancia y malvivencia, que contemplaba el artículo 255 del Código Penal, estando probados los malos antecedentes, argumenta González Bustamante, que “el juez tendría que comprobar que el inculpado no se dedicaba a una actividad honesta sin causa justificada, y en el estupro, la existencia de la castidad y honestidad de la ofendida, que

⁵¹⁷ González Bustamante, Juan José. *Criminalia*, p. 530.

⁵¹⁸ *Ibidem.*, p.530.

siendo condiciones inherentes a la persona ofendida a quien tutela en razón de su corta edad, no deben reputarse como elementos del cuerpo del delito que tengan que comprobarse en el auto de formal prisión. Constituyen presunciones “juris tantum” que debe destruir quien sostenga lo contrario”⁵¹⁹.

El hecho de que a González Bustamante, le parezca extraño que la carga de la prueba de dichos elementos le corresponda al juez, es otro problema que no afecta la necesidad obvia de acreditar esos elementos, qué insiste el maestro Acuña, “confieren relevancia jurídico penal a la conducta”⁵²⁰.

Para Acuña, “la afirmación de que se presume que el que tiene malos antecedentes carece de trabajo honesto y que la mujer estuprada es casta y honesta, no hace más que confirmar en todo caso la desviación del problema hacía el terreno de la prueba, y robustece la teoría de que, en última instancia, aun presumiéndolos juris tantum, se están

⁵¹⁹ González Bustamante, Juan José. Criminalia, p.531.

⁵²⁰ Acuña Griego, Francisco. Ob. Cit., p.32.

considerando esos elementos como parte del cuerpo del delito correspondiente”⁵²¹.

En resumen, afirma Acuña, “o interpretamos ampliamente las palabras “elementos materiales” usadas por los preceptos que en nuestros ordenamientos procesales se refieren a la comprobación del cuerpo del delito, en el sentido de que en esa fórmula están incluidos todos los elementos típicos materiales, normativos y subjetivos, o bien se eleva al carácter de norma jurídica expresa el postulado de que el cuerpo del delito se integra con todos los elementos típicos de la figura de que se trate”⁵²².

⁵²¹ Acuña Griego, Francisco. Ob. Cit., p.32. A las objeciones generales cabe aclarar que aun aceptando que al acreditar los elementos subjetivos como parte del cuerpo del delito se estarían demostrando facetas de la presunta responsabilidad, ello por sí solo no invalida la tesis propuesta, ya que no es ésta la única hipótesis en que al estudiar los elementos integrales del cuerpo del delito la misma prueba está apuntalando la presunta responsabilidad del autor que realiza la conducta como figura rectora del delito estudiado.

⁵²² Acuña Griego, Francisco. Ob. Cit., p.33. Destacando el valor de la tipicidad, Mario Orestes Folchi comenta que de la existencia inicial de tipo dependen todas las actuaciones sumariales posteriores y que para iniciar formal procesamiento en Argentina el juez no tiene que realizar ningún juicio valorativo respecto a la antijuridicidad y culpabilidad, porque son aspectos que deben reservarse para su análisis en la instancia sentenciadora, “salvo claro está”, -- sigue diciendo Folchi --, que el tipo a examen incluya elementos normativos o subjetivos, en cuyo caso el juez de instrucción, sin por ello apartarse de su papel de exclusivo conocimiento, debe atender a los aspectos injustos o culpables de la conducta investigada. (Ob. Cit., p.147). Acuña Griego, Francisco, señala “Si bien es cierto que el auto de formal prisión decide provisionalmente la situación del indiciado cuya suerte final depende de la sentencia definitiva en donde es dable decidir que los hechos justificables no son típicos, de cualquier forma la vida cotidiana nos muestra que los efectos privativos de la libertad o de mera molestia derivados de la formal prisión, son de consecuencias irreversibles e irreparables.

Esta afirmación desesperada ha encontrado eco en nuestra legislación sustantiva penal, pues en la reciente reforma los legisladores cambiaron los elementos del tipo penal, por el cuerpo del delito, que ahora se integra con los elementos objetivos, subjetivos específicos y normativos, si el tipo penal los requiere, con lo cual creyeron resolver el problema de la impunidad delictiva, dadas las deficiencias en el ejercicio de la acción penal.

En México, el hecho problemático es que los juspenalistas suelen confundir el delito como hecho y el delito como hipótesis jurídica. Herrera Laso, argumenta: “Las interpretaciones que se han hecho del artículo 19 Constitucional son insuficientes para comprender el cuerpo del delito, porque están construidas sobre una base falsa, ya que el delito no tiene partes, como tiene partes un automóvil, un reloj o el cuerpo humano”⁵²³.

Puesto que el delito es un hecho, afirmar que no tiene partes es una perogrulla. Sin embargo, los juspenalistas mexicanos han sido y son víctimas de un proceso de ideologización. Por esto, agrega Herrera Laso, “hay que guardarse muy bien de cometer una injusticia con los

⁵²³ Herrera Laso y Gutierrez, Eduardo. El cuerpo del delito y la responsabilidad probable, conferencia dictada en los cursos de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Veracruzana, Jalapa, Ver., México, 1977.

tratadistas y jueces nacionales. Es cierto que hay quienes arremeten contra los hipócritas que no quieren entender e interpretar rectamente, quizá, se dice, para no tener que explicar con exactitud la ley penal, pero no es ésta la explicación suficiente del problema”⁵²⁴.

