

40761 13



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES CAMPUS ARAGÓN

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

“CREACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL QUE REGULE EL USO ILEGAL DE LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL, INALÁMBRICA COMO DELITO”.

T E S I S

QUE PARA OBIENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO (CIENCIAS PENALES) PRESENTA: ROBERTO CARLOS VELASCO GONZÁLEZ

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de UNAM a difundir en formato electrónico el contenido de mi trabajo y es

NOMBRE: Roberto Carlos Velasco González

FECHA: 5-NOV-02

FIRMA: [Firma manuscrita]

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CREACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL QUE REGULE EL USO ILEGAL DE
LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL, INALÁMBRICA COMO DELITO.

PROLOGO

PÁGINA

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO PRIMERO

1. PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO 7

1 1 Conducta 11

1 2 Tipicidad 17

1 3 Antijuridicidad 23

 1 3.1 Unidad de la antijuridicidad 32

 1 3.2 Contenido de la antijuridicidad 34

 1 3.3 Teoría objetiva y subjetiva de la antijuridicidad 37

 1 3.4 Antijuridicidad formal y material. 39

 1 3.5 Elemento subjetivo de la antijuridicidad 40

 1 3.6 La antijuridicidad en el derecho mexicano 40

1 4 IMPUTABILIDAD. 41

 1.4.1 Teorías de la imputabilidad 43

1 5 CULPABILIDAD. 47

 1 5.1 Teoría de la culpabilidad. 51

 1 5.2 Concepto de la culpabilidad 54

 1 5.3 Elementos de la culpabilidad. 56

 1 5.4 Teoría de los móviles. 63

1 6 PUNIBILIDAD 69

 1 6.1 Finalidad subjetiva de la pena. 78

1 7 MODALIDADES DEL TIPO PENAL 82

 1.7.1 Calidad del sujeto activo 83

 1.7.2 Calidad del sujeto pasivo. 87

 1.7.3 El resultado y su atribuibilidad 88

 a la acción u omisión

 1 7.4 Objeto material. 91

 1 7.5 Medios utilizados. 92

 1 7.6 Las circunstancias de lugar tiempo,
 modo u ocasión 93

 1 7.8 Elementos normativos 95

 1.7.9 Elementos subjetivos específicos. 96

CAPÍTULO SEGUNDO

| | |
|---|-----|
| 2 AVERIGUACIÓN PREVIA..... | 97 |
| 2.1 Antecedentes históricos..... | 97 |
| 2.1.1 Concepto..... | 98 |
| 2.1.2 Presupuestos de procedibilidad..... | 100 |
| 2.1.3 La denuncia..... | 101 |
| 2.1.4 Querrela..... | 105 |
| 2.1.5 Elementos que integran la averiguación previa..... | 109 |
| 2.1.6 Acción penal..... | 112 |
| 2.2 FASE PREPARATORIA..... | 114 |
| 2.2.1 Auto de término constitucional..... | 119 |
| 2.2.2 El auto de formal prisión..... | 121 |
| 2.2.3 Objeto y finalidad del auto de formal prisión..... | 122 |
| 2.2.4 Auto de formal prisión y prisión preventiva..... | 123 |
| 2.2.5 Antecedentes históricos del auto de formal prisión..... | 125 |
| 2.2.6 Requisitos del auto de formal prisión..... | 128 |
| 2.2.7 La probable responsabilidad..... | 131 |
| 2.2.8 Efectos del auto de formal prisión..... | 133 |
| 2.2.9 La variación de los hechos examinados en el auto de formal prisión..... | 137 |
| 2.2.10 Auto de sujeción a proceso..... | 141 |
| 2.2.11 El auto de libertad por falta de elementos para procesar..... | 142 |
| 2.2.12 Auto de libertad absoluta..... | 144 |
| 2.3 JUICIO..... | 144 |
| 2.3.1 Sentencia..... | 147 |
| 2.3.2 Concepto de delito..... | 150 |
| 2.4 AUTORIA..... | 161 |
| 2.4.1 Teorías que regulan la autoría..... | 164 |
| 2.4.2 Autor mediato o material..... | 176 |
| 2.4.3 Coautor..... | 177 |
| 2.4.4 Autoría accesoria o concomitante..... | 180 |
| 2.4.5 Problemática de la autoría mediata..... | 184 |
| 2.5 PARTICIPACIÓN..... | 186 |
| 2.5.1 Naturaleza jurídica..... | 187 |
| 2.5.2 Formas de participación..... | 192 |
| 2.5.3 Problemas especiales de participación: la participación en los delitos especiales..... | 195 |
| 2.5.4 Formas de participación intentada..... | 196 |
| 2.5.5 Teorías sobre la participación..... | 197 |
| 2.5.6 Accesoriedad limitada, restringida o mínima y extrema o máxima..... | 200 |
| 2.5.7 Formas de participación..... | 201 |

CAPÍTULO TERCERO

| | |
|--|-----|
| 3.1 EVOLUCION HISTORICA DE LA TELEFONIA MOVIL..... | 202 |
|--|-----|

CAPITULO CUARTO

| | |
|---|-----|
| 4.1 SIGNIFICADO DE RADIOTELEFONÍA MÓVIL..... | 224 |
| 4.2 CONCEPTO BÁSICO DE RADIOTELEFONÍA MÓVIL..... | 226 |
| 4.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 228 |
| 4.4 CREACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL QUE REGULE EL USO ILEGAL DE LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL INALÁMBRICA, COMO DELITO..... | 248 |
| 4.5 ESTUDIO MONOGRÁFICO DEL TIPO PENAL PROPUESTO..... | 251 |
| 4.6 TEORÍA DEL DELITO RESPECTO DEL TIPO PROPUESTO..... | 259 |
| 4.7 AUTORIA Y PARTICIPACIÓN..... | 265 |
| 4.8 FORMAS EN LAS QUE SE REALIZA EL USO ILEGAL DE LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL EN LA VIDA PRÁCTICA..... | 266 |
| CONCLUSIONES..... | 271 |
| PROPUESTA..... | 275 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 284 |

PRÓLOGO

El pretender abordar un tema como son las conductas delictivas en la telefonía celular mediante la propuesta de crear una disposición legal que regule el uso ilegal de la radiotelefonía móvil, conlleva a determinar cuáles y cómo serán los objetivos que el lector debe tener como parámetros para comprender este tema

Así tenemos que el realizar un método inductivo que nos permite tomar como fundamentos conceptos emitidos por algunos juristas de renombre como los Doctores DAZA GÓMEZ, JOSÉ NIEVES LUNA, entre otros sobre lo que es la teoría del delito y los elementos generales y especiales del tipo que deben reunir las conductas que se consideran por el Derecho Penal como delito, es de suma importancia, ya que sin ello no se podría comprobar la hipótesis o planteamiento del problema de la necesidad de regular este tipo de conductas que el derecho a dejado de regular, ya que la ciencia y los avances tecnológicos son mucho más innovadores que el Derecho, situación que da como origen esta investigación en la que no solamente se intenta este objetivo, sino el que se conozca y se tenga cuando menos una idea general de dos figuras jurídicas que regula el Derecho Adjetivo y Sustantivo en materia penal como son la Averiguación Previa y el Auto de Término Constitucional, las cuales son la base y el instrumento con el que los órganos ministeriales en primera instancia le facultan a realizar el proceso de investigación y persecución de las conductas que son consideradas como delito y por la otra la resolución Judicial con la que se determina la responsabilidad penal del sujeto que comete la conducta ilícita, contando con los requisitos legales y las constancias probatorias con las que sea sujeto a un proceso penal o el decretar su libertad.

Una vez efectuado el estudio de los aspectos doctrinarios que involucran al Derecho, se abordan los antecedentes históricos de la telefonía móvil, observando y dejando establecido el desarrollo tecnológico en los últimos años, con el que se pretende en un futuro no muy lejano llegar a la Tercera Generación, en la que se logrará tener la explotación de diversos servicios inalámbricos en los que las empresas que se dedican al

campo de las telecomunicaciones no solamente se dediquen a explotar el servicios de voz, sino diversifiquen y exploten al máximo los servicios que se pueden prestar en banda ancha, llegando a ser consideradas empresas de telecomunicaciones, brindando el acceso de voz, audio y video en movimiento en forma simultánea y en tiempo real.

Teniéndose esta amalgama de conocimientos tanto doctrinarios del Derecho Penal y los antecedentes históricos de la telefonía móvil, se entrará al estudio de la forma y manera en la que se está desarrollando las conductas que son consideradas ilícitas, realizando un estudio de comprobación a la luz de la teoría del delito y de los elementos del tipo penal, llegar a concluir que si puede ser considerada una conducta ilícita por el Derecho Penal la propuesta de norma legal que se establece observando en forma breve un precedente legal del derecho los Estado Unidos Americanos.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objeto realizar un análisis y propuesta de norma jurídica a las conductas "delictivas", que se llevan a cabo actualmente en el ámbito de las telecomunicaciones y en específico en el campo de la radiotelefonía móvil: siendo una de éstas el USO ILEGAL DE LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL, conocida comúnmente como la creación de "gemelos" de teléfonos de radiotelefonía móvil o CLONES; igual que el mal nombrado fraude por suscripción en el que se efectúan contrataciones para lograr la prestación del servicio a través de la exhibición de documentos falsos.

Así tenemos que el uso ilegal de la radiotelefonía móvil consiste en que una persona o personas, sin consentimiento de quienes legalmente contrataron el servicio, como la concesionaria, ocupan las frecuencias del espectro-radio-eléctrico que se explotan con tecnología celular PCS o GSM, creando un duplicado de los números de identificación de un teléfono de radiotelefonía móvil legalmente contratado para la prestación del servicio, con lo que le permite el uso ilegal de ésta únicamente para realizar llamadas, ya que no podrá recibir ninguna la persona quien lo ocupe, reflejándose dicho uso en los detalles de llamadas y en las facturas de costo tiempo aire, el cual se incrementa considerablemente de un mes a otro repercutiendo en primera instancia en la economía del usuario al causarle un cobro excesivo, mismo que ocasiona la reclamación, ya sea de forma extrajudicial al acudir a las oficinas administrativas del prestador y realizar la aclaración o en que proceda a presentar una queja ante la Procuraduría Federal del Consumidor; mismas vías que el prestador soluciona bonificándole las cantidades cobradas ocasionadas por este uso indebido no imputable al mismo, que es totalmente por conceptos de llamadas de larga distancia Nacional como Internacional, produciendo dicha devolución o ajuste de dinero un quebranto patrimonial de millones de pesos en su economía de la prestadora.

Por estos motivos es importante elaborar una propuesta de norma de carácter penal que encuadre perfectamente en la conducta antes descrita y se cumpla en estricto derecho lo establecido por el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que establece textualmente que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley **exactamente** aplicable al delito de que se trata; ya que si bien es cierto las prestadoras de servicio de radiotelefonía móvil denuncian dichas conductas con el Órgano Ministerial, éste se encuentra imposibilitado para cumplir con apego a la ley dicha disposición constitucional y procede a llevar a cabo la aplicación de la analogía y uso de la mayoría de razón, al encuadrar dicha conducta a otros tipos penales ya existentes en el Código Penal, como es en primera instancia de los establecidos en el artículo 368 fracción II y 167 fracción VI, no siendo estos los aplicables, ya que no se trata del aprovechamiento de energía eléctrica, magnética, electromagnética o de cualquier otro "fluido", o medio de transmisión, ni mucho menos de la interrupción de la comunicación telefónica inalámbrica, sino del uso ilegal de la radiotelefonía móvil a través de la duplicidad ilícita de los números de identificación de un teléfono de radiotelefonía móvil de un suscriptor legal al hacer uso de la misma y por lo que respecta al quebranto patrimonial sufrido por la persona moral prestadora del servicio en fraude regulado por los artículos 386 y en específico en el 387 fracción IV, al pretender hacer ver que se trata de un engaño con el que se está sirviendo del servicio de la radiotelefonía móvil y no está pagando el importe del consumo obteniendo un lucro indebido, siendo que el sujeto activo del delito, es una persona la cual no ha realizado ningún acto jurídico tendiente a que la prestadora lo considere como un usuario; ya que sin consentimiento de ella usa la radiotelefonía móvil duplicando los números de identificación de un teléfono de radiotelefonía móvil legalmente contratado desconociendo quien sea ésta, además de que él no engaña a la persona a quien le vende la línea activada en un teléfono celular, debido a que éste conoce perfectamente que únicamente podrá realizar llamadas y no recibirlas, además de no tener un cobro medido por parte de la prestadora que se refleje en una factura de consumo.

Tratan de establecer que dichas conductas ilícitas se encuadran en estos tipos penales en los que hay presencia de un concurso ideal de conductas; fundándolo en el artículo 18 del Código Penal del Distrito Federal, siendo que dicha conducta denunciada es un delito continuo y continuado, puesto que se prolonga en el tiempo por presentarse periódicamente en los usuarios de la prestadora; tiene una unidad de propósito delictivo, misma que consiste en aprovecharse de la radiotelefonía móvil no pagándolo y obteniendo un lucro indebido, pluralidad de conductas que al llevarse a cabo con diversos actos e instrumentos el uso ilegal de la radiotelefonía móvil sin consentimiento, unidad de sujeto pasivo siendo este siempre la prestadora del servicio en quien repercute el quebranto patrimonial tal y como lo establece el artículo 7o del Código Penal tanto el del Distrito Federal como el Federal.

Aunado a esto también existen otros criterios de funcionarios públicos (Ministerios Públicos), que establecen que se encuentran bajo la comisión de un delito de robo equiparado en su modalidad de robo de fluido, establecido en los artículos 367, 368 fracción II del Código Penal Federal, al encontrarse reunidos los elementos del delito en cuestión, toda vez que existe una conducta consistente en el apoderamiento y aprovechamiento de un fluido, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de él con arreglo a la ley y la cual se realiza con el total conocimiento que es ilícita y contraria a derecho, queriendo y aceptando la realización del hecho descrito en la ley con lo que se obra dolosamente en su comisión tal y como lo establece el artículo 9º del Código Penal. Sin embargo, el significado de la palabra fluido es ocupado únicamente para referirse a líquidos y gases y no así, de una frecuencia que forma parte del espectro radioeléctrico que se explota con tecnología celular, PCS o GSM, por lo que no puede ser considerada como un fluido, argumento que como se observará de la investigación realizada quedará más claro al adentrarse al presente trabajo.

Es de agregar y hacer nuevamente hincapié en la necesidad de regular dicha conducta por el derecho penal, puesto que en la vida práctica y en la integración de una averiguación previa que se diera, ya sea con o sin detenido respecto de esta conducta se encuadraría por diversos Agentes del Ministerio Público como un delito según lo establecido en el capítulo I Título Quinto de Ataques a las Vías Generales de Comunicación en su modalidad de robo de fluido eléctrico y por lo que respecta al quebranto sufrido por la persona moral en fraude genérico regulado por el artículo 386 del Código Penal Federal, siendo competente para conocer el Fuero Federal por ser de mayor penalidad el delito primero y por tratarse de un servicio concesionado por el Gobierno, y conforme a que los artículos 2,4,5,6 de la Ley Federal de Telecomunicaciones en relación con los artículos 3º y 5º de la Ley de Vías Generales de Comunicación, establecen que el espectro radioeléctrico y las redes de telecomunicaciones como los servicios que se presten, en donde se encuentran las frecuencias que se explotan con tecnología celular PCS y/o GSM con las que se da el servicio de radiotelefonía móvil lo que se considera una vía general de comunicación, la cual se encuentra bajo el dominio pleno del Estado representado en este caso por la Secretaria de Comunicaciones y Transportes y que por lo tanto, están dentro de la jurisdicción federal con lo que cualquier controversia que se propicie corresponderá conocer a los Tribunales Federales, intentando con estos criterios encuadrar la comisión de varios delitos pretendiendo que exista un concurso ideal de conductas establecidas en el artículo 18 del Código Penal, pero en estricto derecho la conducta denunciada es un delito continuado, es decir, que de manera periódica se interrumpe hasta el momento de que es detectado y se refleja en el estado de cuenta y saldo pendiente por pagar del usuario que legalmente contrata con la prestadora del servicio al elevarse de una cantidad razonable de renta y consumo tiempo aire a cantidades exorbitantes de miles de pesos de un mes a otro, además de no ser un robo de fluido eléctrico, ya que se trata de una frecuencia de telecomunicaciones que se da por el uso ilegal de la misma, sin consentimiento de quien tiene el permiso para explotarla obteniendo por este sólo hecho un lucro al beneficiarse por el servicio que no paga al

prestador del servicio y que corresponda conocer al fuero federal con fundamento en los artículos 2.4.5 y 6 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, 3 y 5 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, en la que se establece que se considera una Vía General de Comunicación

Por otra parte, el fraude por suscripción se origina en el momento que una persona o personas, de manera coordinada y en forma reiterada realizan diversas contrataciones del servicio de telefonía celular, exhibiendo documentos falsos como son identificaciones y comprobantes de domicilio o el que dichos documentos al ser alterados o falsificados aparenten ser de una persona, la cual nunca ha manifestado su voluntad por tener el servicio de telefonía celular, con lo que logran que se les preste el servicio a sabiendas de que no cubrirá el importe del mismo; ocasionando con ello un daño en el patrimonio de la empresa prestadora del servicio de telefonía celular, conducta que muy generalmente comenten los agentes de venta de los diversos distribuidores y subdistribuidores con los que cuentan las empresas que prestan el servicio, los que en forma directa verifican que se tenga los originales de las diversas identificaciones y documentos al momento de contratar el servicio, sacándole las copias correspondientes, hecho que ocasiona que se aprovechen de esta circunstancia en beneficio propio o de terceros, al comercializarlas ilícitamente dichas líneas explotándolas en forma indiscriminada hasta el estado de morosidad en el que la empresa prestadora le solicita el pago de forma extrajudicial o judicial al supuesto usuario mismo que no existe o que se presenten diversas denuncias por el delito de fraude ante las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados como del Distrito Federal en contra de la empresa prestadora al llegarle los estados de cuenta a la Persona de la cual fue utilizado su nombre y domicilio en diversas identificaciones o comprobantes mismo que se sorprende de que tenga supuestamente contratado un servicio del cual nunca ha realizado contrato alguno.

