



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

"ANALISIS GENERAL DEL DELITO DE
ENRIQUECIMIENTO ILICITO, PREVISTO POR EL
ARTICULO 224 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL, A LA LUZ DE LA TEORIA DEL DELITO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
EVA CAMPUZANO GARCIA

ASESOR:
LIC. RODRIGO RINCON MARTINEZ

SANTA CRUZ ACATLAN, ESTADO DE MEXICO, JULIO DEL 2002



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

CON PROFUNDO AGRADECIMIENTO A DIOS POR
HABERME DADO UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD
DE VIVIR, PERMITIENDOME ALCANZAR TAN
ANHELADO LOGRO.

A MIS PADRES EVA Y JOSE CARMEN,
PORQUE TODO LO QUE SOY SE LO
DEBO A ELLOS, CON TODO EL CARI-
RIÑO A QUIENES ME BRINDARON SU
APOYO INCONDICIONAL EN LOS MO-
MENTOS MAS DIFICILES DE MI VIDA,
PORQUE NO ENCUENTRO LAS PALA-
BRAS ADECUADAS PARA HACERLES
SABER CUANTO LOS QUIERO.

G R A C I A S

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
INSTITUCIÓN QUE PERMITIÓ EN SUS AULAS MI
FORMACIÓN PROFESIONAL, EN ESPECIAL A LA ESCUELA
NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"..**

**CON ETERNO AGRADECIMIENTO A MI ASESOR,
LICENCIADO RODRIGO RINCON MARTINEZ, POR
SU VALIOSA Y DESINTERESADA AYUDA, POR SUS
SABIAS INDICACIONES QUE ME AYUDARON A
CONCLUIR LA ELABORACION DE ESTE TRABAJO
DE TESIS, POR SU SENCILLEZ COMO PROFESIO-
NISTA Y COMO PERSONA.**

G R A C I A S

A MIS HERMANOS:

AIDA, POR EL APOYO BRINDADO DURANTE MI CONFLICTIVA VIDA, POR TU CARIÑO INCONDICIONAL Y LA FORTALEZA EN TU SER, ENRIQUETA, MARIA DEL CARMEN, ARTURO Y SILVESTRE, A MIS SOBRINOS JOSE LUIS, JAQUELINE, GUSTAVO, LAURA, ANDREA Y ALEJANDRA, DEDICO A USTEDES ESTE TRIUNFO.

A MIS SUEGROS, ESPERANZA E ISAIAS, POR EL APOYO BRINDADO DESDE EL INCIO DE MI TRABAJO DE TESIS, POR CUIDAR MI GRAN TESORO: MIS HIJAS PAOLA Y VALERIA, DE IGUAL FORMA GRACIAS A ADRIANA, MARIO, BETO Y PEPE.

A TODA ESA MARAVILLOSA GENTE QUE HE TENIDO OPORTUNIDAD DE CONOCER, QUE ME HA BRINDADO SU AMISTAD DESINTERESADA: LICENCIADO -- GILBERTO ROQUE MEZA, LICENCIADO FERNANDO, LICENCIADA DIANA; DE IGUAL MANERA, CON GRATITUD A UNA PROFESIONISTA QUE ANTES QUE ESO ES UNA GRAN MUJER, LICENCIADA ROSA MARIA ORTIZ VILCHIS, POR SUS CONSEJOS, MOTIVACION E IMPULSO, QUE ME HAN SERVIDO PARA REALIZARME, EN MI VIDA PROFESIONAL Y PERSONAL.

A MI SINODO:

LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ

LIC. MARTHA PLATA LOPEZ

LIC. JUAN JOSE LOPEZ TAPIA

LIC. LORENZO ESTEBAN MAYA ROMERO

POR HABERSE TOMADO LA MOLESTIA Y DEDICARLE TIEMPO A LA REVISIÓN DE ESTE TRABAJO, RECONOCIENDO SU IMPORTANTE LABOR DENTRO DE LAS AULAS.

CON PROFUNDO AGRADECIMIENTO A MI
QUERIDO ESPOSO FERNANDO SANCHEZ, POR
SU AYUDA Y COLABORACION EN EL DESARRO-
LLO DE ESTE TRABAJO DE TESIS, POR SU PA-
CIENCIA, AMISTAD Y AMOR QUE DIA CON DIA -
ME BRINDA.

INFINITAMENTE AGRADECIDA

A MIS HIJAS:
PAOLA FERNANDA Y VALERIA YAZMIN, POR
SER LA RAZON DE MI VIDA Y EL MAXIMO
ALICIE PARA EL LOGRO DE ESTE MO-
MENTO

INDICE

	Págs.
OBJETIVO	
INTRODUCCION	1

CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1. Antecedentes históricos del Ministerio Público en México.	
1.1.1. Epoca Prehispánica	3
1.1.2. Epoca Colonial	4
1.1.3. Epoca Independiente	6
1.2. Breve reseña histórica del delito de Enriquecimiento Ilícito en México	12

CAPITULO SEGUNDO LA TEORIA DEL DELITO

2.1. Evolución Histórica	
2.1.1. Concepción Clásica	18
a) Cesar Beccaria	19
b) Francisco Carrara	20
2.1.2. Concepción Positiva	22
a) Cesar Lombroso	23
b) Enrico Ferri	24
c) Rafael Garófalo	25
2.1.3. El Sistema Causalista	25
2.1.3. Concepción de la Acción Final	27
a) Hans Welzel	28
2.2. Concepto de la Teoría del Delito	28
2.3. Fundamentos metodológicos de la Teoría del Delito	31
2.4. Concepto de Delito	32
2.5. Conducta	35
2.5.1. La acción	38
2.5.2. Acción y resultado. Relación de Causalidad e Imputación Objetiva	39
2.5.3. Ausencia de Conducta	40
2.5.4. La Omisión	41
2.6. Tipicidad	42
2.6.1. Tipo	43

2.6.2. Clasificación en orden al Tipo	49
2.6.3. Ausencia de Tipicidad o Atipicidad	56
2.7. Antijuricidad	59
2.7.1. Antijuricidad e Injusto	60
2.7.2. Causas de Justificación	61
2.8. Imputabilidad	66
2.8.1. Sistemas que la fundamentan	67
2.8.2. Acciones libre en su causa	69
2.8.3. Causas de Inimputabilidad	71
2.9. Culpabilidad	73
2.9.1. Teorías sobre la culpabilidad	74
a) Teoría psicológica de la culpabilidad	74
b) Teoría normativa de la culpabilidad	75
c) Teoría finalista de la acción	76
2.9.2. Elementos de la Culpabilidad	78
2.9.3. Causas de inculpabilidad	79
a) Estado de necesidad disculpante	82
b) Miedo insuperable	82
c) Encubrimiento entre parientes	83

CAPITULO TERCERO DEL ORGANO INVESTIGADOR Y PERSECUTOR DE LOS DELITOS.

3.1. Principios que rigen el Ministerio Público	84
3.1.1. Principio de Jerarquía	84
3.1.2. Principio de Indivisibilidad	85
3.1.3. Principio de Independencia	86
3.1.4. Principio de Irrecusabilidad	86
3.1.5. Principio de Irresponsabilidad	87
3.2. Función del Ministerio Público	87
3.3. Atribuciones del Ministerio Público	88

CAPITULO CUARTO ANALISIS INTEGRAL DEL TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTICULO 224 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1. Obligación del Ministerio Público de aportar los elementos probatorios para acreditar el cuerpo del delito de Enriquecimiento Ilícito.	92
4.2. Violación al principio NEMO TENETUR consagrado por la fracción II del artículo 20 Constitucional	102
4.3. El artículo 224 del Código Penal para el Distrito	

Federal como precepto legal que sanciona un resultado y no una conducta como el resto de los delitos previstos en el Código Penal para el Distrito Federal	109
4.4. Algunos tipos penales que pueden ser descripciones de conductas que traen aparejado el resultado de Enriquecimiento Ilícito.	112
4.4.1. Concusión	113
4.4.2. Tráfico de Influencia	115
4.4.3. Cohecho	116
4.4.4. Peculado	118
CONCLUSIONES	121
BIBLIOGRAFIA	125

O B J E T I V O

La finalidad que persigue el presente trabajo de tesis es la de llevar a cabo un análisis genérico y minucioso del tipo penal previsto por el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, tratando de demostrar que con su redacción conculca la garantía prevista por la fracción II del artículo 20 Constitucional; asimismo, determinar la conducta penalmente relevante en el ilícito en cuestión (acción u omisión) y el lugar que ocupa la misma dentro de la teoría del delito; que estamos ante la presencia de un tipo abierto, pues al no señalar la esencia materia de la prohibición, quebranta la garantía de seguridad jurídica consagrada por el artículo 14 de la Constitución General de la República, en tanto que se sustenta en una presunción de culpabilidad; más aún, que el artículo sujeto a estudio traslada la carga de la prueba al inculpado, porque es precisamente a él a quien corresponde demostrar que no se ha enriquecido ilegítimamente, lo que se contrapone a la esencia jurídica penal actual de México, en tanto que a quien corresponde reunir los elementos que acrediten el delito de Enriquecimiento Ilícito es precisamente al Agente del Ministerio Público, debiendo practicar las diligencias que estime pertinentes para ello, reiterando que la circunstancia de que se exija al funcionario que aporte pruebas para justificar que no se ha enriquecido ilícitamente, es, justamente obligarlo a declarar contra sí mismo. En base a lo anterior, se pretende concluir que el tipo penal de que se trata

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

El tema materia del presente trabajo de tesis ha nacido en mí, como una inquietud al pretender analizar si el tipo penal descrito por el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal viola o no el principio NEMO TENETUR EDERE CONTRASE que consiste en el derecho que tiene el indiciado a no declarar, si así lo desea en el procedimiento penal; además, hacer un estudio genérico del delito de *Enriquecimiento Ilícito previsto por el supracitado numeral, a la luz de la Teoría del Delito*, y en estas condiciones definir si el delito de Enriquecimiento Ilícito que nos ocupa es de acción o de omisión, si sanciona un resultado o una conducta, si es un tipo abierto o cerrado, así mismo, determinar si lo dispuesto por el artículo sujeto a estudio invierte la carga de la prueba en contra del inculpado y en esa tesitura estar en aptitud de concluir si violenta los artículos 16, 20 fracción II, 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para de esta manera proponer una reforma en la que el Legislador lleve a cabo la creación de una institución jurídica eficaz que permita tanto al investigador, como al Juzgador realizar una verdadera impartición de justicia. Para llevar a cabo el estudio correspondiente, previamente existe la necesidad de exponer en el primer capítulo los *orígenes del Ministerio Público a partir de la época prehispánica avanzando por diversas constituciones que han tratado de ser el marco institucional de nuestra Nación*, así como los antecedentes del delito de Enriquecimiento Ilícito en México.

En el segundo capítulo, se expone lo relativo a la Teoría del Delito, citando las escuelas penales que han tratado de justificar la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones, iniciando por los precursores del Derecho Penal Moderno como Cesar Beccaria y Francisco Carrara

representantes de la escuela clásica, luego la positiva, la causalista, y la concepción de la acción final. Asimismo, en tal apartado, es definida la Teoría del Delito, y por supuesto, el delito, llegando al estudio de la acción, pasando por la tipicidad, antijuricidad, hasta la culpabilidad.

En el tercer capítulo, se exponen los principios que rigen a la institución del Ministerio Público, las obligaciones y, obviamente, las atribuciones que con tal carácter le confiere la Ley a este Organismo investigador.

Por último, el capítulo cuarto se ocupa de analizar la obligación que tiene el Representante Social de demostrar los elementos del cuerpo del delito de Enriquecimiento Ilícito, analizándolos, para tal efecto, por separado, así como señalar cuales son los datos probatorios con los cuales se logre acreditar que un Servidor Público, con motivo de su empleo, cargo o comisión incurrió en Enriquecimiento Ilícito, para poder ser considerado como responsable penal de tal ilícito; de igual manera, se detalla la explicación al principio NEMO TENETUR, analizando en el tema a estudio si existe inversión de la carga de la prueba; se hace además una cita de algunos tipos penales que pudieran traer aparejado como resultado el enriquecimiento ilícito entre otras cuestiones que se consideran fundamentales para el presente trabajo.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.

1.1.1. EPOCA PREHISPANICA

Para estar en posibilidad de estudiar la evolución histórica del Ministerio Público, José Franco Villa refiere que “ es conveniente atender al desarrollo político y social de la cultura prehispánica, pues en ella destacaba en forma principal la organización jurídica de los aztecas, entre quienes imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil a las costumbres y usos sociales, el derecho no era escrito, sino mas bien de carácter tradicional y consuetudinario, en todo se ajustaba al régimen absolutista que en materia política había llegado al pueblo azteca”.¹

“El poder del monarca se delegaba en sus distintas atribuciones a funcionarios especiales, y en materia de justicia el cihuacoátl es fiel reflejo de tal afirmación. El cihuacoátl desempeñaba funciones muy peculiares, por ejemplo, auxiliaba al Hueytlatonani, vigilaba la recaudación de tributos, presidía al Tribunal de Apelación; además, era una especie de consejero al monarca, a quien representaba en algunas actividades, tales como la preservación del orden social y militar.”²

¹ Franco Villa José, El Ministerio Público Federal, Editorial Porrúa, págs. 43, 44

² Colln Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Decimo Segunda Edición, México, 1990, pág. 84

En la cultura azteca, otro funcionario importante lo era el llamado tlatoani quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio, entre sus facultades reviste gran importancia la de acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente la delegaba a los jueces, quienes auxiliados por otros funcionarios se encargaban de aprehender a los delincuentes.

En relación con las facultades del Tlatoani, éste en su carácter de suprema autoridad en materia de justicia, en una especie de interpelación al monarca cuando terminaba la ceremonia de coronación, decía: "... Habéis de tener gran cuidado de las cosas de la guerra, y habéis de velar y procurar de castigar los delincuentes, así señores como los demás, y corregir y enmendar los inobedientes . . . " ³

Es conveniente aclarar que la persecución del delito estaba depositada en manos de los jueces (por delegación de Tlatoani) quienes para tal efecto efectuaban las investigaciones y aplicaban el derecho, de modo que las funciones de éste y las del Cihuacoatl eran jurisdiccionales y, por ende, no es posible asemejarlas con las del Ministerio Público.

1.1.2. EPOCA COLONIAL

Durante la época colonial, como era de esperarse, las instituciones del Derecho Azteca sufren una profunda transformación al producirse la conquista en México, siendo desplazadas paulatinamente por los nuevos ordenamientos legales traídos de España. Como consecuencia de ello surgieron innumerables desmanes y atropellos por parte de funcionarios y particulares, y además, de aquellos que escudándose en la

³ Ibidem, pág. 85

predicación de la iglesia cristiana abusaban de su investidura para cometer de igual manera injusticias.

En la persecución del delito imperaba una absoluta anarquía, lo que provocaba que autoridades civiles, militares y religiosas invadieran "jurisdicciones", en tanto que fijaban multas y privaban de la libertad a las personas a su entero capricho. Tal situación trató de remediarse con la aparición de las Leyes de Indias y otros ordenamientos jurídicos, estableciéndose la obligación de respetar las leyes de los indios, así como su gobierno, policía, usos y costumbres a condición de que no fueran contrarias al derecho hispano.

De igual manera la persecución del delito no se encomendó a alguna institución o funcionario en particular; el Virrey, los Gobernadores, las Capitanías Generales, los Corregidores, entre otras autoridades tuvieron atribuciones para ello.

Como la vida jurídica se desenvolvía teniendo como jefes, en todas las esferas de la administración pública a personas designadas por los Reyes de España o por los Virreyes, Corregidores, etc., los nombramientos siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante influencias políticas, no dándose ninguna injerencia a los indios para actuar en ese ramo. "No fue sino hasta el 9 de octubre de 1549, cuando, a través de una Cédula Real, se ordenó hacer una selección para que los indios desempeñaran los puestos de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y ministros de justicia; especificándose que la justicia se administrara de acuerdo con los usos y costumbres que habían regido."⁴

Es por ello que los "alcaldes indios" tenían la facultad de aprehender a los delincuentes, salvo en aquellas causas sancionadas con pena de muerte, ya que tal pena era facultad exclusiva de las audiencias y gobernadores.

⁴ Loc. Cit

Diversos tribunales apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos trataron de encauzar la conducta de "indios" y españoles, y la audiencia, como el Tribunal de la Acordada y otros Tribunales especiales se encargaban de perseguir el delito.

La presencia del Ministerio Público en México tiene estrecha vinculación con la promotoría fiscal que fue una institución organizada y perfeccionada por el derecho español, debiendo señalar que fisco proviene de la palabra "fuscus" que significa cesta de mimbre, porque era costumbre entre los romanos guardar el dinero en cestos, se utilizó esta palabra para designar al tesorero del príncipe y distinguirlo del tesorero público que se llamaba erario.

La figura denominada "fiscal" era quien se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delincuentes, aunque todavía no existía la figura del Ministerio Público como una institución, con los fines y caracteres conocidos en la actualidad, y para el año de 1527 formó parte de la audiencia, la cual estaba integrada por 2 fiscales, uno para lo civil y otro para lo criminal y por los oidores, cuyas funciones eran de realizar la investigación desde su inicio hasta la sentencia. En los juicios que realizaba la inquisición, el promotor fiscal era el que llevaba la voz acusatoria, siendo el conducto entre ese tribunal y el Virrey, además de ser también el que denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia.

1.1.3. EPOCA INDEPENDIENTE

A partir de la Independencia, se perfila la institución del Ministerio Público con mayor claridad, pues aunque no se denomina de esta manera, comienza a tener independencia estableciéndose a su vez el régimen Constitucional, que ordenaba que

a las Cortes correspondía fijar el número de magistrados que habrían de componer el Tribunal Supremo.

Así vemos que por decreto del 9 de octubre de 1812 se ordenó que la Audiencia en México existieran dos fiscales. En tanto que la Constitución de Apatzingan de 1814, reconoce la existencia de los fiscales auxiliares de la administración de justicia, uno para el ramo civil y otro para lo criminal, su designación estaba a cargo del Poder Legislativo a propuesta del Ejecutivo, durando en su encargo 4 años. Sin embargo, debe señalarse que esta Constitución Política nunca tuvo vigencia en virtud de que fue proclamada cuando se luchaba todavía por lograr la Independencia, y el país se encontraba bajo la tutela española.

Reproducida que fue la ordenanza española en México, a través de la ley del 8 de junio de 1823, se establece la intervención de un Juez con facultades limitadas para dirigir un proceso y la de un fiscal que formulaba un pliego de acusación, persiguiendo a los herejes y enemigos de la iglesia, éstos últimos tenían el carácter de promotores de justicia realizando una función pública, impersonal, desinteresada y noble, obrando en defensa y a nombre de la sociedad al perseguir a los delincuentes.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el día 4 de octubre de 1824, en lo que toca a la figura del Fiscal, no se mencionaba atribuciones en el desempeño de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los Tribunales de Circuito o en los Juzgados, por lo que se sobreentiende que continuaba imbuida dentro del poder judicial de la Federación y con las mismas facultades que había desempeñado durante la colonia.

En las 7 leyes de la Constitución de 1836, la Ley V tocaba lo referente al poder judicial de la República Mexicana, previendo la existencia de un fiscal como parte integrante de la Corte Suprema de Justicia, asimismo, aportando como

elemento novedoso la inamovilidad, y en casos de remoción se haría a través de un juicio seguido ante el Congreso General.

En las Bases Orgánicas de 1843, acordadas por la Honorable Junta Legislativa, establecida conforme a los decretos del 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional de 1843, destacaba el artículo 9º. Fracción VII, en la que contemplaba que la detención de las personas no podía prolongarse por más de 3 días, cuando fuera practicada por cualquier autoridad política y si ser debidamente entregado con los datos correspondientes al Juez de su fuero.

En las Bases para la Administración de la República, elaboradas por Lucas Alamán, publicadas el 22 de abril de 1853, durante la dictadura de Santa Anna, se estableció en el artículo 9º que para que los intereses nacionales fuesen atendidos, se promoviera a conveniencia a la Hacienda Pública, procediéndose con los conocimientos necesarios en puntos de Derecho, asimismo, observamos que esta ley implantaba la designación de un Procurador General de la Nación, a quien se consideraría parte por la nación, además de que era quien se encargaría de despachar los informes en Derecho requeridos por el Gobierno.

Durante el Gobierno de Comonfort se dictó la Ley del 23 de noviembre de 1855, la cual extendía la intervención a los Procuradores o Promotores Fiscales a la Justicia Federal. Posteriormente promulgó el decreto del 5 de enero de 1857 denominado "Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana donde se establece que: todas las causas criminales deben ser publicadas precisamente desde que se inicia el plenario, con excepción de los casos en que la publicidad sea contraria a la moral, que a partir del plenario, todo inculpado tiene derecho a que se

le den a conocer las pruebas que existen en su contra, que se le permita carearse con los testigos cuyos dichos perjudiquen y que debe ser oído en defensa propia”⁵

En el proyecto para la Constitución de 1857 se discutió si se incluía en ella o no al Ministerio Público, disponiendo en su artículo 27 que todo procedimiento del orden criminal debía preceder querrela o acusación de parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostuviera los derechos de la sociedad, pero se llegó a la conclusión de que no podía privarse a los Ciudadanos del derecho de acudir ante el Juez a ejercitar acción penal.

En la Constitución de 1857 continuaron los fiscales con igual categoría que los Ministros de la Corte, sin embargo, pese a que en el Proyecto de la Constitución se mencionaba al Ministerio Público para que en representación de la sociedad promoviera la instancia, esto no llegó a prosperar, porque se consideró que el particular ofendido no debía ser substituido por ninguna institución, ya que este derecho correspondía a los Ciudadanos, además, independizar al Ministerio Público de los Organos Jurisdiccionales retardaría la acción de la justicia, pues se verían obligados a esperar que el Ministerio Público ejercitará acción penal. Como la discusión entablada en el Constituyente no se llegaba a un acuerdo favorable, se rechazó la idea y en cambio, fueron instituidos los fiscales en el orden federal.

Así, el artículo 91 de la Constitución señalaba que La Suprema Corte de Justicia se compondría de 11 Ministros propietarios, 4 supernumerarios, un fiscal y un Procurador, desprendiéndose innovadoramente la figura del Procurador General conjunta con la del propio fiscal.