Habita cuenta de lo anterior, se afirma con Herrera Laso que “el cuerpo del delito, es un hecho determinado típicamente delictivo”. Es decir, un suceso especial y temporalmente delimitado (corporeidad) que, en su acontecer, reunió las características objetivas y subjetivas (incluyendo el dolo y la culpa) previstas en el tipo penal”⁵²⁵.

El delito no tiene partes. García Maynez, señala “Decir una verdad tan notoria no es necedad o simpleza para los oídos del experto en leyes, porque él sabe que en la terminología usual fácilmente se confunde el supuesto de derecho, como hipótesis contenida en una ley, y el hecho que da cumplimiento a tal hipótesis”⁵²⁶.

⁵²⁴ *Ibíd.* La ideologización del cuerpo del delito ocurrió y ocurre de manera inconsciente: los protagonistas no se dieron y no se dan cuenta de su error. Por esto, no faltará quien despectivamente los califique como ideólogos”, pero no es tal el propósito de éste artículo, antes por el contrario, aquí se intenta demostrar que en sus doctrinas están bien dibujadas las líneas de fuerza liberal o liberadora.

⁵²⁵ Herrera Laso, Eduardo. El cuerpo del delito y la responsabilidad probable. Conferencia.

⁵²⁶ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa, México, 1965, p.170.

Lo anterior trasladado al campo penal, significa que es posible confundir y se confunde el tipo penal y el hecho que lo ejecuta, hecho típicamente delictivo.

Jiménez de Asúa expuso esta confusión, pero sin notar el problema. El maestro español, refiriéndose al nombre correcto para designar la tipicidad como característica del delito, comenta: “La Jurisprudencia chilena y la doctrina mejicana parecen preferir la expresión “cuerpo del delito”, que tampoco aceptamos por la fuerte confusión que se engendra sobre lo que debe entenderse por tal”⁵²⁷.

La doctrina mexicana utiliza la expresión “cuerpo del delito” para designar no la tipicidad sino el hecho típico. La confusión se origina con la identificación que se hace entre cuerpo del delito y tipo penal, pues los elementos del análisis conceptual de un hecho se toman como partes del hecho que se analiza.

Para González Bustamante, la tradicional afirmación “el cuerpo del delito es el delito mismo”; se opone esta otra “el

⁵²⁷ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Edit. Sudamericana. Buenos Aires 1980, p.236.

delito tiene dos partes: una material que es su cuerpo y otra inmaterial que es la culpabilidad dolosa o culposa”⁵²⁸.

El desliz está cometido, agrega el autor, ya que a partir de aquí se entiende que “el cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición”⁵²⁹.

Lo asombroso de esta interpretación es cuando se pregunta a quienes la sustentan, ¿cuáles son los elementos materiales del tipo?, responden que se trata de las partes del delito que el juez puede conocer por medio de los sentidos. Entonces, cabría cuestionar, ¿cómo se conocen las “partes inmateriales” del delito?, la idea dominante es que estas partes son el dolo y la culpa y se duda que sea posible su conocimiento, por lo menos en el corto término de tres días.

Por esto, se exigía que la ley sustantiva penal presumiera la presencia del dolo, hasta que no se probara lo contrario. Esta interpretación ha provocado y provoca situaciones absurdas: Carlos Franco Sodi, explica que, “bastaría para comprobar el cuerpo del delito de robo, con demostrar la existencia de los

⁵²⁸ González Bustamante, Juan José. El cuerpo del delito y el procedimiento penal. Revista Criminalia. Edit. Botas, número 5, Vol. VIII. México, 1941-1942, p.528.

⁵²⁹ *Ibidem.*, p.528.

elementos “apoderamiento” y “cosa” que son de los contenidos en su definición los únicos que tienen, en sentido estricto, el carácter de elementos objetivos o materiales”⁵³⁰.

A la noción de que el tipo penal está constituido únicamente por elementos objetivos corresponde la definición de que el cuerpo del delito se compone por el conjunto de elementos materiales del tipo penal. Ante el resquebrajamiento del tipo objetivo y la inconsecuente aceptación de que hay tipos anormales que además de los elementos objetivos, contienen elementos subjetivos y normativos; corresponde la tesis de que el cuerpo del delito, por regla general, se constituye con los elementos materiales del tipo y, por excepción, también con elementos subjetivos y normativos, jamás el dolo o la culpa.

Cuando se admite que hay tipos penales que contienen como elemento constitutivo al dolo; se acepta también que este elemento forme parte del cuerpo del delito. Para Zaffaroni, “cuando se divulga la idea de que el tipo penal es complejo, pudiendo ser doloso o culposo y teniendo en ambos casos elementos objetivos y subjetivos; surge la noción de que el

⁵³⁰ Franco Sodi, Carlos. El término de 72 horas como garantía individual. Revista Criminalia. Edit. Botas, número 12. Vol. XX. México, 1946, p.216.

cuerpo del delito se compone con todos los elementos del tipo penal, incluidos el dolo o la culpa”⁵³¹.

Los partidarios de los puros elementos materiales siempre han replicado a la doctrina de los elementos subjetivos que en ella se está confundiendo el cuerpo del delito con el delito mismo. La verdad subraya Martínez, “es que unos y otros han confundido el tipo penal con el hecho típico. En el trasfondo hay una intuición fundamental de la doctrina mexicana que lo condiciona todo: el cuerpo del delito tiene que ser material”⁵³².

El tipo penal sí tiene elementos. La distinción entre tipo penal y hecho típico es de suma importancia para comprender correctamente el artículo 19 Constitucional, pues si bien es cierto que el delito como hecho no tiene partes, también lo es que el delito como hipótesis típica sí tiene elementos.