Al igual que el uso ilegal de la radiotelefonía móvil (CLONEO), hay conductas denunciadas ante los Órganos Ministeriales quienes proceden a la aplicación de la norma penal al encuadrar dicha conducta con el delito de fraude, regulado por los artículos 386 y 387 fracción IV del Código Penal Federal, al pretenderse que se trata de un engaño con el que se está sirviendo del servicio de la línea y no está pagando el importe del consumo, obteniendo un lucro indebido; hecho del cual conforme al artículo 18 del mismo ordenamiento establece que habrá concurso ideal cuando con una sola conducta se cometan varios delitos, ya que el instrumento con el que se hizo fue el engaño e incurrió en el error a la empresa, para prestar el servicio de telefonía celular fue la falsificación de los diversos documentos con los que se logró la contratación; aparentando a un cliente o usuario real y debidamente establecido en un domicilio en donde se le puede hacer efectivo el pago; sin embargo la hipótesis que se maneja en el artículo 387 fracción IV del Código Adjetivo aplicable a la materia, es cuando el sujeto activo del delito está debidamente identificado como el que se sirve de una cosa y no pague el importe y no para la conducta que anteriormente se señaló, por lo que la aplicación de este tipo penal no es adecuada, además de no observarse la falsificación de documentos para que sea sancionada, y por ende no se cumple el principio que se consagra en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aun cuando el objeto principal de la presente investigación jurídica no es la conducta, que es denominada por el campo de la telefonía como Fraude por suscripción, es pertinente dejar la reflexión anteriormente hecha, ya que en el momento de entrar al estudio de la propuesta de norma se hará mención de que sea regulada conjuntamente con el uso ilegal de la radiotelefonía móvil (CLONEO)



CAPITULO PRIMERO

1. PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

Es necesario para el adecuado desarrollo y comprensión del presente trabajo de investigación el referirnos a la esencia del delito, es así que tendremos que señalar que en torno al mismo, se han elaborado diversas corrientes o hipótesis de las que destacan la corriente unitaria o totalizadora y la corriente analítica o atomizadora.

A diferencia de la corriente unitaria o totalizadora que establece que el delito no es factible dividirlo, la corriente analítica o atomizadora dice que el delito es factible de división para realizar un estudio profundo y a este respecto, según el número de elementos en que se divida el delito, será la corriente que se estudie, hasta llegar a siete elementos positivos como negativos ¹

Así tenemos que el delito está constituido por un conjunto de elementos especiales y que de acuerdo a la corriente que se adopte será el número de elementos que integren al delito. Es decir, que se entienda que cuando se habla de número de elementos del delito se alude a una operación puramente lógica, la separación de cada uno de los elementos del delito, es algo que solamente ocurre en el campo del pensamiento, ya que para que exista el delito es necesario que existan todos sus elementos, de otro modo no hay delito ²

Por nuestra parte, adoptaremos la corriente exatómica la cual establece Luis Jiménez de Asúa, partiendo del cuadro propuesto por Guillermo Sauer, por considerar como la más completa para analizar, debidamente el delito y consta de seis elementos, tanto positivos como negativos, que son los siguientes: ³

¹ Avila Dávila Roberto. Teoría del Delito Editorial Porrúa México 1997 Cita a Francesco Carrara Pág. 7

² Ídem Pág 9.

³ Ídem. Pág 15

| Elementos Positivos | Elementos Negativos |
|----------------------------|----------------------------|
| Conducta | Ausencia de Conducta |
| Tipicidad | Atipicidad |
| Antijuridicidad | Causas de Justificación |
| Imputabilidad | Inimputabilidad |
| Culpabilidad | Inculpabilidad |
| Punibilidad | Excusas Absolutorias |

Por lo que antes de hablar de los **elementos del delito**, es necesario tener una concepción de lo que es la **teoría del delito**, la cual es un instrumento mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico penal previsto en la Ley

Raúl Zaffaroni, define a la *teoría del delito* como parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características específicas de cualquier delito.⁴

Para Hans Heinrich Jescheck, indica que la teoría del delito es la naturaleza del estudio de las características comunes que debe tener cualquier ilícito, para ser considerado como delito.⁵

Zaffaroni, considera que es la parte de la ciencia penal la que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito. Por lo que es predecible conocer que aspectos positivos son primarios indispensables para integrar y averiguar si la conducta delictiva es

⁴ Daza Gómez, Carlos Teoría General de Delito. Editorial Cárdenas y Editores México 1998 Pág 36

⁵ Idem Pág 37

sancionada y considerada como delito o en su caso a falta de cualquier elemento se esta en presencia de una conducta no delictiva, es decir, presentándose un elemento negativo.⁶

A partir de los conceptos anteriores mencionados se llega a la conclusión de que la teoría del delito, se encarga de estudiar las características comunes de todo ello que puede ser considerado como delito, dependiendo de la doctrina o teoría a la que se someta la conducta delictiva, se podrá conocer si están estudiando dos o hasta siete elementos que integran el delito o el fin o circunstancias que originaron que se cometiera. De ahí que surja la necesidad de estudiar la evolución sistemática del desarrollo de las teorías que estudian al delito en forma concreta, para que a continuación se estudie los elementos del delito.

Así tenemos que las teorías que estudian al delito se desarrollan en tres principales vertientes:

- a.- Concepción Causalista
- b.- Concepción Finalista
- c.- Concepción Funcionalista.

CONCEPCIÓN CAUSALISTA

Ésta utiliza fundamentalmente la distinción entre el aspecto externo (objetivo) y el aspecto interno (subjetivo) del delito.

Esto es, que se caracteriza a la acción de una manera simple y clara, lo cual tiene términos totalmente naturalísticos, como es el caso de una acción compuesta por

⁶ Zaffaroni Eugenio Raúl Manual de Derecho Penal Parte General Editorial Cárdenas Editores México 1997
Pág 333.

un movimiento corporal (acción en sentido estricto) y la consecuente modificación del mundo exterior (resultado) unidos por la primera la que engloba la ideación, deliberación y resolución en tanto la segunda, la exterioriza preparando la ejecución del delito ⁷

Por lo que esta teoría es un factor causal de resultado, sin tomar en cuenta a la intención que llevó al sujeto a cometerla, es decir, el contenido de la voluntad no preside de un fin dirigido, sino simplemente como voluntad de hacer el movimiento ⁸

CONCEPCIÓN FINALISTA

Esta corriente establece que la finalidad o carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponer por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan. ⁹

Es así que la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, eligiendo los medios para lograrlo, finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo externo ¹⁰

Hans Welzel establece que si bien se acepta que el delito es parte de una acción y que ésta es una conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, un fin, es así que el verdadero sentido de la teoría de la acción finalista aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitarias del derecho penal.

⁷ Plascencia Villanueva, Raúl. Teoría del Delito Editorial UNAM México 1998 Pág 36

⁸ Daza Gómez Carlos Ob. cit Pág 48.

⁹ López Betancout, Eduardo. Teoría del Delito Editorial Porrúa México 1997 Pág 7

¹⁰ Plascencia Villanueva, Raúl Ob. cit Pág 40.

En tal virtud, la acción sólo tendrá carácter final en función de los resultados que el sujeto se haya propuesto voluntariamente. por lo que en aquellos resultados no propuestos, estaremos ante un resultado causal y no final

CONCEPCIÓN FUNCIONALISTA

Esta teoría se fundamenta en la función político criminal del derecho penal. Claus Roxin, establece que el fin de la pena es la prevención general, proponiendo un cambio en la fundamentación de la culpabilidad, al señalar que se supera la pugna entre el libre albedrío y determinismo llegando a un fundamento normativo ¹¹

Hecho el señalamiento de las tres principales teorías que estudian el delito, se procederá al análisis de los elementos que lo integran.

1.1 CONDUCTA

La conducta como primer elemento esencial del delito, es definida como el comportamiento humano, más o menos encaminado hacia un fin o también podría ser el comportamiento humano, positivo o negativo, con metas definidas. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores, se encuentra el de hecho, acción, acto, pero estas expresiones que no contemplan la

¹¹ Daza Gómez Carlos Ob. cit Pág 50

posibilidad de una inactividad, por ello resulta más conveniente la denominación de acto a nuestro criterio. Esto en términos de los argumentos que nos hace ver el maestro Jiménez de Asúa, el cual manifiesta que el primer carácter del delito es ser un acto que supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta, la que no es otra cosa que una conducta humana, siendo ésta la especie de hecho ¹²

En cambio la palabra acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta, el cual no es otra cosa que una conducta humana siendo esta una especie de hecho, por lo que este autor en resumen considera al acto como la manifestación de voluntad que mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo cuya modificación se aguarda.

Sin embargo es pertinente observar que Reyes Echandia, habla de que la conducta como un acto en el sentido que con éste concepto *abarca la acción entendida como hacer activo* y la omisión, como un “no hacer” lo debido, ya que a nivel de la conducta, es decir, antes del plano analítico de la tipicidad, no hay “omisión” sino que todas son acciones. De allí que en la terminología que empleamos, acto y acción sean sinónimos ¹³

Hay también autores que prefieren hablar de acto o de acción y se niega a denominar a este carácter genérico como conducta, argumentando que con conducta se denota un comportamiento más permanente o continuado que con acto o acción. No creemos que esto sea fundado, porque la extensión de actividad que debe considerarse la determinación al tipo y no la expresión que usamos a nivel ontológico.

¹² Jiménez de Asúa, Luis Lecciones de Derecho Penal. Editorial Harla. México 1997 Pág. 14

¹³ Reyes Echandia Alfonso, Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá 1996. Pág. 15

Así tenemos que Zaffaroni. señala que la utilización de la palabra hecho, engloba a la conducta más nexo causal y el resultado; es decir, que el hecho es una expresión que debe ser entendida en el mismo y empleada por el Código Civil que son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extensión de los derechos u obligaciones.¹⁴

El Código Penal usa la expresión “hecho” en muchas ocasiones y lo hace en sentido amplio, que deja abierta la posibilidad de entender por “hecho” una mera exterioridad del delito.

Por lo que los *hechos* pueden ser humanos (si participa un hombre, en cualquier forma que lo haga) o de la naturaleza en que no participa el hombre. Los que nos interesan son los hechos humanos, pero no todo hecho en que participa el hombre es una conducta, porque no es conducta el hecho humano en que un hombre toma parte como una mera masa mecánica. Los hechos humanos se subdividen pues en voluntarios e involuntarios, los hechos humanos voluntarios son precisamente, las conductas.

Para Ricardo Abarca, la acción en el Derecho Penal, equivale a una conducta humana y por tanto *comprende cuatro elementos*:¹⁵

1.- Un querer interno del agente. Este es el querer por parte del sujeto activo de cometer el delito; es propiamente la intención.

¹⁴ Zaffaroni Eugenio, Raúl. Ob cit. Pág. 360

¹⁵ Abarca Ricardo H. El Derecho Penal Mexicano Editorial Cultura. México 1986 Citado por López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito Pág. 137

- 2.- Una conducta corporal del mismo agente. Consistente en el hacer o actuar, es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.
- 3 - Un resultado externo que es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y previsto en la Ley penal
- 4.- Nexo causalidad. que es el ligamiento que une a la acción o conducta con el resultado, el cual debe ser material, ya que si es moral, espiritual o psicológico; es irrelevante para el derecho penal una conducta voluntaria que consiste en hacer algo que produce alguna mutación en el mundo exterior

De todo lo anterior, podemos concluir que la conducta *tiene tres elementos*.

- a.- Un acto positivo o negativo (movimiento).
- b.- Un resultado
- c.- Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

Antes de entrar al estudio de las corrientes o teorías que estudian a la conducta o acción es pertinente hablar de la conducta o acción en sentido estricto y en sentido amplio, así tenemos que:

- a.- En sentido amplio, se entiende que la **conducta exterior** voluntaria encaminada a la producción de un resultado, consistente en una modificación del mundo externo o en el peligro de que ésta llegue a producirse, es decir, que la acción o conducta consiste en la exteriorización del acto de la voluntad mediante un hacer o por

inactividad, dando como resultado la modificación producida en el mundo exterior o el peligro creado con dicha conducta, de lo que se desprende el nexo causal entre la acción y el resultado

b.- En sentido estricto, la conducta es un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha definido a la acción o conducta como el comportamiento corporal voluntario, no hace referencia al resultado, porque algunos consideran que el resultado no corresponde al concepto, por no formar parte de la acción, sino por constituir su consecuencia

El maestro Porte Petit, respecto a la acción o conducta nos dice "la acción o conducta consiste en la actividad o el hacer voluntarios dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico"¹⁶

Así tenemos que la conducta o acción se ha conceptualizado y estudiado por la teoría finalista y en especial por su mejor exponente el doctrinario Hans Welzel, como que solamente puede ser humana y traducida en actos externos para que puedan ser calificadas de delito y motivar una reacción penal¹⁷ Esta acción es dependiente de la voluntad humana, la cual debe ser siempre con una finalidad, ya que no se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin, pues el contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar. Es decir, un fin, de ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin de la acción. Se ha dicho que se divide en dos fases que son:

¹⁶ Márquez Piñero. Rafael Derecho Penal Parte General Editorial Trillas, México 1997. Págs. 156 y 165.

¹⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa México 1997 Pág. 34

a) - Una *fase interna* que sucede en la esfera del pensamiento del autor. éste se propone anticipadamente la realización de un fin en el cual tiene que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone.

b).- Una *fase externa* en la cual una vez que se propuso el fin seleccionado, los medios para su realización, y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal dominado con la finalidad y procurando alcanzar la meta propuesta

Ahora bien, para la teoría causalista representada por Von Liszt y Mezger, la conducta o acción debe ser también humana, pero a diferencia de la teoría finalista que prescinde del contenido de la voluntad; del fin que para ésta es más importante el marco de la culpabilidad, así tenemos que se reduce el concepto de acción o de conducta a un proceso causal prescindiendo, por completo de la vertiente de la finalidad, con ello desconoce la realidad de las acciones humanas que no son simples procesos causales (pues en este caso no se podrían diferenciar de los simples fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin el cual debe ser objeto de la valoración en el ámbito de la culpabilidad, dejando a la otras categorías, tipicidad y antijuridicidad, la valoración del aspecto puramente causal del comportamiento humano.

1.2 TIPICIDAD

Como segundo elemento del delito, la tipicidad tiene como naturaleza jurídica una descripción de comportamientos realizados o a realizar, que alteran la estabilidad de la vida en sociedad, en los cuales se considera que se han puesto en peligro o vulneran bienes individuales o sociales importantes, propiciando una inestabilidad; lesionando intereses privados o colectivos, mismos que son recogidos en normas positivas que los prohíben y respalda penalmente

Así, tenemos que en términos muy simples, podemos decir que la tipicidad es el estudio de los tipos penales. El tipo ha de entenderse como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible, abstracción que se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de un marco quepa el singular y concreto comportamiento, la connotación descriptiva puntualizando el carácter preferentemente objetivo del tipo porque algunas veces aparecen en la referencia normativa y subjetiva.

La reprochabilidad pretende mostrar cómo el legislador ordinariamente describe conductas que merecen rechazo social y son por lo mismo dignas de reproche y deben ser punibles, porque de esa naturaleza es la respuesta estatal complementaria del tipo

Por eso se ha definido como el adecuamiento de la conducta al tipo penal o la adecuación de la conducta a la descripción legal, los cuales se encuentran integrados por elementos generales y especiales, de ahí que si falta alguno de ellos no se pueda afirmar que exista tipicidad.¹⁸

¹⁸ López Betancourt, Eduardo. Ob. cit. Pág 107

La tipicidad es la concretización de todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo penal y si falta alguno de ellos estaremos en presencia del aspecto negativo del delito o sea la atipicidad. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal; es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal, la tipicidad consiste en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponde, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales

Para Pavón Vasconcelos, la tipicidad es la descripción concreta hecha por la Ley de una conducta, a la que en ocasiones se suma su resultado reputado como delictuoso al conectarse a ella una sanción penal

Jiménez Huerta, considera que es una descripción de conducta que a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la Ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre. Se declaran punibles condiciones que atañen a la esencia misma del derecho y por medio de la cuáles los integrantes de un grupo social determinado, conocen los caminos en que deben encauzarse sus conductas y las consecuencias que el apartamiento de ello puede acarrearles, estableciendo una taxativa en la relación de daño, castigo y rigidez en cuanto a la apreciación judicial¹⁹.

La tipicidad constituye una aporte innegable y positivo al mejor entendimiento del delito como fenómeno jurídico, del cual señala Reyes Echandía, que tiene una triple función: garantizadora, fundamentadora y sistematizadora.

Función garantizadora.- El tipo constituye garantía jurídica, política y social de la libertad y de la seguridad personal, lo cual tutela el arbitrio estatal, evitando que alguien sufra violación de sus derechos, sin motivo legal previo o que sea juzgado sin el lleno de requisitos legales preestablecidos.

¹⁹ Reyes Echandía, Alfonso Tipicidad, Editorial Temis Bogotá, Colombia 1989 Pág. 7

Estas normas son reproducidas en los códigos penales y de procedimientos penales, constituyendo el fundamento de los tipos legales en los que se describen modelos de comportamiento que merecen ser elevados a la categoría del delito y sancionados penalmente, solo a partir de ese momento el Estado puede perseguir a quien realiza las actividades así descritas y aplicarle la pena que se haya previsto. Es tal la importancia de los tipos por este aspecto, que el Juez no podrá sancionar como ilícito, una conducta que no esté regulada su pena de incurrir él mismo en abuso de autoridad.

Función fundamentadora.- En el sentido que determinada conducta no puede ser calificada como delictiva mientras el legislador no la haya descrito previamente y conminando con sanción penal, así es que la ley realmente no define sino describe hechos punibles

Función sistematizadora.- En el sentido que permite el puente de unión entre la parte general y la especial del Derecho Penal por lo que la sistematización de los tipos penales consagrados en la parte especial de los códigos, no puede ser sino el resultado de una teoría general del delito.

Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. Es importante hacer hincapié, que para llevar a cabo un estudio del segundo elemento del delito se realice un análisis del tipo. El tipo, en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos. Concepto que, Ernesto Von Beling, Mezger, alude que el tipo es el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. En el derecho

penal lo que lo diferencia del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura del delito.²⁰

El maestro Francisco Muñoz Conde, establece que el tipo es "la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto hecho de una norma penal". la cual tiene tres funciones que son: la seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevante, garantizadora en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados, motivadora general al indicar el legislador cuáles son las conductas prohibidas con lo que se espera que el ciudadano no las realice.²¹

Para Juan Bustos Ramírez, que el tipo legal no sólo describe acciones u omisiones, sino que es la descripción de un ámbito situacional determinado.²²

Enrique Bacigallupo, considera que el tipo penal es un concepto jurídico producto de la interpretación de la Ley Penal; como la descripción de la conducta prohibida por una norma. Para Reinhard Maurach: "el tipo es la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica".²³

Bacigallupo, considera que en la práctica la primera operación que deberá realizarse para verificar la tipicidad de un comportamiento, es la de comprobar si se trata de un comportamiento evitable o no.

Por su parte Muñoz Conde dice: que toda acción u omisión es delito, si infringe en el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad).

²⁰ Orellana Wiarco Octavio Teoría del Delito Editorial Porrúa, México 1997. Pág. 18.

²¹ Muñoz Conde, Francisco. Teoría del Delito, Editorial Temis Bogotá Colombia 1990 Pág. 40

²² Daza Gómez, Carlos Ob cit 1998. Pág. 67.