“La ley del 15 de junio de 1869, conocida como “Ley de Juárez” o “Ley de jurados en materia criminal para el Distrito Federal”, en su artículo 23 califica al

⁵ González Bustamante, Juan José, Principios del Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, pág. 66

promotor fiscal representante del Ministerio Público, constituyéndosele en parte acusatoria";⁶ estableciéndose con 3 promotores fiscales los cuales eran independientes entre sí, de tal suerte que no constituían una organización, sus funciones eran acusatorias ante el jurado.

El artículo 222 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, señalaba " El mismo tribunal elegirá por suerte de entre sus individuos, un presidente que ha de ser igual a todos en autoridad y permanecerá todo el tiempo que dure la corporación. Nombrará también por escrutinio, y a pluralidad absoluta de votos a un fiscal, con el único encargo de formalizar las acusaciones que se promuevan de oficio por el mismo tribunal".⁷

En la Constitución de 1917, el sistema inquisitivo siguió observándose y el Ministerio Público continuó "como organismo auxiliar de los órganos jurisdiccionales, asimismo se unificaron las facultades del Ministerio Público haciendo de este una institución, un organismo integral para perseguir el delito, con independencia absoluta del poder judicial".⁸

Se logró la creación del artículo 21 Constitucional que señala: " La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y policía, el cual únicamente consistirá en pagar una multa o arresto correspondiente que no exceda en ningún caso de 15 días. Si el infractor fuese jornalero no podrá ser castigado con

⁶ Ceniceros José Angel "El artículo 21 de la Constitución. La función persecutora del Ministerio Público". Revista Criminalia Año XXIX, número 1. Enero 1963, México S.T pag. 2

⁷ Secretaría de Gobernación, Constituciones de México, Edición Facsimilar, 1957, pág. 32

⁸ Pineda Pérez, Benjamin Arturo. "EL Ministerio Público como institución Jurídica" Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 38

multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana". De igual manera, también se dispuso en el artículo 102 "estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal; y por lo mismo a él corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión en contra de los reos, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determinare..."⁹

"En el año de 1919 se expiden las Leyes Orgánicas del Ministerio Público Federal y del Distrito, y territorio Federal, primeras que se ajustaban a las disposiciones de la Constitución de 1917, que estableció un giro destacado en la institución del Ministerio Público, siendo la ley Orgánica del Distrito Federal, publicada el 7 de octubre de 1929, quien le da mayor importancia a esta institución, creando el departamento de investigaciones con agentes adscritos a las delegaciones, las cuales sustituyen a los antiguos comisarios, al frente de la institución establece como jefe al Procurador de Justicia del Distrito".¹⁰

"A partir de 1971 en el Distrito Federal, y de 1974 en el aspecto Federal, las leyes correspondientes no se refieren ya al Ministerio Público como institución que lleva a cabo la función persecutora, sino a las Procuradurías que desempeñan el papel de órganos administrativos con funciones múltiples, una de las cuales es la persecución de los delitos".¹¹

⁹ Ob Cit. Gobernación pág. 216

¹⁰ Ob Cit. Gobernación pág. 270

¹¹ Franco Villa, José, Ob. Ci.t., pág. 12

La Constitución vigente reconoce el monopolio de la acción penal y encomienda su ejercicio a un solo órgano: El Ministerio Público organizándolo como magistratura independiente con funciones propias, erigiéndole en organismo de control y vigilancia en las funciones investigadoras encomendadas a la policía judicial. Por último, mediante decreto de fecha 18 de mayo de 1999 fue publicada la Ley que actualmente se encuentra en vigor a la que se designó "Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal", siendo la más acorde con el artículo 21 de nuestra carta magna, así también por lo que hace al fuero Federal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de mayo de 1996.

1.2 BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO EN MEXICO.

El Código Penal de 1929 no contempla el tipo de enriquecimiento ilícito, ya que este fue insertado hasta la reforma de 5 de enero de 1983, fecha en la que el legislador lo tipificó como un delito en que incurren los servidores públicos cuando no pudieren acreditar el legítimo aumento de su patrimonio.

El 31 de diciembre de 1936 el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos concedió, por decreto, facultades extraordinarias al Presidente Cárdenas para legislar en los ramos de Gobernación, población, migración, demografía y turismo, salubridad pública, así como en materia penal y procesal penal, y en uso de tales facultades, decretó la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados, dando cumplimiento al mandato constitucional señalado en el artículo 111

párrafo 4º. Sin embargo, esta ley siguió los lineamientos de su antecesora (Ley de 1896), incurriendo en diversas contradicciones con nuestra Carta Magna.¹²

En la exposición de motivos de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados, quedó de manifiesto la intención de regular la conducta de los funcionarios públicos y constituirlos en un ejemplo a seguir, incorporándose al efecto nuevos contenidos, entre ellos el enriquecimiento inexplicable.

De acuerdo con la exposición de motivos de esta Ley, el enriquecimiento no solo constituía un procedimiento de investigación, sino también una verdadera falta oficial, al considerarse que perjudica a la economía, desprestigia la administración pública y afecta al consensus popular, se pueden considerar como actos u omisiones que redundan en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, tal y como lo establecía el artículo 111 párrafo cuarto de la Constitución.

El enriquecimiento inexplicable del funcionario o empleado público daba lugar a un procedimiento de investigaciones que revestía las siguientes peculiaridades: a) sólo se iniciaba con la denuncia realizada por persona cierta a quien la ley concedía acción popular para hacerla; b) sólo el Ministerio Público era el órgano facultado para realizar las investigaciones; c) Todos los altos funcionarios o empleados podían ser sujetos a dicho procedimiento de investigación; d) el Representante de la sociedad contaba con la manifestación de bienes que debían presentar los funcionarios o empleados públicos ante el Procurador General de Justicia; e) era obligación del Ministerio Público investigar con eficacia y diligencia las conductas a través de las cuales se había enriquecido el funcionario o empleado, y, en su caso,

¹² Díaz Aranda, Enrique, Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, Primera Edición, México 1999, pág. 24

consignar ante el Juez para que éste depurara dicha conducta. Las sanciones aplicables al funcionario o empleado público que incurría en enriquecimiento ilegítimo eran la pérdida de los bienes cuya legítima procedencia no justificara plenamente, así lo disponía el párrafo tercero del artículo 106 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación. Con las reformas publicadas en el Diario Oficial de 23 de diciembre de 1974, se da al Ministerio Público la libertad de iniciar la averiguación previa de oficio y no solo por denuncia, además de que la investigación se debía dirigir a la procedencia de los bienes y ya no a la conducta como ordenaba el texto original de la Ley.¹³

En la regulación del enriquecimiento inexplicable, la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados, del 4 de enero de 1980, siguió los lineamientos de su antecesora, la Ley de 1940. En aquella, el enriquecimiento inexplicable estaba previsto en los siguientes términos: Art. 85. Si durante el tiempo en que algún funcionario o empleado público federal o del Distrito Federal, se encuentra en el desempeño de su cargo, o al separarse de él por haber terminado el período de sus funciones o por cualquier otro motivo, y estuviera en posesión de bienes, sea por sí o por interpósita persona, que sobrepasen notoriamente a sus posibilidades económicas, tomando en consideración sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes; en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos extraordinarios dando motivo a presumir fundadamente la falta de probidad en su actuación, el Ministerio Público en virtud de la denuncia deberán proceder con toda eficacia y diligencia a investigar la procedencia de dichos bienes y el funcionario o empleado estará obligado a justificar que es legítima. Se presumirá, salvo prueba en contrario, y sólo para efectos de comprobar el enriquecimiento, y no para efectos

¹³ Ibidem, pág. 29

civiles, que los bienes de la esposa del funcionario o empleado, cualquiera que sea su régimen matrimonial, así como los de los hijos menores, son propiedad de dicho funcionario o empleado.”¹⁴

Como se puede observar, los bienes tomados en cuenta para efectos del enriquecimiento inexplicable eran: a) aquellos que el funcionario tenía en su posesión por sí o por interpósita persona; b) los de la esposa y c) los de los hijos menores del funcionario o empleado. Asimismo, demostrar la legítima procedencia de los bienes, constituía una obligación del funcionario o empleado, y su incumplimiento sería el fundamento de la consignación que realizaba el Ministerio Público ante el Juez.

La idea de crear el delito de Enriquecimiento Ilícito, propiamente proviene de la conveniencia y utilidad, ya que serviría como instrumento para el convencimiento de la gente ante las elecciones que se preparaban en el año de 1982, época en la cual también aquejaba a México una de las más severas crisis económicas, propiciada por la excesiva canalización de recursos de la industria petrolera y la pérdida del valor del petróleo en el mercado internacional, amén de la cuantiosa deuda externa, legada fundamentalmente por los dos sexenios anteriores, creando los efectos de la devaluación del peso frente al dólar, con la consiguiente alza de precios y la disminución del nivel de vida de la población, la decreciente producción agrícola, el desempleo y la fuga masiva de capitales fueron claro ejemplo de la nueva situación económica del país, misma que era atribuida a los servidores públicos a quienes se miraba con aversión, lo que constituía el más grande obstáculo para asegurar el triunfo en las elecciones; y de ello se sostuvo Miguel de la Madrid, candidato presidencial del PRI, cimentando su plataforma electoral, en siete tesis fundamentales para reestructurar al país, siendo una de ellas la renovación moral de

¹⁴ Diario Oficial de la Federación, 4.1.80. pág. 9

la sociedad, de la cual señalaba como urgente necesidad y la reacción contra los fenómenos de corrupción en sus orígenes; aduciendo al respecto: "La renovación moral es la conciencia popular hecha gobierno. Es nuestra creencia en la justicia, en la igualdad, en la dignidad, en el derecho. No puede ni debe estar supeditada al interés de nadie en particular, al afán de lucro personal o gremial a costa del empobrecimiento nacional"¹⁵

Aprovechando tal situación y la necesidad de los ciudadanos de creer en el cambio que argumentaba, una vez logrado el triunfo, en su mensaje de toma de posesión como presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en el Palacio Legislativo del Congreso de la Unión, el 1º de diciembre de 1982, Miguel de la Madrid, reafirmó la renovación moral como directriz de su mandato, anunciando cambios en el sistema de responsabilidades de servidores públicos que se reflejaron en las reformas a la Constitución Política, al Código Penal, la nueva Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos y la Creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación que constituyen el sustento ideológico para la *instrumentación jurídico-administrativa, del actual delito de Enriquecimiento Ilícito*, la reforma en lo concerniente a ello fue publicada en Diario Oficial de la Federación de fecha 5 de enero de 1983; además de que, en dicho mensaje, señaló de nueva cuenta: "La renovación moral de la sociedad será compromiso y norma de conducta permanente en mi gobierno. Actualizaremos las bases constitucionales de la responsabilidad de los servidores públicos y promoveremos una nueva ley sobre la materia y reformas y adiciones a la legislación penal y civil; introduciremos nuevas formas sobre la gestión pública para prevenir, detectar, corregir y en su caso, sancionar conductas inmorales a los funcionarios y empleados públicos. Insisto: no

¹⁵ Díaz Aranda, Enrique, ob. Cit. pág. 174

es compatible servir en puestos públicos y simultáneamente operar negocios cuya actividad se funde en relaciones económicas con el gobierno. Esta dualidad es inmoral. O se gobierna o se hacen negocios. Los puesto públicos no deben ser botón de nadie”¹⁶

De esta manera, como quedó establecido con antelación, el día miércoles 5 de enero de 1983, aparecen publicadas en el Diario Oficial de la Federación, las reformas y adiciones a diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.¹⁷ Con lo cual se puede concluir que la dimensión de los problemas por los que enfrentaba el país, aunado a su interés personal, motivó “la dimensión de la propuesta” del presidente Miguel de la Madrid Hurtado: La renovación moral, respecto de la cual en su primer informe de gobierno rendido ante el Honorable Congreso de la Unión el 1º de septiembre de 1983, señaló “La responsabilidad de renovarnos moralmente es común, pero la obligación de encabezar esa tarea corresponde al Gobierno por ser el conductor de la sociedad. Hemos ajustado nuestra legislación al imperativo de garantizar la eficacia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos”¹⁸

¹⁶ Los Presidentes de México, Discursos Políticos, 1910-1988. Tomo V. Presidencia de la República. Colegio de México, Septiembre de 1988. Pág. 224

¹⁷ Diario Oficial de la Federación, tomo CCCLXXVI, número 3

¹⁸ Los Presidentes de México. *Ibidem* Pág. 269

CAPITULO SEGUNDO

LA TEORIA DEL DELITO

2.1 Evolución histórica

La Teoría del Delito es el resultado de la doctrina jurídico penal y constituye la manifestación más clara y elaborada de la dogmática del Derecho Penal que permite una elaboración sistemática de las características generales atribuibles al delito.

La Teoría del Delito ha sufrido una evolución a través de las diversas escuelas penales que han tratado de justificar la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones, estudiando en este apartado únicamente la concepción clásica, la positiva, la causalista y la concepción de la acción final de forma genérica.

2.1.1 CONCEPCION CLASICA

La Escuela Clásica fue la reacción contra la barbarie, el tormento que imperaba en los Estados de Europa, los suplicios y las injusticias que el Derecho Penal representaba, quizá lo más importante desde el punto de vista histórico es que la Escuela Clásica nunca existió ya que esta denominación la adjudicó Enrique Ferri con un sentido despreciativo al querer significar lo viejo y lo caduco, y a pesar de que la Escuela Clásica no contó con ningún representante, se puede señalar que principia con Cesar Beccaria quien sentó los lineamientos que debe seguir el Derecho Penal, existiendo otros como Bentham en su "Teoría de las Penas y las Recompensas", Romagnosi con su "Génesis del Delito Penal", Pellegrino Rossi,

Giovanni Carmignani con sus "Elementos Jurídicos Criminales", Antonio Rosmini con su "Filosofía del Delito", llegando así a Francisco Carrara con su "Programa del Delito Criminal"; autores todos que son representantes de la Escuela Clásica, sin embargo y para los efectos de cumplir con el objetivo del presente trabajo, sólo se analizarán los autores Cesar Beccaria y Francisco Carrara, ya que considero que sus ideas son el fundamento de los postulados de La Escuela Clásica:

a) **CESAR BECCARIA**

No puede pasar inadvertido la obra de Cesar Beccaria intitulada "Tratado de los Delitos y las Penas" escrita entre los años de 1763 y 1764 en donde atacó con severidad lo injusto del Derecho Penal de aquella época, así como los frecuentes errores judiciales en los Estados Europeos y con lo cual el antiguo Derecho Penal se consume lentamente ya que el Marqués sentaba las bases del Derecho Penal liberal, y aunque las ideas no fueron tomadas en cuenta para la administración de justicia de aquella época, este ya señalaba en su obra:

1) "Sólo las leyes pueden decretar penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda sociedad unida por el Contrato Social. Ningún Magistrado puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otros individuos de la misma sociedad"¹⁹

2) " El soberano que representa a la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obligan a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el Contrato Social"²⁰

¹⁹ Beccaria, Cesar. Tratado de los delitos y de las penas. Editorial Porrúa de México, Séptima Edición Facsimilar, 1997, pág. 12.

²⁰ Ibidem, pág. 13

3) "Sin las leyes escritas no tomará jamás una sociedad forma fija de gobierno, en donde la fuerza sea un efecto de todo y no de las partes"²¹

4) Las penas deben ser en proporción al delito que se cometa tomando en consideración el daño causado al bien público.

5) "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto; podrase, como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena"²²

6) "El fin pues (de la pena), no es otro que impedir al reo causar daños a sus ciudadanos y retraer los demás de la comisión de otros iguales"²³

7) Nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley.

b) FRANCISCO CARRARA

Fue Francisco Carrara, discípulo de Carmignani y sucesor del mismo en la Cátedra de Pisa quien dio cima a la escuela Clásica, realizando una exposición completa de los postulados de esta escuela en sus obras principales: "Opusculi di Diritto Penale" y "Programma del Corso di diritto criminali", publicados en los años 1874 y 1877, respectivamente.

El sabio maestro de pisa, admirable sistematizador como fue, supo marcar orientación definida a la poderosa corriente del pensamiento científico penal iniciada después de la aparición del libro de Cesar Beccaria.

La obra de Carrara consumó la fusión de los principios de utilidad y de justicia como básicos del derecho de castigar, señalando como su fundamento y aspiración

²¹ Ibidem, pág. 24

²² Ibidem pág 15

suprema, la tutela del orden jurídico, haciendo notar que todo exceso no sería protección de derecho, sino violación del mismo, abuso de la fuerza tiránica; en tanto que todo defecto en las penas significaría traición de estado a su propio cometido.

Como consecuencia de ese fin esencial de protección de los derechos, encuentra indispensable una atención esmerada en los ritmos y garantías procesales, puesto que su escuela se inspira en los principios liberales, sostiene con ahínco la legalidad de los delitos y de las penas; define minuciosamente las circunstancias modificativas de la responsabilidad, principalmente las agravantes, lo que a la vez orientará a los jueces acerca de aquellos datos importantes que deban buscar para la individualización de la condena; presta sumo cuidado al examen del delito en su aspecto interno, definiendo detalladamente las figuras o tipos de los delitos.

El insigne maestro definió el delito como 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 dañosa",²⁴ definición que comprende los elementos esenciales universalmente conocidos del delito y que en nuestro concepto son a saber: conducta, tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad.

Preocupado Carrara por los abusos que como reacción habían formalizado los estudios penales, y con el fin de impedir la tiranía, prevenir las arbitrariedades y realizar el derecho en la rama que mayormente puede afectar la libertad, los intereses y las dignidades humanas, quiso sintetizar los fines de la esencia penal que hacía, en el propio nombre de su "programa", explicando que el programa de la ciencia criminal debe resumir, en la más simple fórmula, la verdad reguladora de toda la ciencia; y contener en sí el germen de la solución de todos los problemas que el

²³ Ibidem pág. 45

criminalista está llamado a estudiar y todos los preceptos que gobiernan la vida práctica de la ciencia misma, en los tres grandes hechos que constituyen su objetivo, en cuanto ella tiene por misión frenar las aberraciones de la autoridad social, en la prohibición, la represión y en el juicio para que esta se mantenga en la vía de justicia y no degeneren en tiranía.

Después de señalar los principios de legalidad para prevenir los ya conocidos excesos del arbitrio judicial, creyó necesario definir la facultad del propio legislador, a fin de que no se juzgara omnipotente y pudiera, a su capricho, señalar como delictuosa una conducta cualquiera.

La imputabilidad la fundamenta en el libre albedrío, señalando que si el hombre es libre para hacer o no hacer alguna cosa, es él la causa de su conducta que por lo mismo le es imputable.

2.1.2 CONCEPCION POSITIVA

La Escuela Positiva deviene como consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales durante el siglo antepasado y así se hizo sentir, incluso en la ciencia del derecho. En materia penal, la Escuela Positiva apareció como la negación radical de la escuela que representa Francisco Carrara pues pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo los principios fundatorios de la escuela clásica, al dar preponderante estimación a la personalidad del delincuente y todos sus estudios se llevaron a cabo con apoyo en el método inductivo por lo que algunos positivistas renunciaron a todo lo que no fuera susceptible de objetivarse directamente con los sentidos

²⁴ Rodríguez Manzanera, Luis, Criminología. Editorial Porrúa. Decimo Cuarta Edición, México, 1999, Pág. 236

La Escuela Positiva en materia penal se debió principalmente a Lombroso con sus análisis antropológicos del delincuente, a Enrico Ferri con sus estudios sociológicos del delincuente y a Rafael Garófalo con los estudios que conjugan las dos anteriores corrientes.

a) CÉSAR LOMBROSO

Fue el iniciador de la escuela positiva, profesaba la carrera de medicina, gran parte de sus estudios los dirigió a descubrir la naturaleza del genio y del delincuente, incluso, en su época, al estudiar el cráneo del en aquel entonces famoso delincuente Villella, observa una serie de anomalías que le hacen pensar que el criminal lo es por ciertas deformidades craneales, y por su similitud con ciertas especies animales. Originalmente, "Lombroso no busca una teoría criminogénetica, sino un criterio diferencial entre el enfermo mental y el delincuente,"²⁵ pero al toparse con este descubrimiento, principia a elaborar lo que él llamaría "Antropología Criminal" en la que establece una clasificación del delincuente²⁶ de la siguiente manera:

- 1.- Delincuente nato (atavismo)
- 2.- Delincuente loco moral (Morbo)
- 3.- Delincuente epiléptico (epilepsia)
 - Alienado
- 4.- Delincuente loco (pazzo)
 - Alcohólico
 - Histérico
 - Mettoide

²⁵ Ibidem., pág 212

²⁶ Ibidem, pág 255

Pseudo-criminales

5.- Delincuente ocasional Criminaloides

Habituales

6.- Delincuente pasional

b) ENRICO FERRI

Discípulo de Carrara en un tiempo, siguiendo las enseñanzas de Cesar Lombroso, estableció como base de su doctrina un determinismo fisiologista, señalando que las acciones del hombre, buenas o malas, son siempre producto de su organismo fisiológico y psíquico y de la atmósfera física y social en que ha nacido y vive; propone una serie de sustitutivos penales, no como los que contemplan actualmente nuestros Códigos Punitivos, sino todas aquellas reglas preventivas que puedan combatir eficazmente a que no aparezcan las conductas delincuenciales y con aquellas el delito mismo. Sostiene, como principal expositor de la dirección sociológica, que el hombre existe sólo como elemento de una sociedad y que siendo esta un organismo, reacciona contra los actos que le son perjudiciales teniendo el hombre que sufrir sus reacciones y consistiendo en ello su responsabilidad social, igual para todos los hombres cualquiera que sea su estado biopsicológico, puesto que deriva solo del hecho de vivir en sociedad, negó también el libre albedrío que profesaban los clásicos.

c) RAFAEL GARÓFALO

Magistrado y catedrático a la vez, manifiesta su preferencia por las causas endógenas del delito, se esforzó por fijar la noción de lo que llamaba delito natural conceptualizándolo como "la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad, en la medida que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad";²⁷ apreciándose en dicha definición una corriente sociológica; atribuye a las penas un fin preferentemente eliminatorio justificando la pena de muerte para los incorregibles; manifestó preocupación por la reparación del daño a las víctimas del delito, sostuvo la responsabilidad psicológica o moral como acostumbraba llamarlo e hizo severas críticas a los sustitutivos penales de Ferri.