Pero si la verdad de la primera afirmación es evidente, en cambio, la verdad de la segunda no es tan notable. Respecto a lo anterior Martínez declara que, “resulta necesario desentrañar la naturaleza de los elementos del tipo para ponerla en

⁵³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Edit. Ediar. Buenos Aires 1979, p 261.

⁵³² Martínez y Martínez, Salvador. Revista Jurídica Veracruzana. Julio-Diciembre de 1989. Tomo 39, p.45.

evidencia. Esto pese a que se trata de una verdad generalmente aceptada”⁵³³.

¿Qué es el tipo penal? El tipo penal “es la descripción que la ley hace de un hecho delictivo”. Es la descripción de una conducta penalmente prohibida”. “Describir” quiere decir representar el hecho o conducta por medio del lenguaje, refiriendo sus características o circunstancias. “Estas características o circunstancias que se refieren de un hecho para prohibirlo son precisamente los elementos de la descripción típica”⁵³⁴.

El tipo penal es la expresión legal de un concepto. La representación legal de la representación intelectual o idea de un hecho delictivo en tanto que es objeto de conocimiento. En efecto, la representación típica de un delito, no es el hecho delictivo, sino que ella es su concepto.

Para Martínez, “la representación típica de un delito, es universal. Es la representación de un cierto aspecto, de un cierto valor descubierto en el hecho o conducta como dato de

⁵³³ Martínez y Martínez, Salvador. Ob. Cit., p.47.

⁵³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit., p.305. Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., p.235. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Edit. Porrúa, México, 1980, p.423. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Edit., Porrúa. México, 1976, p.300.

experiencia y que se aparece como “aislable” de lo individual, de lo particular, de lo concreto”⁵³⁵.

A partir de este carácter del tipo, insiste Martínez, “se debe enfatizar que el legislador, al describir un hecho para prohibirlo, refiere tanto sus características externas (elementos materiales y/o normativos) como sus características internas (elementos subjetivos, incluyendo dolo o culpa), ya que de no hacerlo así, le sería imposible dar una cabal representación de la conducta prohibida”⁵³⁶.

La representación típica, es abstracta, es decir, separada de las condiciones espacio-temporales, características del objeto corporal. La idea del delito de que se trate es concebida por el legislador a partir de la imagen de un hecho determinado y expresada mediante el tipo en la ley penal. La idea del delito expresada por el tipo penal es general, ya que conviene a todos los delitos de la especie y no solamente a algunos.

Para afirmar la naturaleza inmaterial de todos los elementos del tipo penal resta un problema, ¿Cuál es el fundamento de la distinción entre elementos objetivos y

⁵³⁵ Martínez y Martínez, Salvador. Ob. Cit., p.48.

⁵³⁶ Idem.

subjetivos?, la respuesta es sencilla, según Vernaux, “esta clasificación se hace atendiendo al objeto pensado, que no es otro que una conducta humana. En ésta, y desde el punto de vista de su psicología, sí es posible distinguir un aspecto externo y otro interno en su análisis”⁵³⁷.

El hecho típico no tiene partes, pero sí tiene cuerpo. El vocablo “hecho” es el participio pasado irregular del verbo “hacer”, por tanto, denota lo que alguien hizo, califica también el suceso e identifica lo sucedido. El hecho nos da la idea dice García Maynez, de “un suceso espacial y temporalmente localizado, que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente”⁵³⁸.

Un hecho será típicamente delictivo cuando, al suceder, reúna las características o circunstancias descritas en el tipo penal. El hecho es un suceso; es algo que pasa o que pasó, la puerta del pasado está cerrada para siempre. Con esta afirmación se destaca que el hecho, al ejecutarse, reúne o no las circunstancias o características previstas en la descripción típica.

⁵³⁷ Vernaux, Roger. *Filosofía del Hombre*. Edit. Herder. Barcelona 1981, p.151.

⁵³⁸ García Maynez, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 170.

El problema que falta por resolver está en la posibilidad de conocer el hecho: ¿Cómo averiguar si un hecho actualizó una hipótesis típica en su acontecer, si el hecho ya pasó?, el hecho típico, Herrera Laso, señala “por ser un hecho del pasado, no puede ser conocido directamente, sólo se le puede conocer por las huellas que ha dejado, es decir, por los distintos vestigios y testimonios que permiten averiguar la realidad y circunstancias del suceso”⁵³⁹.

El hecho típico es una realidad singular, particular y concreta, es decir, tiene cuerpo. Para Martínez, la palabra “cuerpo” en la expresión “cuerpo del delito”, alude a la materialidad del hecho, pero no en los elementos materiales del tipo penal sino a su ser material que es el que hace posible una delimitación en el espacio y en el tiempo”⁵⁴⁰.

El juez solo puede conocer un hecho por su corporeidad, por su manifestación en el mundo material, por su expresión en la cadena física de las causas y los efectos. También el juez puede conocer el hecho, por medio de los sentidos.

⁵³⁹ Herrera Laso y Gutierrez, Eduardo. Ob. Cit., p.33.

⁵⁴⁰ Martínez y Martínez, Salvador. Ob. Cit., p.50.

4.5.1. El cuerpo del delito y el tipo penal.

El artículo 19 Constitucional, antes de la reforma de 1993, establecía: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyan aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado....."

En virtud de la connotación constitucional del término cuerpo del delito, es fácil concluir indica Herrera Laso, "que entre tipo penal y cuerpo del delito existe una relación de continente a contenido; pues siendo el primero un concepto penal abstracto y el segundo una noción procesal que mira a la realidad, comprobar el cuerpo del delito no es otra cosa que verificar plenamente, en el caso concreto, la existencia de todos y cada uno de los elementos que cumplen el tipo penal"⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Herrera Laso y Gutierrez, Eduardo. *Criminalia*. Año XXXIX, números 11 y 12. México, Nov.-Dic., de 1973, p.490.