²³ Reyes Echandia, Alfonso Ob cit Pág. 27

En México el artículo 14 párrafo tercero de nuestra Constitución, establece el principio "nullum crime sine lege", sólo los hechos tipificados en la Ley Penal como delitos, pueden ser considerados como tales

Actualmente el tipo cumple tres funciones: tipo de adecuación, garantía y motivador general.

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 con el principio de legalidad, conducían a la aplicación de una pena y que puedan no caer dentro del tipo de la adecuación, por ejemplo: desistimiento en la tentativa.

Para explicar la **función de garantía**, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se puede deducir con claridad la conducta prohibida

Función motivadora, porque el legislador indica en el tipo penal a los ciudadanos qué conductas están prohibidas, y con ello, se abstengan de realizar la conducta prohibida, materia de prohibición.

Para Beling, el tipo se agotaba en la descripción de la imagen externa de una acción determinada. El tipo no expresaba nada acerca de la antijuricidad, porque sólo era el objeto de un juicio de valor jurídico formulado mediante elementos conceptuales, que debía desprenderse en su totalidad de las normas jurídicas.

Al aparecer las teorías de Hegler, Sauer y Mezger, el tipo se convierte en materia de prohibición de las disposiciones jurídico-finales. descripción objetiva del comportamiento prohibido.

Fernando Castellanos, manifiesta que el tipo es la creación legislativa. la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción formulada en abstracto.²⁴

Zaffaroni, indica que el tipo es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes.²⁵

Para el maestro Jiménez de Asúa, el tipo es la sintética descripción delictiva contenida por los diferentes artículos del Código Penal en su parte especial; es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito.²⁶

O bien como lo entiende Edmundo Mezger, injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada la sanción penal. El tipo tiene una función meramente descriptiva, con absoluta independencia de la antijuricidad y de la culpabilidad de la que somos partidarios.

²⁴ Luna Castro. José Nieves. El Concepto del Tipo Penal en México Editorial Porrúa México 1999 Pág 4

²⁵ Zaffaroni Eugenio, Raúl. Ob cit. Pág 391

²⁶ Jiménez de Asúa. Luis La Ley y el Delito Editorial Bosch España 1989 Pág. 254.

1.3 ANTIJURICIDAD

La antijuridicidad como tercer elemento del delito está íntimamente ligada a la tipicidad. Binding, estableció que el sujeto activo del ilícito no quebrantan la ley sino la norma, puesto que la primera describe al delito, y la segunda valoriza, con lo que el delincuente, al infringir el ordenamiento jurídico, se adapta perfectamente a la descripción que hace el legislador; y lo que conculca son los valores que el tipo penal protege; es decir, el bien jurídico tutelar, punto de vista éste último que comparte Mezger, quien considera a la antijuridicidad como la violación de valores y principios culturales de relevancia para el Estado.

La antijuridicidad es el elemento más relevante del delito, su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. Es la oposición objetiva de la conducta contra las normas de cultura tuteladas por el Derecho.

Mariano Jiménez Huerta, dice que es el elemento de la antijuridicidad, el de contenido más rico y de horizontes más amplios de los que subyacen en la estructura de los tipos penales y motivan su creación; y también aquél que mayor profundidad ofrece, pues mece su cuna en la convivencia humana y su evolución y desarrollo va íntimamente unida a la de la cultura imperante en cada siglo de la historia y a la de su lenta pero incesante transformación. Aunque por su complejidad está dicha la última palabra.²⁷

El pronunciamiento y declaración de que una conducta es antijurídica, presupone un análisis, un enjuiciamiento, una valoración; es decir, un juicio en el que se afirma su contradicción con las normas del derecho

²⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano 4ª Ed Editorial Porrúa S A México 1981 Pág 280.

La antijuridicidad se observa independientemente, porque es de naturaleza distinta de la tipicidad, ésta importa una pura descripción en tanto que la antijuridicidad, encierra un juicio de valor referido a la norma.

Cuando se habla del derecho penal debe de señalarse como una de sus características el de tratarse de una ciencia cultural (es decir del deber ser) y a lado de la cual existe también las ciencias naturales (o sea las de ser, que aluden a leyes permanentes, a las que el hombre no puede sustraerse) Las ciencias culturales derivan su deber ser de la necesidad moral y tienden a la permanencia. Esa es su aspiración, pues el hombre puede no someterse a sus mandatos; están basadas en la valoración de la conducta humana, se trata de normas de conducta diferenciables de las leyes puramente físicas y se orientan a la ordenación de la convivencia social de la comunidad, dimanando su obligatoriedad de las exigencias de la vida comunitaria. La cultura puede ser definida como una pluralidad de conductas generalizables y transmisibles comunitariamente o lo que es lo mismo, el repertorio de comportamientos y patrones de existencia de una sociedad tanto en el plano teórico como en el práctico

En el ámbito jurídico frecuentemente se utilizan las palabras antijuridicidad, ilícito e injusto indistintamente, lo que origina, en algunos casos cierta confusión de conceptos. Se trata de un problema semántico pero que puede tener implicaciones conceptuales. De acuerdo con Jiménez de Asúa, la licitud tiene mayor amplitud en la antijuridicidad, lo ilícito es lo opuesto a la moral y también al derecho, por consiguiente el círculo ético es de mayor amplitud que el jurídico, y al decir acto ilícito en vez de acto antijurídico, como juristas estamos separándonos de toda exactitud en nuestro lenguaje, nos desviamos de la precisión exigible y necesaria en nuestra materia, y vamos a caer en la imprecisión del lenguaje vulgar o por lo menos corriente.

Jiménez de Asua, define a favor de la utilización indistinta de los términos antijurídico e injusto. De ahí, una vez fijada esa identificación entre lo jurídico y lo injusto (aunque reconociendo que se trata de conceptos ius-filosóficos distintos) que afirme que si lo antijurídico hubiere de expresarse en un término no tautológico, se deberá optar por una palabra contraria a la norma.

Jiménez de Asua se pronuncia por el vocablo antijuridicidad, porque entiende que emplear la palabra anormalidad sería demasiado confuso, en cuanto la misma podría, por sus diversas connotaciones dar lugar a muchos equívocos. Frente a esta postura o quizá con una matización muy precisa Hans Welzel, resume y dice: que lo injusto alude a algo sustancial, o sea, la conducta antijurídica misma. Para Bonn la antijuridicidad es un predicado y que lo injusto es un sustantivo. Injusto, es el contenido mismo de la conducta antijurídica.

La antijuridicidad es una característica en este modo de conducta y, sin duda, la relación contradictoria en que aquella se encuentra en el orden jurídico. Por eso termina afirmando Welzel, hay un específico injusto jurídico-penal, como existe un específico injusto jurídico-civil, un específico injusto jurídico-administrativo, etc... pero sólo hay una antijuridicidad: todas las materias reguladas como prohibidas en las diferentes ramas del derecho, son antijurídicas para el orden jurídico en general.²⁸

Sin embargo el Doctor Carrancá y Trujillo, distingue la antijuridicidad penal de la civil por su resultado y por su fin; el daño civil afecta intereses privados, en tanto que el penal afecta intereses sociales. Las sanciones del derecho penal son aplicadas con el objeto de tutelar, con la máxima nota coactiva de que dispone el Estado, ciertos bienes y derechos que se estiman esenciales para la persona, el Estado y la propia sociedad, y para cuya tutela son insuficientes las sanciones de derecho privado o las de

²⁸ Welzel Hans Derecho Penal Alemán, 4ª Ed Editorial Jurídica de Chile 1997 Pág 57

cualquier otra rama del derecho. Asimismo, alude al fin científico de las sanciones la posible reforma del delincuente y su readaptación útil a la convivencia social, considerado desde un ideal de un progreso social e individual.²⁹

Dado que la antijuridicidad es un concepto negativo, (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al Derecho; pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado. Las leyes no surgen por declaración espontánea, sino que tienen unos presupuestos previos que integran el bagaje cultural de una comunidad. Las normas de cultura constituyen los principios fundamentales de la convivencia social, que el derecho regula como manifestación de una cultura.

Parece sumamente explícita la definición de Fernando Castellanos; que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contraen el tipo penal específico. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, es decir, aquilatar la estimación entre esa conducta (en su fase material) y en la escala de valores del Estado.³⁰

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en un proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad.

²⁹ Carrancá Trujillo, Raúl Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa S A México 1977. Págs 380 y 381

³⁰ Castellanos Tena, Fernando Lineamientos Elementales de Derecho Penal Editorial Porrúa S A México 1990 Pág 178.

La antijuridicidad es puramente objetiva; atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".

A pesar de que el juicio que presupone la antijuridicidad se refiere a la oposición entre conducta humana y norma penal y de que se recae sobre la acción realizada exclusivamente, teniendo por tanto un carácter objetivo, un grupo de autores especialmente alemanes, observan que determinados hechos delictivos presentan una específica actitud psicológica de la gente, dirigida a un fin determinado. De ahí que se hable de elementos de la antijuridicidad o con mayor precisión de aspectos de la misma. Se ha dicho que una misma conducta exterior puede estar conforme al derecho o ser antijurídica, según el sentido que la gente atribuya a su acto, o por la disposición anímica con que la realicen. Estos elementos de índole subjetiva son denominados elementos subjetivos del injusto (de la antijuridicidad).

Cuello Calón dice: que la presencia de estos rasgos subjetivos en la antijuridicidad, no supone la fusión de ésta con la culpabilidad, pues entiende que sería equivocado atribuir todo lo objetivo a lo injusto (antijuridicidad) y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Dicha presencia de estos rasgos tiene lugar de acuerdo con el maestro español en los llamados delitos de intención o de tendencia (robo), en los que la acción sólo integra esas infracciones cuando el agente obra con ánimo específico de apropiarse o de utilizar la cosa ajena.³¹

Max Ernst Mayer, (1915), y Edmundo Mezger, (en 1926) profesor de la Universidad de Berlín, expresaron su aceptación de la teoría básica de Beling, pero al

³¹ Cuello Calón Eugenio Derecho Penal, 2 Ed. Editorial Bosch Barcelona 1975 Pág 18

mismo tiempo, su inconformidad en cuanto a la manera como encajan unos elementos con otros.

En relación con lo antijurídico del hecho y el lugar que ocupa en la estructura del delito, Mayer afirmaba que aquel preside la descripción típica del hecho susceptible de pena, ya que no es posible que el legislador elabore una figura típica, sin haber previsto a priori lo antijurídico del hecho que pretende prohibir y conminar con penas

Existe pues, una antijuridicidad sugerida por la descripción típica del hecho punible, pero no incluida en él, toda vez que lo antijurídico es un fenómeno real ocurrido entre un hecho sucedido y el choque contra un derecho ofendido, por lo que no tiene vida en el tipo, aunque el tipo lo señala como posible. Por esto decía Mayer, que el tipo es la *ratio essendi* (razón de ser) de lo antijurídico. Mezger fue más allá al considerar que en la figura típica se describe un fenómeno antijurídico. En esta forma la antijuridicidad tiene vida en el tipo mismo y es hallada por el Juez con la sola comprobación y análisis del hecho real, como contrario al derecho tutelado. Por este motivo, mientras que Beling y Mayer dicen que el delito es “acción típica, antijurídica y culpable”, Mezger lo definirá como una “acción típicamente antijurídica y culpable”

El dilema planteado entre uno y otro radicaré fundamentalmente, en si lo antijurídico del delito es un juicio que brota de la mente del juez al enfrentar el hecho real con el derecho atacado por éste, y por lo tanto, a posteriori. Si lo primero, lo antijurídico es lo típico y es una abstracción. Si lo segundo, lo antijurídico es una vivencia. Welzel se pronuncia por esta última cuando afirma que lo antijurídico es “la desaprobación del hecho, referida a un autor determinado”, y por lo mismo la denomina con el nombre de “el injusto”, porque lo antijurídico del hecho resulta una

injusticia que comete el autor cuando vulnera derechos ajenos.³² A nuestro entender, lo meramente típico no puede ser antijurídico, porque ante la figura legal el Juez no puede enfrentar valores opuestos: hecho y derecho, ya que el primero no existe sino en una abstracción gramatical. Pero la figura típica sí sugiere lo antijurídico que habrá de sobrevenir, cuando el hecho se ejecute. Cuando Binding planteó su teoría del tipo, consideró que la tipicidad es meramente descriptiva del hecho punible, teniendo a lo antijurídico como un juicio que se emite por el Juez en presencia de la contradicción real entre el hecho y no por lo abstraído en la figura legal.³³

En esta forma para Binding, lo antijurídico del hecho viene a resultar de la realización del hecho típico por un autor al cual se le reprocha, no una mera abstracción por medio de la gramática en la figura típica, sino un hecho vivo que choca contra el derecho ajeno. De no ser así, lo antijurídico del delito resultaría un mero juego intelectual del redactor de la ley penal. En cambio para Binding, la antijuridicidad es una vivencia del autor del hecho adecuado a la tipicidad, y resulta de una calificación que de ello hace el Juez al valorar el fenómeno delictivo. Por eso Binding había dicho años antes, que el autor del hecho no viola la ley que tipifica el hecho, sino que le da vida jurídica

Pero esta fusión de lo típico y lo antijurídico no es prudente. En resumidas cuentas el hecho antijurídico es el tipo que se realiza, puesto que resulta absolutamente cierto que no todo hecho es punible, ni aún considerándose lesivo de derechos, sino en la medida en que tome forma en la tipicidad de un código, como escribía el mismo Mezger. Ello porque la tipicidad es la encargada de determinar cuáles hechos son punibles, cuando lo antijurídico sea una realidad.

³² Ferrera Delgado, Francisco. Teoría General del Delito, Editorial Temis Bogotá Colombia Pág 236

³³ Jiménez Huerta, Mariano Ob cit Pág. 33.

Los hechos "atípicos" no son antijurídicos en el sentido valorativo que la ley penal le da a la palabra delito. Los hechos atípicos podrán chocar contra los valores dados por la cultura o por la ética o por las costumbres de una sociedad o por otras normas de derecho no penales

Pero este choque no los hace antijurídicos, ni para la ley penal, ni para la valoración cultural del Juez, ni siquiera para la mentalidad del legislador mismo, sino que los hallará simplemente antisociales. Sólo cuando el legislador convierta en gramática el hecho antisocial y destructor de derechos, y lo incluya en un tipo, entonces lo descrito podrá adquirir el valor de antijurídico

Carlos Binding, descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto, ¿Qué es lo que hace un hombre cuándo mata a otro? Estar de acuerdo con el tipo penal descrito en el Código de la materia. Igual sucede con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. Por eso Binding, afirma que la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta la norma valoriza y la ley describe.

Max Ernesto Mayer, da un contenido a la antijuridicidad. Dice que esta es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado, con lo cual pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico. Para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etc

Si observamos que lo antijurídico aparece aún cuando no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de Binding y de Mayer, tal ocurre si se infringe un

precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley antireligiosa en un pueblo eminentemente creyente) Es decir, si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad es la oposición objetiva al derecho. sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas; puede haber actos formalmente antijurídicos, que como vimos no infringen los valores colectivos. En realidad, lo que ocurre es que Binding y Mayer prescindieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material.

Esto no significa que admitamos dos antijuridicidades, una formal y otra de fondo Jiménez Huerta, señala que sin contrariedad formal, con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta, ya que tal contradicción no es suficiente para integrar la esencia del acto antijurídico, lo que contradice dicho orden ha de representar una sustancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón del ser del orden jurídico.

En el campo de la ciencia jurídica pueden señalarse respecto de la antijuridicidad dos corrientes La **objetiva** que considera por exigencias sistemáticas vinculado lo injusto, lo antijurídico, a la mera contradicción del acto con la norma, sin necesidad de verificar si el agente obró de manera culpable y la **subjetiva** que para decir lo antijurídico pretende previamente analizar si en la conducta del sujeto activo hubo dolo o culpa, así como capacidad para obrar culposamente³⁴.

Jiménez de Asúa, rechaza la teoría subjetiva que involucra lo injusto (lo antijurídico) y lo culpable. Por eso sigue diciendo el afamado maestro, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas, señalando que el aspecto objetivo la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva Exponiendo el mecanismo de avance:

³⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Ob cit Pág 174

lo primero es el concepto natural, con independencia del valor (acto) luego es la comparación cognoscitiva con lo descrito sin valor (antijuridicidad) y por ultimo el juicio de reproche (culpabilidad)

El maestro Jiménez de Asúa, como se ha dicho, se pronuncia de manera indubitable a favor del concepto de la antijuridicidad objetiva, a la que considera pieza indispensable en el derecho penal de carácter liberal (justamente el matiz predominante en el ordenamiento jurídico mexicano).

Adicionado que por antijuridicidad objetiva ha de entenderse la contradicción de la conducta con la norma de cultura, producto de la experiencia colectiva, que el Estado ha reconocido y que, puntualiza el reputado maestro, no puede crear juez o tribunal alguno, pues en este caso nos encontraríamos ante otro concepto subjetivo de lo injusto, o sea, el propio parecer del juzgador.

1.3.1 UNIDAD DE LA ANTIJURIDICIDAD

La unidad de lo antijurídico es una cuestión debatida, empero convendría precisar de antemano que tanto el delito como la infracción meramente civil, inciden en el común ámbito de lo injusto (antijurídico), culpable o lo que es lo mismo que lo injusto o antijurídico civil, administrativo y penal tienen un origen idéntico y sólo puede darse su separación en las consecuencias.³⁵

Los que establecen diferencias entre lo ilícito penal y lo ilícito civil, al decir de Francisco Pavón Vasconcelos, se han basado, entre otros, en los criterios siguientes:

³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Ídem Pág. 181.

El delito es un injusto positivo violatorio de una prohibición, mientras que el injusto civil es la oposición a un mandato. Este criterio es endeble si el delito es injusto positivo, entrañando siempre la violación de una norma prohibitiva. No resulta factible una explicación de los delitos de simple omisión, en los que no hay norma prohibitiva violada. En tales delitos el incumplimiento del deber de obrar implica una omisión del mandato preceptuador contenido en la norma, acreditando ello, sin lugar a dudas, lo precario de la distinción entre ambos ilícitos.

El delito es violación de un derecho objetivo, en tanto que el ilícito civil lo es de un derecho subjetivo. Este criterio es por lo menos incongruente, pues a todo derecho objetivo corresponde en todo caso un derecho subjetivo al existir correlación entre ambos, además de que el concepto de derecho subjetivo se encuentra sometido a revisión. El delito es atentado a bienes públicos, cuya salvaguarda interesa a la colectividad, mientras que en el ilícito civil hay deterioro a bienes privados, sin alteración de la tranquilidad pública.