De lo anterior resulta que en la actualidad la escuela positiva no tiene aplicación práctica en el campo del Derecho Penal, toda vez que al haber utilizado como método de investigación el inductivo, crearon ciencias naturales y no ciencias del derecho, ello en virtud de que dieron explicación de las causales del delito, así como a cuestiones propias de su prevención, pero nunca crearon un Derecho Penal.

2.1.3. EL SISTEMA CAUSALISTA

El sistema jurídico penal llamado causalista nace a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoya en el concepto de la acción como un fenómeno causal como punto de partida del delito, expuesto en su obra "Tratado de Derecho Penal", Liszt recoge las ideas de las escuelas clásica y positiva, aplicando el método naturalístico, a fines del siglo XIX se avoca al estudio del Código Penal Alemán de

²⁷ Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Trigesimoa octava Edición, México, 1997, pág. 64

1871 para desprender del citado ordenamiento la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, es decir, el conocimiento del delito a través del dogma de la ley.

Liszt señala que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al momento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese momento corporal voluntario y el resultado material, el movimiento corporal voluntario resulta así un proceso ciego, es decir, en donde no interesa el sentido o fin de la acción.

El segundo elemento del delito, dentro de la causalista es la tipicidad, concepto cuya sistematización la debemos al jurista alemán, Ernesto Beling a partir del año de 1906 en que publicó por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo.

El concepto tipicidad parece arrancar a su vez del concepto de "cuerpo del delito" pero 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 garantiza el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado. Corresponde al penalista alemán Max Ernesto Mayer en su obra "Tratado de Derecho Penal" publicada en 1915, plantear la segunda etapa del desarrollo de la teoría del delito, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de la antijuricidad. La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos con el tratado de Derecho Penal de Edmundo Mezger y se refiere a que la tipicidad es la ratio essendi de la antijuricidad.

Ahora bien, para el objetivo perseguido en el presente trabajo vamos a resumir el pensamiento de los causalistas mas destacados sobre este elemento, quienes señalan que la antijuricidad es un juicio de valor como lo señala el maestro Sergio Vela Treviño al definirla como "el resultado del juicio valorativo de naturaleza

objetiva que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el estado".²⁸

Para los penalistas que respaldan el sistema causalista, la imputabilidad es un 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 e imputabilidad que equivale a libertad"²⁹

Así también vemos que la culpabilidad aparece con el esquema del maestro Jiménez de Asúa colocada a continuación de la antijuricidad, presuponiendo este elemento, la imputabilidad del sujeto, así en el devenir del tiempo se fueron elaborando los conceptos del dolo y culpa como manifestaciones de la culpabilidad, ampliándose esta concepción para manejarse también como el juicio de reproche, exigibilidad de otra conducta.

Finalmente, por lo que respecta a la punibilidad, que es pues la amenaza de la pena que en cada tipo penal se irá señalando; de esta manera, una vez dada una conducta típica, antijurídica y culpable a la misma se le deberá imponer la pena prevista en la Ley.

2.1.4. CONCEPCION DE LA ACCION FINAL

Esta escuela se inicia a partir de la década de los años treinta durante el siglo pasado en Alemania, con el jurista Hans Welzel al publicar su obra intitulada "Derecho Penal Alemán, Parte General" y este pensamiento es consecuencia de la evolución del Derecho Penal en su fase científica, ya que ni la escuela clásica ni

²⁸ Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación, Editorial Trillas, México, Tercera Edición, 1990, pág. 130

mucho menos la positiva daban solución a diversos casos prácticos, por lo que al pensamiento de diversos autores desembocaron en la reestructuración de los conceptos básicos para elaborar ya una verdadera Teoría del Delito.

a) HANS WELZEL

Hans Welzel se preocupa por fundamentar su teoría no sólo en el plano de la conducta, antijuricidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, sino en el terreno del Derecho Penal, señalando que "la misión del Derecho Penal, es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales"³⁰

En su obra, Hans Welzel afirma que el legislador al crear tipos penales debe sujetarse a las concepciones de una teoría del delito y no debe violentar dichos pensamientos básicos, y para la creación de un tipo penal debe atender a los elementos de acción, antijuricidad y culpabilidad y nunca violentar dicha estructura.

La teoría sustentada por Welzel no es una mera exposición de los conceptos básicos que manejaba la teoría causalista, sino que es un sistema que busca solución técnica y práctica a cuestiones que aquella no resolvió satisfactoriamente, como lo relativo a la delito imprudencial, tentativa, participación, la autoría, etc.

2.2. Concepto de la Teoría del Delito.

La teoría del delito ha sido definida de muy diversas maneras, de acuerdo a la época, a la corriente o escuela por la que se incline el autor que en un momento dado

²⁹ Giuseppe, Margiore. Derecho Penal, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1954, pág. 287

emite su opinión al respecto, de esta manera podemos citar a Maggiore quien se refiere a ella de la siguiente manera: "si la teoría del delito es ciencia con los mismos títulos que la ciencia general del derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad; debe determinar esa estructura, señalar la organización interna de la doctrina del delito, es la parte más delicada de la Ciencia del Derecho Penal y también a causa de esa delicadeza, la parte más costosa".³¹

Santiago Mir Puig, respecto de ella señala: "la Teoría del delito es el resultado de la dogmática jurídico penal y constituye la manifestación más clara y elaborada de la dogmática del derecho. Esta es una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Positivo permite atribuir al delito a la vista de la regulación que aquél efectúa de este."³²

En tanto que Eugenio Raúl Zaffaroni refiere que se le llama Teoría del delito a "la parte de la Ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito"³³ señalando, además, que ésta atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto; y al tratar de averiguar lo que es "delito" (esto es, las características que tiene que tener un hecho para ser considerado como tal), este no puede ser otra cosa que conductas humanas, refiriendo de manera acertada en opinión personal, que carece de sentido hablar de delitos que no sean conductas humanas. Por su parte Gustavo Malo Camacho la define como "aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de

³⁰ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Castellana, pág. 5

³¹ Giuseppe, Maggiore, Ob. Cit. pág 487

³² Citado por Daza Gómez, Carlos, Teoría del Delito, pág. 31

las características que lo integran”, - afirmando con razón - que “la teoría del delito, al igual que el principio de legalidad, surge como un elemento eminentemente garantista, derivado del pensamiento racionalista e iusnaturalista del Iluminismo, que se ocupó de construir las bases del nuevo estado de Derecho. La teoría del delito surge así como un componente fundamental de garantía para la persona en su relación social, y esta obedece a objetivos eminentemente prácticos para determinar, dentro del mayor grado de precisión posible, si existe o no un delito, por suponer la realización de un comportamiento que se adecua a los elementos característicos de un cierto tipo.”³⁴

Enrique Bacigalupo, en su Manual de Derecho Penal, nos dice que la teoría del delito “es un instrumento conceptual, para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico penal previsto en la ley”,³⁵ misma que se apoya en un método científicamente aceptado de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal. Para este autor, la Teoría del Delito se estructura como método de análisis de distintos niveles, donde se da una relación entre los mismos al presuponerse el anterior, teniendo como fin, en su caso, el ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena, o, caso contrario, comprobando si se acreditan las que condicionan su aplicación, asemejando lo anterior a una serie de filtros cuyos orificios son más estrechos en cada nivel aduciendo sobre ello que “solo tiene sentido preguntarse por la adecuación típica de un hecho que reúna los requisitos de una acción. De igual modo solo cabe

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, parte general. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991. pág. 333

³⁴ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1998, pág. 239

³⁵ Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal. Editorial Temis S.A., Colombia, 1998, pág. 67

preguntarse por la culpabilidad si previamente se ha comprobado la existencia de una acción típica y antijurídica”³⁶

En su obra “Derecho Penal. Parte General”, Claus Roxin señala “que la dogmática jurídico penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal, influyendo en la Teoría General del Delito o Teoría del hecho punible, como la denomina, ya que a través de la abstracción de los tipos concretos de la parte especial, abarca los presupuestos generales de la acción punible, señalando además que “La dogmática de la teoría general del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la parte general”³⁷

2.3. FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO.

Como se observa en el apartado que precede, se pone de manifiesto que, independientemente de la corriente o escuela que se adopte para definir la teoría del delito, los elementos fundamentales de esta son los que señala el maestro Enrique Bacigalupo en sus Lineamientos de la Teoría del Delito al afirmar que esta “se compone de dos grandes categorías: a) el ilícito: es decir la violación del orden jurídico; y b) La responsabilidad: las condiciones bajo las cuales el autor del ilícito penal debe responder penalmente por el hecho cometido”.³⁸

³⁶ Ibidem, pág. 68

³⁷ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas. S.A. 1997. pág. 192

³⁸ Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito, Editorial Astrea de Rodolfo depalma y Hnos. Buenos Aires, 1974, pág. 73

En la primera de las categorías mencionadas (el ilícito) encontramos dos componentes bien diferenciados: la infracción de la norma (tipicidad) y la falta de excepciones que la permitan (antijuricidad). Afirmando que, desde el punto de vista práctico, un comportamiento relevante para el Derecho Penal constituye un ilícito, si este puede subsumirse bajo el tipo penal de una ley y, además, no se subsume entre los supuestos de hecho de una causa de justificación.

2.4. CONCEPTO DE DELITO.

Primeramente, precisar que se entiende por delito, impone una tarea por demás difícil, pues requiere de una amplia visión lógica, filosófica y concreta en lo social por motivo de ser regulador de conductas humanas. A lo largo de la historia se ha tratado de establecer los puntos fundamentales que dan origen al delito, siendo este objeto de numerosas definiciones, y por lo mismo, sujeto de constante evolución, la cual se ha dado en la época moderna a partir de Cesar Beccaria, pasando por diversos autores clásicos hasta la definición magistral del delito que llevo a cabo el insigne maestro de Pisa, Francisco Carrara, para después abrir paso a los representantes de la escuela positiva donde Rafael Garofalo emitió su definición del delito natural.

Antes de entrar al concepto de delito, debemos señalar que la palabra delito proviene del verbo latino "delinquere" que significa dejar o abandonar el buen camino;³⁹ siendo importante el señalar también que entre las corrientes que tratan de encontrar en su composición la definición de los que es delito existen: a) La unitaria o totalizadora, que considera que el delito es un todo orgánico, una unidad, un

³⁹ Castellanos, Fernando. Ob. Cit., pág. 125

concepto orgánico indisoluble que no puede ser fraccionado ni siquiera para su estudio; y b) la analítica o atomizadora, la cual señala al delito como una unidad, pero que sin embargo si es posible fraccionarlo para su estudio en los diversos elementos que lo componen, surgiendo de esta manera las concepciones bitómicas, triptónicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas y heptatómicas, respecto al número de los elementos del delito.

La primera tarea a la que se enfrenta la teoría general del delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como tal. Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, así también al respecto el artículo 7º. Del Código Penal para el Distrito Federal establece que delito "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Por su parte Franz Von Liszt señala que delito es "la conducta que produce un resultado socialmente dañoso y que se estima culpable en la medida en que implica la presencia de una relación psicológica entre la conducta del agente y el resultado producido, sea a título de dolo o de culpa y que por lo mismo, se hace merecedor de una pena que debe ser aplicada por el estado"⁴⁰

Por su parte, Ernesto Von Beling define al delito como "la acción típica, antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad."⁴¹

Edmundo Mezger reduce su definición señalando en el delito como elementos: acción típicamente antijurídica y culpable, definición que nosotros consideramos aceptable.

⁴⁰ Von Liszt Franz. Tratado de Derecho Penal. II, Segunda Edición, Editorial Madrid. 1927, pág. 284

⁴¹ Citado por Jiménez de Asúa Luis, Lecciones de Derecho Penal, vol. 3, Editorial Harla, pág. 133

Mientras que Enrique Bacigalupo refiere que el delito se compone de dos elementos: uno la violación del ordenamiento jurídico positivo, el otro la culpabilidad del autor por la realización del hecho prohibido, aduciendo que “una acción es contraria al ordenamiento jurídico si se corresponde con la acción que el ordenamiento jurídico prohíbe y además no está justificada. Este doble juego de adecuación a la acción prohibida y de no justificación determina el primer elemento del delito, la violación del orden jurídico o injusto (concepto que denota la realización de una acción que se adecua a un tipo penal, es decir, a la descripción de una acción prohibida por la norma contenida en la ley, y que por no estar justificada es antijurídica). En consecuencia, el delito es la violación culpable del orden jurídico, o sea, una acción típica, antijurídica y culpable”.⁴²

Pavón Vasconcelos conceptúa al delito como la conducta o el hecho típico antijurídico, culpable y punible, afiliándose al criterio pentatónico porque considera que son cinco los elementos integrantes de este. Mientras que Luis Jiménez de Asúa dice que es “el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.⁴³

Ignacio Villalobos, define al delito como todo atentado grave al orden jurídico, señalando que si los fines del derecho, son la justicia, la seguridad y el bien común, el delito es tal porque lesiona, pone en peligro alguno de estos tres valores o atenta contra el.

Celestino Porte Petit, señala que el concepto de delito “corresponde a una concepción bitómica o docotómica” esto de acuerdo con el contenido del artículo 7º. Del Código Penal que lo define como “... el acto u omisión que sancionan las leyes penales” o sea, que el delito es una conducta punible, y relacionado con nuestro

⁴² Bacigalupo, Enrique, Manual ..., págs. 19,20

⁴³ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. 134

ordenamiento vislumbra que se trata de una conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad, y la punibilidad. Pag ⁴⁴

Fernando Castellanos señala: "el acto o la omisión se tienen como ilícitos penales por chocar con las exigencias impuestas por el Estado para la creación y conservación del orden social y por ejecutarse culpablemente, es decir, con conocimiento y voluntad, mas no es dable tildarlos de delictuosos por ser punibles."⁴⁵

En la actualidad las teorías del delito tienden al modelo finalista (en la opinión dominante) aunque las diferencias de fundamentación del sistema sean a veces muy diversas de las que dieron origen a la teoría finalista. Es probable que gran parte de las consecuencias prácticas de la teoría finalista hubieren podido alcanzarse con modificaciones y ajustes marginales de la teoría causal.

En conclusión, nosotros sostenemos que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, pero que el contenido de cada uno de estos elementos esta determinado por los conceptos torales del delito de los que se parte y eventualmente por la articulación de estos conceptos puros, los cuales en lo subsecuente serán analizados, desde luego compartiendo el criterio de los autores Edmundo Mezger, Enrique Bacigalupo y Luis Jiménez de Asúa.

2.5 CONDUCTA.

Durante varias décadas la teoría de la acción dominó gran parte de las discusiones relativas a la estructura del delito. Fundamentalmente se partió de la base

⁴⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte General del Derecho Penal, Editorial

de que la teoría de la acción debía reflejar el concepto de acción de la vida social y no simplemente un suceso de la realidad de las ciencias naturales. Lo característico de este movimiento que se le llama la "teoría de la acción finalista" fue una considerable transformación del sistema de la teoría del delito que se fundamentó en la teoría de la acción.⁴⁶

En la actualidad se ha impuesto la idea de que el concepto de acción por sí solo no puede sostener dichas transformaciones y que estas son, en realidad, producto del concepto personal de lo ilícito, inclusive, se considera que el concepto de acción, como el concepto prejurídico que sostiene toda la teoría del delito, es superfluo.

La función del concepto de acción no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal. De aquí se deduce que el concepto de acción establecerá que elementos son objetos del juicio sobre la ilicitud del hecho, en esta tesitura la acción puede ser definida como un comportamiento exterior evitable, o dicho de otra manera un comportamiento que puede evitarse si el autor se hubiere motivado para hacerlo. El comportamiento es evitable cuando el autor tiene la posibilidad de dirigirlo finalmente en dirección a un fin por el mismo determinado. Este concepto de la acción alcanza a todo actuar final, toda omisión no consiente y a todo hecho culposo individual de acción u omisión.

Actualmente es posible distinguir dos corrientes en la concepción de lo ilícito: la concepción causal y la concepción personal de lo ilícito. Para la primera, lo ilícito consiste en la lesión de un bien jurídico causada por un comportamiento.

El concepto personal de lo ilícito nació como un concepto bidimensional, junto a la lesión del bien jurídico (disvalor del resultado) incluyó los elementos personales

Porrúa. Decimoquinta Edición México, 1998 pág. 203

⁴⁶ Castellanos, Fernando, Ob. Cit., pág. 131

que fundamentan el significado social negativo del comportamiento (disvalor de la acción). En la actualidad, hay una fuerte corriente que estima que, en verdad, "el concepto personal de lo ilícito debería agotarse en el disvalor de la acción y que el disvalor del resultado nada agrega al mismo"⁴⁷, consideración equivocada ya que dicha hipótesis no resuelve satisfactoriamente los problemas relacionados con los delitos en grado de tentativa y mucho menos la problemática del desistimiento del delito. Este disvalor de la acción está constituido por el dolo (y los demás elementos de la autoría) en los delitos dolosos y por la infracción del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos.

No obstante lo anterior, debe señalarse que la conducta humana es considerada base de toda reacción jurisdiccional, la cual se manifiesta en el mundo externo, tanto en actos positivos como en omisiones. Ambas formas de comportamiento son relevantes para el Derecho Penal, en tanto que construyen el concepto de delito con la adición de los elementos que lo caracterizan. La acción y la omisión, por tanto, cumplen la función de elementos básicos de la teoría del delito, aunque solo en la medida en que coincidan con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura del delito serán penalmente relevantes, es decir, la realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurisdiccional en la medida en que se adecue al tipo previamente establecido.

La acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humana más importante en derecho penal, sirviendo, al mismo tiempo, de referencia a la omisión, por lo que empezaremos por ella.

⁴⁶ Bacigalupo. Manual ... pág. 91

⁴⁷ Ibidem, pág. 75

2.5.1. LA ACCIÓN

Muñoz Conde, respecto a la acción señala que “se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad, y no se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin”.⁴⁸

Por su parte Hans Welzel -- creador de la Teoría Final de la Acción -- refiere en su obra *Derecho Penal Alemán*, que “acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”, afirmando que 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, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecución de estos fines. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no esta dirigido desde el fin, sino que es el resultante causa de los componentes causales existentes en cada caso”.⁴⁹

Este autor refiere que la dirección de una acción se lleva a cabo en dos etapas, la primera de ellas transcurre en la esfera del pensamiento, empezando esta con la anticipación del fin, es decir, el proponerse determinado fin que el sujeto quiere realizar, siguiendo con la selección de los medios de la acción para la consecución de ese fin prefijado, así como la consideración de los bienes concomitantes. La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real, siendo un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento.

⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Editorial Temis, S.A., Reimpresión de la Segunda Edición, Colombia 1999, pág. 9

Claus Roxin, enfatiza que la "acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad, y que "no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que son sencillamente indomables para la voluntad humana".⁴⁹

2.5.2 ACCIÓN Y RESULTADO. RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Al realizarse en el exterior la acción por parte del sujeto activo siempre modifica algo produciendo un resultado, pero este resultado ya no es parte integrante de la acción; por lo que la distinción entre acción, como simple manifestación de voluntad y resultado material, como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el Derecho Penal. Ahora bien, puede que el resultado material no se produzca y que la acción sólo sea punible a título de tentativa, entonces estaríamos ante un resultado meramente formal.

En los delitos de resultado, entre acción y resultado debe darse una relación de causalidad, es decir, una relación que permita ya, en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado, ello, naturalmente sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos a efectos de deducir una responsabilidad penal.

Sin embargo, como ha quedado establecido con anterioridad, actualmente el concepto de acción por sí solo no puede sostener las transformaciones de la "teoría

⁴⁹ Welzel, Hans. Ob. Cit., págs. 39,40

⁵⁰ Roxin, Claus. Ob. Cit., pág. 194

de la acción finalista" pues estas son, en realidad, producto del concepto personal de lo ilícito, en tal virtud se ahondara sobre el tema de la teoría de la imputación objetiva al estudiar el correspondiente apartado relativo a la tipicidad.

2.5.3. AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta constituye el elemento negativo de la conducta, la opinión dominante, cualquiera que sea la fundamentación del concepto de la acción, afirma que no hay acción cuando se da alguna causa de exclusión de la misma, es decir, cuando falta alguno de sus elementos; ejemplos de ausencia de conductas son los movimientos reflejos, la fuerza física irresistible y los estados de inconciencia.

"Por fuerza física irresistible, -- apunta Eugenio Raúl Zaffaroni --, deben entenderse aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica"⁵¹. Respecto a ella, señalan Esteban Righi y Alberto Fernández, "el movimiento corporal del autor no está orientado por la voluntad, ya que es consecuencia de una fuerza externa que lo hace obrar en forma mecánica, sea por la acción de otros individuos, o por una fuerza natural"⁵²

Los movimientos reflejos son reacciones corporales involuntarias que por lo mismo constituyen aspectos negativos de la conducta. Al respecto el maestro Porte Petit nos dice que los movimientos reflejos "constituyen un aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay una forma de esta acción por falta de voluntad"⁵³. Esteban Righi y Alberto Fernández señalan: "los actos reflejos son movimientos puramente biológicos cumplidos por el cuerpo humano, sin participación alguna de

⁵¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit., pág 380

⁵² Righi, Esteban, y Fernández Alberto, Teoría del Delito, Editorial Temis, pág 137

los centros superiores del cerebro. El resultado producido no es consecuencia del psiquismo del autor, pues no fue intelectiva y volitivamente realizado”⁵⁴

Dentro de los movimientos reflejos tienen cabida las convulsiones epilépticas que sufren algunas personas, los movimientos instintivos de defensa, puesto que el movimiento no está en esos casos controlado por la voluntad. Aquí, el estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.

También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez, etc., sin embargo, aún y cuando haya ausencia de acción, pueden ser penalmente relevantes si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir o llega a ese estado por negligencia. En estos casos, llamados acciones liberae in causa, lo relevante penalmente es el actuar precedente.