De acuerdo con el artículo 19 Constitucional, la entidad delito consta de tres partes:

- a) **Un concepto de derecho positivo.** Este será el delito que se impute al acusado y los elementos que constituyan aquél, o sea, el tipo penal.
- b) **Un juicio de atribución provisional.** Esta es la probable responsabilidad penal del acusado.
- c) **Los elementos de hecho.** Estos se refieren al lugar, tiempo, circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa.

Ahora bien, de las tres partes anotadas, la única precisa, por su rigidez, es el tipo; en consecuencia, con el habrá que confrontar los hechos y circunstancias para que operen las garantías de libertad contenidas en el precepto.

En consecuencia, podemos afirmar con Herrera Laso, “que el cuerpo del delito, es el conjunto de los elementos del hecho comprendidos en los términos ejecución y sus circunstancias, los cuales cumplen el tipo penal”⁵⁴².

⁵⁴² Herrera Laso y Gutierrez, Eduardo. Ob. Cit. p.490.

La responsabilidad probable será agregada al mismo autor, “la atribución provisional hecha al autor, después de verificado el cumplimiento del tipo y a condición de que los hechos y circunstancias no demuestren la imposibilidad de tal atribución”⁵⁴³.

La ejecución, significa consumir, cumplir, poner por obra alguna cosa. El sustantivo, que gramaticalmente es de acción y de efecto, comprende:

- a) **Sujeto activo.** El que ejecuta.
- b) **Sujeto pasivo.** El que sufre la ejecución.
- c) **Conducta.** En su doble aspecto, acción u omisión, que es la ejecución.
- d) **Resultado material.** Es el efecto de la ejecución.
- e) **Nexo causal.** Proceso natural que une a la acción con el resultado, y
- f) **Objeto material.** Se da en algunos delitos de acción, sobre el cual recae la ejecución y en el cual se concretiza el resultado material.

⁵⁴³ *Ibidem*.p.490. “Más claramente: comprobado el cumplimiento del tipo, puede atribuirse penalmente ese cumplimiento al autor, siempre que los hechos y circunstancias no demuestren plenamente la existencia de una causa que excluya la incriminación. (Aparte, desde luego, la ausencia de conducta, que corresponde al cuerpo del delito).

Las circunstancias del cuerpo del delito, son en general, accidentes del hecho, que referidas al cuerpo del delito, serán aquellos accidentes que van unidos a los elementos fácticos comprendidos en el término ejecución, en cuanto cumplen el tipo penal. Estos se agrupan en cinco clases:

- I. **Los referentes al sujeto activo.** Es el número, condiciones o cualidades de quien o quienes realizan la conducta o actividad típicas. Ejemplos: Ser funcionario público, en los delitos por ellos cometidos (artículos 212 y 217).
- II. **Los referentes al sujeto pasivo.** El número, condiciones o cualidades del titular o titulares del bien jurídico. Ejemplo: Ser funcionario público, en delito contra el cometido (artículo 189).
- III. **Los referentes a ambos sujetos.** Son las relaciones que existen entre uno y otro. Ejemplo: El parentesco consanguíneo directo, el homicidio en relación al parentesco (artículo 323).
- IV. **El referente a la conducta y al resultado.**

- a) **Medios.** Instrumentos o actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

- b) **Modos.** Son las formas de voluntariedad que puede revestir la conducta: dolo, culpa, y en general los “elementos subjetivos del injusto”. (“a sabiendas”, artículo 246, fracción III).

- c) **Lugar.** Condiciones de espacio en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Ejemplo: Edificio, vivienda, cuarto (artículo 381 bis).

- d) **Tiempo.** Momento en el cual o intervalo dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Ejemplo: La necesidad de que la muerte se cause dentro de las setenta y dos horas de nacido el niño, para que haya infanticidio (artículo 325).

- e) **Ocasión.** La oportunidad generadora de riesgo para el bien jurídico, que el activo aprovecha para realizar la conducta. Ejemplo: Que el activo este trabajando en el banco (tenencia precaria, artículo 382).

V. **Los referentes al objeto material.** Cualidad o cantidad del mismo. Ejemplo: Inmueble (artículo 395).

4.5.2. El cuerpo del delito y el juicio de tipicidad.

La tipicidad es la cualidad común a los hechos y al derecho de corresponder entre sí. El juicio lógico que permite hacer tal declaración de correspondencia requiere, previamente, de la verificación de esos hechos y ese derecho.

Verificar el derecho para Herrera Laso, “es comprobar la existencia del tipo concreto y de los elementos que lo integran. Verificar los hechos que cumplen el tipo es, comprobar el cuerpo del delito. Por ello, se puede afirmar que entre cuerpo del delito y juicio de tipicidad la relación es de antecedente a consecuente”⁵⁴⁴.

4.5.3. El cuerpo del delito y los tipos anormales.

Todo tipo debe contener los elementos necesarios y suficientes para proteger el bien jurídico. Si un tipo contiene elementos de más o menos, será anormal por exceso o defecto.

⁵⁴⁴ Herrera Laso y Gutierrez, Eduardo. Criminalia, p.492.

¿Como se acata la garantía constitucional de comprobación del cuerpo del delito en estos casos? La solución es única según Herrera Laso, “en cualquier supuesto debe la autoridad ceñirse a verificar la realidad de los elementos contenidos en los tipos penales respectivos”⁵⁴⁵.