Empero, hay casos en los que el ilícito civil también afecta al interés general, y éste precisamente justifica la sanción. La distinción entre ambos ilícitos, en función de un daño a bienes públicos o privados, es una argumentación escasamente sólida. El delito es proyección consciente de la voluntad, en tanto que el ilícito civil es violación inconsciente de la norma. Este criterio es totalmente falso, en cuanto se dan ilícitos penales y civiles dolosos y culposos; la culpabilidad en el campo del derecho es una sola.³⁶

Solamente si se concibe a la antijuridicidad como un todo, común al ordenamiento jurídico en general, lo antijurídico adquiere su auténtico significado y la tipicidad asume su correcta función concretizadora o señaladora de lo injusto.³⁷

³⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México 1989. Pág. 276.

³⁷ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 177.

1.3.2 CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Respecto de lo injusto, ¿se trata de lo contrario al derecho o de lo contrario al deber? no se está en presencia de concepciones opuestas, sino de una misma concepción, aunque contemplada desde dos puntos de vista distintos, y se ha discutido mucho si lo injusto consiste en una u otra expresión. De acuerdo con Max Ernesto Mayer, Jiménez de Asúa señala que, teniendo un mismo alcance, cabe establecer el distingo siguiente: lo contrario al derecho es el proceso objetivo del que juzga, el juez compara la acción con la norma; en cambio, lo contrario al deber es lo que debe captar el agente en el elemento intelectual del dolo.³⁸

Como se ha visto, lo antijurídico tiene un contenido material, pues no se trata de una mera contradicción con la regla jurídica expresada en las leyes. La ley no crea lo antijurídico, sino que simplemente lo delimita (y no en forma agotadora, exhaustiva) de ahí que sea necesario precisar la esencia de la oposición entre los dos términos de la relación hecho-derecho, o sea, cuál es la razón de esa oposición.

Para conocer el carácter jurídico de un acto, encajado en un tipo del código, hay que seguir las etapas que a continuación se mencionan:

a) Si expresamente la ley acogió la excepción de la antijuridicidad (por ejemplo, la muerte de un hombre en el caso de legítima defensa).

b) En caso de no hallarse expresamente enunciada la juridicidad del hecho, si éste se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado (por ejemplo, un boxeador que golpea a otro, acatando las reglas del juego escrupulosamente).

c) Si en un acto, conveniente a los fines de la convivencia social, se vulneran bienes jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia.³⁹

³⁸ ídem Pag 183

³⁹ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit Pág. 183

Así pues, es necesario penetrar en la esencia material de lo antijurídico escudriñando su contenido. Se han formulado numerosas teorías acerca de la esencia o el contenido de lo antijurídico. Carlos Binding, señala que el delito no vulnera la ley (más bien se ajusta a lo previsto en la ley penal), pero quebranta algo más esencial para la convivencia humana y el ordenamiento jurídico; se infringe la norma que está mas allá de la ley.

Por ejemplo, decálogo es un libro de normas que preceptúa, entre otras cosas: no matarás, no robarás. Si se mata o se roba, se vulnera la norma, pero no la ley. La norma crea lo antijurídico, en tanto que la ley crea la acción punible o, lo que resulta más claro; la norma valoriza, mientras que la ley describe. La ley construye la disposición penal compuesta del precepto que describe y define el acto o la omisión, y de la sanción que determina la pena con que el hecho está conminado.

Así pues, en la vida del derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección jurídica eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, de aquí que el delito que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma

Por ello, Jiménez de Asúa afirma que, en vez de hablar de antijuridicidad, sería más correcto decir lo contrario a la norma (normalidad, para Binding). Empero, es preciso responder a la interrogante ¿qué es la norma? Binding dice que, para definir la norma, no pueden tenerse en cuenta consideraciones de orden moral, de sentido común, etc., pues no tienen carácter jurídico, y mientras no exista una disposición de este ordenamiento no podrá declararse el concepto de antijuridicidad. En el caso de la muerte de un hombre en legítima defensa (supuesto de concepto de antijuridicidad en forma negativa de causa de justificación, y el hecho real se ajusta al precepto) es sencillo afirmar que no hay antijuridicidad, porque interviene una justificante, pero el asunto no es tan evidente en casos no previstos por el legislador.

De todas maneras, Jiménez de Asúa señala que, la doctrina de Binding no resulta satisfactoria para el penalista, pues lo que hace es cubrir su teoría con una apariencia jurídica, porque en el fondo se trata, aunque el autor lo niegue, de consideraciones de orden social; es decir, como anota Max Ernesto Mayer, Binding pretende formular las normas de modo inmanente al derecho, y lo que hace es fundamentarlas externamente

Jiménez de Asúa, advierte que la norma en la que pensó Binding, pertenecía fundamentalmente a otra rama del derecho y que su característica común sería la de resultar predominantemente pública. No obstante, sigue señalando el ilustre maestro, el esfuerzo de Binding, aunque brillante, no tuvo un logro completo; la norma le quedó flotando en una vaga zona extra-legal o supralegal. De ahí las críticas de Beling y Finger, quienes le reprocharon, aún siendo partidarios de su teoría, que muchas normas no están formuladas. Jiménez de Asúa dice que Kelsen afirma que sólo se trata de una cuestión de palabras, sobre las cuales el famoso penalista alemán construyó toda una doctrina

El catedrático de Viena señala que lo que se quebranta no es la ley, ni la norma; sino un estado real de paz. El hecho sería más bien contrario al fin de la norma, y ésto es lo que engañó a Binding, que la norma expresa más claramente que la ley el fin que persigue; pero también la ley tiene ese mismo fin, aunque no lo exprese, o no lo diga tan claramente. Jiménez de Asúa termina la exposición del pensamiento de Kelsen, indicando que la acusación del profesor vienés contra Binding reside en que la norma (para Binding) es la formulación autónoma del fin del derecho, pero olvida, en el sentir de Kelsen, que éste procede no del derecho en sí, sino de la sociología o de la política.

Jiménez de Asúa estima que Max Ernesto Mayer, llega a concretar la cuestión con su doctrina acerca de las normas de cultura, formulada en 1903. En su monografía

Rechtsnormen und Kulturnormen, que después sirvió de base a sus construcciones de derecho penal en su tratado, el ilustre maestro alemán estableció la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura, y que lo antijurídico es la infracción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Para el jurista germánico, la sociedad es una comunidad de intereses, que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Por tanto, lo antijurídico supone una contradicción a esas normas de cultura reconocidas por el Estado. Para terminar, Mayer señala que es conveniente puntualizar, con toda claridad, que el deslinde de la conducta conforme a derecho de la contraria a él, se ejecuta en la legislación mediante el reconocimiento de las normas de cultura y lo mismo ocurrirá en caso de conflicto de intereses en que para conseguir una correcta interpretación, habrá de acudir a las normas de cultura ⁴⁰

1.3.3 TEORÍA OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD

TEORÍA OBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Son objetivamente antijurídicas (delitos o violaciones del Derecho) aquellas acciones que representan una invasión vedada en el campo de la actividad jurídicamente protegida de otra persona o de la colectividad; en otras palabras una ofensa a los intereses jurídicamente protegidos (bienes jurídicos).

Tesis objetiva de la antijuridicidad: lo antijurídico es lo contrario al Derecho, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; esta contradicción o desarmonía puede apreciarse con independencia de la actividad psicológica del sujeto, la acción es la que se califica de antijurídica, no la acción culpable.

⁴⁰ Jiménez de Asúa Luis. Ob cit. Pág 276

No constituyen un obstáculo para apreciar objetivamente la antijuridicidad las referencias de naturaleza subjetiva contenidas en los tipos penales, tales como: "a sabiendas", "maliciosamente" y otras. En esta teoría esas referencias son elementos del tipo que sólo tienen relación, en determinados casos con la culpabilidad, sea excluyendo la culpa, sea requiriendo una forma de dolo cierto.

La acción ilícita se presenta como una negación, como el polo opuesto del valor reconocido por la norma. El loco, el niño, que matan a una persona, no desobedecen un mandato que no pueden comprender, pero el hecho que realizan al quitar la vida sin derecho es un disvalor, es una negación del valor de la vida humana. En tal sentido, la acción se presenta como objetivamente antijurídica, porque es contraria a la norma en lo que ésta tiene de fundamental, la tutela del valor, sin referencia a que ello pueda haber sido comprendido por el autor. La antijuridicidad objetiva constituye el juicio de desaprobación sobre el hecho; la culpabilidad, el ulterior juicio de desaprobación sobre el autor. Este calificativo de antijuridicidad objetiva puede referirse a todo; al comportamiento de hombres, capaces e incapaces

Subordinar la valoración de la antijuridicidad al elemento subjetivo de la culpabilidad, significaría limitarla a las acciones de los sujetos capaces y culpables, excluyendo la posibilidad de valoración de las acciones de los destinatarios idóneos y de los sujetos que actúan inculpablemente, y creando una especie de estado legal de los incapaces. No puede considerarse antijurídico solamente el contraste culpable con los preceptos de Derecho, porque éstos deben valer en todo caso; poner en el contraste la necesidad de un elemento subjetivo significaría desconocer la suerte del ofendido, siendo que lo verdaderamente decisivo es que éste sea protegido contra los ataques. La característica de la esencia real del ilícito, es la lesión de los intereses jurídicamente protegidos.

TEORÍA SUBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es inconcebible fuera del elemento subjetivo de la desobediencia al mandato, o sea, no puede concebirse por sí misma desligada del conocimiento. Según la teoría subjetiva, no puede haber antijuridicidad sin culpabilidad. Ilícitos inculpables no existen. Es sólo la conducta voluntaria y normal la que puede tener significación para el Derecho. El niño, el demente, no pueden realizar hechos antijurídicos, porque su actuar es para el Derecho análogo al de un acontecimiento natural, que sería absurdo denominar como antijurídico. La teoría objetiva distingue antijuridicidad y culpabilidad. Piensa que es perfectamente posible que un inimputable o una persona que obra por error o bajo coacción, realicen un acto antijurídico aunque luego puedan ser declarados no punibles por falta de culpabilidad. Según la tesis subjetiva de la antijuridicidad sólo hay ilícitos culpables; las normas jurídicas son imperativos destinados a los componentes del grupo social que imponen un deber; la obediencia o desobediencia de ese imperativo supone un acto anímico constituido por la conciencia de obrar contra el Derecho. Sin esa participación subjetiva no puede hablarse de actos ilícitos. La desobediencia sólo resulta de un acto realizado con dolo o con culpa. La antijuridicidad es inconcebible fuera del elemento subjetivo de la desobediencia al mandato, o sea, no puede concebirse por sí misma, desligada del conocimiento.

1.3.4 ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

Franz Von Liszt distinguió entre antijuridicidad formal (cuando una conducta infringe una norma penal), de la antijuridicidad material (cuando la conducta quebranta normas morales y causa daño social). Formalmente antijurídica es la acción que viola una norma estatal, un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico. Materialmente antijurídica es toda conducta socialmente perjudicial (antisocial o asocial). Por lo tanto, la acción antisocial sería una agresión a intereses vitales del

individuo o de la colectividad protegidos por la ley, o también la ofensa o exposición a peligro de algún bien jurídico. Este concepto de acción antisocial es meta-jurídico: la norma jurídica lo encuentra, no lo crea ⁴¹

El contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él, pero no lo crea. La ilegalidad formal y material pueden coincidir pero también discrepar. Respecto a la distinción que hace Liszt entre antijuridicidad formal y material, Jiménez Huerta dice que esta concepción dualista carece de razón de ser y de sentido, pues trata de rescindir en dos partes diversas lo que no es más que aspectos distintos y parciales de un mismo concepto. ⁴²

1.3.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA ANTIJURIDICIDAD

En muchos tipos lo injusto no puede ser concebido de un modo puramente objetivo, sino que está también constituido por determinados elementos subjetivos-anímicos. Con este descubrimiento se había abierto una grieta profunda en el sistema anterior de la concepción puramente objetiva de lo injusto. *Esta grieta no indujo; sin embargo, a la opinión dominante de revisar a fondo la doctrina tradicional de la acción y de lo injusto, sino que siguió partiendo de la consideración de que lo injusto se refiere regularmente a la conducta exterior (objetiva, corporal) y que los elementos subjetivos de lo injusto representan, por ello, sólo excepciones de la regla.*

1.3.6 LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO MEXICANO

El maestro Carrancá y Trujillo, señala que el derecho mexicano aunque sin declarar expresamente la antijuridicidad de las acciones que caen dentro de la esfera penal, la presupone por el sólo hecho de tipificarlas y sancionarlas. Así, toda acción

⁴¹ Franco Guzmán, Ricardo Derecho Penal, Editorial UNAM México 1987 Pág. 50

⁴² Jiménez Huerta, Mariano Ob cit Pág 30.

típica y punible según la ley es antijurídica, pero no lo será una acción que no esté tipificada y sancionada por la ley; aunque desde un punto de vista ético, sea de gravedad relevante. Carranca destaca que esto queda consagrado en la Constitución cuando establece que, si no es mediante una ley expedida con anterioridad al hecho y exactamente aplicable al delito de que se trate, no podrá imponerse pena alguna. (Artículo 14 constitucional, párrafos 2 y 3 in fine).

Carrancá finaliza diciendo que, en ciertos delitos, se señala concretamente una especial condición de antijuridicidad, empleándose diversas expresiones como indebidamente (artículo 173, fracciones I y II, entre otros, del Código Penal vigente), sin fundamento (artículo 233 del mismo ordenamiento). En estos casos, Carrancá y Trujillo dice, acerca de la condición general de antijuridicidad que la ley exige –para integrar la acción antijurídica- la existencia de un mayor elemento de antijuridicidad, constitutivo de una especie, y que tiene sentido variable según el delito específico de que se trate; sentido cuya averiguación corresponde al estudio particular de los distintos delitos ⁴³

1.4 IMPUTABILIDAD

La imputabilidad como un elemento del delito es considerada por Carrara como que un individuo es penalmente responsable, cuando pueden cargarse a su cuenta el delito y sus consecuencias.⁴⁴

Maurach y Soler, han definido a la imputabilidad como el conjunto de condiciones que un sujeto debe reunir para que deba responder penalmente de su acción. De esta definición para que un sujeto sea imputable es preciso que:

⁴³ Carrancá Trujillo, Raúl Ídem. Pág. 380.

⁴⁴ Falconi Marta, Beatriz. Imputabilidad. Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires 1987 Pág 15

a.- Sea un hombre capaz de determinarse normalmente de conformidad con una representación del valor social del hecho.

b.- Sea un hombre capaz de sentir el valor de la amenaza penal. ello es dotado de intimidabilidad.

Para Echandia indica que la imputabilidad es un modo de ser de la persona que influye en su comportamiento y del cual se derivan determinadas consecuencias jurídicas.

Montes define a la imputabilidad como el conjunto de condiciones para que el hecho punible puede y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre, siendo las condiciones que deben concurrir en el sujeto la conciencia de la ilicitud y la naturaleza antijurídica del acto, y la facultad de elegir y determinarse; por lo tanto implica una relación causal entre la voluntad del agente y el delito cometido.

El profesor del Rosal define a la imputabilidad como: “el conjunto de condiciones psicológicas de la persona, requerido por las disposiciones vigentes para que la acción sea comprendida como causa psíquica y éticamente por querella”. Jiménez de Asúa, manifiesta que la imputabilidad es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.

Ricardo Núñez define a la imputabilidad como la capacidad para ser penalmente culpable; es decir, la capacidad, la madurez, salud mental y conciencia en

una medida que habiliten al autor para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones.⁴⁵

1.4.1 TEORÍAS DE LA IMPUTABILIDAD

Para darnos una idea del fenómeno de la imputabilidad, se procederá a hablar de las principales teorías que al respecto han hablado de la misma:

Teoría Clásica - Considera que la imputabilidad es la inteligencia y libertad moral que debe prevalecer de la persona al actuar, al realizar la conducta ilícita, esto es, el libre albedrío lo que faculta decidirse y actuar indiferentemente de lo motivos que impulsan al acto; sin embargo, esta teoría señala Maggiore que su error es en quitarle a la libertad toda necesidad y concebirla *no necesaria intrínsecamente*, como algo que puede o no ser como una actividad sin orden y sin ley.

Teoría Positiva.- Establece que la imputabilidad descansa sobre la mera actividad sicofísica del individuo, así basta que alguien realice un hecho descrito en la Ley como delito y que su conducta sea producto de actividad biosíquica para considerarlo como autor imputable, tal sujeto debe responder penalmente porque su delito ha demostrado un personalidad más o menos peligrosa que debe ser sometida a readaptación social.⁴⁶

Teorías Objetivas.- Éstas pretenden explicar el concepto y la función de la imputabilidad desde un punto de vista objetivo, es decir, la capacidad del hombre respecto de algo, así tenemos en primer término:

⁴⁵ Falconi Marta Beatriz Ídem Pág 21

⁴⁶ Ferri, Enrico Principios de Derecho Criminal, Editorial Reus, Madrid 1980 Pág 225

a).- Capacidad de acción.- La imputabilidad se traduce en la capacidad del sujeto para actuar de obrar. Sin embargo, se ha señalado que tiene dos errores esta concepción: el primero que es excesivamente genérico y abstracto, ya que está muy lejos de explicar un fenómeno que tiene características propias y reconocibles por el Derecho Penal. En segundo, si la imputabilidad es conducta los inimitables no pueden actuar, no son capaces de comportarse, no tienen posibilidad de responder a estímulos externos, situación que es sostenida equivocadamente por los seguidores de esta corriente, ya que una cosa es la ausencia de acción y otra distinta es la conducta con caracteres deficitarios o anormales, pero si implica una acción.

b).- Capacidad de Deber - Establece que la imputabilidad es capacidad jurídica de deber y que por consiguiente los inimputables no son capaces de actuar contra el derecho y en consecuencia todos sus comportamientos son jurídicos. Esta teoría es insostenible, ya que implica que la conducta de un inimputable que sea típica y antijurídica no pueda hacer nada la norma penal.

c).- Capacidad de Delito - Se considera que la imputabilidad es la capacidad de cometer delitos; sin embargo, esta capacidad no solamente se limita al campo del Derecho Penal, sino al del Derecho Privado, aunado a esto la crítica establece al respecto, que es el caso de los inimputables, los cuales no solamente tienen esta capacidad, se encuentra limitada por su incapacidad mental o por su edad.

d).- Capacidad de ser Destinatario de la Norma Penal.- Establece que la imputabilidad es un estado, un modo de ser, una condición del sujeto distinta del delito y preliminar a él, necesaria para que un sujeto pueda ser destinatario de la norma penal y consecuentemente para que pueda asumir la obligación que se desprende de aquella. La imputabilidad sería así, una cualidad que un sujeto

necesariamente debe tener para que la norma penal le sea eficiente o pueda referirse a él.

e) - Capacidad de Pena - Parte del supuesto que la pena tiene como misión básica prevenir el delito. Por eso ha de producir efectos intimidantes. Ahora bien, como solamente las personas imputables pueden sentir la amenaza de la norma penal, la imputabilidad debe entenderse como capacidad de pena. Sin embargo, esta capacidad de pena o sanción penal se aplica independientemente de que el sujeto a quien se impone posea o no determinadas condiciones personales que le permiten experimentar sufrimiento. Lo que se muestra con este criterio, es que los efectos jurídicos que se derivan de la condición personal de imputabilidad o inimputabilidad no son la naturaleza del fenómeno que coloca al sujeto frente a la Ley penal para contravenirla.⁴⁷

Teorías Subjetivas - Estas aceptan que los inimputables pueden realizar comportamientos objetivamente descritos como delitos, rechazando que puedan actuar culpablemente, lo que implica que la imputabilidad sea una referibilidad síquica de la conducta a su autor sino vinculación de ella al mecanismo de la culpabilidad, por lo que a continuación se procederá a dar una explicación de los criterios que se establecen por esta teoría:

a.- La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.- Establece que la imputabilidad es capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente. Lo primero indica madurez y salud mentales, lo segundo libre determinación, o sea la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos. Díaz Palos, señala que imputabilidad es el conjunto de condiciones sicosomáticas

⁴⁷ Fernando Díaz. Palos. Teoría General de la Imputabilidad, Editorial Bosch Barcelona 1980 Pág 27

exigidas por la Ley Penal para que las acciones u omisiones penadas en la misma, puedan ser atribuidas al que las ejecutó como a su causa voluntaria.