Cabe señalar que, la función atribuida a las “causas de exclusión” de la acción (como las denomina Enrique Bacigalupo) por la teoría dominante no tiene carácter absoluto, pues esta induce a la falsa creencia de que en estos supuestos la acción resulta excluida en todos los casos, si embargo esta no puede afirmarse sin verificar previamente si la acción inmediatamente anterior es relevante para el derecho penal, es decir, si fue evitable.

2.5.4 LA OMISIÓN

Se dice que la conducta no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene un aspecto pasivo, que es precisamente la omisión. El derecho Penal, además de contener normas prohibitivas, también tiene normas imperativas, aunque

⁵³ Porte Petit, Celestino Ob. Cit., pág. 324

⁵⁴ Right, Esteban, y Fernández Alberto, Ob. Cit., pág. 137

en menor grado, mismas que ordenan acciones cuya omisión puede producir algún resultado nocivo para la sociedad, es decir, este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. Lo que el legislador castiga en estos casos es la no realización de la acción mandada, siempre y cuando el autor de la omisión se encuentre en condiciones de poder realizarla. De igual manera las causas que excluyen las acciones son también al mismo tiempo causas de exclusión de la omisión

Se dice que omisión no es un simple hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en poder de hacer. Además, señala que la omisión penalmente relevante es la omisión de la acción esperada, es decir, aquella que espera que el sujeto haga, como auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, porque le impone el deber de realizarla.

Acción y omisión no son, por tanto, dos formas ontológicamente distintas del comportamiento humano, sino dos subclases independientes del comportamiento humano, susceptibles de ser regidas por la voluntad final.

2.6. TIPICIDAD.

Una vez que se ha constatado la existencia de una conducta o hecho debemos investigar la adecuación de dicha conducta al tipo legal, por lo que considero que la tipicidad es la adecuación de un hecho concreto con la descripción que de ese hecho se hace en los diversos tipos penales y este elemento del delito se aprecia en lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos donde se establece el dogma "nullum crimen sine lege", que textualmente señala: "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple

analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Por lo anterior, se dice que una vez comprobada la existencia de una conducta o hecho, debe investigarse que haya adecuación al tipo previamente establecido en la ley.⁵⁵

Claus Roxin señala que "la tipicidad es la coincidencia de la acción con una de las descripciones de delitos, y que "no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales sin un tipo fijado".⁵⁶

Asimismo, Jiménez de Asúa nos dice que la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción, en tanto que Muñoz Conde señala "que es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal"⁵⁷

2.6.1. TIPO

De las anteriores consideraciones se puede apreciar que el tipo penal es fundamental para poder arribar al elemento del delito en estudio y que dicho tipo penal es definido por el tratadista Mariano Jiménez Huerta en su obra "La tipicidad" como el injusto recogido y descrito en la ley penal; mientras que en su Teoría General del Delito, Francisco Muñoz Conde, refiere acerca del tipo que: "es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto hecho de una norma penal".⁵⁸

Al respecto, Raúl Zafaroni enfatiza que "el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva que tiene por

⁵⁵ Porte Pettit, Celestino, Ob. Cit, pág. 331

⁵⁶ Roxin, Claus. Ob. Cit., pág. 7

⁵⁷ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit., pág. 31

⁵⁸ Ibidem, pág. 32

función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas".⁵⁹

Por su parte, Enrique Bacigalupo lo considera como un concepto jurídico producto de la interpretación de la Ley Penal, definiéndolo como "la descripción de la conducta prohibida por una norma".⁶⁰, señalando, además, que realizar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta por el descrita como lesiva de la norma.

En consecuencia, el tipo penal cumple con tres funciones: a) adecuación, b) Garantía y c) motivador.

El tipo penal se denomina tipo de adecuación y se diferencia de otros conceptos del tipo por su amplitud. El tipo de garantía contiene todos los elementos que, de acuerdo al principio de legalidad, conducirá a la aplicación de una pena y que pueden no caer dentro del tipo de la adecuación. Para explicar la función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida.

Los párrafos precedentes son aplicables a lo que la doctrina a denominado tipos cerrados, sin embargo, existen los cuestionados y polémicos tipos abiertos, los cuales son definidos por Jescheck como aquellos preceptos penales en los que falta una guía objetiva para completar el tipo".⁶¹ Los tipos abiertos (o que requieren ser complementados), son los que indican de por sí la antijuricidad, y en los que debe ser fundamentada ésta a través de un juicio ulterior independiente.

"En los tipos abiertos se requiere la complementación con una imprescindible indagación que se haga fuera de él para completarlos, ya sea en el mismo texto de la

⁵⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl Ob. Cit., pág. 391

⁶⁰ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit., pág. 80

⁶¹ Jescheck, Heinrich Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, Volumen Primero, Traducido por S. Mir Puig, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1981. pág. 336

ley donde se encuentre, o en otras disposiciones legales para deducir, entonces, su tipicidad".⁶²

Para Enrique Bacigalupo, los tipos abiertos son "aquellos que están concebidos de tal manera que alcanzan comportamientos que son con mucha frecuencia hechos socialmente adecuados".⁶³

Claus Roxin señala que en los tipos abiertos "no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición. En ellos ocurre, según esto, que el tipo aún no es un indicio del injusto, por el contrario, el injusto solo puede comprobarse desde la perspectiva de la antijuricidad mediante la verificación positiva de elementos especiales de la antijuricidad".⁶⁴

Debe señalarse para los fines del presente trabajo, que los tipos abiertos se contraponen al concepto personal del injusto dado que en la mayoría de los casos nada se puede decir sobre la actividad final y la actitud del sujeto activo respecto del hecho; asimismo, los tipos abiertos contradicen la esencia de la materia de la prohibición pues no expresan al autor una norma de comportamiento clara y utilizable, violando la garantía de legalidad.

Desde el descubrimiento y reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo se ha impuesto de modo general en la ciencia penal la separación del tipo objetivo y subjetivo en la que también se basa esta exposición. Señala Claus Roxin en su obra "Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito" que "al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado"⁶⁵. La tarea jurídica más importante que el tipo objetivo le plantea a la parte general consiste en elaborar los

⁶² Zamora Jiménez, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal*, Angel Editor, pág. 87

⁶³ Bacigalupo, Enrique. *Ob. Cit.*, pág. 116

⁶⁴ Roxin, Claus. *Ob. Cit.*, pág. 298

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 304

principios no específicos de cada delito que rigen para la acción típica en los delitos de resultado, es decir: en la parte general hay que aclarar qué características ha de tener la relación entre sujeto activo y resultado para que se le pueda imputar al sujeto activo el resultado como una acción suya. Así, para que se realice el tipo no basta con la concurrencia de una persona que actúe de un determinado modo y de una cosa dañada, sino que ha de comprobarse que el resultado es la obra del autor. Para ello en los delitos comisivos ha de darse en primer lugar la causalidad entre la acción del autor y el resultado. Pero la misma no basta, por ello es necesario también seleccionar con criterios jurídicos de valoración, de entre las conductas causales para el resultado, aquellas que se pueden considerar acciones productoras de daños a las cosas. Y a la constatación de los presupuestos con los que es lícito considerar un resultado como obra de un determinado sujeto se le denomina imputación al tipo objetivo.

Las teorías clásicas afirmaron que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una relación de causalidad, esto es, una relación de causa a efecto idéntica a la observable a los sucesos de la naturaleza, distinguiéndose entre ser causal y ser responsable por la producción de un resultado. La teoría de la causalidad se completa mediante correctivos de naturaleza no causal, sino normativa, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva.

De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva una vez comprobada la causalidad natural, se requiere, además, verificar:

a) Si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.

b) Si el resultado producido es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Junto al sujeto activo, el resultado y el necesario nexo de imputación entre ambos, pertenecen además al tipo múltiples elementos específicos de cada delito y que caracterizan con más detalle la acción del autor, pues solo en pocos casos ocurre que un bien jurídico es protegido penalmente contra cualquier forma imputable de menoscabo. Todos estos requisitos de la acción, al igual que los otros diversos elementos del tipo son materia de la parte especial, en virtud de que el ámbito de protección de un tipo al que ha de orientarse la interpretación no sólo puede determinarse mediante el correspondiente bien jurídico, sino en su caso también y en la misma medida mediante requisitos específicos de la acción.

Por otra parte, debe señalarse que el tipo objetivo penal está compuesto también de elementos descriptivos que son aquellos que pueden ser comprendidos sólo en su percepción por los sentidos y por elementos normativos que son aquellos que sólo pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo.

Mientras que originariamente fue dominante la opinión de que sólo los elementos objetivos pertenecen al tipo, como ya se dijo, actualmente se ha impuesto la concepción de que también hay un tipo subjetivo y que este se compone del dolo y la culpa y en su caso de otros elementos subjetivos de tipo adicional al dolo.

Por lo anterior decimos que el dolo, es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo. En otras palabras, el dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir, una acción que realiza el sujeto activo del delito. Hay coincidencias en la definición y en los elementos del dolo, pero no en lo referente al contenido de cada uno de los elementos. Tampoco hay acuerdo en lo referente a si el dolo es un elemento del tipo, o si por el contrario

debe preguntarse por el dolo al llegar al análisis de la culpabilidad, o finalmente sobre si se trata de un elemento que tiene la doble función de configurar lo ilícito.

El elemento cognitivo o intelectual del dolo debe darse en el momento de la comisión del hecho y debe ser un conocimiento actual, es decir presente el cual consiste en principio que el autor conozca las circunstancias del tipo objetivo.

La intención de realizar la conducta , permite distinguir entre tipos dolosos y culposos. En los primeros, hay una completa coincidencia entre lo realizado y lo querido (entre el tipo objetivo y el subjetivo). En cambio los segundos se caracterizan por la ausencia de finalidad delictiva.

Las diversas respuestas que se pueden dar a la pregunta referente a cuando el autor quiso el resultado (o la voluntad del autor de realizar la conducta) dan lugar a la configuración de tres formas diferentes del dolo:

- a) Dolo directo es la forma del dolo en la que el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia de su acto. En este tipo de dolo el autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo o la acción.
- b) Dolo de consecuencias necesarias o dolo indirecto (que para algunos autores es una modalidad del dolo directo), es aquel donde el autor sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente la producción de otro resultado que incluso puede serle indiferente o no deseado. Esto es, se produce un hecho típico indisoluble unido a la realización de un hecho principal directamente perseguido, el resultado secundario es consecuencia necesaria de la acción principal.

- c) Dolo eventual, en este supuesto el autor se representa la realización del tipo como posible. Aquí el sujeto activo se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando y se advierte la eventual producción.

2.6.2. CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO

Varias han sido las clasificaciones que en orden al tipo han formulado diversos autores, sin embargo, en el presente trabajo abarcaremos la señalada por Arturo Zamora Jiménez, en su obra "El Cuerpo del Delito y Tipo Penal", así como la del jurista Celestino Porte Petit.

Zamora Jiménez, establece la siguiente:

- 1.- Según los objetos: Objeto jurídico o bien jurídico y objeto material.

Objeto Jurídico o bien jurídico.- La teoría del bien jurídico aparece en el siglo pasado con una clara inspiración liberal y con el claro intento de limitar la obra del legislador penal, describe el elenco de hechos mercedores de pena únicamente a los socialmente dañosos.⁶⁶ No puede surgir el delito cuando por inexistencia del objeto o por falta de idoneidad de la acción es imposible la lesión de un bien jurídico, el cual se presenta en las formas más diversas debido a su pretensión de garantizar los derechos de toda persona.

Según Cobo del Rosal el bien jurídico puede definirse como "todo valor de la vida humana protegida por el derecho"⁶⁷, es decir, se considera el objeto de protección de derecho penal, es todo valor individual o de conjunto que merece la *garantía de no ser vulnerado por la acción de otro*"

⁶⁶ Zamora Jiménez, Arturo, Ob. Cit. pág. 75

Todo tipo penal tiene un bien jurídico o varios que se protegen mediante la determinación de un proceso de valoración de la conducta descrita. Esta protección es realizada normativamente mediante la prohibición de acciones cuyos contenidos son la materia descrita por la ley penal.

Objeto Material.- El objeto material del delito comúnmente lo identificamos como el elemento objetivizado por el autor, para realizar a través de él los daños que se pretende al bien jurídico. El objeto material se identifica con el objeto corporal o material hacia donde se realiza la acción.

No se debe confundir el objeto material con el bien jurídico u objeto jurídico, ya que al hablar del primero se designa el objeto corporal externo, sobre el cual se realiza la acción, mientras que refiriéndonos al segundo lo identificamos como el objeto de protección. La conducta como fenómeno que modifica el mundo exterior recae por regla general, en objetos sensibles, en personas o cosas. Pero no siempre ocurre así, pues esa modificación del mundo exterior puede recaer en objetos que están fuera del ámbito naturalístico de la realidad y afectar, de un modo exclusivo, complejos valores.

2.- Según la construcción semántica: Tipos abiertos o en blanco y tipos cerrados.

Tipos abiertos.- Se dice que un tipo penal es abierto o en blanco, cuando describe en general posibles conductas a las que se asigna pena, y exige un examen previo de ellas dentro del mismo ordenamiento jurídico o en otras disposiciones, para ser totalmente complementado, ya sea con elementos integradores de la conducta, o bien presupuestos de procedibilidad y en algunos casos con la pena.

Los tipos abiertos (o que requieren ser complementados), son los que indican de por sí la antijuricidad, y en los que debe ser fundamentada ésta a través de un juicio ulterior independiente.

En los tipos abiertos se requiere la complementación con una imprescindible indagación que se haga fuera de él para completarlos, ya sea en el mismo texto de la ley donde se encuentre, o en otras disposiciones legales para deducir, entonces, su tipicidad.

Los tipos abiertos son aquellos que están concebidos de tal manera que alcanzan comportamientos que son con mucha frecuencia hechos socialmente adecuados.

Tipos cerrados.- Welzel, afirma que los tipos cerrados "son los que tienen las características señaladas, porque especifican exhaustivamente los presupuestos materiales de la antijuricidad"⁶⁸. En los tipos cerrados la conducta está nitidamente descrita y por lo tanto cerrada en el sentido de que el Juez sólo tiene que comparar con ella lo que se juzga para ver si ésta presenta o no las características de la tipicidad.

3.- En función de la formulación del tipo: Tipos básicos y tipos derivados, que a su vez se subdividen en: a) agravados y b) atenuados

Tipos básicos.- o también llamados simples son aquellos que describen conductas que para lesionar o dañar el núcleo del tipo no exigen circunstancias de naturaleza extraordinaria, son aquellos que mediante una acción simple dañan un bien jurídico tutelado.

⁶⁸ Welzel, Hans. Ob. Cit., pág. 87

Beling lo denomina también genérico, al respecto señala que "es aquel que poseedor de absoluta independencia, conforma un delito en toda su plenitud, cualquiera que sea la lesión del bien jurídico".⁶⁹

Tipos derivados.- También pueden denominarse cualificados o calificados, y se distinguen por las diferentes modalidades del ataque contra el mismo bien jurídico protegido. Los tipos derivados se obtienen añadiéndole al básico elementos específicos que pueden servir para agravar la pena (tipos agravados o cualificados), o para atenuarla (tipos privilegiados o atenuados).

Los tipos penales agravados se identifican en función de que las circunstancias del hecho revelan una especial conducta en su autor y un riesgo mayor al bien tutelado, en ocasiones las circunstancias de agravación surgen por una relación preexistente entre el autor y su víctima, por el momento de la conducta y el uso de los medios comisivos, entre otros.

Los tipos penales atenuados o privilegiados, se identifican en función de que la conducta a desarrollar revela una peligrosidad menor del autor y de un riesgo inferior del bien

4.- Según los elementos lingüísticos en el tipo: Tipos descriptivos y tipos normativos.

Tipos descriptivos.- No en todos los casos el tipo muestra con claridad el injusto en la conducta. El legislador deber ser descriptivo; emplear un lenguaje de uso social común, procurar la máxima objetividad posible, redactar de forma clara, sencilla y comprensible las descripciones típicas. La mejor forma de cumplir con la función de garantía asignada al tipo es acudir en lo posible a un método descriptivo, para distinguir nitidamente los comportamientos punibles de los que no lo son. Santiago Mir Puig, los define como "aquellos que se refieren a una realidad

⁶⁹ Dávila Reynoso, Roberto Teoría General del Delito, Obra citada, pág 68

naturalística aprehensible por los sentidos. Mientras que, en su opinión, Arturo Zamora Jiménez refiere: “ el tipo descriptivo es el que define objetivamente la conducta dirigida a un resultado típico”⁷⁰. En tanto que Bacigalupo los identifica como aquellos en que el autor puede conocer y comprender predominantemente, a través de sus sentidos puede verlos, tocarlos, oírlos, son “aquellos que el autor puede conocer a través de sus sentidos”⁷¹

Tipos normativos.- Los elementos normativos del tipo requieren ciertas valoraciones cuando éstos contienen otros requisitos más complejos que los meramente descriptivos, es decir, sobre ellos se tiene que emitir un juicio de valoración ya sea judicial o cultural. Bacigalupo refiere que son “los contenidos en una descripción de la conducta prohibida que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captarlos un acto de valoración”⁷²

5.- Por su autonomía o dependencia frente a otros tipos: Tipos autónomos o principales y dependientes o accesorios.

Los tipos autónomos o independientes.- Son aquellos que tienen vida propia, sin depender de la presencia de otra figura típica. Bettiol, los denominó delitos principales, diciendo que son aquellos que se manifiestan con plena autonomía, sin relación con otras formas delictuosas.

Los tipos dependientes.- Son aquellos en los que conforme a su descripción tienen vida en razón de la materialización de otra figura típica. También llamados por Bettiol como delitos accesorios, que no existen sino en relación con otros delitos principales, que constituyen su presupuesto.

⁷⁰ Zamora Jiménez, Arturo. Ob. Cit., pág. 97

⁷¹ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit., pág. 39

⁷² Bacigalupo, Enrique. Lineamientos Elementales de la Teoría del Delito, pág. 39

La clasificación anterior de delitos dependientes e independientes permite determinar con nitidez cuando un tipo penal no requiere de la existencia de otro para tener vida y cuando sí.

Ahora bien, la clasificación que señala Celestino Porte Petit, en su obra *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal*,⁷³ es la siguiente:

1.- Tipos simples, fundamentales o básico.- Es aquel en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar el delito, o bien, aquellos que contienen una descripción que sirve de base a otros tipos derivados.

Los tipos básicos son aquellos que no contienen circunstancia alguna que agrave o atenúe la penalidad.

2.- Tipos especiales.- Estos pueden ser privilegiados o cualificados, el primero existe cuando se forma autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena. Mientras que el segundo, contrariamente, cuando al tipo fundamental o básico se le agrega otro requisito que aumente o agrave la pena.

3.- Tipos independientes o autónomos.- Son aquellos que agotan la descripción individualizadora de la conducta en sí mismo, sin que sea necesario acudir a otro tipo para hacerlo.

4.- Tipos complementados.- Son aquellos que para su existencia necesitan del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo, Jiménez de Asúa señala que el tipo complementado presupone la aplicación del tipo básico que se ha de incorporar a aquel.

Estos tipos, a su vez se dividen en: Privilegiados y cualificados. Por tipo complementado subordinado privilegiado debemos entender aquel que necesita para

⁷³ Porte Petit, Celestino. Ob. Cit., pág. 335 y ss

su existencia el tipo fundamental o básico (pero sin que se origine un delito autónomo) al que se agrega una circunstancia atenuándolo.

Tipo complementado subordinado cualificado, es aquel que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico (pero sin que se origine un delito autónomo), al que se agrega una circunstancia agravándolo.

5.- Tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado.- De acuerdo con nuestra legislación penal podría hablarse de este tipo, cuando concurra cualquier hipótesis señalada en el artículo 315 párrafo final, en el cual, al tipo fundamental o básico lesiones u homicidios se le adicionan las circunstancias de inundación, incendio, minas, etc.

6.- Tipos de formulación libre.- Antolisei afirma que son aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquiera actividad que produzca un determinado resultado.

Tipo de formulación libre es aquel en que no se señala el medio para producir el resultado contenido en el tipo.

7.- Tipos de formulación casuística.- Por este debe entenderse aquel en que se señala casuísticamente el medio productor del resultado típico.

8.- Tipos alternativamente formados.- Es suficiente una sola conducta o un hecho para que exista el delito. Sin embargo, el tipo puede contener más de una conducta o un hecho. En este tipo la "o", tiene una función básica, y la que significa a veces, a decir de Beling, distintas modalidades equivalentes dentro del mismo tipo delictivo.

9.- Tipos acumulativamente formados.- Son aquellos en que las conductas o hechos, están previstos en forma acumulativa y puede estar reglamentado:

a) Alternativa o acumulativamente, en forma libre.

- b) Alternativa o acumulativamente, en forma casuística.
- c) Acumulativamente, en forma libre y casuística.
- d) Alternativamente en forma libre y casuística.

2.6.3 AUSENCIA DE TIPICIDAD O ATIPICIDAD

Existe ausencia de tipicidad, cuando la conducta desplegada por el agente no encuadra exactamente dentro del tipo penal, es decir, cuando no se reúnen todos y cada uno de sus elementos.

Al respecto Luis Jiménez de Asúa en sus Lecciones de Derecho Penal, señala: "la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso, aunque sea antijurídica, puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos"⁷⁴

Para el causalismo las causas de atipicidad se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos del tipo, para el finalismo cuando falta alguno de los elementos subjetivos del tipo, entre ellos principalmente el dolo y la culpa.

Así, señala Octavio Alberto Orellana Wiarco,⁷⁵ para la teoría finalista, las causas de atipicidad serán las siguientes:

- a) Por ausencia de algún elemento objetivo:
 - 1.- Falta del número o calidad del sujeto activo
 - 2.- Falta del número o calidad del sujeto pasivo
 - 3.- Falta del bien jurídicamente tutelado
 - 4.- Falta de la acción u omisión

⁷⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., pág. 173

⁷⁵ Orellana Wiarco, Octavio. Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México, 1994, pp. 102, 103

- 5.- Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado
- 6.- Falta de los elementos normativos
- 7.- Falta de circunstancias objetivas de agravación o atenuación.

b) Por ausencia de algunos elementos subjetivos:

- 1.- Falta de dolo o de la culpa.
- 2.- Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo.