4.5.4. El cuerpo del delito y la responsabilidad penal.

El cuerpo del delito como noción procesal se reduce a la fase externa de la acción delictiva; es simplemente el comportamiento corporal que produce la lesión jurídica. En relación a ello, Herrera Laso, afirma; “esta noción debe preferirse a la que mantiene la doctrina tradicional sosteniendo que es el conjunto de los elementos materiales descritos en la ley, pues en delitos como el fraude, no existe elemento material alguno en la definición, ya que el engaño debe catalogarse como subjetivo y el lucro indebido como normativo; elemento que implica una valoración cultural o jurídica”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Herrera Laso y Gutierrez, Eduardo. Ob. Cit., p.492. No puede excederse en los tipos omisos, ni abstenerse de comprobar la realidad de los elementos superfluos, en los tipos excesivos, porque ello implica hacer una declaración respecto de la insuficiencia o sobreabundancia de la ley penal; declaración que únicamente correspondería formular a los tribunales federales, a través del juicio de amparo que en contra de esa ley se promoviera.

⁵⁴⁶ Ibidem., p.493.

La exigencia constitucional de comprobación del cuerpo del delito tiene como motivo prelegislativo la necesidad de que si alguien va a ser enjuiciado, se demuestre desde un principio que en el mundo de relación se dio el hecho independientemente de que le sea imputable en el sentido causal material y psicológico, pues dicho problema corresponde a la responsabilidad.

El cuerpo del delito como fase externa de la acción puede escindirse de la noción de responsabilidad, y debe hacerse por motivos de orden técnico constitucional. Con respecto a lo anterior, Herrera Laso, considera que: "En el momento de comprobación de la materialidad del hecho delictivo no tiene porque hacerse referente al sujeto; es un concepto impersonal, pero absolutamente concreto, pues comprende la conducta en el más objetivo de los sentidos en cuanto aparece descrita en la definición legal del tipo"⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Herrera Laso y Gutierrez, Eduardo. Ob. Cit., p.496. La noción que se comenta es impersonal, ello es, no guarda relación alguna con el agente, pues se refiere al hecho (en la contraposición). El problema de la responsabilidad es personal y diferente a la materialidad del hecho cuya existencia se afirma. No deben confundirse, ya que aquella noción tiende a fijar la fase externa del acto delictivo por si en el mundo de relación se dio el hecho que causó la lesión jurídica; en tanto que esta determina la participación de un sujeto en dicho efecto, de ahí que el legislador permita su procesamiento si hay datos que lo señalen como presunto y consiente en su libertad en sentencia si los datos no llegan a constituir prueba plena; y, en cambio, si se da la lesión jurídica, ésta subsiste antes, en el momento o después de las setenta y dos horas.

4.5.5. La reforma constitucional y procesal penal.

La reforma que retoma el concepto de “cuerpo del delito” abandonando la idea de los “elementos del tipo penal”, no plantea solamente una diferencia conceptual de uno de los elementos de fondo para librar la orden de aprehensión o la emisión del auto de formal prisión, sino que introduce una clara distinción de carácter jurídico penal, con la intención de sentar las bases de un más eficaz sistema de justicia.

Al abandonar la necesaria justificación de los elementos constitutivos del tipo penal y rescatar el concepto de cuerpo del delito, por considerarse que la legislación secundaria y la jurisprudencia, establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que dificultaron la aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, se quiso suprimir la necesaria comprobación de los elementos subjetivos y normativos del tipo penal, por lo que se planteó la necesidad de rescatar e incorporar al régimen constitucional, el concepto añejo de cuerpo del delito, al que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había referido como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan a materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley”.

En virtud de que en la iniciativa se alude a la rigidez en el acreditamiento de los elementos del tipo penal, expresados por la Jurisprudencia 6/97, en la que se plasmaba que en el auto de formal prisión deben estar acreditados:

1. La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro,
2. La forma de intervención del sujeto activo;
3. Si la acción u omisión fue dolosa o culposa;
4. La calidad de los sujetos activo y pasivo;
5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
6. El objeto material;
7. Los medios utilizados;
8. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
9. Los elementos normativos, y
10. Los elementos subjetivos específicos, además de la probable responsabilidad del inculpado y las modificativas del delito.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ Novena Epoca. Semanario Judicial de la Federación. Tesis 6/97.

En el dictamen se alude a la consecuente reforma a los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, publicada el diez de enero de 1994, en la que se precisó que los elementos del tipo penal son:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos, y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, que debían acreditarse, si el tipo lo requería:

- a) Las calidades del sujeto activo y el pasivo;
- b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos, y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

La concepción materialista de cuerpo del delito no surge para descartar los elementos subjetivos específicos de aquellos tipos penales que los incluyan, sino como puede verse en criterios que se remontan al año de 1930, surge para eliminar los aspectos morales o subjetivos que propiamente se refieren a la culpabilidad, esto es, ubicar al dolo en la responsabilidad.

Los criterios sostenidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 21 de enero de 1930, visibles en la Quinta Epoca del Semanario Judicial de la Federación, Tomos XXVI y XXVIII, páginas 1982 y 365 respectivamente, establecieron lo siguiente:

CUERPO DEL DELITO. “Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta confusión sería antijurídica, ya que delito es la infracción voluntaria de una ley, requiriéndose, por tanto, para que exista, un elemento psicológico, o subjetivo, el cuerpo del delito debe entenderse que es el conjunto de los elementos objetivos, físico o externos, que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ Quinta Epoca. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVI, página 1982.