Para Gaitán Machecha, la imputabilidad es como la capacidad de ser culpable, de actuar dolosa o culpablemente; es juicio sobre su autor y asevera que es presupuesto de la culpabilidad, porque solamente puede ser culpable quien tenga el carácter de imputable.

b - La imputabilidad como elemento de la culpabilidad.- Señala que entre los requisitos indispensables para integrar el concepto de culpabilidad, está la libertad de **querer** entendida como una posibilidad efectiva de parte del agente y en el momento de la comisión del hecho de actuar diversamente a la previsión de la norma y con tal libertad del querer debe excluirse de los inimputables. La imputabilidad no puede menos que un elemento de la culpabilidad. Mezger considera, que es imputable quien, al tiempo de la acción, posee las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad. Maggiore Guisepe, dice que es un error considerar la imputabilidad como un estatus personal, como una cualidad del sujeto preexistente de la voluntad e independiente del hecho que constituye el delito. Status que debería ser comprobado por el Juez, antes de pasar a cualquier valoración de la conducta voluntaria concreta, por lo que la imputabilidad es un momento de la culpabilidad, y por consiguiente la inimputabilidad excluye el delito sólo en cuanto excluye la culpabilidad, de donde se desprende que la inculpabilidad o lo que es lo mismo, que las causas de exclusión de la imputabilidad forman parte de las que excluyen la culpabilidad.⁴⁸

Teoría Finalista.- La imputabilidad es tanto como capacidad de culpabilidad, porque el autor comprende lo injusto del hecho y determina su voluntad conforme a

⁴⁸ Maggiore, Guisepe. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá 1954 Pág 498

esa comprensión; capacidad de comprender lo injusto de la conducta y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, síguese que la posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho no es más que la demostración de que el agente es imputable (aspecto intelectual del fenómeno) y que sólo a la persona imputable por el hecho dado que es capaz de autodeterminarse, vale decir, de orientar su voluntad hacia la realización de una conducta jurídica o antijurídica (aspecto volitivo del fenómeno).⁴⁹

Teoría Sicosocial - Considera a la imputabilidad como un fenómeno psicológico y sociológico al propio tiempo, la relación subjetiva entre el hecho y su autor sólo puede ser psicológica, ella determina el acto culpable, entendido como acción dolosa o culposa ejecutada por una persona imputable. Fontan Balestra al definir la imputabilidad, establece que es una facultad de obrar normalmente entendiendo el concepto normalidad en sentido psicológico y social, toda conducta humana emerge ingredientes psicológicos en cuanto a su origen y sociológicos en cuanto a sus consecuencias, esto es, el reconocimiento de varias racionalidades, por ejemplo: la hegemónica en tal supuesto entiende que la imputabilidad es un juicio negativo que determina la incompatibilidad de la racionalidad por el individuo, en el hecho realizado con el orden jurídico hegemónicamente impuesto.

1.5 CULPABILIDAD

Respeto a la culpabilidad, como quinto elemento del delito, se han elaborado tres importantes corrientes:

PSICOLÓGICA,

NORMATIVA,

FINALISTA.

⁴⁹ Reyes Echandia, Alfonso, Imputabilidad, Editorial Temis Bogotá 1997 Pág 20

La culpabilidad, según la corriente psicológica, consiste en el nexo psicológico y emocional que liga al sujeto activo del delito con su acto o conducta realizada, o bien, como el nexo psicológico y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. Como puede verse, para esta corriente la culpabilidad tienen un carácter subjetivo, el cual se integra de dos elementos:

EL ELEMENTO VOLITIVO consiste en la suma de querer: querer la conducta y querer el resultado

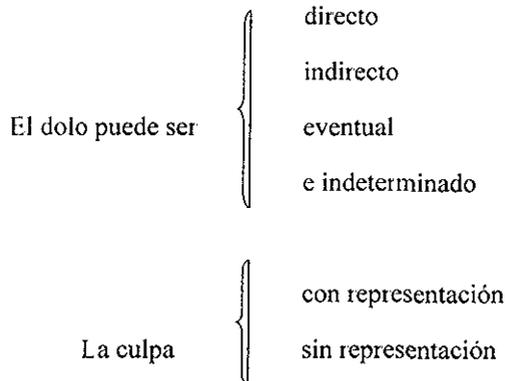
Y EL ELEMENTO ÉTICO O EMOCIONAL es la posibilidad de saber, de valorar que su conducta es contraria a derecho

La culpabilidad, según la corriente normativa, es el juicio de reproche que es capaz de hacersele a un sujeto por haber actuado en forma diversa, de aquella en como debió hacerlo. Para esta corriente, la culpabilidad se integra según algunos autores, con dos elementos aunque otros agregan un tercero, estos son:

- a). - Una intención real, dolosa o culposa; es decir, que exista una conducta llevada a cabo en forma intencional o bien imprudencialmente
- b) - El juicio de reproche, o sea, la exigibilidad de otra conducta
- c). - y por último, la imputabilidad.

Para la corriente finalista, la culpabilidad consiste en la atribuibilidad que puede hacersele a un sujeto por una conducta. Para esta corriente, la culpabilidad debe integrarse única y exclusivamente con el juicio de reproche; es decir, la exigibilidad de otra conducta.

Para las dos primeras corrientes mencionadas, las formas o especies de la culpabilidad, son:



La preterintencionalidad

Para la corriente finalista, como ya se dijo, sólo hay una forma de la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche que realiza la sociedad misma.

- A).- El dolo directo, se presenta cuando el sujeto activo del delito quiere la conducta y quiere el resultado.
- B).- El dolo indirecto, este se presenta cuando el sujeto activo del delito quiere la conducta, se quiere el resultado y se prevé la necesidad de que se presenten otros
- C).- El dolo eventual, se presenta cuando el sujeto activo del delito quiere una conducta, quiere un resultado, pero además, existe la posibilidad de que se presenten otros resultados no queridos, que de presentarse se aceptan.

D) - El dolo indeterminado, el sujeto activo del delito tiene la intención genérica de delinquir.

E).- La culpa con representación, se presenta cuando el sujeto activo del delito realiza una conducta ilícita, prevé la posibilidad de un resultado típico no querido, pero que se acepta llegado el caso

F) - La culpa sin representación, se presenta cuando el sujeto activo del delito realiza una conducta ilícita, no prevé el resultado típico que es previsible y evitable y lo acepta si se presentase.

G) - La preterintencionalidad, en este caso, el sujeto activo del delito, quiere una conducta, quiere un resultado y produce uno mayor no querido

Inculpabilidad, como elemento negativo del delito se presenta por las dos primeras corrientes, cuando falta alguno de los elementos que la integran, como en los casos de:

a - Error de hecho esencial e invencible.

b.- La no exigibilidad de otra conducta.

c - Las eximentes putativas

d - Caso fortuito y algunos autores agregan:

II). - El miedo grave.

III) - El temor fundado.

IV). - La obediencia jerárquica

Por su parte la corriente finalista solamente elimina el juicio de reproche que se le hace al sujeto

1.5.1 TEORÍAS DE CULPABILIDAD

En cuanto al desarrollo de la culpabilidad, es correcto señalar tres momentos históricos que nace en forma gradual, iniciándose con el criterio psicológico de la culpabilidad, continuando con un criterio llamado “mixto” o “complejo”, o sea, psicológico y normativo y terminando el dolo y la culpa al elemento material

Mir Puig, refiriéndose a la concepción psicológica de la culpabilidad señala: “El concepto causal-naturalista de delito de Von Liszt y Beling (llamado “concepto clásico”) supuso una concepción psicológica de la culpabilidad: la culpabilidad como relación psicológica entre el hecho y su autor. El ambiente positivista de fines del pasado siglo, se plasmó en una construcción de la teoría del delito que por una parte, arrancaba de la división del mismo en las dos partes que se manifiestan separadas ante la percepción de los sentidos: la parte externa y la parte interna, y, por otra parte, atendía como elemento definido fundamental a la idea de la causalidad. La parte externa del hecho se identificó con el objeto de la antijuricidad, mientras que la parte interna se atribuyó a la culpabilidad. Esta se presenta como el conjunto de elementos subjetivos del hecho.

Por otro lado, así como el injusto se define a partir del concepto de causalidad como casación de un estado lesivo, la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto. El dolo y la culpa se ven como las dos formas posibles de esta conexión psíquica entre el autor y su hecho. El delito aparece como el resultado de una doble vinculación causal: La relación de causalidad material que da lugar a la antijuricidad, y la conexión de causalidad psíquica en que consiste la culpabilidad.

Dos teorías se enfrentan para fundamentar la culpabilidad:

a) La psicológica

b) La normativista, propuesta por Frank

De estas dos teorías, se ha originado una tercera posición:

c) El normativismo puro, que traslada al dolo y a la culpa en el tipo, y deja únicamente en la culpabilidad la reprochabilidad

Si el psicologismo consiste en un nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado, no puede fundamentar sino el dolo directo y el eventual y tal vez la culpa con representación, consciente o con previsión, pues en esta última hipótesis, aún cuando no quiere el resultado ni lo acepta en caso de producirse, lo prevé con la esperanza de que no se realizará; pero de ninguna manera puede admitirse en el psicologismo la culpa inconsciente sin representación o sin previsión, porque en ésta no se previó el resultado previsible.

Richard Busch apunta, “que todos los esfuerzos por comprobar también en la culpa una relación psíquica del autor con el resultado, fueron inútiles”⁵⁰

Podemos afirmar que la teoría psicologista no se puede aceptar, ya que no basta el dolo o la culpa para integrarla. De esta manera, si un sujeto obrara en un sentido ilícito pero tiene la protección de algún eximente de responsabilidad, sería culpable tan sólo por haber deseado el resultado. Entonces caeríamos en un conflicto mayor y

no se podría concebir a la legítima defensa y al estado de necesidad, entre otras, como excluyentes de responsabilidad. Algunos penalistas piensan que para hacerle a una persona algún reproche sobre su comportamiento se necesita: la imputabilidad, que es la aptitud espiritual normal del autor; una cierta relación psíquica del autor con el hecho y la normalidad de las circunstancias en las cuales el autor obra.

Pavón Vasconcelos, refiriéndose a la teoría normativa de la culpabilidad expone: "La teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico".⁵¹

Luis Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal, precisa la importancia de separar la concepción normativa de la culpabilidad, ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad), representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente, es decir, partiendo del hecho concreto psicológico ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa

No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir. Si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le sea exigible que se condujese conforme a las pretensiones del reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es pues un juicio y al referirse al hecho psicológico es un juicio de referencia.

⁵⁰ Busch, Richard. Modernas Transformaciones de la Teoría del Delito. Editorial Temis Bogotá 1970. Pág. 12.

⁵¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa México 1989. Pág. 334.

Jiménez de Asúa considera que la teoría de James Goldschmidt presenta el más puro normativismo.

Esta no incluye a los elementos de hecho como la imputabilidad, la intención y la negligencia, e incluso la "motivación normal" y la "libertad" están fuera de ella; son presupuestos de la culpabilidad

Otra teoría es la referente al Conductismo, la cual señala que la culpabilidad es una variación de lo normativo del hombre que está regido por conductas sociales y cuando el hombre cambia las conductas, tiene la comisión del delito. Cuando violamos la norma alteramos las conductas sociales.

En resumen podemos decir, para el psicologismo la psique o la mente del sujeto es la que comete el delito; el normativismo sostiene, que el sujeto delinque al violar las normas, ya que se le hace un juicio de reproche; y por último, el conductismo dice que el sujeto varía la conducta de actuar en la sociedad.

1.5.2 CONCEPTO DE LA CULPABILIDAD

El concepto de la culpabilidad dependerá de la teoría que se adopte, pues no será igual el de un psicologista, el de un normativista o el de una finalista; el primero diría, la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, y el segundo, en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, y el tercero, afirmaría, que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta. La culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a diferencia de la teoría normativa, el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad porque son contenido del tipo.

“La culpabilidad es por lo tanto, responsabilidad, apartándose consecuentemente de los normativistas mantienen el dolo y la culpa en la culpabilidad, *constituyendo como se afirma por un sector un mixtum compositum*, de cosas - como afirma Baumann- no pueden mezclarse.”

Magiore define a la culpabilidad como: “la desobediencia consciente y voluntaria y de la que uno está obligado a responder- a alguna ley”⁵² Mientras que Jiménez de Asúa la define como: “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”⁵³

Para Zaffaroni: “La culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad”⁵⁴

Mezger supone, “la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido”⁵⁵

El concepto de culpabilidad como tercer aspecto del delito y de acuerdo a las definiciones anteriores, nos señala dos importantes elementos que la conforman y son: una ley y el conocimiento de esta situación, según lo manifestó Maggiore

La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo.

⁵² Maggiore, Guiseppe Derecho Penal, 2ª Editorial Temis Bogotá 1998 Pág. 451

⁵³ Jiménez de Asúa Luis Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Editorial Sudamérica Buenos Aires 1990 Pág. 352.

⁵⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl Tratado de Derecho Penal, Parte General Tomo IV, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor México 1988 Pág. 12.

⁵⁵ Mezger, Edmundo Derecho Penal Parte General Editorial Cárdenas Editores y Distribuidor, México 1985 Pág. 189

El nexos es el fenómeno que se da entre dos entes; en la culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito. esto es, el nexos intelectual y emocional entre el sujeto y el delito.

1.5.3 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Para Jiménez de Asúa los elementos de la culpabilidad son los motivos. las referencias de la acción a la total personalidad del autor.

Para Maggiore señala que: "Culpable es el que hallándose en las condiciones requeridas para obedecer a una ley la quebranta consciente y voluntariamente, y para Jiménez de Asúa, él encuentra los siguientes elementos: 1 - Una Ley, 2.- Una acción, 3.- Un contraste entre la acción y la Ley, 4 - El conocimiento de este contraste.⁵⁶

Desde nuestro punto de vista los elementos de la culpabilidad, con base en la teoría finalista de la acción son:

- a) - La exigibilidad de una conducta conforme a la Ley.
- b) - La imputabilidad
- c) - La posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado.

En la antigüedad, los penalistas consideraban especies de la culpabilidad al dolo y a la culpa, pero a partir de Frank, se les dio como elementos.

⁵⁶ Maggiore, Giuseppe Ob cit Pág. 451

Jiménez de Asúa nos dice: “Las especies de la culpabilidad -el dolo y la culpa, con las correspondientes subespecies- no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad, y son las únicas especies. A fines de siglo Lófles, seguido luego por Miricka, quiso establecer una tripartición: Dolo, previsión a sabiendas y mera culpa. Más tarde, Grossmann ha querido añadir otras de naturaleza fronteriza. Pero dolo y culpa son, en verdad, las únicas que existen”.⁵⁷

Respecto al dolo y a la culpa, Edmundo Meger dice: “Estas formas de culpabilidad son, a la vez, grados determinados de la culpabilidad y se encuentra, por lo tanto, en una determinada relación de orden:

- a) La forma legal básica de la culpabilidad, denominada habitualmente dolo (dolus).
- b) La forma más leve de la culpabilidad, llamada culpa (culpa).
- c) La unión especial entre estas dos formas fundamentales⁵⁸

EL DOLO

Carmignani, definió el dolo como el acto intentado más o menos perfecto, dirigido a infringir la ley, manifestado en signos exteriores.

Carrara máximo representante de la Escuela Clásica, define al dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley.

⁵⁷ Jiménez de Asúa. Luis Ob. cit Pág. 358

⁵⁸ Mezger Edmundo Derecho Penal Parte General Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor México 1985
Pág. 199

Para los positivistas el dolo requiere para su existencia de voluntad, intención y fin.

*Jiménez de Asúa dice, "dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica"*⁵⁹

Cuello Calón afirma: "dolo es la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso".⁶⁰

Para nosotros, el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo. El dolo es la voz más patente en la culpabilidad. Para fundamentar el dolo es indispensable unir dos teorías: una llamada de la voluntad y una llamada de la representación.

El dolo a través de su evolución dentro del Derecho Penal, ha pasado por diversas etapas. Primeramente, lo encontramos en el Derecho Romano de la primera época y en el primitivo Derecho Germánico, donde los castigos se descargaban por el mero resultado, sin importar la intención del agente.

Algunos autores sólo habían percibido la teoría de la voluntariedad, por lo que definían el dolo como en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado. Se ha citado como ejemplo el delito de homicidio, como un delito doloso, ya

⁵⁹ Jiménez de Asúa. Luis Tratado de Derecho Penal. Tomo V Buenos Aires 1985. Pág. 417

⁶⁰ Cuello Calón. Eugenio Derecho Penal. Editorial Bosch Barcelona 1975. Pág. 441.

que el sujeto activo se propone dar muerte a una persona, poniendo todos los medios necesarios para la consumación del mismo, deseado el resultado.

Sin embargo, algunos otros investigadores piensan que no es suficiente definir al dolo desde la voluntariedad, por que entonces no habría modo de definir el dolo eventual, y se pasa a sustituir el concepto de la voluntariedad, por el de la representación

En tal sentido, la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá determinado por el autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no lo movió a cesar en su actividad voluntaria. A mi juicio es preciso conservar los dos conceptos, construyendo el dolo sobre la voluntad y la representación como se vera más explícitamente al desenvolver el problema del dolo eventual. Ya obtenida esa fórmula basada en la voluntad y en la representación, pasemos al estudio de los elemento del dolo.

ELEMENTOS DE DOLO

Para Maggiore son dos los elementos del dolo:

- 1) La previsión (o representación) del resultado;
- 2) La violación de él.⁶¹

Si alguno de estos dos elementos faltase, no puede haber dolo.