El sistema causalista señala casi las mismas causas de atipicidad, por falta de elementos objetivos a que se refiere el finalista, pero difieren fundamentalmente en que el sistema finalista incluye como causas de atipicidad, la ausencia del dolo, o de otros elementos subjetivos distintos de éste, y por ubicar el dolo y la culpa como elementos subjetivos de acción típica, mientras que la corriente causalista, como ha quedado previamente establecido, ubica tales figuras como elementos de la culpabilidad.

c) El error de tipo.- El dolo tiene dos elementos: conocimiento intelectual y volitivo o voluntad. Habrá conocimiento siempre y cuando no haya obrado con error o ignorancia respecto de algunos elementos del tipo objetivo. El error sobre el tipo, debido al desconocimiento o el error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa. Muñoz Conde, en su obra "Teoría General del Delito", señala "el error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuricidad, culpabilidad o punibilidad) carecen de relevancia para efectos de la tipicidad" y apunta " sólo el error sobre elementos del tipo excluye el dolo".⁷⁶

⁷⁶ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit., pág. 61

Por su parte Enrique Bacigalupo, refiere que "el error del tipo es el aspecto negativo del elemento conjuntivo del dolo, el dolo requiere conocimiento de los elementos del tipo objetivo, este conocimiento falta cuando el autor desconoce la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo. El desconocimiento puede provenir de error o de ignorancia, es decir, de un conocimiento falso o de la falta de conocimiento"⁷⁷ A mayor abundamiento, el error es la falsa apreciación de las cosas, la ignorancia. el desconocimiento total de la realidad.

DIVERSOS ERRORES DE TIPO

El error sobre los elementos del tipo excluye el dolo y puede afectar distintos elementos típicos.

a) Error sobre el objeto de la acción. La doctrina en general considera irrelevante la calidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción. El sujeto yerra sobre la característica o identidad del objeto de la acción. Claro ejemplo es aquel que mata a su padre por error al confundirlo con un extraño, realizando un parricidio en lugar de un homicidio.

b) Error sobre la relación de causalidad. En los delitos de resultado, cuando el autor concibe un plan criminal, se representa las etapas en la cual lo irá desarrollando, cuando por el contrario, las etapas se cumplen en una forma diferente a la prevista por el autor se produce una desviación causal, consecuentemente hay un error que recae sobre la relación de causalidad.

c) Error en el golpe.- Se presenta cuando existe una desviación del nexo causal con la siguiente modalidad: A con dolo de homicidio dispara contra B, matando a C que estaba a su lado.

⁷⁷ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit. pág. 108

2.7. ANTIJURICIDAD

La antijuricidad es otro elemento indispensable para convertir una acción en un delito, esto es, una vez subsumido (tipificado) el caso de la realidad en el presupuesto de hecho de una norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuricidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.

Hans Welzel en su obra "El Nuevo Sistema del Derecho Penal Alemán" define la antijuricidad como "la contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico"⁷⁸ Señalando, que una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o un mandato legal, y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales.⁷⁹

La antijuricidad puede ofrecer además de un concepto material otro formal; en el primero es antijuricidad toda conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. En cuanto al formal, es antijurídica la conducta típica que no encuentra amparo en una causa de justificación.

Santiago Mir Puig especifica que "en sentido formal antijuricidad significa una relación de contradicción de un hecho con el derecho, La antijuricidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico"⁸⁰

⁷⁸ Welzel, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Traducción José Cerezo Mir, Cuarta Edición, Editorial Ariel, 1964, pág. 135

⁷⁹ Ob. Cit pág. 558

⁸⁰ Citado por Daza Gómez, Carlos, pág. 136

Por su parte, Francisco Muñoz Conde, expone que a la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal, y apunta "La antijuricidad no se agota en esta relación de oposición entre la acción y la norma, sino que también tiene un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material".⁸¹

La importancia práctica de la antijuricidad material es triple: a) permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente; b) proporciona medios superiores de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos y c) hace posible formular los principios en los que se basan las causas de justificación y determinar su alcance.

2.7.1. ANTIJURICIDAD E INJUSTO

En la dogmática jurídico penal se utiliza indistintamente el término antijuricidad como el de injusto, sin embargo, es importante hacer la distinción. La antijuricidad viene de anti y jurídico que va contra el derecho. Injusto, del latín *injust* (no justo).

Muñoz Conde, respecto de ello, señala "la antijuricidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica, lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma", asimismo, expresa con claridad que "Mientras que la antijuricidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento

⁸¹ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit. pág. 66

jurídico, el injusto jurídico (a veces también llamado ilícito) es una acción antijurídica determinada”.⁸²

Roberto Reynoso Dávila refiere en su obra “Teoría del Delito”, respecto a la diferencia conceptual entre antijuricidad e injusto que “la primera es la relación de conflicto entre la acción humana y el orden jurídico, mientras que la segunda es la acción declarada antijurídica”.⁸³

Hans Welzel, al respecto considera a la antijuricidad como una mera relación de contradicción entre dos miembros; lo injusto es algo substancial, la antijuricidad es un predicado, lo injusto lo sustantivo; asimismo refiere que los conceptos sistemáticos penales de la “antijuricidad” y del “injusto” “se distinguen en que la antijuricidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica o sea el objeto de valoración de la antijuricidad junto con su predicado de valor”.⁸⁴

2.7.2 CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Al respecto de las causas de justificación Bacigalupo enfatiza: “Dentro de las leyes penales hay algunas prescripciones que no responden a mandatos y prohibiciones cuyo objeto es la materia descrita por el tipo penal, sino que responden a otra especie de normas que expresan la posibilidad de autorizar a alguien a que viole una prohibición o un mandato. Estas prescripciones especiales son las que llamamos “causas de justificación y contienen una permisión”⁸⁵

⁸² Ibidem. pág. 66

⁸³ Reynoso Dávila, Roberto, Ob. Cit. pág. 76

⁸⁴ Welzel, Hans, Ob. Cit. pág. 557

⁸⁵ Bacigalupo, Enrique, Lineamientos ..., pág 71

De lo anterior consideramos que la característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica, no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc., no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo hayan ayudado o inducido.

La única manera de establecer una distinción es recurriendo a un principio o varios principios de justificación, es decir, principios "pre-legales" que determinan cuáles son las circunstancias que tienen carácter justificante, (la justificación se da siempre en protección de bienes jurídicos, y esta va a amparar los daños producidos en bienes jurídicos que pertenezcan al agresor) estos principios han dado lugar a dos teorías: la teoría monista de la justificación y la teoría pluralista de la justificación. La primera tiene que recurrir a un alto grado de abstracción para poder incluir los presupuestos que estiman justificantes. En este sentido se ha sostenido que son causas de justificación las que responden a la idea de "más utilidad que daño social" o de "utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico". La teoría pluralista, por el contrario, afirma que considerando la esencia de lo ilícito como una lesión de interés, sólo cabe aceptar dos principios justificantes: el principio de la ausencia de interés y el principio del interés preponderante. El primero de estos principios hace referencia al consentimiento del ofendido. El segundo procura dar cuenta del fundamento justificante del ejercicio de deberes especiales y de los llamados "derechos de necesidad" (estado de necesidad y defensa necesaria o legítima).

La justificación determina: a) Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la realización del hecho típico para el autor; b) Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la colaboración en la realización del hecho típico o la inducción al mismo (extensión del efecto justificante a los partícipes). Todas las

causas de justificación confieren un derecho para obrar, es decir, otorgan un permiso, dejando sin efecto una prohibición, o liberando del cumplimiento de un mandato.

Así vemos dentro de nuestra legislación aplicable al Distrito Federal que se encuentran previstas algunas causas de justificación que excluye el delito, siendo éstas la *legítima defensa*, *el cumplimiento de un deber*, *consentimiento del ofendido* y el estado de necesidad.

1.- Respecto de la *legítima defensa*, también llamada por algunos autores *defensa necesaria*, cabe indicar que un comportamiento que se adecua al supuesto del hecho típico no es antijurídico cuando se es necesario repeler una agresión actual y antijurídica contra el autor o contra un tercero, esta figura se encuentra regulada dentro del Código Penal para el Distrito Federal, en el título primero, Responsabilidad Penal, capítulo IV, Causas de Exclusión del Delito, artículo 15, fracción IV, que señala:

“Art. 15 del Código Penal para el Distrito Federal señala que el delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe *legítima defensa*, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación, igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al

momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

En este orden de ideas, se puede establecer que la legítima defensa, como una causa exculpante (como las denomina Jescheck) solo justifica aquellas acciones defensivas que resultan necesarias para apartar una agresión antijurídica actual, de la forma menos lesiva posible para el agresor.⁸⁶

Analizando este precepto, se puede establecer que del mismo se desprenden los siguientes elementos: a) una agresión, que puede ser real actual o inminente, entendiendo por agresión, el acometimiento o el ataque, real, esto es, que no sea imaginaria, por actual, mientras se está desarrollando, inminente, cuando la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a la agresión, es equivalente a la actualidad. b) Sin derecho, ocurriendo esto cuando sea antijurídica, esto quiere decir, cuando sea una acción no autorizada, c) necesidad de la defensa, respecto de la cual cabe señalar que Muñoz Conde, refiere supone dos extremos: “La necesidad de la defensa, que sólo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirle”⁸⁷ y d) Falta de provocación dolosa suficiente por parte del defensor.

2.- En el estado de necesidad existe una situación de peligro para bienes jurídicos que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos y ellos solo se puede realizar a costa de lesionar o afectar otros intereses jurídicamente protegidos. Francisco Muñoz Conde, respecto a esta causa de justificación, menciona que se encuentra informada por un principio de preponderación de bienes, es decir, por el

⁸⁶ Jescheck, Heinrich, Ob. Cit., pág 670

⁸⁷ Muñoz Conde, Ob. Cit, pág. 295

principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor.⁸⁸

El artículo 15 fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal, establece:

“Art. 15 “el delito se excluye cuando:

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

Lo que significa que estamos ante una situación en la cual el sujeto activo se encuentra en disyuntiva, planteándose un conflicto entre el deber genérico de no cometer el delito y algún deber específico que el ordenamiento jurídico le imponga, ocurriendo como requisitos la necesidad de salvaguarda de un bien jurídico propio o ajeno.

3.- Consentimiento del ofendido, figura que se encuentra contemplada en el artículo 15 fracción III del Código Penal, que a la letra dice:

“Art. 15 “el delito se excluye cuando:

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se

⁸⁸ ,Ibidem, pág 127

realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.”

Por consentimiento debemos entender la aprobación dada por el titular del bien jurídico o el poseedor legítimo del mismo para que lo utilice un tercero.

4.-En el cumplimiento de un deber, como lo señala Muñoz Conde, no cabe mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho.⁸⁹

En nuestro Código Penal vigente en el Distrito Federal, se regula esta causa de exclusión del delito, en la fracción VI del artículo 15, el cual señala:

“Art. 15 “el delito se excluye cuando:

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.”

2.8. IMPUTABILIDAD

Originariamente este elemento es considerado como un presupuesto del delito y una vez iniciado el proceso de evolución de este concepto eminentemente jurídico fue considerado como presupuesto de la culpabilidad, sin embargo la moderna teoría del delito lo considera ya como la capacidad de culpabilidad por lo que actualmente debe estudiarse dentro de la culpabilidad y que solo y debido a la sistematización del presente trabajo se analiza en un apartado diverso.

⁸⁹ Ibidem, pág. 89

Al respecto Francisco Muñoz Conde, al abordar el tema de la imputabilidad lo hace también como capacidad de culpabilidad, señalando que: " la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo del injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad"⁹⁰

Vemos que para Gómez Benitez "la imputabilidad penal significa capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o de determinarse conforme a dicha comprensión."⁹¹

2.8.1. SISTEMAS QUE LA FUNDAMENTAN

En el Sistema Penal Mexicano nos encontramos que el concepto de imputabilidad es un concepto eminentemente jurídico, que encuentra su fundamento en el sistema normativo, esto es, que la facultad de comprensión de la antijuricidad de la conducta debe ser reconocida normativamente, lo cual significa abandonar criterios extrajurídicos, y solo reconocerle tal facultad a quien la norma se lo confiera.

Para este reconocimiento, por parte del Sistema Normativo, se han empleado tres sistemas fundamentales: el biológico, el psicológico y el mixto. El primero consiste en afirmar que cuando biológicamente el individuo no ha alcanzado determinada edad, ello motiva la inexperiencia y la ignorancia de conocimientos

⁹⁰ Ibidem. pág. 107

esenciales, y por tanto no puede realizar un juicio acertado en lo que se refiere a la facultad de comprensión. El psicológico se refiere a que, para la plena comprensión de la ilicitud de la conducta y la determinación del sentido, se requiere de un mínimo de salud mental que permita una acertada valoración en cuanto a la ilicitud. El sistema mixto consiste en una enumeración de las causas que provocan falta de capacidad y de autodeterminación de la conducta y que toma imputable o no imputable al sujeto.

Nos dice Sergio Vela Treviño "el tercer proceso o mixto, por su casuismo, puede dejar fuera de campo algunos casos de delitos cometidos por sujetos aparentemente imputables que en realidad no lo eran. No anima a estas observaciones un afán crítico, sino el deseo de resaltar que la imputabilidad debe ser manejada en tal forma que permita precisar lo mejor posible la facultad de comprensión de lo ilícito de la conducta, por lo cual es menester una evolución e los preceptos legales que los pondrán a la altura de los adelantos científicos directamente relacionados con este problema"⁹²

De los criterios formulados para determinar la imputabilidad o no del sujeto, se aprecian ciertas discrepancias, aunque no de fondo, ya que todos tienden a fundamentar la imputabilidad jurídica del hombre, esto es, la facultad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal, pero ninguno de ellos puede ser aprovechado por la ley para determinar la imputabilidad y por cuanto se refiere al mixto seguido por el sistema Penal Mexicano, no es el adecuado, principalmente por lo que se refiere a los menores de edad, a quienes la ley anticipadamente les niega la facultad de entender y de querer, sin tomar en cuenta que la imputabilidad se refiere a la capacidad del sujeto de comprender y dirigir sus actos dentro del orden jurídico,

⁹¹ Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal parte general. Editorial Civitas, pág. 456

y que por tratarse de una capacidad inherente, única y exclusiva del sujeto, esta nunca podrá determinarse de manera tajante por una norma jurídica cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para ello, sin incurrir en error.

2.8.2. ACCIONES LIBRE EN SU CAUSA.

Las llamadas acciones libres en su causa o *actio libere in causa*, se presentan cuando se produce un resultado contrario al derecho, ya sea por un acto o una omisión desplegada por un sujeto encontrándose en el momento del evento delictivo en estado de inimputabilidad.

Las categorías del delito van encaminadas al momento de la comisión del hecho, y la imputabilidad no podía ser la excepción. La cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable, viene referida al momento de la comisión del hecho. La *actio libera in causa* constituye una excepción a tal principio, pues en este caso se considera también inimputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.⁹²

Por su parte, Roberto Reynoso Dávila, señala que "el agente debe ser imputable en el momento de la comisión de la conducta delictiva, pudiendo ocurrir que en el momento de la ejecución de determinada conducta, el sujeto sea inimputable; pero si su estado de inimputabilidad fue provocado dolosa o culposamente, este será responsable dolosa o culposamente. Son los casos que

⁹² Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Editorial Trillas, Méxioco 1977, pág 21r

⁹³ Muñoz Conde, Francisco, *Ob. Cit.*, pág 117

constituyen las acciones libere in causa (hechos libremente queridos, pero verificados mientras el autor se encuentra en estado de no imputabilidad)".⁹⁴

Esto es, si un sujeto se coloca en estado de inimputabilidad por voluntad propia, para de esta manera cometer determinado hecho delictivo, se afirma que, aún y cuando pueda considerarse tal comportamiento como una de las llamadas acciones libres en su causa, de todas formas es reprochable tal conducta a ese sujeto.

Respecto de esta figura Claus Roxin señala: "Algunos casos en que el sujeto es inimputable en el momento de la realización del resultado típico suscitan la cuestión de si el que actúa puede ser castigado, sin embargo, cuando en un momento anterior en que todavía era imputable, estableció dolosa o imprudentemente una causa del resultado".⁹⁵

Como puede observarse, el concepto de las acciones libres en su causa, con algunas variaciones, es uniforme; y son tomadas como aquellos actos que habiendo sido queridos mientras el autor era imputable, y por lo tanto libres en el momento causal, se verifican cuando el agente no está ya en estado de imputabilidad; por consiguiente, si entre el acto voluntario y su resultado hay un enlace causal, entonces hay imputabilidad.

Bacigalupo, las señala como una de las causas que excluyen la capacidad de motivación (al cual reconoce como elemento de la culpabilidad), diciendo al respecto: "La única excepción al principio de que el sujeto debe tener la posibilidad de comprender y dirigir está constituida por la llamada *actio liberae in causa*";⁹⁶ en donde el autor, siendo capaz de motivarse, se pone voluntariamente en un estado que excluye la capacidad de motivación, realizando la acción típica y antijurídica. En tales casos es posible retrotraer el juicio sobre la capacidad de motivación al

⁹⁴ Reynoso Dávila. Roberto. Ob. Cit., pág. 192

⁹⁵ Roxin, Claus. Ob. Cit. pág. 850

momento en que libremente el autor pone la causa del estado posterior. Asimismo, este autor señala que la *actio liberae in causa* puede realizarse con dolo directo, eventual o culpa, diciendo que habrá dolo directo cada vez que el autor se ponga en estado de incapacidad para realizar el delito; dolo eventual cuando el autor se represente el resultado como probable y no tome ninguna precaución para evitarlo; y, por último, culpa, cuando el autor haya debido o podido prever que en el estado de inimputabilidad cometería un delito.

2.8.3. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es la ausencia en el individuo de la capacidad de entender y de querer, cuando este realiza una conducta típica y antijurídica, y que, por haberse realizado por el sujeto en esas condiciones, no se le puede reprochar su conducta, por ser inimputable. Aunque la imputabilidad no se le considere como elemento esencial del delito, esta tiene gran importancia en su integración, ya que el juicio de reproche que determina la culpabilidad, solamente puede realizarse respecto de un sujeto imputable, es decir, si no hay imputabilidad tampoco puede haber culpabilidad y la ausencia de esta última provoca la inexistencia del delito.

Al respecto Sergio Vela Treviño señala que "existe inimputabilidad cuando se realiza una conducta típica y antijurídica, pero el sujeto carece de la capacidad para autodeterminarse conforme al sentido o de la facultad de comprensión de la antijuricidad de la conducta, sea porque la ley le niega esa facultad de comprensión, o porque al producirse el resultado típico era incapaz de autodeterminarse"⁹⁷

⁹⁶ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit. pág. 161

⁹⁷ Vela Treviño, Sergio, Ob. Cit. pág. 45

Es por lo que en el Derecho Penal Mexicano podemos hablar de tres grandes grupos de causas de inimputabilidad: la incapacidad determinada por la ley, como la que se refiere a los menores de edad, los estados de inconsciencia determinados por trastornos mentales de carácter transitorio, y aquellos estados de inconsciencia de carácter permanente.

Al hablar del primer grupo de causas de inimputabilidad, nos referimos a aquel caso en el cual el legislador de manera arbitraria y absoluta les niega la facultad de comprender a los menores de 18 años, quienes, por disposición legal no cometen delitos, sino infracciones, y no podrán ser considerados como delincuentes.

Respecto del segundo grupo de causas de inimputabilidad, se trata de aquellos casos en que el individuo posee normalmente la capacidad de autodeterminarse y la facultad de comprender la antijuricidad de su conducta, en otras palabras, la capacidad de comprender y querer en el área del Derecho Penal, pero que, por circunstancias especiales el individuo realiza una conducta típica y antijurídica, sobrevienen las causas de inimputabilidad a que se refiere la fracción VII del artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal (Transtorno Mental Transitorio).

Por último, tenemos los casos en que falta la comprensión de la antijuricidad de la conducta de manera total y permanente, esta causa de inimputabilidad concurre cuando el sujeto padece anomalías o enfermedad mental que le prive de toda posibilidad de comprensión de lo que es lícito o ilícito realizar, de tal suerte que no se puede decir que su conducta este dirigida conscientemente hacia algo valorado como jurídico o antijurídico, así tampoco se puede afirmar que quería el resultado de su conducta, ya que solo se quiere lo que previamente se conoce. Estos supuestos se dan en aquellos individuos que están enfermos de la mente de manera total y permanente, como lo prevé el artículo 15 en su fracción VII del Código Penal vigente

para el Distrito Federal, y los cuales no podrán ser considerados penalmente responsables del acto considerado delictuoso por hallarse amparados por la excluyente del delito antes aludida (Transtorno Mental Permanente).

2.9. CULPABILIDAD.

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del Derecho Penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de la responsabilidad penal. Ello demuestra que junto a la tipicidad y a la antijuricidad debe darse una tercera categoría en la teoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la culpabilidad, cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al tipo de injusto, determinan la imposición de una pena.

Así vemos que para Enrique Bacigalupo "la culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena. Las teorías absolutas de la pena exigirán, como condiciones de la responsabilidad, elementos que permitan fundamentar una responsabilidad ético-jurídica del autor. Las teorías de la prevención especial reclaman elementos que permitan un pronóstico sobre la asociación futura del autor. Sin embargo, estas últimas teorías no se han

desarrollado en forma pura y, por lo general, se han conformado con la introducción de un elemento caracterológico de la culpabilidad en el concepto "ético-jurídico" que procura expresar "la relación de la acción con la total personalidad del autor". Por su parte, las teorías de la prevención general no requieren, en principio, un concepto específico de la culpabilidad, pero requieren la culpabilidad como condición de la eficacia preventiva que persiguen".⁹⁸

2.9.1 TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD.

Para poder desarrollar los diversos conceptos de la culpabilidad, aparecen diversas teorías que tratan de explicar este elemento del delito, especialmente su naturaleza: la teoría psicológica de la culpabilidad, la teoría normativa de la culpabilidad y la teoría finalista.

a) TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD.