CUERPO DEL DELITO. “Por cuerpo del delito debe entenderse al conjunto de elementos externos o físicos y no morales o subjetivos, que propiamente se refieren a la culpabilidad; por tanto, para dictar auto de formal prisión, basta que se compruebe la existencia de esos elementos externos. El dolo se refiere a la culpabilidad y no forma parte del cuerpo del delito”⁵⁵⁰.

Para la comprensión del cuerpo del delito como parte integrante del delito en general, fue necesario que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableciera que: “el cuerpo de un delito, comprende exclusivamente los elementos externos o formales que objetivizan el hecho criminal, en tanto que el delito, en si mismo considerado, integra lo que tanto por la ley como doctrinalmente, se reconoce como la parte subjetiva de un crimen, o en otras palabras, la responsabilidad penal”.

Lo anterior llevó a sostener que por cuerpo del delito debe entenderse: “el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyan un delito, con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento

⁵⁵⁰ Quinta Epoca. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVIII, página 365.

importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger)....”⁵⁵¹.

Se estableció en la reforma procesal del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, la definición de cuerpo del delito siguiente:

“Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”

Por su parte el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado, establece: “En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de

⁵⁵¹ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal.

acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea”.

La reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales, contenida en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de ocho de marzo de 1999, no plantea una diferencia puramente conceptual entre los conceptos de “elementos del tipo penal” y “cuerpo del delito”.

La reforma constitucional y procesal no significa retomar la concepción de “cuerpo del delito”, en los términos exactos en que se encontraba antes de la reforma introducida antes del año de 1993, pues ahora se contemplan cuando el tipo lo requiera, los elementos normativos.

El nuevo concepto de “cuerpo del delito”, tiene caracteres propios que se delimitan con la reforma a los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, en donde se produce una separación absoluta entre tal concepción y la de tipicidad, de tal modo que en el nuevo concepto de cuerpo del delito, sólo quedan comprendidos los elementos materiales u objetivos y los elementos normativos del tipo, si estos son

requeridos por la descripción típica, no así los elementos subjetivos, cuya expresión bastará, sin necesidad de prueba plena, en relación a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, para el dictado de una orden de aprehensión o la emisión de un auto de formal prisión.

En virtud de la limitación del concepto de “cuerpo del delito”, introducido en función de los requisitos exigidos para girar la orden de aprehensión o para el pronunciamiento del un auto de formal prisión, se tomó en cuenta que en los diversos estadios del proceso legislativo de reformas constitucionales y procesales, se sostuvo que “debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado”.

Por lo anterior, es causa de exclusión del delito la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, en términos del artículo 15, fracción II, del Código Penal reformado. Para la sentencia definitiva el Ministerio Público, si deberá acreditar plenamente la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos, si éstos son requeridos, y las demás circunstancias que la ley prevea.

Considerando el contenido del artículo 168, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales reformado, será necesario el análisis de fondo en la sentencia, en función de los elementos constitutivos del tipo penal y la plena responsabilidad del acusado.

En la sentencia, deberá acreditarse plenamente la responsabilidad penal del acusado en orden a la comisión del delito de que se trate, estableciendo si la participación del acusado fue dolosa o culposa, pues se estableció en las reformas a las leyes secundarias, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de dieciocho de mayo de 1999, en la que se estableció:

“La probable responsabilidad quedará conformada por la forma de participación, la comisión dolosa o culposa del sujeto activo en el hecho delictivo que se le imputa, siempre y cuando no opere en su favor una causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

Es conveniente precisar que el nuevo concepto de “cuerpo del delito”, tiene caracteres propios que se delimitan con la reforma procesal, en donde se produce una separación absoluta entre tal concepción y la de tipicidad, de tal modo que en el nuevo concepto de cuerpo del delito, sólo quedan comprendidos los elementos materiales u objetivos y los elementos normativos del tipo, si este los requiere, no así los elementos subjetivos, cuya expresión bastará, sin necesidad de prueba plena, en relación a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, para el dictado de una orden de aprehensión o la emisión de un auto de formal prisión.

Por su parte, al abandonar la reforma la necesaria justificación de los elementos constitutivos del tipo penal y rescatar el concepto de cuerpo del delito, por considerarse que la legislación secundaria y la jurisprudencia, establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que dificultaron la aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, se quiso suprimir la necesaria comprobación de los elementos subjetivos y normativos del tipo penal, por lo que se planteó la necesidad de rescatar e incorporar al régimen constitucional, el concepto añejo de cuerpo del delito, sin embargo, en el nuevo concepto

de cuerpo del delito, sólo quedan comprendidos los elementos materiales u objetivos y los elementos normativos del tipo, si el mismo los requiere, no así los elementos subjetivos, cuya expresión bastará, sin necesidad de prueba plena, lo que constituye una flagrante violación de las garantías individuales, en virtud de que por tales mandatos se producen actos de molestia de suma gravedad, sin estar comprobados en forma plena los elementos subjetivos específicos, principalmente en delitos formales o de mera conducta.

Para concluir debo señalar que la comprobación de los elementos del tipo penal es un imperativo de orden constitucional que permite el respeto al principio de legalidad que establece “no hay delito y no hay pena que no esté contemplado en la ley penal”, promulgada con anterioridad al hecho, como lo dispone el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

C O N C L U S I O N E S

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El cuerpo del delito, es un hecho determinado típicamente delictivo, un suceso especial y temporalmente delimitado (corporeidad) que, en su acontecer, reunió las características objetivas y subjetivas (incluyendo el dolo y la culpa) previstas en el tipo penal.