⁶¹ Maggiore, Guiseppe. Ob. cit 1998 Pág 576.

Nosotros afirmamos que el dolo está compuesto por los siguientes elementos:

a).- **Intelectual** Implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y

b).- **Emocional**. Es la voluntad de la conducta o del resultado.

En los elementos intelectuales, primeramente debemos definir si el dolo lo realiza el agente con conciencia de la antijuridicidad del tipo, de algún otro concepto más eficiente para la realización de la conducta. Respecto al conocimiento del tipo penal, el decir técnicamente las acciones o el conocerlas, no es exactamente lo que se requiere para que se diga que el sujeto conocía el tipo penal, en este aspecto nos referimos al conocimiento que debe tener el sujeto activo del ilícito que está cometiendo, en el sentido de saber que su conducta es contraria al orden y la paz social.

En este contexto, el autor Ernesto Beling, expresa que al demandarse el conocimiento de la tipicidad, no se supone que el agente conozca la descripción típica del mismo modo que los técnicos de la materia, afirmando que la representación del agente debe ser de la situación real, correspondiente a una descripción típica del mismo modo que los técnicos de la materia, afirman que la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a una descripción típica y no debe exigirse que conozca los elementos del tipo legal, pues ello presupondría ya un estudio en concreto.

Cuando el dolo exige un tipo de culpabilidad para conectarlo en la figura rectora, ha adelantado mucho, aunque no se han resuelto todos los problemas.

Franz Von Liszt, ha afirmado que el dolo debe captar las circunstancias del hecho y cree, que no se necesita la conciencia de lo injusto. De lo cual se han concedido consecuencias inaceptables en orden a la defensa putativa. Binding exigía que el dolo debía tener como elemento ético a la antijuridicidad, es decir, el sujeto debía tener conciencia que el acto que realizaba era antijurídico

“Debemos exigir en el dolo la conciencia de violar la norma, pero no la conciencia de la antinormalidad en sí, como noción profunda de norma en cuanto el Estado la ha hecho suya en referencia a la cultura. De todos modos, el elemento esencial del dolo no es otro que la conciencia de violar el deber. Sin embargo, conforme ya antes hemos advertido, no es sólo este elemento intelectual el que debe ser demandado, sino también el conocimiento de que el hecho se haya descrito en la ley”⁶²

Podemos afirmar que todos, hasta los más ignorantes saben lo que es un automóvil y una pulmonía; pero es imposible que todos tengamos el conocimiento técnico al igual de quienes se han preparado en su saber. Nuestro conocimiento podría decirse que es profano.

Por todo lo expuesto, debemos tener presente que los elementos intelectuales del dolo deben ser el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica; de esa manera profana y no técnica, es como se han salvado todos los escollos.

Los elementos afectivos o emocionales, según los autores tradicionales, se basan en la idea de que el dolo es la “Voluntad y Conciencia” de ejecutar un acto. En este sentido se dieron diferentes opiniones como la de Francisco Carrara, quien

⁶² Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Editorial Sudamérica. Buenos Aires 1990. Págs 361 y 362

manifestaba que esa voluntad debía referirse a la de la ejecución del acto y no a la de ocasionar un daño; sin embargo, otro autor llamado Pesina, identifica el dolo con la voluntad celeris. Pero lo importante es que ambos se basan en el hecho de la voluntad y consciencia. Al aparecer la escuela criminal positiva, el autor Ferri manifiesta que no es suficiente con la voluntad y la conciencia, ya que estos elementos carecen de profundidad, por lo que es necesario se haga un análisis más profundo en el que participe la voluntad, la intención y el fin, para que se pueda dar la existencia del dolo.

De esta forma, Ferri nos da un ejemplo en el que se señala: Si podemos disparar un revólver queriendo matar o se nos dispara casualmente, el acto en sí es el mismo; pero es muy diferente en cuanto al problema doloso, ya que si el revólver se nos dispara casualmente, no existirá el dolo, de lo contrario, si queremos efectuar un homicidio, y no solamente es el deseo, sino que se vuelve un fin dentro de nuestra conducta, habrá dolo. De tal manera que requiere primero tener la voluntad de disparar el arma, después, la intención de matar a alguien y por último, el móvil de matar por venganza y no por defensa.

“Ya hemos dicho que a nuestro juicio, deben unirse la teoría de la voluntad y la representación, para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Hemos afirmado repetidamente que el enajenado y el menor obran con voluntad aunque no con dolo. Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Podemos tener afán de que una persona muera y aunque obtengamos el resultado, puede no ser éste doloso.

Ello se ve muy bien en el ejemplo que se hace en los casos de Franz Von Liszt. Un sujeto incita a otro a que se guarezca bajo un árbol un día de tormenta, a fin de que la chispa eléctrica le fulmine. Si el rayo le mata, no podríamos, ciertamente, construir un homicidio doloso. En suma: el deseo no puede querer la muerte de otro; más por

estar ésta indisolublemente ligada, como consecuencia, a la acción que quiere y que desea, ha de ser aceptado por dolo si inexorablemente se produce”.⁶³

1.5.4 TEORÍA DE LOS MÓVILES

Esta teoría surge de la escuela positiva italiana; pretende construir el dolo con independencia de la doctrina de la voluntad y de la representación. El autor Ferri, llega a darle un valor esencial al móvil de la acción en el dolo, ya que según él, si el agente comete un delito y los móviles no son egoístas, todo queda reducido a una contravención de policía. Asimismo, Carmignani reconoció al motivo toda su importancia, al afirmar que la ausencia de él debía inducir al Juez a negar la existencia del delito.

Dentro de esta doctrina se han concebido cuatro funciones del móvil; primero, debe servir para la investigación sobre la calidad del motivo psicológico del delito; segundo, la calidad moral y social del motivo conduce a un criterio fundamental para determinar la temibilidad y la condición peligrosa del delincuente; tercero, la calidad de los motivos que actúen con eficacia permanente, en cuanto a la elección del medio represivo que debe adoptarse respecto a los distintos delincuentes, es decir, actúe como criterio esencial en la elección de la pena; y el cuarto, cuando el motivo sea de tal naturaleza que haga desaparecer en el acto que se ejecutó toda huella de temibilidad; puede, excepcionalmente, cuando no se opongan otros factores, decidir que no procede la aplicación de medida defensiva alguna, porque sería superflua. En Francia, en 1830, surgió una doctrina sobre los delitos políticos, en la que se usó el móvil en orden a la clase de pena que había de imponerse. Finalmente, algunos autores consideraron como ingenua a esta doctrina, optando por no tomarla en consideración.

⁶³ Jiménez de Asúa. Luis. Idem Pág. 63.

En cuanto a la modalidad de la dirección el dolo se divide en:

A).- Dolo Directo

Cuando se quiere la conducta o el resultado. Es decir, se caracteriza en querer el resultado si es delito material y en querer la conducta, si es delito formal.

De la anterior definición, se desprenden los elementos siguientes:

- a) - Que el sujeto prevea el resultado, y
- b).- Que lo quiere

El dolo, al consistir en querer la conducta o el resultado, según se trate de delitos formales o materiales y la culpa, en una conducta que contraviene un deber, impiden una elaboración válida y única de culpabilidad para ambas especies, pues en el dolo, hay una relación psicológica y en la culpa, hay una relación normativa.

B).- Dolo Eventual

En el dolo eventual hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca. Aquí el sujeto tiene presente que puede ocurrir un resultado, puede ser posible y sin embargo, actúa para que se verifique, sin siquiera tratar de impedir que se realice.

Podemos deducir tres elementos del dolo eventual:

- a) - Representación del probable resultado. y
- b) - Aceptación del mismo.
- c) Dolo de consecuencia necesaria (o dolo directo de segundo grado).

Debemos entender por dolo de consecuencia necesaria, cuando queriendo el resultado se prevé como seguro, otro resultado derivado de la misma conducta. La naturaleza del dolo de consecuencia necesaria es indudablemente de un dolo directo, porque aún cuando es cierto, no se desea el resultado que forzosamente acaecerá, no es discutible que el sujeto que se representa esta circunstancia consistente en su indiscutible realización, ligada consecuentemente al resultado querido.

En cuanto a su extensión el dolo puede ser:

a).- Determinado

Este tipo de dolo forma la intención directa.

Maggiore expone: “Se tiene dolo determinado cuando la intención exclusiva e inequívocamente se dirige hacia el delito cometido”

b).- Indeterminado

Se llama aquél en que la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferentemente a varios resultados, más o menos graves

El dolo indeterminado se ubica en la intención indirecta positiva, o intención alternativa, a diferencia del determinado que se forma en la intención directa. Jiménez de Asúa dice: “Hay dolo indeterminado cuando el sujeto se representa -teoría de la representación- y quiere -teoría de la voluntad- la producción de un resultado; de ese querer doloso del resultado, y sólo de él, surge otro mayor”⁶⁴

En cuanto a su nacimiento el dolo se clasifica en:

a).- Inicial o precedente

El dolo inicial es aquel que ya existe antes de la consumación del delito, precede al inicio del iter criminis.

Maggiore explica: “El agente es responsable, sea que llegue con igual estado de ánimo a la consumación, sea que ésta se realice después de haber él mudado de propósito.”⁶⁵

b).- Subsiguiente

Cuello Calón manifiesta: “El dolo es subsiguiente cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo de delito, le sobreviene la voluntad antijurídica de realizar un hecho delictuoso”⁶⁶

⁶⁴ Maggiore Giuseppe Ob. cit. Pág 587.

⁶⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág 368

⁶⁶ Maggiore, Giuseppe Ob. cit. Pág 591.

A este tipo de dolo también se le conoce como sobrevenido y se presenta cuando el sujeto empieza una acción de buena fe, y después acontece un deseo antijurídico que lo lleva a incurrir en un delito

Por su intensidad el dolo puede ser:

A):- Genérico

El dolo es genérico al encauzar la voluntad, a producir un resultado jurídicamente prohibido.

B):- Específico

Para Carrancá Trujillo, dolo específico “es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe consignarlo en cada caso, y no se presume sino que debe probarse correspondiendo su prueba al Ministerio Público”⁶⁷

Por su duración el dolo se cataloga:

A).- Dolo del ímpetu

“Hay dolo de ímpetu cuando la acción sigue inmediatamente a la intención (o sin intervalo o sin intervalo notable), sea que uno obra por reacción imprevista o por impulso instantáneo de pasión ciega”.

⁶⁷ Cuello Calón Eugenio Ob. cit Pág. 591

Esta circunstancia no modifica hoy la cualidad, sino la cantidad del dolo, y vale como atenuante cuando se trata de reacción en estado de ira determinado por un hecho ajeno injusto. En cambio, no tiene efecto cuando se trata de estados emotivos o pasionales que no excluyen ni disminuyen la imputabilidad". El dolo de ímpetu es siempre indeterminado

B).- Dolo simple

Es cuando el sujeto activo del delito, lleva la idea de realizar la conducta ilícita, prepara todos los medios necesarios para la realización del hecho antijurídico y para la obtención del resultado esperado.

El dolo, como la conciencia en general, nunca se presume, siempre debe de probarse. La teoría de la presunción es un prejuicio antiguo, que en la actualidad ha sido desechado y es un vestigio del materialismo jurídico. La máxima *dolus inest in re ipsa*, es decir, el dolo está dentro del hecho mismo.

C).- Dolo de propósito (o premeditación)

Maggiore cree que "la esencia del dolo premeditado consiste en el propósito deliberado y persistente de cometer un delito, acompañado de la preordenación de los medios".

Si el deseo de delinquir se crea pausada, introspectiva e intencionadamente, forma entonces el dolo premeditado.

El dolo en cuanto a su contenido se divide en:

A).- De daño

“Tenemos dolo de daño, cuando el resultado que el agente tiende a producir es un daño efectivo, es decir, la destrucción o disminución real de un bien jurídico”

B).- Dolo de peligro

Este se produce cuando el agente inicia una acción encaminada a realizar un daño efectivo, y el producto es nada más un peligro

C).- De daño con resultado de peligro

Este se caracteriza porque en él la intención va encaminada a ocasionar el daño, por lo que la ley, con motivos de protección social, da por hecho el momento consumativo previo a la ejecución del perjuicio

D).- De peligro con resultado de daño

En el dolo de peligro con resultado de daño, la voluntad va encaminada a ocasionar el peligro, y únicamente la punibilidad está condicionada a la comprobación de un efecto dañoso

1.6 PUNIBILIDAD

Para Fernando Castellanos Tena, la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Tomando como fundamento el artículo 7 del Código Penal vigente, agregó que dicho merecimiento de la pena será

también en función por las omisiones que sancione las Leyes Penales. El merecimiento de la pena deberá recaer en el sujeto o sujetos, mismos a quienes la Ley señala como personas de derecho y centros de imputación, debiéndose aplicar una sanción cuando la conducta de dichos sujetos resulte violatoria ante la Ley Penal, siendo dicha sanción a consecuencia derivada del incumplimiento de la norma, pues al ilícito penal corresponde la pena que es una de las diversas formas de sanción jurídica.⁶⁸

Para Giuseppe Maggiore, la pena es la sanción de aquella transgresión llamada delito y cita su origen etimológico al señalar que la palabra pena, denota el dolor físico y moral que se impone al transgresor de una ley en forma personal coercitiva que conmina y se inflige al autor de un delito.⁶⁹

El Doctor Raúl Carrancá y Trujillo, opina que siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción esta relacionada con el Jus puniendi y con las condiciones que según las escuelas requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío, la pena será retribución del mal por el mal, expiación y castigo. Si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor, entonces la pena será la medida adecuada de defensa aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.⁷⁰

Este segundo criterio coincide con el de Garófalo, pues el jurista cree que la pena debe adaptarse a la temibilidad del delincuente. Nuestro Código Penal para el Distrito Federal, concuerda con este criterio al establecer en su artículo 51 que:

⁶⁸ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 249.

⁶⁹ Maggiore, Giuseppe. Ob. cit. Pág. 223.

⁷⁰ Carrancá Trujillo, Raúl. Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 229

"Dentro de los límites fijados por la Ley, los Jueces y Tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente" Se reafirma la opinión que nos ocupa en el artículo 52 del citado Código al señalar: "El juez fijara las penas... 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 V - La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomará en cuenta, además sus usos y costumbres. Nótese que el legislador sugiere para la aplicación de sanciones, que se tomen en cuenta las condiciones individuales de los sujetos que resulten responsables.

La pena como sanción se remonta a la época en que la venganza privada era la única forma de protección y defensa para hacerse justicia por sí mismo En la actualidad es el Estado quien impone las diferentes sanciones que marquen las Leyes, pero tal situación, no implica que la pena sea una forma de venganza pública.

Tampoco debe ser comprendida desde el punto de vista retributivo, pues si creyéramos que el responsable de un mal debe expirar su culpa para limpiar la injusticia cometida, pensaríamos de igual manera que al no culpable debería premiársele en virtud a su recta conducta.

Filosóficamente por lo que concierne a los sujetos, la pena tiene fines preventivos y represivos. Jurídicamente, por la relación entre sujetos y Estado, la pena tiene fines coactivos. En el primer caso, porque intimida a los posibles violadores de la norma penal Potencialmente se cierne una amenaza sobre ellos para prevenirlos Si se da el supuesto, la pena aplica al transgresor, evitando así que este continúe su conducta ilícita, obligándolo además a la enmienda (aquí es doblemente represiva y

además correctiva). En el segundo caso porque el Estado tiene la facultad de impedir cualquier conducta violadora de las Leyes, limitando de esta manera la libertad del delincuente, valiéndose de la pena como coacción. Es inadmisibles negar la cualidad preventiva de la pena, aduciendo que el delincuente se caracteriza por su anormalidad y que por consiguiente no pueden formarse de la misma una representación mental idéntica a la que se forman los hombre normales, pues resulta obvio que en el ánimo de los no delincuentes pesa, y pesará siempre la amenaza establecida en las Leyes Penales.

La cualidad represiva de la pena es evidente, pues el autor del delito aquilatará necesariamente el peso de la sanción como algo incómodo, inconveniente e intimidatorio, aún sin sufrirla, además de los recursos que posee el poder público para evitar que el criminal cause otros daños. Objetivamente, la pena resultará una advertencia dirigida en general a todos aquellos que estén bajo el imperio de la Ley, de ahí su carácter preventivo. Subjetivamente, será la sanción aplicable al sujeto transgresor de las normas jurídico- penales, de ahí su carácter represivo- correctivo. Pero además, el derecho reacciona ante el acto ilícito de una forma organizada, imponiendo sanciones y ejecutándolas, de ahí el carácter coactivo de la pena.

De lo expuesto resulta que la pena es la sanción objetivamente preventiva y subjetivamente represiva- correctiva, de la que se vale el Estado como único medio coactivo para hacer respetar las Leyes Penales.

Eusebio Gómez, dice que para establecer cuáles son las características de la pena, es necesario comenzar por decidir la cuestión relativa, a saber si *entre ellas y las medidas de seguridad existen diferencias*.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 24, enumera las penas y las medidas de seguridad. De todas las señaladas en dicho ordenamiento la

privación de la libertad corporal es la pena clásica, además de ser el sufrimiento que impone el Estado, al culpable de una infracción penal

El confinamiento, entendido como la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, indudablemente será una medida de seguridad, pues a quien se le impone se le está reconociendo un mínimo de peligrosidad y se le aplica dicha medida para prevenir posibles violaciones a la Ley. La **sanción pecuniaria** comprende la *multa y la reparación del daño*. El ordenamiento correspondiente dice que la reparación hecha por delincuente, tendrá el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil. No debe entenderse aquí la institución como una medida de seguridad, pues cuando el condenado no puede pagar la multa impuesta, o parte de ella, en substitución de ésta, el Juez fijará los días de prisión correspondientes, según las condiciones económicas del reo no excediendo de cuatro meses. Razón que nos induce a clasificar la sanción pecuniaria hecha por el delincuente, como pena, amén de la indicación de la Ley que le dé tal carácter. Marginalmente me permito apuntar que reconociendo desde un ángulo filosófico la finalidad preventiva de la pena, estoy de acuerdo con la tesis que define a la medida de seguridad como a la medida no penal; que después de haberse cometido un delito se aplica con fines defensivos, no retributivos, es decir, no a título de castigo, sino para prevenir que el agente cometa delitos posteriores exponiendo a peligro el orden jurídico.

Del párrafo anterior concluimos, que la medida de seguridad deberá aplicarse a los individuos potencialmente peligrosos en el orden criminal, cuando han cometido ilícitos penales, de ahí que considere como una medida de seguridad la reclusión de locos, sordomudos, degenerados o toxicómanos, atendiendo a otras razones ocuparán la misma clasificación: la prohibición de ir a lugar determinado, la pérdida de los instrumentos del delito, la confiscación de cosas peligrosas o nocivas, como también la destrucción de las mismas. La amonestación consistente en la advertencia que el

Juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincidiere. Resulta dentro de esta misma clasificación el apercibimiento, pues se entiende como tal, la conminación que el Juez hace a una persona cuando se teme con fundamento que está en disposición de cometer un delito, ya sea por su actitud o por amenazas, pues en caso de realizarse el delito, serán consideradas como reincidentes en virtud del apercibimiento de que fueron objeto.