Para esta teoría, la afirmación de la culpabilidad importa la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito. De acuerdo con esto, la culpabilidad implica un juicio sobre tres diversos aspectos: a) la relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso; b) la desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso) y c) la conciencia de la contrariedad al deber en el autor. La voluntad es causal del hecho ilícito, según esta teoría, en dos casos: el *dolo* y la *culpa*, ambos son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor. De esta manera, la culpabilidad requiere una determinada vinculación

⁹⁸ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit., pág. 147

psicológica entre el autor y su hecho sin la cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito. Precisamente contra esta tesis se dirigen las críticas que mereció esta teoría y que generaron más tarde su abandono. En efecto, por un lado se verifica que hay una relación causal entre voluntad y hecho cuando el autor ha querido su realización pero ha obrado amparado por una causa de inculpabilidad, aquí faltara la culpabilidad y se dará, sin embargo, la relación que la teoría psicológica estima que la fundamenta. Por otro lado puede verificarse que en los casos de culpa falta dicha relación, ya que el autor no ha querido la realización del hecho típico y antijurídico; aquí, sin embargo, se admite la existencia de la culpabilidad.

La teoría psicológica fue reemplazada por la teoría normativa de la culpabilidad. El punto de partida de esta teoría es la comprobación de que "la teoría dominante define el concepto de culpabilidad de tal manera que solo incluye en sí a los conceptos de dolo y culpa; por el contrario, es necesario concebirlo teniendo en cuenta también las circunstancias relevantes que acompañan al hecho y la capacidad de imputación. La teoría normativa redefine, además, las relaciones entre la culpabilidad, como concepto genérico, y el dolo y la culpa que la teoría psicológica concibió como especies de este. De esta manera, el dolo y la culpa no necesitan ser especies de la culpabilidad y cada uno de aquellos no debe contener los elementos que caracterizan al concepto genérico.

b) TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.

Esta teoría nace como respuesta a la insuficiencia e ineficacia de la Teoría Psicológica, siendo su fundador Reinhard Von Frank, quien señalaba que

culpabilidad es reprochabilidad. Forman parte de la culpabilidad, la imputabilidad, el dolo y la culpa y que su función de éstos elementos es excluirla o graduarla, pronunciando al respecto que: "una acción realizada con dolo, no siempre es una acción culpable porque no siempre esta es reprochable, y no lo es porque hay muchas ocasiones en que es imposible exigir al agente que obre conforme a la norma".⁹⁹ Por consiguiente, la culpabilidad no consiste en un nexo psicológico entre el agente y su propio acto, sino en el juicio que los demás se formen de si se ha comportado de un modo contrario a su deber, pudiendo así haber obrado conforme al mismo. Este juicio del mundo circundante tiene un contenido de reproche y así la esencia de la culpabilidad viene a ser la reprochabilidad del injusto típico. De esta manera se podía alcanzar algo que no había podido lograr el psicologismo: unificar el concepto de culpabilidad tanto para los delitos dolosos como para los culposos, ya que, frente a los primeros, consistiría en reprochar al agente el haberse rebelado, de un modo consciente, contra los mandatos o normas del Derecho, y en relación con los segundos, el haber infringido, por descuido, las exigencias de la vida social.

c) TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN.

La teoría normativa de la culpabilidad permitió la evolución posterior de este concepto bajo la influencia de la teoría finalista de la acción.

Para la teoría finalista de la acción, la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse por la norma. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía "obrar de otra manera. Desde este punto de vista "las causas de inculpabilidad" carecen en realidad, de

⁹⁹ Reynoso Dávila, Roberto, Ob. Cit., pág. 198

fuerza para excluir la culpabilidad y sólo constituyen "causas generales de no formulación del reproche de culpabilidad".

Roxin en su libro "La culpabilidad y prevención en Derecho Penal" se pronuncia al respecto diciendo que "en la actual ciencia del Derecho Penal se discute vivamente la cuestión de si la pena se puede justificar por la culpabilidad del delincuente. La tesis más radical, partidaria de suprimir por completo el concepto de pena, se basa en la siguiente premisa: la culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho; pero una libertad de voluntad, de esta clase no existe o, como todo el mundo reconoce, no se puede demostrar científicamente; aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un delincuente concreto puede actuar de un modo distinto en el momento de cometer un delito. Puesto que no es posible demostrar la existencia de la culpabilidad y dado que no se pueden derivar deducciones científicas de premisas indemostrables, tampoco se puede trabajar con el concepto de la culpabilidad. Concluye: si la pena es la respuesta a una conducta culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad lleva consigo la supresión de la pena".¹⁰⁰

Para Roxin lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico penales, quiere hacer responsable al autor de su acción. Lo más destacado de la teoría de este autor es que orienta las categorías del delito al deber ser de la política criminal. Jakobs, por su parte, "fundamenta su doctrina en un concepto funcional de la culpabilidad basado en parte en la teoría de la prevención general, resalta la caracterización del autor en la culpabilidad. La pena será impuesta con el fin de conservar la fidelidad general de la norma, y de

¹⁰⁰ Roxin Claus, Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal. Traducción Francisco Muñoz Conde. Reus S.A. Madrid, 1981, pág. 41

estabilizar el orden jurídico, alterado por la acción del autor que actuó con un defecto en la motivación".¹⁰¹

2.9.2. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.

De acuerdo a la teoría finalista de la acción los elementos de la culpabilidad son:

a) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, concepto jurídico que ya fue analizado con anterioridad y que en tal sentido se tiene por reproducido.

b) El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido, del que cabe señalar, para un sector doctrinal es suficiente con un conocimiento potencial de la antijuricidad, es decir, sería suficiente con que el autor hubiese podido conocer lo ilícito de su actuar para que pudiese reprochársele como culpable. Sin embargo, con esta teoría se amplían desmesuradamente las posibilidades de considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición.

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto, constituye el tercer elemento que integra la culpabilidad en el sistema finalista. Lógicamente, el sujeto para ser culpable, previamente se debe determinar su imputabilidad y la conciencia de la antijuricidad, pero además, debe examinarse si en el caso concreto le era exigible una conducta apegada a derecho, y con tales elementos se materializa la culpabilidad de la fórmula "poder en lugar de ello".

¹⁰¹ Jakobs Gunther. Derecho Penal Parte General, fundamentos y Teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, Madrid 1995, pág. 579

De lo anterior podemos señalar que en la doctrina causalista normativista se suele señalar que, en casos excepcionales, pueden concurrir las llamadas "causas de inexigibilidad" de conducta distinta a la realizada por el sujeto. Esta doctrina agrega, que en caso de presentarse tales causas, queda subsistente el dolo o la culpa, aún cuando la conducta no resultaría culpable.

Asimismo, y por lo que hace al sistema finalista vemos que la "exigibilidad" está presente en la capacidad de culpabilidad y en el conocimiento del injusto. La comprensión de la exigibilidad queda más claro al planteamos las causas de "inexigibilidad de otra conducta", que son situaciones extraordinarias de motivación en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad, el poder en lugar del ello, como por sobre todo en el estado de necesidad penal exculpante.

2.9.3. CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Obviamente 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 (inimputabilidad) o la comprensión de lo injusto, o la exigibilidad de la conducta ajustada a derecho.

En alguna medida ya hemos tocado algunas de estas causas de inculpabilidad, precisamente al abordar el apartado correspondiente a la inimputabilidad y sin pretender agotar su estudio en el sistema finalista mencionaremos las más relevantes.

En cuanto a la comprensión de lo injusto o conciencia de la antijuricidad, este elemento de la culpabilidad puede destruirse por el llamado error de prohibición. Se

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

dice que existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en su caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación). En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer, en el segundo, el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos. En la práctica es mucho más frecuente el segundo tipo de error que el primero.

LA INEXIGIBILIDAD O NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Los casos de inexigibilidad de otra conducta, son excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos, sin embargo, en algunos casos, el nivel de exigencia de la ley admite que el sujeto no se le pueda pedir que cumpla con esos mandatos por encontrarse en determinada situación extrema; tal es el supuesto del estado de necesidad excluyente, cuando el sujeto, sin tener la obligación legal por su oficio, profesión u ocupación, de sufrir el peligro, sacrifica un bien jurídico para salvaguardar su vida, el honor o la libertad, o la vida, honor o libertad de un familiar, o de un ser querido. respecto a la no exigibilidad de otra conducta.

Al respecto Muñoz Conde señala: "El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponerse una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, 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 del hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable. Para este autor la idea de la no exigibilidad de otra conducta no es privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico, obligando a comprobar, antes de la formulación del juicio completo de la culpabilidad, si el autor que con capacidad de culpabilidad y conocimiento de lo antijurídico de su proceder, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuere aconsejable, desde el punto de vista de la pena, imponerle una sanción penal."¹⁰²

En nuestra legislación aparece contemplada esta figura en el artículo 15 fracción IX del Código Penal para el Distrito Federal.

"Art. 15 El delito se excluye cuando:

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".

Se considera que tanto el estado de necesidad exculpante o disculpante, el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes son los casos mas importantes de no exigibilidad de la conducta y a los cuales tanto la legislación como la doctrina han estudiado constantemente.

¹⁰² Muñoz, Conde. Ob. Cit., pág. 127

a) ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE.

También llamado estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, la diferencia con el estado de necesidad justificante radica en el bien jurídico, cuando es mayor que el interés sacrificado es estado de necesidad justificante, cuando se trata de bienes jurídicos de igual entidad o valor será necesidad disculpante.

El artículo 15 fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal, establece:

“Art.15 El delito se excluye cuando:

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual, o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

b) MIEDO INSUPERABLE.

El miedo es un estado psíquico que puede lograr la paralización total del sujeto, insuperable significa superar a la exigencia media de soportar males o peligros.

Respecto a esta figura, Muñoz Conde, nos dice que “el miedo al que se alude es aquel que, aun afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja en una opción a una posibilidad de actuación “insuperable, quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros. La insuperabilidad,- según este autor- es un requisito objetivo, y, por lo tanto, en la medida en que el sujeto sea un timorato o muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente. Además señala que el

miedo ha de ser serio, real e inminente e igual o mayor que el que el sujeto comete amparado por esta eximente".¹⁰³

c) ENCUBRIMIENTO ENTRE PARIENTES.

La cual se encuentra regulada en el artículo 400 del Código Penal que al respecto señala:

"No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- b) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles".

CAPITULO TERCERO

DEL ORGANO INVESTIGADOR Y PERSECUTOR DE LOS DELITOS.

3.1. PRINCIPIOS QUE RIGEN AL MINISTERIO PÚBLICO.

En relación con el funcionamiento del Ministerio Público en México, de la doctrina y de la ley, se desprenden los siguientes principios esenciales que lo caracterizan: a) Jerarquía, b) Indivisibilidad, c) Independencia, d) Irrecusabilidad, y algunos autores señalan también e) Irresponsabilidad; principios o características, según la opinión personal del autor.

3.1.1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA.

Respecto al principio de Jerarquía Guillermo Colín Sánchez nos dice "el Ministerio Público es jerárquico porque está organizado bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones. Las personas que lo integran no son más que colaboradores del titular, motivo por el cual, reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador".¹⁰⁴ Este principio se encuentra ligado al de indivisibilidad, ya que en un momento dado sólo va delegando funciones entre todos sus agentes del Ministerio Público, sin que se derroche la línea de la institución.

3.1.2. PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD.

El principio de indivisibilidad consiste en que las actividades que determinen los funcionarios del Ministerio Público no lo hacen a nombre propio, sino que aunque varios agentes de ella intervengan en un solo asunto determinado, éstos representan en sus diversos actos una sola institución. Al respecto Juan José González Bustamante, refiere que la institución del Ministerio Público es indivisible “porque las personas físicas que representan a la institución no obran a nombre propio, sino que actúan en nombre de la institución del Ministerio Público”.¹⁰⁵

Por su parte Juventino V. Castro dice que “es indivisible en el sentido de que: “ante cualquier tribunal y por cualquier oficial que la ejercite, el Ministerio Público representa siempre a una sola persona en instancia: La sociedad o el estado”.¹⁰⁶ Este autor refiere que este principio lo vemos en nuestro procedimiento, puesto que uno es el Agente del Ministerio Público que inicia la investigación, y otro es el que consigna y sigue el proceso. Según las distintas instancias, persiguen diversos agentes y aún pueden reemplazarse en el curso del proceso. A pesar de lo cual se dice, en términos de generalidad, que ha sido el Ministerio Público el que ha hecho la persecución de los delitos, tal y como lo establece la Constitución, porque la Institución es indivisible, así los funcionarios pueden separarse de la institución o ser sustituidos sin que se afecte lo actuado.

¹⁰⁴ Colin Sánchez, Ob. Cit. pág. 124

¹⁰⁵ González Bustamante, Juan José, Ob. Cit, pág. 59

3.1.3. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.

Ahora bien, por lo que respecta al principio de Independencia Colín Sánchez refiere que "La independencia que tiene el Ministerio Público es en cuanto a la competencia asignada a los integrantes del Poder Judicial", afirma Sánchez Colín y sigue diciendo: "ya que si bien es cierto que éstos reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los jueces. ¹⁰⁷ Juan José González Bustamante al efecto anota: "la independencia es una de las condiciones esenciales para el buen funcionamiento de la institución del Ministerio Público". ¹⁰⁸ La institución del Ministerio Público debe desligarse del poder ejecutivo para poder ser independiente y tener libertad en el desempeño de sus labores y estar al margen de toda influencia política.

3.1.4 PRINCIPIO DE IRRECUSABILIDAD.

Esta característica o principio se refiere a que el presunto responsable no tiene el derecho a recusarse del Agente del Ministerio Público, porque, en el caso de ser concedido ese derecho, se entorpecería la función acusatoria, sin embargo, los agentes del Ministerio Público tienen la obligación de excusarse por los motivos que establece el Código de Procedimientos Penales, los cuales la ley califica de impedimentos. Colín Sánchez, en cuanto a este principio afirma que: "en muchas ocasiones la persona o personas que intervienen en actos procedimentales encomendados al Ministerio Público deben ser sustituidos por otros para que continúen actuando, ya sea en el momento en que tenga lugar la relación jurídico-

¹⁰⁶ Castro V, Juventino. El Ministerio Público. Editorial Porrúa, pág. 30

¹⁰⁷ Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pág. 125

material de derecho penal o bien, en la relación jurídica procesal. En otros términos la función no es recusable, pero si lo son las personas”¹⁰⁹

3.1.5. PRINCIPIO DE IRRESPONSABILIDAD.

“Este principio tiene por objeto proteger al Ministerio Público de los individuos que a él corresponde perseguir en juicio a los cuales no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la acción penal.¹¹⁰ Los representantes del Ministerio Público sólo van a incurrir en responsabilidad civil y penal cuando actúen fuera de las normas sustantivas y adjetivas”.¹¹¹

3.2. FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Institución del Ministerio Público desempeña diversas funciones, desde que tiene conocimiento de un hecho delictuoso hasta llegar al Tribunal de Segunda Instancia, entre ellas:

- Imponer correcciones disciplinarias y decretar medidas de apremio.
- Controlar el periodo de la acción penal
- Recibir denuncias y querellas
- Decidir acerca del no ejercicio de la acción penal y el desistimiento de esta
- Recibir las pruebas, tanto del ofendido como del indiciado.
- Transmitir a la Policía Judicial las ordenes de aprehensión
- Ser parte en el proceso penal, entre otras.

¹⁰⁸ González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 60

¹⁰⁹ Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., págs. 125, 126

¹¹⁰ Acero Julio, Procedimiento Penal, pág. 36

Además, se establece que la función del Ministerio Público es en su carácter de investigadora, auxiliado por la Policía Judicial, y aunado a ello, debe iniciar la investigación partiendo de un hecho que razonablemente pueda presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas.

3.3. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Al respecto de las atribuciones del Ministerio Público César Augusto Osorio señala "La atribución principal del Ministerio Público es la persecución de los delitos, constituyendo una garantía de las conductas delictuosas que siempre serán perseguidas, según lo establece el artículo 21 Constitucional, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal"¹¹² el primero abarca, precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal. Además, dicho numeral otorga, por una parte, una atribución al Ministerio Público la función investigadora, auxiliado por la policía judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues sólo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia a partir de que se tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo a través de una denuncia, acusación o querrela y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal.

¹¹¹ García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, México, 1989 Ob. Cit.

Atendiendo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a las Leyes Orgánicas y a la jurisprudencia, podemos afirmar que el Ministerio Público es titular del ejercicio de la acción penal, y del cual se ha mencionado que tiene una naturaleza sui generis, es decir, se trata de una institución con múltiples cometidos, como dicen algunos autores "polifacética"; por tanto, tiene asignadas funciones específicas dentro del campo del derecho penal, civil y familiar. En el derecho penal su atribución básica es la de perseguir el delito, en nombre del individuo y de la sociedad y ejercitar acción penal ante los tribunales correspondientes. La organización del Ministerio Público está reglamentada en su respectiva Ley Orgánica, la cual no debe salirse de los máximos y mínimos, y mucho menos contradecir la norma fundamental que lo establece.

El artículo 2º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal señala las atribuciones de la Institución del Ministerio Público, a saber:

I.- Perseguir los delitos de orden común cometidos en el Distrito Federal.

II.- Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia..

III.- Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general en los términos que determinen las leyes.

IV.- Realiza estudios, formular y ejecutar lineamientos de política criminal y promover reformas que tengan por objeto hacer más eficiente la función de seguridad pública.

V.- Las que en materia de seguridad pública le confiere la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal

VI.- Participar en la instancia de coordinación del Distrito Federal en el sistema nacional de Seguridad pública ...

VII.- Realizar estudios y desarrollar programas de prevención del delito en el ámbito de su competencia

VIII.- Proporcionar atención a las víctimas o a los ofendidos ...

IX.- Promover la participación de la comunidad en los programas de su competencia ...

X.- Auxiliar a otras autoridades en la persecución de los delitos de la competencia de éstas, en los términos de los convenios ...

XI.- Las demás que señalen otras disposiciones.

De igual manera, el artículo 3º de dicha ley, establece: "Las atribuciones a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley respecto de la averiguación previa, comprenden:

I.- Recibir denuncias, acusaciones o querrelas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delitos.

II.- Investigar los delitos del orden común ...

III.- Practicar las diligencias necesarias para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad que corresponda

IV.- Ordenar la detención y, en su caso, la retención de los probables responsables ...

V.- Asegurar los instrumentos, huellas, objetos y productos del delito ...

VI.- Restituir provisionalmente y de inmediato al ofendido en el goce de sus derechos, siempre y cuando no se afecte a terceros ...

VII.- Conceder la libertad provisional a los indiciados, en los términos previstos por la fracción I y el penúltimo párrafo del artículo 20 de la Constitución Política ...

VIII.- Solicitar al órgano jurisdiccional las órdenes de cateo y las mediadas de precautorias de arraigo ...

IX.- Promover la conciliación en los delitos perseguibles por querrela

X.- Determinar el no ejercicio de la acción penal cuando:

- a) Los hechos de que conozca no sean constitutivos del delito;
- b) Una vez agotadas todas las diligencias y los medios de prueba correspondientes, no se acredite la responsabilidad del indiciado;
- c) La responsabilidad penal se hubiera extinguido;
- d) De las diligencias practicadas se desprenda plenamente la existencia de una causa de exclusión del delito;
- e) Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos del delito, por obstáculo material insuperable, y.
- f) En los demás casos que determinen las normas aplicable

La más conocida y visible atribución del Ministerio Público hoy en día, de naturaleza netamente procedimental, es la persecución de los delitos, que aquel desempeña tanto en averiguación previa, anterior al ejercicio de la acción penal, como al través de su función procesal acusadora. En conclusión, de lo anterior se desprende que las atribuciones del Ministerio Público son la de investigación y persecución de las conductas delictuosas, y de acusación y Representante Social.

CAPITULO CUARTO

ANALISIS INTEGRAL DEL TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTICULO 224 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1. OBLIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE APORTAR LOS ELEMENTOS PROBATORIOS PARA ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

La carga procesal en términos genéricos puede definirse como los requisitos que establece la ley de ejecutar determinados actos procesales si se desea lograr ciertas consecuencias jurídicas.

Por su parte, Cafferata enfatiza que la prueba puede conceptualizarse como el instrumento procesal más relevante para determinar los hechos, es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva, o bien "como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso penal son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva".¹¹³

Entendiendo por medio de prueba "el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso",¹¹⁴ esto es, se trata de la prueba misma, o sea, el medio con el cual se dota al juzgador del conocimiento cierto en torno del hecho concreto que origina el proceso. Por órgano

¹¹³ Cafferata Nores, José I. La prueba en el proceso penal. Ediciones de Palma, Tercera Edición, pág.4

¹¹⁴ Ibidem., pág. 23

de la prueba se debe entender, la persona que dota al proceso o bien al órgano jurisdiccional el conocimiento del objeto de prueba, y por objeto de la prueba lo que se debe averiguar en el proceso, es decir, saber la verdad que se pretende encontrar o demostrar mediante el medio de prueba que se haya aportado y que puede ser probado.

En esta tesis, el concepto de la carga de prueba está referido al hecho mismo de que las partes en el proceso deben demostrar sus respectivas pretensiones, por lo que se considera que tanto está obligado a probar el que afirma, como el que niega, siendo que en tal caso las partes se encuentran en la necesidad de probar su dicho; concretamente en materia penal el Agente del Ministerio Público, dada la postura que guarda en el proceso, es quien debe aportar las pruebas que incriminen a determinado sujeto. Ante tal circunstancia, debe preguntarse que es lo que debe probar el Agente del Ministerio Público, para acreditar el delito de enriquecimiento ilícito, al respecto debe estudiarse minuciosamente lo señalado por el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal que señala:

“Art. 224.- Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”.

Desintegramos para los efectos del presente estudio el tipo penal se observa que contiene los siguientes elementos: a) Al servidor público que con motivo de su empleo, cargo o comisión; b) incurra en enriquecimiento ilícito; c) que el servidor

público no acredite el legítimo aumento de su patrimonio en los términos de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

El tipo penal materia de nuestro estudio, requiere para su configuración de un sujeto activo específico denominado servidor público, calidad sin la cual estaremos frente a un caso de atipicidad, elemento que debe ser demostrado plenamente por el Agente del Ministerio Público al actuar durante la averiguación previa con la documentación relativa para tal efecto. Dicho lo anterior, es menester determinar, de acuerdo con nuestro orden jurídico vigente, los sujetos que tienen dicha investidura.