SEGUNDA.- La doctrina mexicana utiliza la expresión "cuerpo del delito" para designar no la tipicidad sino el hecho típico. La confusión se origina con la identificación que se hace entre cuerpo del delito y tipo penal, pues los elementos del análisis conceptual de un hecho se toman como partes del hecho que se analiza.

TERCERA.- El tipo penal sí tiene elementos. La distinción entre tipo penal y hecho típico es de suma importancia, pues si bien es cierto que el delito como hecho no tiene partes, también lo es que el delito como hipótesis típica sí tiene elementos.

CUARTA.- El tipo penal es la descripción que la ley hace de un hecho delictivo. Es la descripción de una conducta penalmente prohibida. "Describir" quiere decir representar el hecho o conducta por medio del lenguaje, refiriendo sus

características o circunstancias. Estas son precisamente los elementos de la descripción típica.

QUINTA.- El hecho típico no tiene partes, pero sí tiene cuerpo. El vocablo “hecho” es el participio pasado irregular del verbo “hacer”, por tanto, denota lo que alguien hizo, califica también el suceso e identifica lo sucedido.

SEXTA.- Entre tipo penal y cuerpo del delito existe una relación de continente a contenido; comprobar el cuerpo del delito no es otra cosa que verificar plenamente, la existencia de todos y cada uno de los elementos que cumplen el tipo penal.

SEPTIMA.- El cuerpo del delito, es el conjunto de los elementos del hecho comprendidos en los términos ejecución y sus circunstancias, los cuales cumplen el tipo penal

OCTAVA.- La tipicidad es la cualidad común a los hechos y al derecho de corresponder entre sí. Verificar el derecho es comprobar la existencia del tipo concreto y de los elementos que lo integran. Verificar los hechos que cumplen el tipo es, comprobar el cuerpo del delito. Por ello, se puede afirmar que entre cuerpo del delito y juicio de tipicidad la relación es de antecedente a consecuente.

NOVENA.- El cuerpo del delito como noción procesal se reduce a la fase externa de la acción delictiva; es simplemente la verificación del comportamiento corporal que produce la lesión jurídica. Es la verificación de los elementos del tipo penal.

DECIMA.- La conducta es típica, cuando encaja perfectamente en la descripción de un tipo penal, por lo que la tipicidad no existe por si misma, como ente jurídico, sino que cobra existencia cuando un hecho real encuadra en el tipo legal.

DECIMA PRIMERA.- Los elementos del tipo penal, si existen y se encuentran determinados por una conducta típica, un sujeto activo, un sujeto pasivo, un bien jurídico y un objeto jurídico, descritos en la ley penal.

DECIMA SEGUNDA.- El cuerpo del delito, es una creación legislativa en abstracto de naturaleza procesal por excelencia, que establece la forma de comprobar los elementos objetivos del hecho típico, que con frecuencia se confunde con la tipicidad, aunque esta, es de naturaleza penal.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Acuña Griego, Francisco. Revista Mexicana de Ciencias Penales, Año II, Julio de 1978, Junio de 1979. México, 1979.
2. Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1988.
3. Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos. México, 1988.
4. Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoría del delito. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1974.
5. Beccaria, Cesar. Tratado de los delitos y de las penas. Edit. Porrúa. México, 1988. Tercera Edición.
6. Bettiol Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Colombia, 1965.
7. Bermúdez Molina, Estuardo Mario. Del cuerpo del delito a los elementos del tipo. Editado por Procuraduría General de la República. México, 1996.
8. Bush, Richar. Modernas Transformaciones en la teoría del delito. Edit. Temis. Bogotá, 1970.
9. Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Editorial Ariel. Barcelona, 1984.
10. Carnelutti, Francisco. La prova civile. Segunda Edición. Roma, 1947. Traducción al Castellano de Niceto Alcalá Zamora. Buenos Aires 1955.

11. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos de derecho penal. Editorial Porrúa. México, 1994.
12. Carrara, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1971.
13. Claus Roxin. Problemas Básicos del Derecho Penal, contribución a la crítica de la teoría final de la acción. Editorial Romo. Madrid, 1976.
14. Clariá Olmedo Jorge. Restitución de objetos secuestrados. Revista Jurídica de Córdoba, abril-junio, 1947.
15. Córdoba Roda, Juan. Culpabilidad y pena. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1977,
16. Cuello Colón, Eugenio. Derecho Penal Parte General. Editorial Bosch. Barcelona, 1981.
17. Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1998,
18. De Lardizabal y Uribe, Manuel. Discurso sobre las penas. Editorial Porrúa. México, 1982.
19. Del Rosal, Juan. Tratado de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo I. Madrid, 1968.
20. Díaz Clemente. El cuerpo del delito. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1965.
21. Díaz de León, Marco Antonio. Revista Mexicana de Justicia. Editorial P. G. R. México, 1989.

22. Elizondo, Francisco Antonio. Práctica Universal Forense. Tomo III. Madrid, 1796.
23. Fenech, Miguel. Derecho procesal penal. Segunda Edición. Tomo II. Barcelona 1952.
24. Fontán Balestra, Carlos. Manual de derecho penal. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1949.
25. Fontecilla Riquelme, Rafael. Concepto y Valor procesal del cuerpo del delito, en las legislaciones chilena y argentina. Revista de Derecho Procesal, 1946, Primera Parte.
26. Flores Cruz Jaime. Metodología de la Nueva Estructura del Delito en México. Tesis de Maestría en Derecho Penal, ENEP, ARAGON, México, 1996.
27. Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal. México, 1937
28. Franco Sodi, Carlos. El Cuerpo del Delito y la Teoría de la Tipicidad. Criminalia. Revista de Ciencias Penales. Año VIII, Número 7, Marzo, México, 1942.
29. García Goyena, Florencio. Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos. Tomo V. Madrid, 1852.
30. García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México, 1983.
31. García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1995.
32. Gómez Benitez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Editorial Civitas. Madrid, 1984.