La **caución de no ofender** la exigirá el Juez, cuando estime que no es suficiente el apercibimiento, por lo que resulta ser una medida de seguridad, patrimonial, pues se cumple mediante depósito económico.

La **suspensión o privación de derechos** es otra medida de seguridad, con tendencia a impedir el riesgo que representa la ocupación de cargos políticos en la persona de delincuentes, evitándose además que tengan bajo su responsabilidad comisiones sumamente delicadas como la de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, sindico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representantes de ausentes. El artículo 46 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, indica que la suspensión de derechos comienza desde que cause ejecutoria la sentencia y durará todo el tiempo de la condena.

La **inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos**, es una medida de seguridad y se aplica a quien revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto, esta medida abarca a las personas que presten servicios profesionales o técnicos y a funcionarios o empleados públicos, cuando la revelación es considerada punible. De acuerdo con el artículo 212 del Código de la materia, también se aplica esta medida de seguridad a todo aquel que cometa el delito de abuso de autoridad.

Se aplicará esta medida igualmente a los que resulten responsables del delito de peculado y concusión y a los funcionarios empleados o auxiliares de la administración de justicia, a los que conozcan de negocios, los cuales tengan impedimento legal para ello; que litiguen por sí o por interpósita persona cuando la Ley les prohíba el ejercicio de su profesión, que dirijan o aconsejen a las personas que ante ellos litiguen que no cumplan una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello; que dicten u omitan una resolución o un acto de trámite, violando algún precepto terminante de la Ley, o contrario a las actuaciones de un juicio o al veredicto de un jurado, y siempre que se obre por motivos inmorales y por simple error de opinión

Se impondrá asimismo la **destitución** o **suspensión** de su cargo, al funcionario, empleado o auxiliar de la citada administración de justicia, que ejecute actos o incurra en omisiones que produzcan un daño indebido o concedan a alguien una ventaja también indebida como de igual manera a los que retarden y entorpezcan, maliciosamente o por negligencia la administración de justicia y a los que en el desempeño de su cargo traten con ofensa, desprecio o deshonestidad a las personas que asistan a su Tribunal u oficina. Además se aplicará la suspensión en los casos de responsabilidad profesional, tanto por responsabilidad médica y técnica, como en los casos de delitos de abogados, patronos y litigantes, íntimamente relacionados con el desempeño de sus funciones como tales.

La **publicidad especial** de sentencia es una medida de seguridad a título de reparación. Consiste en la publicación de la misma en uno o dos periódicos de la localidad, cuando el acusado resulte absuelto cuando el hecho imputado no constituye delito o cuando el presunto responsable no lo hubiere cometido. Otra medida de seguridad es la **vigilancia de la policía**, y se presenta con frecuencia este caso cuando el inculcado obtiene libertad preparatoria o cuando logra la suspensión de ejecución de sanciones privativas de la libertad, que no excedan de dos años quedando el reo

sujeto a la vigilancia de la autoridad. Las medidas tutelares para menores están enunciadas en la Ley de Tratamiento Para Menores Infractores, que prevé como medida de seguridad, el confinamiento por el tiempo necesario de los menores que cometan infracciones a las Leyes Penales

Atendiendo a las condiciones peculiares del menor y a la gravedad del hecho, se podrán aplicar las siguientes medidas: reclusión a domicilio, reclusión escolar, reclusión en un hogar honrado, patronato o instituciones similares, reclusión en establecimientos médicos, en establecimiento especial de educación técnica, reclusión en establecimientos de educación correccional. Véase que las medidas de seguridad están encaminadas a la prevención del delito, ya sea porque se aplican a individuos peligrosos antes de que cometan ilícito alguno o a sujetos no imputables que ya cometieron algún delito.

La naturaleza jurídica de las medidas de seguridad se encuentra, en primer término en su cualidad subjetiva preventiva, pues resultan ser una medida de protección social ante sujetos que acusan cierto grado de peligrosidad criminal, por lo que se adopta un criterio dualista para distinguir las penas de las medidas de seguridad, no obstante ambas persigan el mismo fin: la lucha contra el delito. La pena inflige un castigo y la medida de seguridad prevé la comisión de un delito.

En segundo término, las medidas de seguridad están fuera del ámbito de la pena por no encaminarse a expiar una culpa, sino a impedir un acto delictuoso, lo que induce a clasificarlas como **medidas judiciales**, ya que compete al órgano jurisdiccional la aplicación de las mismas. Diferentes autores consideran que la pena, además de su carácter represivo, también posee una clara finalidad preventiva, por las siguientes razones:

El Código Penal no establece la obligación de respetar la vida ajena, más bien señala la sanción que se impondrá al que prive de la vida a otro, de tal manera la Ley previene a los posibles infractores para que limiten su conducta y no se hagan acreedores a la sanción penal. El derecho penal en sus ordenamientos, instituye tácitamente obligaciones universales para la protección de los derechos subjetivos que ocupan su atención y se vale de la pena como un medio de advertencia. Así podrá decirse que la pena es, objetivamente, de finalidad preventiva, misma cualidad contenida en las medidas de seguridad, subjetivamente hablando. Ahora bien, si toda norma jurídica consta de dos elementos: el precepto y la sanción y dicha norma se dirige a todos los individuos que estén bajo la soberanía de la misma, es lógico que precepto y sanción alcanzarán a todos los que se encuentren bajo el imperio de la Ley en forma universal y objetiva

Afirma Hans Kelsen que, considerado en cuanto a su fin el derecho aparece como un medio específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada, considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzaran en evitarlos. Su meta es pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Naturalmente no siempre se obtiene el buen resultado deseado, pues el derecho se desobedece constantemente muy por encima de la amenaza que acompaña a la norma jurídica, pero ¿Podríamos asegurar que toda omisión de conducirse de modo contrario al derecho, está desvinculada de la sanción objetivamente dada? El derecho penal se vale de ciencias auxiliares y aplica principios de psicología, de ahí la política criminal entendida como la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. ¿Y cómo se logra dicha prevención? Pues con

normas que para tener categoría jurídica deben ir enlazadas a sanciones y en lo penal la sanción por antonomasia es la pena

1.6.1 FINALIDAD SUBJETIVA DE LA PENA

A manera de antecedente histórico, citaremos las doctrinas que han fundamentado el derecho de reprimir, justificando así a las penas, pues de esta manera conoceremos el pensamiento de aquellos que se preguntan si el Estado tiene o no derecho a castigar y hasta donde alcanza dicha facultad, desentrañando además su naturaleza

Teorías Absolutas.- Fundan la represión en la exigencia de la justicia absoluta. El delito es un mal causado y su autor debe ser sometido a la expiración de ese mal. La omisión del castigo importaría una injusticia; en síntesis, la pena carece de toda finalidad práctica y no sería posible atribuírsela, porque si el mal merece el mal y el bien merece el bien, ningún otro fundamento legítimo puede reconocer el derecho de reprimir. La Pena es entonces la justa consecuencia del delito, que el delincuente debe sufrir como una expiración porque delinquiró. Esta teoría tiene su fundamento en la retribución.⁷¹

Teorías Relativas.- A diferencia de las doctrinas absolutas que consideran la pena como fin, las relativas la conciben como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Esto es, asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento.⁷²

⁷¹ Gómez Eusebio Tratado de Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá 1988 Pág. 571.

⁷² Maggiore Guiseppe. Ob cit Pág 262.

Aquí encuentra apoyo para reconocer a la pena, finalidad preventiva desde un ángulo objetivista. pues a decir de Eusebio Gómez, la intimidación asigna a la pena la virtud de operar la prevención general, por el temor que despierta la amenaza de su imposición.

La afirmación no trae implícita la negación a la tesis lombrosiana, no obstante la inclinación a dudar en la infalibilidad de la clasificación biotípica criminalista. Por otro lado, las leyes consideran al anormal delincuente, como sujeto inimputable y de ahí que se le apliquen medidas de seguridad en lugar de penas, y al delincuente no anormal como sujeto imputable con facultades de conocimiento y voluntad, capacidad de entender y querer, determinación en función de aquellos que conoce y por consiguiente se le coloca muy lejos de los grados de anormalidad que reconoce el propio Derecho.

Aún en la pena aplicada encontramos la finalidad preventiva, pues además de ser una sanción represiva-correctiva está actuando como intimidación especial en el ánimo del delincuente, independientemente a la limitación de libertad que prevé la posibilidad de futuras conductas delictuosas

Teorías Mixtas.- Estas adoptan una posición ecléctica, ya que tratan de fundir en una idea las dos anteriores

De estas la más adecuada es la de Rossi, quien toma como base el orden moral eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas y junto a él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y una relativa.

Jiménez de Asúa, considera que las objeciones hechas para demostrar que la penalidad, o sea la amenaza de pena, no es característica del delito, no tienen poder de

convicción. Además agrega que la penalidad resulta el más cómodo de los requisitos, cuando no lo precisamos queda reducido a una mera consecuencia, cuando hace falta reasciende a su categoría de característica específica. Sin embargo, es criticable, ya que un elemento característico de la pena no puede cambiar de índole conceptual a mero efecto, para recuperar su puesto luego.

Cuello Calón afirma que el delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacados, ya que para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad debe reunir el de su punibilidad, siendo éste de todos ellos, el de mayor relieve penal. Por lo tanto, realmente la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo.⁷³

Por otra parte, los que consideran que la punibilidad no es elemento del delito, manifiestan que el equívoco entre los que consideran a la punibilidad elemento esencial del delito, estriba en no advertir que el ilícito penal es el hecho condicionante (por acciones u omisiones) señalado por la norma; que deberá recaer una consecuencia determinada, que en el orden coactivo estatal se reduce a una pena. A la equivocada apreciación inducen diversas definiciones del delito, como la de Franz Von Liszt que lo estima un acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena, resultando de toda claridad, que se confunde al delito con la posterior consecuencia, o sea, con la sanción penal.⁷⁴

Sí algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos, para que cuando los elementos concurran, la pena pueda o deba aplicarse. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de estos elementos, de modo que toda la tarea sistemática consiste en examinar el contenido de éstos.

⁷³ Castellanos Tena. Fernando. Ob. cit. Pág. 522.

⁷⁴ Jiménez de Asúa. Luis. Tratado Derecho Penal. Editorial Lozada. Buenos Aires Argentina. Tomo I. 1991. Pág. 240

Raúl Carrancá y Trujillo, al hablar de las excusas absolutorias, afirma que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De tal definición se infiere que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito.

Para Ignacio Villalobos la pena es la reacción de la sociedad o el medio que ésta se vale para tratar de reprimir el delito. Es algo externo al mismo y dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria, por ésto acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva

El delito es punible pero éste no significa que la punibilidad forme parte de él, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito, pero es delito por ser punible. En cambio, sí es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, necesidad de consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc

En el caso de las excusas absolutorias se sanciona a los coautores en virtud de su participación en la comisión de un delito, ello confirma que puede existir éste sin la punibilidad.

Al amparado por la excusa no se le aplica la pena, pero sí a quienes participan en alguna forma en la realización del acto, y esto es así, porque cooperan en el delito, de lo contrario sería imposible sancionarlos.

Por otra parte, al hacer el estudio de nuestra definición legal del delito, señalamos que haya infinidad de actos, sancionados con una pena, sin poseer carácter

delictivo, como ocurre con infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas. Adviértase además, que la definición del delito es innecesaria en los Códigos. Celestino Porte Petit después de nuevas y fecundas investigaciones, decididamente se pronuncia por negar a la punibilidad el rango que ataño le concediera, al considerar que cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles, en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento del delito ⁷⁵

En estricto sentido lógico jurídico, el delito es el hecho condicionante al que recae una pena, en calidad de consecuencia condicionada.

En este caso, el hecho condicionante previsto por la norma penal es una conducta humana que contraviene la ley penal no importando que esta sea positiva o negativa, de hacer o de no hacer, de comisión o de omisiones, hecho que deberá enlazarse además a una sanción para que la norma tenga plena validez jurídica.

Nunca será la sanción penal elemento integral del delito, sino la consecuencia necesaria que ha de recaer al agente porque así lo establece el orden jurídico penal. Aún adoptando un criterio poco doctrinal, llegamos a la misma conclusión, pues son innumerables las conductas delictivas en que no se ha aplicado pena alguna, como en el caso en el que se desconoce al autor del ilícito y sin embargo el delito subsiste.

1.7 MODALIDADES DEL TIPO PENAL

Los tipos básicos consagrados en los Códigos Penales, Federal y del Distrito Federal, en ocasiones requieren la acreditación de más elementos, tales como la calidad del sujeto activo y del pasivo, el resultado y su atribuibilidad, el objeto

⁷⁵ Castellanos Tena Fernando Ob cit 1990 Páginas 250, 251 y 252.

material, los medios utilizados, circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como de otros elementos de los cuales haremos mención más adelante. Todos estos elementos forman la estructura de un tipo penal y estos tipos penales protegen, como se hizo alusión, bienes jurídicos, los cuales pueden ser lesionados o puestos en peligro por una persona desprendiéndose, entonces, que existen dos sujetos, por un lado, uno que realiza una acción u omisión y otro que recibe el resultado de esa acción u omisión típica.

CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO Y DEL PASIVO

Doctrinalmente se ha dicho que los tipos penales pueden concretarse mediante la conducta desplegada por uno sólo, claro, pudiendo participar otros sujetos en la comisión del ilícito, los tipos penales que admiten que el ilícito se puede cometer por una sola persona se les ha llamado monosubjetivos y los tipos que necesitan de la presencia de dos o más sujetos se les ha llamado plurisubjetivos, aunque el tipo penal puede no prever la posibilidad de que intervengan dos o más sujetos.

1.7.1 CALIDAD EN EL SUJETO ACTIVO

La descripción que hace el legislador en la Ley Penal se presenta mediante un verbo, estableciendo en ocasiones el mismo tipo penal determinadas calidades relacionados con el sujeto al momento que realiza su acción u omisión, es decir, que no siempre el tipo se presenta de manera ordinaria, sino que exige en algunos casos modalidades en el sujeto activo o en el pasivo. Por lo que se refiere al sujeto activo, tenemos que es la persona que realiza la acción u omisión que produce un resultado ilícito, es el responsable de la comisión de un delito y es toda persona capaz de

concretar el específico contenido sistemático de cada uno de los elementos contenidos en el tipo penal ⁷⁶

No debemos olvidar que necesariamente el sujeto activo debe realizar una acción u omisión que lesione o ponga en peligro el bien *juridicamente tutelado*, pudiendo ser también el sujeto activo una persona física o moral con excepción que en esta última persona, solamente podrá ser responsable conforme a lo establecido por el artículo 11 del Código Penal.

La persona física es un ente jurídico con los siguientes atributos: capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad. Por lo que se refiere a la persona moral, es un ente creado por la ley, es una figura jurídica con derechos y obligaciones y tiene los atributos de la persona física exceptuando el estado civil

Aunque se ha discutido mucho si las personas morales pueden o no ser responsables de un ilícito, pues es el representante legal o miembro de la persona moral quien realizará la acción u omisión delictiva, a este respecto nosotros avalamos el señalamiento de que las personas morales no son responsables penalmente, sino que lo son las personas físicas que la dirigen, aunque dicha persona moral, en un momento dado, se ve afectada ya que el mismo artículo 11 del Código Penal dispone que cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

⁷⁶ De la Barrera Solórzano, Luis Algunos Problemas en el Derecho Penal U N A M. México 1974 Páginas 24 y 25

Sobre la responsabilidad de las personas morales, el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en Bucarest (1926), votó la responsabilidad penal de las personas morales cuando se trate de infracciones perpetradas con el fin de satisfacer el interés colectivo de las mismas o con los medios suministrados por ellas, aceptando en lo demás la teoría de Mestre.

Sus conclusiones dicen así: comprobando el crecimiento continuo y la importancia de las personas morales y reconociendo que ellas representan una fuerza social considerable en la vida moderna, considerando que el orden legal de toda sociedad puede ser gravemente perturbado, cuando las actividades de las personas jurídicas constituyan una violación de la Ley Penal resuelve:

1. Que deben establecerse en el Derecho Penal interno medidas eficaces de defensa social contra las personas jurídicas cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas, o con recursos proporcionados por ellas y que envuelven también su responsabilidad.
2. Que la aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas, no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración o en la dirección de los intereses de la persona jurídica o que hayan cometido la infracción valiéndose de los medios proporcionados por la misma persona jurídica. Esta responsabilidad individual podrá ser, según los casos agravada o reducida.

Por lo que hace al sujeto activo, Celestino Porte Petit ha señalado: el sujeto activo requerido por el tipo es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin

aquél, debiéndose entender por sujeto activo el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice.⁷⁷

Para Giuseppe Maggiore, los delitos de sujeto calificado son los que pueden ser cometido solamente por determinadas personas, por cuanto suponen en el agente una cualidad natural particular (mujer) o familiar (esposa, tutor, etc) o social (comerciantes, encargados del servicio público, funcionarios públicos, etc).⁷⁸

El sujeto activo regularmente no requiere ninguna calidad específica, pero excepcionalmente, si por lo que la acción u omisión descrita en el tipo penal sólo podrá realizarse por el sujeto que reúna las características exigidas por la ley, por lo que el sujeto activo, en estos tipos, no es común, por ello se habla de calidad específica en el sujeto activo, aunque también existe la llamada pluralidad específica en la que se requiere por el tipo pluralidad del sujeto activo. Hemos tomado la definición que da Rafael Márquez Piñero sobre la calidad específica y señala como el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber. La palabra delimitar es una restricción de la posibilidad de realizar como autor el delito de integrar el tipo descrito en la Ley Penal, si no se tiene la calidad exigida por el tipo.⁷⁹

Se debe hacer una observación en torno al sujeto activo que requiere una calidad, ya que es cierto que sólo el sujeto que reúna las características que exige el tipo (ser hijo, padre, entre otras) podrá realizar la conducta delictiva, pero no impide de ninguna manera que otros sujetos participen en la comisión del ilícito, pudiendo ser cómplices en la realización del hecho.

⁷⁷ Carrancá Trujillo, Raúl Idem Pág. 346.

⁷⁸ Maggiore, Giuseppe Derecho Penal y el Delito, Editorial Temis Bogotá Colombia 1989, Pág. 302.