En primer término, el artículo 108 Constitucional señala claramente cuales son los sujetos que deben ser considerados como servidores públicos para efecto de las responsabilidades a que se refiere el Título Cuarto de dicho ordenamiento y que son a saber: los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión, de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones. Pese a la claridad del referido precepto, el artículo 212 del Código Penal para el Distrito Federal indebidamente amplía el ámbito personal de validez señalado por la Constitución al incluir como servidores públicos a los empleados y trabajadores del Congreso de la Unión, a los empleados del Poder Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal que no estén comprendidos en el supuesto de dicho poder, y a aquellos sujetos que, sin desempeñar un empleo, cargo o comisión en la administración pública federal o del Distrito Federal, manejan recursos económicos federales. Uno de los pilares de nuestro estudio lo constituye la determinación de la

conducta penalmente relevante en el delito de enriquecimiento ilícito, tarea por demás difícil, pues en el artículo 224 del ordenamiento antes invocado se encuentran insertas dos conductas, a saber: de acción, que es precisamente aquella en la que el servidor utiliza la función pública para enriquecerse, y la omisión del servidor de demostrar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes respecto de los cuales se conduzca como dueño.

En consecuencia, establecer y demostrar cuál es el lugar que ocupan dichas conductas dentro de la teoría del delito, es el objetivo principal de este apartado.

Sabedores estamos de que la Constitución impone al legislador la obligación de precisar en forma objetiva cuáles son esas conductas, a través del artículo 14 Constitucional que establece las bases de la garantía de Seguridad Jurídica mediante los tipos cerrados. No obstante ello, el legislador haciendo caso omiso de dicho mandato creó un tipo abierto en el que sólo se limita a enunciar que se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Esto quiere decir ¿acaso? que el legislador ha creado un tipo que capta todas aquellas conductas en que el servidor haga uso de la función pública para enriquecerse, y que escapan a las descripciones contenidas en los demás tipos del Título Décimo del Código Penal, de ninguna manera, ya que dicho argumento es equivocado puesto que sólo pondrá de manifiesto el retroceso del Derecho Penal Mexicano a épocas anteriores a Cesar Beccaria, en donde era el capricho del Juzgador lo que establecía que conducta era constitutiva de algún delito y el mismo era el instructor y dictaminador en el asunto, pues en la actualidad, y de conformidad con los argumentos esgrimidos por el penalista Heinrich Jescheck en su obra titulada tratado de Derecho Penal Parte General, la opinión dominante rechaza la teoría de los tipos abiertos, como ya se expuso en el apartado correspondiente al

estudio de la teoría del delito porque el tipo del injusto debe ser siempre cerrado ya que ha de contener todas sus características determinantes, por lo siguiente:

- a) Por que el tipo abierto de enriquecimiento ilícito contradice el concepto personal del injusto, dado que nada dice sobre el actuar final, los medios concomitantes para ejecutar el delito y la actitud del delincuente respecto del hecho, no pudiendo establecer el inter criminis del activo.
- b) El tipo abierto de enriquecimiento ilícito no señala la esencia materia de la prohibición, pues no expresa al servidor público una norma de comportamiento clara y utilizable.
- c) El tipo abierto de enriquecimiento ilícito es contrario a la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal.

En consecuencia, al no estar descrita en el tipo la conducta a través de la cual el servidor público ha usado la función pública para enriquecerse, con fundamento en el artículo 52 del Código Penal aplicable al Distrito Federal que establece " El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente teniendo en cuenta: I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado; IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima o el ofendido; V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron a delinquir. VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al

delito cometido y VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.” y el numeral 213 del mismo ordenamiento que a la letra reza “Para la individualización de las sanciones previstas en este título, el juez tomará en cuenta, en su caso, si el servidor público es trabajador de base o de confianza, su antigüedad en el empleo, cargo o comisión, su nivel jerárquico, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su situación socioeconómica, su grado de instrucción, las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito, así como el monto del beneficio obtenido o del daño causado.”; corresponde indebidamente al Agente del Ministerio Público y al Juez, según sea el caso, realizar esa función integradora del tipo analizando en cada caso concreto si la función que desempeña el servidor público pudo ser utilizada por este para incrementar su patrimonio. Consecuentemente, si de las diligencias practicadas se desprende que el enriquecimiento del servidor no pudo provenir del uso de su función pública, el Juez deberá considerar atípica la situación del mismo. Atento a lo anterior, el legislador ha delegado al Agente del Ministerio Público y al Juez, la obligación a él impuesta en la Constitución respecto de determinar los casos y circunstancias en que deba sancionarse penalmente el enriquecimiento de los servidores públicos, la labor del Juez será la de complementar integradoramente el tipo. Así, el juez en el caso concreto partirá del enriquecimiento del servidor y del uso de la función pública, complementando el tipo al valorar la naturaleza del empleo, cargo o comisión públicos, los medios a través de los cuales se incrementó el patrimonio, la gravedad de la conducta; la intención del servidor, y la inaplicabilidad de alguno de los tipos previstos en el Título Décimo del Código Penal.

Estamos conscientes de que con la construcción dogmática que presentamos también se suscita el problema del dolo del servidor público, pues, como es sabido, el dolo implica el conocimiento de los elementos esenciales del tipo y la voluntad de realizarlos, mas, como hemos dicho en el tipo no se encuentran expresamente establecidos todos sus elementos, en consecuencia, se presenta un gran problema para el órgano investigador y para el Organismo Jurisdiccional al momento de acreditar dicho elemento subjetivo.

El siguiente elemento que debe demostrar la Autoridad encargada de la investigación de los delitos es el incremento ilícito del patrimonio del servidor público, entendiendo por patrimonio "el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas que pertenecen a una persona y son estimables económicamente", ¹¹⁵ teniéndose por incrementado este con base en un proceso lógico consiste en determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a éstos el total de sus ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás recibidos por cualquier concepto, llámense premios, donaciones, herencias, préstamos y otros similares, tomándose en cuenta además aquellos factores económicos que tiendan a aumentar o disminuir el valor, como podrían ser la plusvalía, devaluación de la moneda o el proceso inflacionario. Después de esto deberán cuantificarse los bienes con que cuenta actualmente, y una vez obtenidos los resultados de ambas operaciones hacer una comparación entre éstas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor, y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito.

Una vez determinado lo que es el patrimonio y cuándo éste se ha incrementado, es procedente determinar cuándo el aumento patrimonial es ilegítimo. En este orden de ideas, es menester conocer el significado del vocablo "legítimo", pareciendo

aconsejable atenerse en este respecto al Diccionario Jurídico Mexicano, para el cual "legítimo" es lo que conforme a derecho,¹¹⁶ interpretando a contrario sensu dicho significado por ilegítimo debe entenderse lo contrario a Derecho; sin embargo, este elemento no admite ninguna interpretación al respecto, ya que el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal señala que existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por lo que la definición de ilegítimo señalada en primer término no es operante al estudio que nos ocupa, y esta consideración ponen en evidencia que la definición legal de enriquecimiento ilícito es parte integradora del tipo penal que nos ocupa.

En consecuencia, y debido a la definición legal de enriquecimiento ilícito (la omisión del servidor público de acreditar la lícita procedencia de los bienes), el tipo se esta sustentando en una presunción de culpabilidad, y por lo tanto se estaría hablando de un delito de sospecha, hipótesis inadmisibles en todo Estado Social y Democrático de Derecho, además de trasladar la carga de la prueba que acredite los elementos del cuerpo del delito al indiciado, situación contraria a la esencia jurídica penal actual de México.

Algunos autores como Enrique Díaz Aranda señalan que la definición que da el Código Penal de lo que debe entender por enriquecimiento ilícito, constituye una condición objetiva de la punibilidad pues el efecto de que el servidor acredite la legítima procedencia de su patrimonio, se centra exclusivamente, en evitar al servidor público las penas previstas en el artículo 224 del Código Penal para el

¹¹⁵ Diccionario Jurídico Espasa

¹¹⁶ Voz "legitimidad" Tamayo y Samorán, Rolando

Distrito Federal, al respecto consideramos que dicha afirmación es equivocada ya que las condiciones objetivas de punibilidad son de acuerdo con Francisco Muñoz Conde aquellas "condiciones que sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito la imposición de la pena" ¹¹⁷ por lo que de acuerdo a un correcto razonamiento, la definición de enriquecimiento ilícito brindada por el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal es parte del injusto penal, toda vez que señala definitivamente cuando el enriquecimiento es ilegítimo; y el argumento del penalista Enríque Díaz Aranda en el sentido de que el tipo penal materia de estudio le da la oportunidad al servidor público de evitar la pena, consideramos es equivocado, toda vez que de justificar el servidor público la lícita procedencia de sus bienes de dudosa procedencia se estaría eliminando la antijuricidad y, por lo tanto, el delito y no se llegaría al nivel que señala Díaz Aranda, y además porque se estaría incurriendo en el absurdo de que son los tipos penales los que establezcan o predispongan las formas de defensa que debe adoptar el inculpado, circunstancia inadmisibles ya que esta situación está debidamente prevista por el artículo 20 Constitucional, en las disposiciones del Código de Procedimientos Penales y en la parte general del Código Penal.

Sobre los medios idóneos para acreditar la legitimidad del enriquecimiento, el tipo previsto en el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal remite a una norma extrapenal (Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos), a efecto de que ésta determine las pruebas idóneas para acreditar la procedencia de los bienes. Sin embargo, el legislador hizo gala de falta técnica legislativa, pues no se percató de que dicha ley no se refiere en ninguno de sus preceptos a dichos medios probatorios o, cuando menos, no señala los criterios a seguir.

¹¹⁷ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit., pág 134.

Los ya citados elementos del cuerpo del delito en estudio, son los extremos que el Agente del Ministerio Público debe probar, y que lo puede hacer, aunque la tarea sea difícil por la complejidad dogmática que representa el ilícito en estudio, sin embargo, puede practicar las siguientes diligencias:

- a) Contar con el requisito de procedibilidad de la denuncia, misma que deberá realizarse en términos de lo establecido en los artículos 84, 86, 87 y 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- b) Relación de bienes del indiciado, mediante pruebas documentales.
- c) Declaración patrimonial del indiciado rendida ante la Secretaría de la Contraloría General o copia certificada de ella al tomar posesión.
- d) Declaración del impuesto sobre la renta del indiciado.
- e) Intervención pericial para efectos de dictaminar el monto del patrimonio del indiciado y el aumento injustificado.
- f) Recabar, en su caso, información al Registro Público de la Propiedad con relación a bienes inmuebles del indiciado.
- g) Solicitar a instituciones bancarias o de crédito, cuando proceda, la información concerniente a cuentas bancarias o de valores.
- h) Declaraciones de testigos.
- i) Declaración del indiciado.

4.2. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO NEMO TENETUR CONSAGRADO POR LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.

El principio NEMO TENETUR esta previsto en la fracción II del artículo 20 de la Constitución Federal y su etimología es de origen latina la cual significa NEMO nadie, TENETUR obligado a, y que para los efectos del presente trabajo significa NADIE ESTA OBLIGADO A DECLARAR EN SU CONTRA.

Durante largos siglos, el Derecho Procesal Penal acepto como verdad indiscutible el apotegma: "LA CONFESION ES LA REINA DE LAS PRUEBAS". Así se expresaba la valoración de esta probanza como plena. Si el acusador producía la confesión del reo se veía revelado por completo de la carga probatoria.

Contra tal estado de cosas se levanto la voz de aquel ilustre italiano cuyo nombre encontraremos siempre que nos lancemos a la búsqueda de las primeras raíces de los Derechos Humanos en materia de procedimiento penal: Cesar Beccaria, en su obra de los delitos y de las penas, escrita a finales del siglo XVIII, tema ya abordado en capitulos precedentes.

Después de la Revolución francesa se consagro el principio NEMO TENETUR al decretar lo dispuesto por el articulo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual consideraba que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad ..."¹¹⁸

El pensamiento de Beccaria y la Declaración Universal de los Derechos Humanos inspiró sin duda a aquellos que, durante la primera mitad del siglo XIX, se ocuparon en México de asegurar la protección Constitucional de los Derechos Humanos. El tormento es prohibido por todos los Textos Constitucionales de ese

¹¹⁸ Quiroz Acosta, Enrique. Lecciones de Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. Primera Edición, pág. 157

periodo. Semejante prohibición se encuentra inexplicable ausente en la constitución de 1857 y reaparece en la de 1917.

El primer proyecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, elaborado el 25 de agosto de 1842, establece en su artículo 7º. "La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes."¹¹⁹

"XI. Nunca se podrá usar el tormento para el castigo de los delitos. Ninguno podrá ser declarado confeso de un delito, sino cuando él lo confesare libre y paladinamente en forma legal."¹²⁰

El segundo proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842, en el artículo 13, reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia la siguiente garantía:

"XVI. Nunca se podrá usar del tormento para el castigo de los delitos, ni de alguna otra especie de apremio para su averiguación. Ninguno podrá ser declarado confeso de un delito, sino cuando el lo confesare libre y paladinamente en la forma legal."

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana publicadas el día 14 de junio de 1843, en su artículo 9º. señalaba entre otros derechos "X. Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o convicción a la confesión del hecho por el que se le juzga". Esta norma reviste especial importancia dado que, por vez primera en nuestro Derecho, abandona la mención específica del tormento para referirse, en

¹¹⁹ Zamora Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa. Novena Edición, pág. 181

¹²⁰ Loc. Cit

forma genérica, a toda clase de apremio o coacción que pueda llevar al reo a confesar el hecho por el que se le juzga.¹²¹

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856, ordena en su artículo 54 "A nadie se tomará juramento sobre hecho propio en materia criminal, ni podrá emplearse género alguno de apremio para que el reo se confiese delincuente, quedando en todo caso prohibido el tormento."

De esta manera se arriba a lo dispuesto por la Constitución de 1917, específicamente en su artículo 20 donde disponía que, en todo juicio del orden criminal, el acusado tendrá, entre otras, la garantía consistente en que: "II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto."

En consecuencia, cuando un procesado manifiesta su voluntad de declarar, no puede exigirsele que rinda protesta de decir verdad, ni tampoco, si falta a ella, podrá imputársele delito de falsedad en declaraciones, pues en ambos casos se le estaría coaccionando para que declare en su contra. A más de ello, debemos entender que la garantía protege tanto al indiciado que declara ante el Ministerio Público, ante la Autoridad Judicial como al procesado que lo hace ante los Tribunales. Bien hueca e inútil sería la norma que estudiamos si, impidiendo a determinadas autoridades que obtuvieran confesiones coaccionadas, dejara a otras manos libres para hacerlo.

Si contrariando la disposición Constitucional, alguna autoridad presionase a una persona para que se declare culpable de un delito, la confesión así obtenida sería nula dado que la conducta de la autoridad sería violatoria de garantías, amén de que no reuniría los requisitos de los artículos 136 y 249 del Código de Procedimientos Penales..

¹²¹ Ibidem., pág. 181

Congruentemente, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal en su artículo 160 fracción XIV dispone que en los juicios del orden penal se consideran violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte la defensa del quejoso, cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo se declaración por medio de amenazas o de cualquier otra coacción.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de septiembre de 1993, se reformó la fracción II del artículo 20 Constitucional, dándole el siguiente texto: "No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionado por la Ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio". En tanto que el texto anterior afirmaba que el procesado no podría ser compelido a declarar en su contra, el texto vigente ordena, escuetamente, que no podrá ser obligado a declarar sin extenderse en inútiles aclaraciones respecto al sentido de la declaración. Busca el legislado evitar la sofista conducta de quienes pretenden que solo después de que un inculpado rinde declaración podemos saber si lo hizo en su contra o en su favor, y, para tal fin, otorga a este un derecho ilimitado a guardar silencio ante cualquier autoridad, estos son pues, los extremos en nuestra legislación del principio NEMO TENETUR.

El texto reformado agrega una disposición de gran importancia: "La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio". Esta es la parte más importante de la reforma de esta fracción, se priva de valor probatorio a toda confesión salvo a aquella rendida ante el Ministerio Público o el Juez; y aún ésta

solo tendrá valor si el declarante estuvo asistido de su defensor. Se emplea, así, la garantía de defensa para hacer efectiva la garantía de no autoincriminarse conocida como el principio NEMO TENETUR. El defensor, asistiendo a la declaración como testigo de calidad, asegura que esta no sea coaccionada, permite que el declarante se manifieste con libertad, o bien, incluso que ejerza su derecho a guardar silencio. Una vez que se ha analizado los orígenes y alcances del principio Nemo Tenetur debemos iniciar el estudio correspondiente que nos conduzca y nos permita establecer si el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal es opuesto a la Garantía Constitucional consagrada en la fracción segunda del artículo 20 de la Constitución Federal, y para tal efecto es pertinente transcribir el texto del artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal el cual reza de la siguiente manera:

"Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos."

De acuerdo con lo que establece este artículo, se va a exigir al funcionario que demuestre un hecho que se le imputa, se le va a exigir que declare contra sí mismo, se le exige que pruebe que no se ha enriquecido ilícitamente, toda vez que como se aprecia en el texto del multicitado numeral 224 del Código Penal para el Distrito Federal, existe enriquecimiento cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, del cual surge la siguiente interrogante ¿Cómo puede infringirse la garantía de no autoincriminarse si el artículo 224 del Código

Penal únicamente solicita que el servidor público justifique la lícita procedencia de su patrimonio, es decir que declare en su favor?

Jurídicamente, eso es ya un error muy burdo, propio de quien no entiende el tema en lo absoluto. No es que el principio Nemo Tenetur signifique que el imputado no pueda ser obligado a declarar en un cierto sentido (en contra de él), pero sí en otro (en su favor). No es así, en primer lugar, ya por el hecho de que quien define de modo soberano qué va en su favor y qué en su contra, es el propio imputado, circunstancia inaceptable ya que en el proceso penal los únicos entes facultados para valorar la prueba son el Agente del Ministerio Público y la Autoridad Judicial según sea el caso de conformidad con lo que dispone el artículo 246 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; en segundo lugar, porque la garantía justamente llega al derecho de guardar silencio completamente, si al imputado así le place, de conformidad con la reforma a la fracción II del Artículo 20 del Pacto Federal de fecha 3 de septiembre de 1993; y en tercer lugar, por que en su contra significa que en procesos donde esta inculpada la persona X, cualquier declaración que ella haga tiene que estar libre de toda coerción. En síntesis, el principio Nemo Tenetur no admite por ningún lado que al imputado se le hagan trampas, diciéndole que se lo va a obligar a declarar pero solo en su favor: Nada de eso, dependemos de su libertad expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza.

En el presente estudio debe definirse si el principio Nemo Tenetur llega a la instancia donde el servidor Público es requerido por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, al respecto debe decirse que si tal requerimiento es para realizar la investigación de un comportamiento de un servidor público que puede ser constitutivo de un delito considero que el principio Nemo Tenetur debe proteger

desde esta instancia al indiciado, ya que la fracción II del Artículo 20 Constitucional señala que la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez carece de todo valor probatorio.

Realmente con la definición que brinda el Código Penal de enriquecimiento ilícito, a mi juicio, se pierde mucho de lo ganado. Porque la coerción a una declaración sobre comportamientos propios que el Estado pueda considerar delictivos, es contraria al principio Nemo Tenetur aunque la coerción se adelante a una sede administrativa. Si el Estado Pudiera burlar la garantía cada vez que le place bastaría con establecer una instancia administrativa donde no rigieran la garantías procesales, para establecer circunstancias de hecho que después pudieran tener efecto presuntivo en el juicio penal posterior. La circunstancia de que se exija al funcionario que aporte pruebas para justificar que no se ha enriquecido ilícitamente es, justamente, obligarlo a declarar contra sí mismo.

Se presenta en mi mente otra circunstancia que no fue contemplada en el curso de las impugnaciones que se formularon con antelación. Podría darse el caso de que el imputado afirmara que no puede decir la fuente de su enriquecimiento y probarlo sin confesar un origen inmoral o aun delictivo extraño a la función administrativa o pública desempeñada. Es decir, supongamos el caso de una dama agraciada con un cargo en la administración pública que tiene relaciones ilícitas o inmorales y de las cuales obtiene un enriquecimiento. Podría decir esta dama que para justificar que no se ha enriquecido en el desempeño de su función pública, se le obliga a exhibir su vida privada y que, en consecuencia, se está violando el artículo 20 de la Constitución Nacional, y tiene razón, si lo que declarara fuera la confesión de otro delito, se le habría obligado a declarar contra sí misma.

4.3. EL ARTÍCULO 224 COMO PRECEPTO LEGAL QUE SANCIONA UN RESULTADO Y NO UNA CONDUCTA COMO EL RESTO DE LOS DELITOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El análisis del sui generis tipo penal de enriquecimiento ilícito que en sus partes fundamentales se ha transcrito aquí de modo exhaustivo, contienen la mayor parte de los argumentos relevantes para nuestra discusión. Solo ha pasado inadvertido que el principal vicio de la incriminación propuesta en el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal reside en que lo realmente reprochado, es el *enriquecimiento* ya que *no está concretado en una conducta determinada, sino que el acto presumido como ilegítimo o corrupto queda para siempre indeterminado, desde el ejercicio indebido de atribuciones hasta el cohecho y peculado u otros delitos en los que el servidor público pueda obtener un lucro; el funcionario pudo haber cometido algún hecho constitutivo de otro, sin embargo, será investigado y en su caso penado por enriquecimiento ilícito. La afirmación a la que se arriba en el sentido de que el ilícito de enriquecimiento es una figura típica que sanciona un resultado, se aclara aun más si cuando se estudian los artículos 84, 86, 87 y 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos los cuales rezan de la siguiente manera:*

ART. 84.- Cuando los signos exteriores de riqueza sean ostensibles y *notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pueda tener un servidor público, la Secretaría podrá ordenar, fundando y motivando su acuerdo, la práctica de visitas de inspección y auditorías. Cuando estos actos requieran orden de autoridad judicial, la Secretaría hará ante esta la solicitud correspondiente.*

ART. 86.- Serán sancionados en los términos que disponga el Código Penal los servidores Públicos que incurran en enriquecimiento ilícito.