33. González Bustamante, Juan José. El cuerpo del Delito y el Procedimiento Penal. Criminalia. Revista de Ciencias Penales. Año VIII, 1º de Marzo, número 9, México, 1942.
34. González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1995.
35. Gorphe, Francois. De la Apreciación de las pruebas. Traducción de Luis Alcalá Zamora. Buenos Aires, 1950.
36. Graf Zu Dohna Alexander. La estructura de la teoría del delito. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina 1958.
37. Herrera Lasso y Gutierrez, Eduardo. Criminalia. Nos. 11-12. Noviembre y Diciembre. México, 1973.
38. Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona 1981.
39. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Editorial. Losada. Buenos Aires, 1963.
40. Jiménez de Asúa Luis. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
41. Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el delito. Editorial Hermes Sudamericana. Primera Edición en México, 1986.
42. Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad. Editorial Porrúa, México, 1955.
43. Jiménez Huerta, Mariano. La antijuridicidad. Imprenta Universitaria. México, 1952.

44. Jiménez Huerta, Mariano. Panorama del Delito. Imprenta Universitaria. México, 1950.
45. Jiménez Huerta, Mariano. Revista Criminalia. Número 5. Año XXII. México, D. F. A 1° de Mayo de 1956.
46. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.
47. Kaufman, Armin. Teoría de las Normas. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977.
48. López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México, 1997.
49. Manzini, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Tomo III. Traducción de Sentís Melendo Santiago. Buenos Aires, 1952.
50. Márquez Piñero Rafael. El Tipo Penal. Editorial UNAM, México, 1992.
51. Márquez Piñero Rafael. Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas. México, 1997.
52. Martínez y Martínez, Salvador. Revista Jurídica Veracruzana. Julio-Diciembre. Veracruz, 1989.
53. Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal I. Editorial. Temis. Bogotá, Colombia, 1954.
54. Maurach, Reinhart. "Concepto final de acción" en tres conferencias, separadas de D.P.C. Vol. IV, número 3. Bogotá Colombia, 1965.

55. Maurach Reinhart. Derecho Penal. Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
56. Mezger Edmundo. Derecho Penal. Parte General. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1990.
57. Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Alemania 1933.
58. Mittermaier, C. J. A. Tratado de la prueba en materia criminal. Traducción de Primitivo González de Alba. Madrid, 1893.
59. Moreno Hernández, Moisés. Sobre el estado actual de la dogmática jurídica penal mexicana. Criminalia número 3. México, 1992.
60. Morselli, Elio. La función del comportamiento interior en la estructura del delito. Edit. Temis. Colombia 1992,
61. Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona 1975.
62. Muñoz Conde, Francisco. Teoría general del delito. Editorial Tirant lo Blanch. España 1989.
63. Muñoz Rojas, Tomás. Las cuestiones previas en el proceso penal. Revista de derecho procesal penal, española. Enero-Junio de 1964.
64. Ojeda Velázquez Jorge. Derecho Punitivo. Editorial Trillas, México, 1993.

65. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del delito. Edit. Porrúa. México, 1998.
66. Ortolán, M. Tratado de derecho penal. Tomo I. Traducción de Melquiades Pérez Rivas. Madrid, 1878.
67. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1984
68. Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el delito. Editorial Porrúa. México, 1993.
69. Peco, José. Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos. Buenos Aires, 1942.
70. Pérez, Pastor. El sumario: su función y naturaleza jurídica. Revista de Derecho Procesal española. Enero-Marzo de 1965.
71. Porte. Petit, Celestino Candaudap. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa. México, 1989.
72. Popper, Karl. La lógica de la investigación científica. Edit. Tecnos. Madrid, 1971.
73. Reyes Navarro, Angel. Ensayo sobre la preterintencionalidad. Tesis Profesional. México, 1949.
74. Rivera Silva, Manuel. Apuntes sobre el Cuerpo del Delito. Criminalia. Revista de Ciencias Penales. Año IX, número 1, Septiembre. México, 1942.
75. Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa, México, 1982.

76. Romero Tequextle, Gregorio. Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo. Editorial OGS Editores S. A. Puebla, 1999.
77. Rosemberg, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Traducción de Angela Romero Vera, Buenos Aires, 1955. Tomo II,
78. Serrano González de Murillo, Luis. Teoría del delito imprudente, doctrina general y regulación legal. Editado por el Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
79. Tapia, Eugenio. Febrero Novísimo. Tomo VI. Valencia, 1937.
80. Vela Treviño Sergio. Miscelánea Penal. Editorial Trillas, México, 1990.
81. Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. Edit. Trillas. México, 1990.
82. Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid, 1927. Segunda Edición.
83. Von Beling, Ernesto. La doctrina del delito-tipo. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1944.
84. Villa Alzate, Guillermo. Fundamentos Metodológicos de la Nueva Teoría del Delito. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1991.
85. Welzel Hans. La teoría de la acción finalista. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951.
86. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Editorial Cárdenas Editores. México, 1988.

87. Diccionario Jurídico. Diversos Autores. Porrúa y UNAM. México, 1995.

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

1. Constitución Política Mexicana.
2. Código Penal Mexicano.
3. Código Federal de Procedimientos Penales.
4. Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.