ART. 87.- Para los efectos de esta Ley y del Código Penal, se computaran entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que disponga su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que se acredite que éstos los obtuvieron por si mismos y por motivos ajenos al servicio público.

ART. 90.- La Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo hará al Ministerio Público, en su caso, declaratoria de que el funcionario sujeto a la investigación respectiva, en los términos de la presente Ley, no justificó la procedencia, lícita del incremento sustancial de su patrimonio de los bienes adquiridos o de aquellos sobre los que se conduzca como dueño, durante el tiempo de su encargo o por motivos del mismo.

Este punto ha sido estudiado y una vez que el Servidor Público sea citado a declarar ante el Ministerio Público Investigador surge la interrogante cual será el cuadro de circunstancias que indicarían o precisarían la imputación de enriquecimiento ilícito, pues estas no existen en virtud de que lo único que aparece es la simple demostración de que el servidor público ha incrementado considerablemente su patrimonio, sin embargo, no se sabe cual es el hecho imputado, y que justamente por que no se sabe ni siquiera de modo presuntivo, se quiere transformar el ilícito presumido de manera global e indeterminada, quizá un cohecho concusión o un peculado, en el delito de omisión de no aclarar que fue lo que paso, resultando ya una múltiple violación: a) nullum crimen sine lege, se viola el principio de legalidad (no se determina el hecho, sino en todo caso, a través de una imputación de no hacer algo que el Estado no puede obligar a hacer: declarar en causa propia); b)

principio de inocencia, a partir de un dato exterior que no pudo provenir siquiera de una conducta (Derecho Penal de Acto), se construye una situación de culpabilidad, que el imputado debe destruir, sin que haya ningún indicio referido a un hecho concreto; c) Nemo Tenetur se ipsum prodere, el imputado pierde el Derecho a permanecer callado cuando alguien lo indaga acerca de si un acto previo suyo ha sido delictivo.

Como todo otro delito y de conformidad con lo establecido en los artículos antes transcritos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, llegara a conocimiento primero del Ministerio Público y luego del Juez por denuncia o querrela sometida a las normas propias de cada ordenamiento procesal. La prevención se orientara primero, la prueba de que el imputado ha sido funcionario público, y segundo, la prueba de que con posterioridad se ha enriquecido en su patrimonio, la concurrencia de estas dos pruebas crea una sospecha.

En primer lugar, hay que preguntarse: ¿Qué sospecha crea la concurrencia de estas dos pruebas?, ¿la sospecha de que se ha cometido qué hecho?. Por ejemplo: en el homicidio, los indicios imaginados –cualesquiera que sean- crean la sospecha de que X mato a Y, los dos indicios demostrados, vinculados entre sí, no permiten ninguna inferencia, ambos son datos incoloros, porque el Estado siempre tiene funcionarios y por que estos siempre tienen un patrimonio fluctuante.

Distinto es el caso si, sobre el funcionario X, pesa el indicio de que en su cuenta personal se incremento por el ingreso de una suma pagada desde la cuenta corriente de la empresa a la que el funcionario le ha concedido una licitación, o de un sanatorio que da prestaciones periódicas a afiliados de la caja dirigida por el funcionario, etc. Si a esto se le suma algún otro delito, o aún sin él, el Juez podrá tener por probado un hecho concreto: X acepto dádiva para realizar un acto de sus

funciones (art. 222 del Código Penal), delito que, de todos modos, tiene prevista una sanción menor que la del enriquecimiento ilícito. ¿De dónde podría surgir el efecto ascendente del disvalor del enriquecimiento ilícito, si este no se sabe de qué proviene y pudo provenir de un hecho menos grave?

Debe señalarse, además, que en materia procesal el Ministerio Público debe llamar a declarar al funcionario público en su carácter de indiciado, una vez que se hayan perfeccionado las condiciones de la imputación, es decir, el Agente del Ministerio Público no puede convocar al imputado a terminar de cumplir los presupuestos de la imputación, por todo lo anterior se dice que el tipo penal previsto por el artículo 224 del Código Penal sanciona un resultado y no una conducta.

4.4. ALGUNOS TIPOS PENALES QUE PUEDEN SER DESCRIPCIONES DE CONDUCTAS QUE TRAEN APAREJADO EL RESULTADO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Como se ha visto en el transcurso del presente trabajo, la tesis de que el enriquecimiento ilícito sea un delito de omisión no puede sostenerse por anteriores razonamiento y por que la principal consecuencia práctica que deriva de ella es a saber: la omisión posterior al requerimiento legítimo configuraría el delito aún en el caso de que un tercero demuestre la licitud del enriquecimiento, razonamiento inadmisibles. De ser así, el delito sólo podría llevar la pena prevista para el delito de desobediencia y resistencia de particulares como delito de peligro.

Por consiguiente, el ilícito está configurado por la conducta del funcionario que conduce al enriquecimiento ilícito patrimonial apreciable. En este contexto ingresan al menos las mismas conductas que están descritas en los delitos de

concusión, tráfico de influencia, cohecho, peculado, etc. Solo que la Ley alude a ellas de manera elíptico mediante un verbo que no describe una acción: enriquecerse y sin ningún límite de tipicidad.

Atendiendo lo anterior, debemos abrir paso al señalamiento de algunos tipos penales que hace el Código Penal que pueden aparejar conductas que conllevan al Servidor Público a enriquecerse.

4.4.1. CONCUSIÓN.

En el Diccionario Jurídico se define como "la manera de obtener arbitrariamente en su provecho un cobro injusto y violento, un funcionario público"

Algunos otros autores argumentan que más que de una cualificación de la exacción ilegal, se trata de un delito autónomo en el que se tipifica una evidente presunción de estafa, pues el hecho de que el importe no se haya ingresado en el Tesorero indica que el funcionario actuaba para lucrarse personalmente.

Con respecto a la historia de este delito, poca es la información que se tiene, en la época prehispánica, en torno a las legislaciones en aquellos tiempos, el delito de Concusión fue sancionado por las leyes de Nezahualcóyotl, imponiendo una pena de muerte a los colaboradores que cobraban más de lo que debían pagar los súbditos y vasallos.

En el Código de 1871, en el título undécimo se establecían los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones"; capítulo V, encontrando al delito de concusión junto al de peculado, la definición se establecía en el artículo 1032 mismo que señalaba: "Comete el delito de concusión: el encargado de un servicio público que, con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución,

recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la ley". A los agentes del hecho delictivo se le castigaba con la destitución de su empleo, e inhabilitación para obtener otro por un término de dos a seis años, con una multa del duplo de la cantidad que hubiera recibido indebidamente. Si la cantidad citada pasaba de 100 pesos se le imponía, además, de tres meses de arresto a 2 dos años de prisión (artículo 1033).¹²²

En el Código de 1929, no se tipificaba tal delito, en tanto que en el de 1931, se plasma de nueva cuenta la figura de la concusión, en el capítulo V, intitulado "Peculado y concusión"; ocupando del artículo 222 al 224 el ilícito de peculado. El texto original del artículo 222 lo definía de la siguiente manera "Comete el delito de concusión: el encargado de un servicio público que, con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la ley"

El día 5 de enero de 1983, se efectuó una reforma al Código Penal con la cual este delito pasó a formar parte del título X, capítulo VI del Código Penal para el Distrito Federal, artículo 218, que textualmente señala:

"ARTICULO 218.- Comete el delito de concusión el servidor público que con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija por sí o por medio de otro dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la ley.

Transformándose, además de ello, la sanción indicada para este tipo penal, de la siguiente manera:

Al que cometa el delito de concusión se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando la cantidad o el valor de lo exigido indebidamente no exceda de quinientas veces el salario ...”

4.4.2. TRÁFICO DE INFLUENCIA.

Desde el punto de vista gramatical, traficar significa negociar, comerciar, influencia es poder, valimiento, autoridad, ejercer predominio o fuerza moral en el ánimo de alguien, contribuir de algún modo al éxito de un asunto. Desde este punto de vista, tráfico de influencia.

Dentro de nuestra historia nacional, encontramos el antecedente de este delito en la Recopilación de Indias, título III, libro 5, ley LXXIV, que contenía las prohibiciones a los presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales de las audiencias Reales de las Indias para tratar, contratar, tener granjerías de ganados mayores, menores, entre otras cosas, e incluso señalando una penalidad más grave aún, si en este delito incurrieran los Virreyes, especificando que se atribuiría a éstos si era a través de sus criados, familiares y allegados, así como otras personas.¹²³

Al igual que el tipo penal de enriquecimiento ilícito, el delito de tráfico de influencias, también fue incorporado al capítulo IX del Código Penal el día 5 cinco de enero de 1983, disponiendo el artículo 221, que textualmente señala:

“ARTICULO 221.- Comete el delito de tráfico de influencia:

1.- El servidor público que por sí o por interpósita persona promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos ajenos a las responsabilidades inherentes a su empleo, cargo o comisión;

II.- Cualquier persona que promueva la conducta ilícita del servidor público o se preste a la promoción o gestión a que hace referencia la fracción anterior; y

III.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona indebidamente, solicite o promueva cualquier resolución o la realización de cualquier acto materia del empleo, cargo o comisión de otro servidor público, que produzca beneficios económicos para sí o para cualquiera de las personas a que hace referencia la primera fracción del artículo 220 de este Código.

4.4.3. COHECHO.

Cohecho en sentido gramatical significa sobornar a un juez o a otro funcionario público. Empero, para tener una idea más clara diremos que sobornar expresa corromper a alguien con dádivas para obtener algo. La palabra Cohecho tiene raíz latina *cofactaer*, que significa preparado, arreglado. El cohecho consiste en poner precio a un acto de administración pública que debería ser gratuito.

Dentro de nuestra historia, específicamente en la época prehispánica entre los aztecas se castigaron diversos delitos cometidos por los funcionarios públicos, dentro de ellos, el dejarse un juez corromper con dones (cohecho), sancionándose con pena capital. El procedimiento era investigar a los jueces quienes habían admitido el cohecho, mismos que morían degollados.

El Código de 1871, en su título noveno que trataba los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, esencialmente en su capítulo IV, se localizaba el delito de cohecho, estipulándose que todo servidor público que aceptara ofrecimientos o promesas, recibiera dones o regalos o alguna remuneración por ejecutar un acto justo de sus funciones que no tenga retribución señalada en la

¹²³ *Ibidem*, pág. 290

ley, se le imponía una pena de suspensión de empleo y una multa igual o al duplo de los que hubiese recibido.¹²⁴

De igual manera, el Código de 1929, plasmó tal figura, señalando que toda persona encargada de un servicio público, fuera o no funcionario, aceptara ofrecimientos o promesas, recibiera regalos o cualquier remuneración por ejecutar un acto justo de sus funciones se le destitula de su empleo, obligado a pagar una multa, quedando inhabilitado por 5 años para cualquier otro empleo en la administración pública.

El Código de 1931, reduce a dos artículos la regulación del ilícito, señalando como hipótesis de comisión: I.- Cuando la persona encargada de un servicio público, por sí o por interpósita persona solicitara o recibiera indebidamente dinero o cualquier otra dádiva, o aceptara una promesa directa o indirectamente para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones; y II. Cuando directa o indirectamente alguna persona diera u ofreciera dádivas a la persona encargada de un servicio público, fuera funcionario o no, con el fin de que hiciera u omitiera un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

Finalmente en las reformas al Código Penal en 1983, el día 5 de enero, se cambió al capítulo X el delito de Cohecho modificándose de la siguiente manera:

Este tipo penal se encuentra previsto en el título X, capítulo VI del Código Penal para el Distrito Federal, artículo 222, que textualmente señala:

“ARTICULO 222.- Cometén el delito de cohecho:

I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones; y

¹²⁴ Ibidem, pág. 277

II.- El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

4.4.4. PECULADO.

El vocablo peculado, proviene del latín *peculatus*. En sentido gramatical se puede considerar como la sustracción de caudales del erario público, efectuada por aquel a quien se le ha confiado la administración.

“Peculado –dice Marggiore- es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes”.¹²⁵

Durante la época prehispánica, entre el pueblo azteca, se sancionaba con pena de muerte el peculado. En el Código de 1871, señalaba el delito de peculado junto con el de concusión, señalando que cometía el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, y que para usos privados, propios o ajenos, distrajera de su objeto el dinero, las fincas o cualquiera otra cosa que perteneciera a la Nación, a un municipio o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, depósito o por cualquier otra causa.

El Código de 1929, no reguló dentro del capítulo exclusivo de los delitos cometidos por funcionarios públicos el peculado, sino que lo ubicó dentro del capítulo de abuso de autoridad, que establecía que al funcionario que abusando de su poder, hiciera que se le entregaran algunos fondos, valores u otra cosa que no se le

¹²⁵ Giuseppe, Margiore. Derecho Penal, parte especial, volumen III. Segunda Edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1989, págs. 160 y 161

hubiera confiado, se las apropiara o dispusiera se le aplicarían las sanciones del robo simple.

El Código de 1931, previó en su título décimo de los Delitos cometidos por servidores públicos, el delito de peculado junto con el de concusión, señalando de igual forma que cometía el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque fuere por comisión por tiempo limitado y no tuviere el carácter de funcionario, que para sus usos o ajenos distraiga de su objeto el dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente a la Nación, a un Estado o Municipio, a un particular, si por razón de su encargo los hubiera recibido en administración, depósito o por cualquier otra causa, atenuándose el delito cuando el agente del delito devolviera dentro de los diez días siguientes lo substraído.

El peculado en las reformas del 5 de enero de 1983, cambió para quedar como sigue:

Este tipo penal se encuentra previsto en el título X, capítulo VI del Código Penal para el Distrito Federal, artículo 223, que textualmente señala:

“ARTICULO 223. Comete el delito de peculado:

I.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al erario público del Distrito Federal o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa;

II.- El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero o a fin de denigrar a cualquier persona.

III.- Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades; y

IV.- Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

Del análisis a los anteriores tipos penales se observa que todos ellos tienen como resultado el incremento del patrimonio del servidor público, precisamente en base a la función pública que desempeñan, por lo que puede concluirse que lo que se pretende señalar como un tipo penal mas (Enriquecimiento Ilícito) no es otra cosa que el resultado de las conductas que precisan los ilícitos señalados en el título cuarto del Código Penal aplicable al Distrito Federal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de enriquecimiento ilícito propiamente surge de la conveniencia y utilidad ya que serviría como instrumento para el convencimiento de la gente ante las elecciones que se preparaban en el año de 1982, época en la cual también aquejaba a México una de las más severas crisis económicas que era atribuida, precisamente, a los servidores públicos.

SEGUNDA.- La Teoría del Delito desde sus orígenes con Cessar Beccaria ha estado sujeta a una constante evolución a través de diversas escuelas penales que han tratado de justificar la legitimidad del Derecho de penar y sobre la naturaleza del delito, constituyendo en la actualidad la manifestación mas clara y elaborada de la dogmática del Derecho Penal que permite una elaboración sistemática de las características generales atribuibles al delito.

TERCERA.- En la actualidad es posible sostener que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable.

CUARTA.- Actualmente la teoría del delito tienden al modelo finalista (en la opinión dominante) y es cierto también, que gran parte de las consecuencia prácticas de la teoría finalista hubieren podido alcanzarse con modificaciones y

ajustes marginales de la teoría causal, ya que la reformulación de la teoría finalista es precisamente la evolución de la causalista.

QUINTA.- El Tipo Penal de Enriquecimiento ilícito previsto por el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal, es un tipo abierto, y en consecuencia es contrario al principio de legalidad consagrado en lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional.

SEXTA.- La conducta penalmente relevante en el delito de enriquecimiento ilícito es la acción en la que el servidor público utiliza la función pública para enriquecerse.

SEPTIMA.- La tesis de que el enriquecimiento ilícito es un delito de omisión no puede sostenerse.

OCTAVA.- Debido a la definición legal de enriquecimiento ilícito (la omisión del servidor público de acreditar la lícita procedencia de los bienes), el tipo se esta sustentando en una presunción de culpabilidad, y por lo tanto se puede hablar de un delito de sospecha, hipótesis inadmisibles en todo Estado Social y Democrático de Derecho.

NOVENA.- Debido a la definición legal de enriquecimiento ilícito, se traslada la carga de la prueba al inculpado.

DECIMA.- De conformidad con lo señalado por el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal segunda parte, dicho precepto esta en contradicción con la fracción II del artículo 20 de la Constitución Federal violentando entonces al principio NEMO TENETUR.

DECIMA PRIMERA.- El Código Penal describe conductas que pueden traer aparejado enriquecimiento y que sin embargo, no son descubiertas con oportunidad, pero pueden en un futuro ser castigadas como enriquecimiento ilícito, ya que el Código Penal no da solución al respecto.

DECIMA SEGUNDA.- De entrada nos hace ver que la redacción del ilícito penal carece de claridad, no es precisa ni exacta, no es comprensible para los destinatarios de la norma y por ello atenta contra la garantía de seguridad jurídica y en mucho ayudaría que nuestros legisladores tuvieran a bien en reformar el artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal suprimiendo lo concerniente a la definición de enriquecimiento ilícito: "EXISTE ENRIQUECIMIENTO ILICITO CUANDO EL SERVIDOR PUBLICO NO PUDIERE ACREDITAR EL LEGITIMO AUMENTO DE SU PATRIMONIO".

DECIMA TERCERA.- El análisis crítico que hemos realizado ha dejado al descubierto muchos de los problemas que presenta la regulación del delito en estudio, sin embargo, consideramos que el Legislador debe crear una institución jurídica eficaz que permita tanto al investigador, como al Juzgador realizar una verdadera impartición de justicia y poder castigar a aquellos servidores públicos, que utilizando su empleo, cargo o comisión se enriquezca ilícitamente.

DECIMA CUARTA.- Sin ser un erudito en Derecho creemos que aliviaría los problemas que genera su creación con una redacción del tipo como la que a continuación se presenta:

“Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utiliza indebidamente su empleo, cargo o comisión para incrementar su patrimonio, siempre y cuando su conducta no se encuentre prevista en los demás tipos del presente título.”

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO Y LEVEN, Ricardo. Derecho Procesal Penal, Editorial G.K. Buenos Aires, 1945.
- 2.- ACERO, Julio. Proceso Penal. Editorial José Cajica Séptima Edición, Puebla, Puebla, México, 1992.
- 3.- BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal, Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores, 1989.
- 4.- BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1974.
- 5.- BECCARIA, Cesar. Tratado de los Delitos y las Penas. Editorial Porrúa. Séptima Edición Facsimilar, México 1997.
- 6.- BUSTOS RAMIREZ, Juan y YAÑEZ PEREZ, Sergio. Derecho Penal. Cuarta Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- 7.- CAFFERATA NORES, José I. La prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma Buenos Aires. Tercera Edición, 1998.
- 8.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa, México, 1988.

9.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1997.

10.- CASTRO V. Juventino. El Ministerio Público en México. Séptima Edición. Editorial Porrúa, México, 1990.

11.- CENICEROS JOSE ANGEL "El artículo 21 de la Constitución. La función persecutora del Ministerio Público". Revista Criminalia Año XXIX, número 1. Enero 1963, México S.T.

12.- COBO DEL ROSAL, Manuel. Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Editorial Torant lo Blanch, Madrid 1982.

13.- COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL PENAL. Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal Penal, 2ª. Edición, Editorial Oxford, México, 2000.

14.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I. Y II Casa Editores, S.A.

15.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

16.- DAZA GOMEZ, Carlos. Teoría General del Delito. Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. México, 1998.

17.- DIAZ ARANDA, Enrique. Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos. Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. México, D.F.

18.- FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.

19.- FUNDACION Tomás Moro. Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa.

20.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.

21.- GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. Prontuario del Proceso Penal. Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

22.- GIUSEPPE, Margiore Derecho Penal, parte especial, volumen III. Segunda Edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1989.

23.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios del Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, Tercera Edición.

24.- HERNANDEZ LOPEZ, Aarón. Manual de Procedimientos Penales, 2ª. Edición, Editorial PAC, México, 1991.

25.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1985 págs. 198

26.- JAKOBS, Gunther. Derecho Penal Parte General, fundamentos y Teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, Madrid 1995,

27.- JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción y adiciones por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Volumen Primero Bosch Casa Editorial, Barcelona 1981.

28.- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1978.

29.- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Lecciones de Derecho Penal Volumen 3. Editorial Harla. México. 1998.

30.- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en particular. Tomo II. 4ª Edición. Editorial Porrúa, México, 1998.

31.- MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1998.

32.- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis, S.A., Colombia 1999. Reimpresión de la segunda edición.

- 33.- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del delito. Editorial Porrúa, S.A. , México, 1994.
- 34.- ORONoz SANTANA, Carlos Manuel. Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Limusa, México, 1993.
- 35.- OSORIO NIETO, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México, 1989.
- 36.- PALLARES, Eduardo. Prontuario del Proceso Penal, 8ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.
- 37.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.
- 38.- REYNOSA DAVILA, Roberto. Teoría General del Delito. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1997.
- 39.- RIGHI Esteban/ FERNANDEZ A. Alberto. Derecho Penal. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires 1996.
- 40.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. Editorial Porrúa, Decimacuarta Edición, México, 1999.

- 41.- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimientos Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.
- 42.- ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Editorial Civitas S.A. 1997. Traducción de la Segunda Edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña.
- 43.- ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Reus S.A. Madrid, 1981.
- 44.- VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Editorial Trillas, México, 1973.
- 45.- VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuricidad y Justificación, Editorial Trillas, México, Tercera Edición, 1990.
- 46.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 47.- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Chile.
- 48.- WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Traducción José Cerezo Mir. Cuarta Edición. Editorial Ariel, 1964.

49.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General, Editorial Cárdenas Editores, México, 1988.

50.- ZAMORA JIMENEZ, Arturo. Cuerpo del delito y Tipo penal. Editorial Angel Editor. México, 2000.

51.- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa. México 1998. Novena Edición. Págs.510

52.- Los presidentes de México. Discursos Políticos, 1910-1988. Tomo V. Presidencia de la República. Colegio de México. Septiembre de 1988.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- 4.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y su reglamento
- 5.- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos
- 6.- IUS Disco Compacto año 2001

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**