⁷⁹ Márquez Piñero, Rafael. El tipo Penal (Algunas consideración en torno al mismo) U N A M México 1986 Pág. 207

La calidad de garante se puede definir como "la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados. creada para la salvaguarda del bien".⁸⁰

Se debe mencionar que existen los delitos llamados de propia mano, los cuales no deben confundirse con los tipos que exigen una calidad en el sujeto activo, ya que los delitos de propia mano requieren que la acción u omisión delictiva sea personal, como ejemplo, la falsedad en declaraciones.

1.7.2 CALIDAD EN EL SUJETO PASIVO

Como se indicó, es necesaria la presencia de otro ente jurídico, al cual se le denomina sujeto pasivo, mismo que difiere del sujeto activo, ya que no se puede reunir la calidad de sujeto pasivo y sujeto activo en una sola persona. El sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico que el sujeto activo pone en peligro o lesiona mediante su acción u omisión, de esta manera el sujeto pasivo puede ser una persona física o moral, incluyendo al Estado.

El sujeto pasivo en ocasiones no es la persona afectada o perjudicada, ya que en muchos de los casos la conducta típica y antijurídica es recibida por un sujeto que no es el titular del derecho protegido por la ley. Este sujeto sólo recibe el daño pero no es el titular del bien jurídicamente tutelado, por ejemplo X pide prestado el automóvil, propiedad de Y, al circular por Avenida Insurgentes Sur recibe un alcance por Z el cual era conducido en exceso de velocidad y sin conservar una distancia prudente, por lo que el afectado o perjudicado jurídicamente es X y el titular del derecho es Y por tanto, sujeto pasivo del delito.

⁸⁰ Maggiore, Giuseppe Ídem Pág 594

Se ha realizado una clasificación del sujeto pasivo de acuerdo al número de sujetos que resienten la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, sujeto pasivo singular cuando se ocurre la sola presencia de un sujeto titular del derecho, pero el tipo penal en ocasiones requiere la presencia de dos o más sujetos pasivos, como es el caso de la sociedad, por lo que estaremos hablando de sujeto pasivo plural. Al igual que los sujetos activos, los sujetos pasivos pueden ser indeterminados, es decir, que cualquier persona es sujeto pasivo, ya sea imputable o inimputable (menores de edad, locos, idiotas, ebrios consuetudinarios, entre otros), pero en otras ocasiones se requiere que el sujeto pasivo tenga características, es decir que sea un sujeto pasivo con calidad determinada, por lo que también se da la calidad específica en el sujeto pasivo, así como la pluralidad específica.

La característica o calidad en el sujeto activo, como en el sujeto pasivo, puede ser respecto de la edad, sexo, sobre la capacidad, sobre la ocupación, ya sea comercialmente, servidor público, profesionista, entre otras. En nuestro Código Penal tenemos como ejemplo de tipos penales que requieren sujetos pasivos con calidad específica, sólo por citar algunos, los siguientes: en el genocidio, se requiere que el sujeto pasivo sea un grupo nacional o de carácter étnico, racial o religioso, en la corrupción de menores e incapaces, el sujeto debe ser menor de 16 años o no tener capacidad para comprender el hecho o ser menor de 18 años de edad, en el homicidio en razón del parentesco, se necesita que el sujeto pasivo sea hermano, cónyuge, concubino o concubinario, adoptante y adoptado.

1.7.3 EL RESULTADO Y SU ATRIBUIBILIDAD A LA ACCIÓN U OMISIÓN

El resultado será consecuencia necesaria de la acción u omisión realizada por el sujeto activo y el cual se traduce en una mutación del mundo exterior, es así, como la acción u omisión produce el resultado, ya que se trata de un delito culposo.

Se ha establecido que la modificación del mundo exterior se da en forma física o en forma psíquica, debido a que no todos los delitos requieren un resultado físico. esto es, en algunos delitos se protege la paz de las personas, la cual se puede alterar mediante presiones psíquicas y modificar, atemorizar, intranquilizar, perturbar la libertad de acción de una persona. Entre estos delitos que producen un resultado psíquico y a manera de ejemplo, tenemos a las amenazas y por otro lado, entre los delitos que tiene resultado físico encontramos al homicidio y al daño en propiedad ajena. No obstante, respecto de estos delitos de omisión existe un problema, ya que muchos penalistas aseguran que en ellos el resultado material no se da, aunque también, se ha dicho que todo delito de simple actividad o de posición se consuma con el mero movimiento corporal, ya que el resultado se encuentra contenido en éste. Lo cierto es que el resultado producido por la acción u omisión debe encuadrarse al tipo penal, esto es, se hace necesario que dicho resultado sea típico y punible a los ojos de la Ley Penal.

El resultado producido por la acción generalmente se presenta como un delito material que produce la pérdida del bien jurídico tutelado o bien que lo pone en peligro de ese bien jurídicamente tutelado. No sólo basta la producción de un resultado que derive de una acción o de una omisión para que se tenga por comprobado el mismo, es necesario además que exista un lazo entre la primera y la segunda, es decir, un lazo entre la acción u omisión. Así podemos confirmar que el efecto producido por la acción u omisión hace o no responsable al agente que realizó la conducta. El resultado y su atribuidad a la acción u omisión, se constatará mediante las pruebas que requiera cada tipo penal para la adecuación de la conducta, la cual ayudará a determinar la responsabilidad del sujeto activo. De esta manera, tenemos que la conducta importa al derecho penal en cuanto tenga una relación con el resultado que viene a lesionar o a poner en peligro el bien jurídico tutelado, al respecto, según lo apuntado por Rafael Márquez Piñero en su obra "Derecho Penal" (parte general), "el maestro mexicano Mariano Jiménez Huerta sitúa la cuestión en el

ámbito del Derecho Penal y expone que se trata exclusivamente de saber si determinado comportamiento humano ha producido un resultado relevante desde el punto de vista jurídico, dicho de otra forma, si un concreto resultado puede objetivamente ser atribuido a una conducta humana. Sólo la causa humana tiene relieve en la ciencia penal”.⁸¹ Se debe resaltar que la ley exige que el resultado sea atribuible a la conducta, es decir no bastará que el sujeto realice su conducta, sino que la misma haya sido relevante para la producción del resultado para lo cual se requerirá de un juicio concreto a cada caso.

Existe el problema de que en los delitos de omisión no se requiere un resultado material, ya que no es causa del mismo y se ha establecido que habrá una causalidad entre la acción esperada por la ley, para que se produzca el resultado, pero no se acepta por completo, porque sólo habrá causalidad entre la persona que tiene el deber de obrar y no lo hace, pero no entre el que no tiene tal deber de obrar.

Para Octavio Alberto Orellana, tratándose de delitos de omisión o de comisión por omisión, manifiesta que: “la relación causal debe referirse siempre a la redacción del tipo, pues en él vamos a encontrar si a la conducta del sujeto se le puede o no atribuir la violación del mandato en los delitos de omisión, o de la violación de una norma prohibitiva en los delitos de comisión.

Opinamos que al sujeto activo se le podrá atribuir el resultado por esa posición en que lo coloca la propia ley para no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, dándose la relación por esa misma posición en que lo coloca y no sólo por no evitar el resultado. Nuestra legislación penal establece que tanto la acción como la omisión deben ser valoradas para determinar cual es la atribuibilidad y no atribuibilidad respecto del resultado producido, o si es atribuible o no el resultado a la acción u omisión que ejecutó el sujeto activo.

⁸¹ Olga Islas y Elpidio Ramirez, Lógica del tipo en el Derecho Penal, Editorial Juridice Edición México 1976.
Pág 4

1.7.4 OBJETO MATERIAL

El objeto material es entendido como el objeto o persona que resiente la conducta desplegada por el sujeto activo. Es así como el sujeto activo al realizar la acción u omisión, lesiona o pone en peligro el bien jurídico daña, el objeto material.

Antes de continuar con el análisis del presente tema, debemos aclarar que el objeto material es distinto del objeto jurídico y del sujeto pasivo. El objeto jurídico es el protegido mediante el tipo penal y del cual es titular el sujeto pasivo, mismo que resiente la conducta desplegada por el sujeto activo, por dañarlo en su persona o por dañar cosas que se encuentran en su esfera jurídica, para hacer más claro esto, ejemplificaremos de la siguiente manera: Juan (sujeto activo) coge un martillo y golpea en el cuerpo a Pedro (sujeto pasivo y titular del derecho), como la conducta desplegada por Juan es ilícita, será responsable del delito de lesiones cometido en agravio de Pedro.

Así tenemos que el objeto jurídico es la integridad física de Pedro y el objeto material es el cuerpo de Pedro, quien a la vez es sujeto pasivo, aunque excepcionalmente el sujeto pasivo no es el titular del bien jurídico protegido, podemos decir que el objeto material es la lesión que se hace mediante una acción u omisión del interés jurídico, del cual es titular una persona y dicha lesión recae sobre un ente corpóreo.

Puede darse el caso en el que el sujeto pasivo sea diferente del objeto material, lo cual podemos apreciar de una manera más clara en los casos en que dicho objeto sea una cosa, por ejemplo, en el daño en propiedad ajena, el objeto material será el objeto o cosa dañada y el propietario de la cosa, será sujeto pasivo, inclusive, el objeto material puede recaer sobre cosas muebles (animales) o inmuebles, es decir, sobre cualquier ente corpóreo o sobre la persona misma

1.7.5 MEDIOS UTILIZADOS

Los medios utilizados son las cosas o actividades de que el sujeto activo se vale para realizar la producción del resultado.

Los medios utilizados son instrumentos diferentes de la voluntad, lo mismo puede ser una cosa sin vida como una cosa con vida, como pudiera ser un animal o una fuerza física o moral. Debemos enfatizar que los medios utilizados son diferentes a la conducta, es decir, que el instrumento utilizado por el sujeto activo es diferente a la conducta, pues éste será puesto en movimiento para la realización del hecho delictivo.

Es así, como algunos tipos penales exigen o hacen necesario el empleo de un medio para adecuar la conducta al tipo, es decir, es necesaria para la integración del tipo utilizar un instrumento o medio, en este sentido, se señala en algunos artículos de nuestro Código Penal vigente, el uso de la violencia, (física y moral), en otras ocasiones el medio utilizado es el engaño, como en el caso del fraude, en otros casos es la furtividad como en el despojo, entre otros.

De esta manera, los medios utilizados constituyen un elemento de algunos tipos penales sin los cuales no es posible integrarlo, es decir, que es necesaria la comprobación del medio utilizado para que se pueda dar la tipicidad, así por ejemplo, en el fraude se debe acreditar el engaño o aprovechamiento del error en que cayó el sujeto pasivo, en tanto que en el despojo se deberá acreditar la furtividad

1.7.6 LAS CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO, MODO U OCASIÓN

Como hemos visto, el tipo penal no se presenta siempre de una manera simple, en algunas ocasiones exige la presencia de una circunstancia, de alguna modalidad, ya sea en el sujeto, en el objeto, en la conducta, entre otros, en este caso trataremos las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

Por lo que se refiere a las **circunstancias de lugar**, el tipo penal señala dónde debe realizarse necesariamente la acción u omisión, aunque en ocasiones no restringe la posibilidad de que el hecho pueda realizarse en tal o cual lugar, es decir, que el tipo en ocasiones no requiere que el hecho delictivo se realice en determinado lugar, por lo que podría cometerse en cualquiera, pero ya hemos dicho que se deben acreditar todos los elementos del tipo, por lo que si el tipo penal establece que el hecho se realice en determinado lugar, en un lugar específico debido a su naturaleza, delimita el campo en el que se deberá ejecutar la acción u omisión o producir el resultado. De esta manera, tenemos que si la acción u omisión se realiza en un lugar distinto del que señala el tipo penal de que se trate, habrá atipicidad.

No se debe confundir las circunstancias de lugar con el ámbito espacial, ya que la primera viene a ser un requisito establecido en el tipo penal del delito del que se trata y el cual es necesario para la existencia del delito, en tanto que el segundo nos sirve para saber si el delito es punible en determinado territorio y para fijar la competencia de los Tribunales.

Como ejemplos de tipos que exigen circunstancia de lugar para la existencia del ilícito penal, tenemos al allanamiento de morada, el cual precisa que se lleve a cabo en departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitación y tipo

establecido en el artículo 286, en el que se exige que sea un lugar despoblado o paraje solitario

Por lo que se refiere al elemento temporal, en algunos casos exige esta referencia y la falta de ésta en la conducta del sujeto activo dará lugar a una atipicidad. De esta manera, el tipo establece el tiempo en que se deberá desarrollar la acción u omisión del sujeto a efecto de que se adecúe a la descripción hecha por el legislador en la Ley. Por lo general no es necesario que la conducta se realice en un tiempo determinado, pero en ocasiones la conducta típica se limita a un campo de acción, es decir, el legislador circunscribe la conducta a realizar a un determinado tiempo y el cual sirve como agravante, siendo este elemento el que lo hace relevante para el derecho penal la conducta del sujeto activo. En este caso tenemos que la omisión se circunscribe a un tiempo determinado, ya que la conducta que se espera o que le es exigida al sujeto activo se debe realizar en un tiempo específico para evitar al hecho ilícito.

Las circunstancias de tiempo no deben confundirse con los límites temporales, ya que la primera constituye un elemento integrador del tipo penal, pues requiere que la conducta se realice en un lapso de tiempo determinado sin el cual no podrá hablarse de tipicidad y el segundo determina, cuando una ley es aplicable por ser vigente.

Nuestro Código Penal vigente contiene tipos que requieren de la referencia de tiempo, tal es el caso de los delitos cometidos contra funcionarios públicos, el cual requiere que el funcionario público o agente de la autoridad se encuentre en ejercicio de sus funciones.

Por lo que se refiere a la circunstancia de modo, el tipo requiere que la conducta desplegada se realice en determinada forma y referida a los instrumentos

utilizados, ya sea mediante el medio psíquico, físico o por medio de cosas. La circunstancia de ocasión está referida a aquella situación de la que se aprovecha el sujeto, o en la que el sujeto realiza la hipótesis, y como en las anteriores, agravará la conducta; por ejemplo en los artículos que manejan la referencia de ocasión, (artículo 381 del Código Penal vigente)

1.7.7 ELEMENTOS NORMATIVOS

Algunos delitos por su propia naturaleza, no pueden describirse de una manera objetiva, por lo que existe, según Bauman, la necesidad de utilizar expresiones cuya interpretación requiere de juicios de valor, cuando eso ocurre, se dice que el tipo legal contiene elementos normativos

Miguel Ángel Cortés estima que los elementos normativos sólo se captan mediante un proceso intelectual que nos conduce a la valoración del especial concepto. Por ejemplo, el término “honestidad”, empleado por el legislador en el delito de estupro, lleva en su significación una valoración ético social; en el delito de robo, la comprensión de una “cosa ajena mueble”, implica un juicio valorativo de carácter jurídico.⁸²

Los elementos normativos contenidos en el tipo penal, ayudan a distinguir una conducta ordinaria o común de una conducta descrita en la Ley y sancionada por la misma, es decir, los elementos normativos nos ayudarán a determinar cuando es ilícita una conducta y cuándo no lo es. Estos elementos son valorados desde dos puntos de vista, el primero, desde el punto de vista jurídico y el segundo desde el punto de vista cultural, ético o social, o también llamado extrajurídico. Por lo que se refiere a los

⁸² Cortés Ibarra Miguel Ángel Derecho Penal (parte General) Editorial Cárdenas Editor México 1992. Pág.180.

elementos normativos de carácter jurídico. Braumann, señala que: “implica una valoración del bien, en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito del derecho, los segundos tienen un contenido cultural y requieren de valoraciones de orden académico, ético o social.”⁸³

1.7.8 ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los elementos subjetivos específicos ayudarán a determinar la naturaleza de la conducta desplegada, aunque pueden tener un elemento ambivalente, es decir, que el elemento subjetivo específico puede recaer, a su vez, en el tipo y en la culpabilidad o en la antijuridicidad.

Los elementos subjetivos específicos son diferentes al dolo, son motivos o tendencias que se deben valorar para el perfeccionamiento del tipo legal de algún delito, el fin de eximirse de algunos. La importancia de tales elementos subjetivos se revela en que si no concurren, no se da el respectivo tipo de injustos. Así, por ejemplo una expresión injuriosa, hecha sin ánimo de tender, sino como testimonio en un juicio, no es constitutiva de un tipo de injurias.

⁸³ Reyes Echandia, Alfonso Ob cit Pág 111.



CAPITULO SEGUNDO

METODOLOGIA

CAPITULO PRIMERO

En el presente capítulo se está utilizando la metodología doctrinal para la creación y reelaboración de los contenidos y principios del derecho atento a que en este tipo de metodología se utilizan los métodos dialéctico al conformar y recapitular las ideas y exposiciones doctrinales de diversos catedráticos para llegar a una síntesis, el método discursivo al considerar y observar, como contemplar múltiples puntos de vista de la concepción de los elementos del delito, el método histórico en cuanto al punto de referencia de que el conocimiento pleno de las instituciones y elementos del delito se desprende en las doctrinas las cuales trascienden el tiempo y en la forma y manera de su concepción.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. AVERIGUACIÓN PREVIA

El Ministerio Público, conforme a nuestro sistema legal, únicamente puede iniciar averiguación previa por hechos delictuosos que lleguen a su conocimiento a través de una denuncia o una querrela, como lo afirma Franco Sodi: "las pesquisas es un procedimiento arbitrario, el Ministerio Público tiene que ajustarse al artículo 16 de la Constitución y éste señala dos medios, dos formas únicas para poner en conocimiento de la autoridad un delito e iniciar el procedimiento criminal a saber: la denuncia y la querrela, claro está que la autoridad puede tener conocimiento directo del hecho delictuoso, tal es el caso del flagrante delito y en esta situación se encuentra facultada, por el mismo precepto de la constitución, para aprehender a los delincuentes ⁸⁴ Es así que como la averiguación previa es el instrumento con el que el Ministerio Público inicia su labor de investigador de delitos".

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Al examinar la historia procesal penal mexicana, se advierte una tendencia para transformar la estructura del Juez como parte acusadora, en Juez imparcial. La doctrina explica que el Juez se había convertido en árbitro único del destino del inculpado, ya que la ley lo había investido con facultades omnímodas. A lado de esta posición suprema del juzgador aparecían las presiones indefinidas, los interrogatorios secretos, capciosos y con proyecciones hacia el tormento. La denuncia considerada como un acto público, fue desconocido durante la vigencia del proceso romano de tipo acusatorio, debido a que el procedimiento penal se basaba en la acusación que tenía el carácter de pública.

⁸⁴ Castillo Larrañaga, Víctor La Averiguación Previa, Editorial Porrúa 1990. Pág Ob cit 182

No fue sino hasta la época de los emperadores cuando se introdujo la denuncia en forma escrita y secreta, pero como no permitía la identificación del denunciante fue objeto de severas críticas, iniciándose las reformas tendientes a sustituirla como se hace en la actualidad.

Todo ello explica la desaparición del procedimiento basado en tormentos, elevándose a rango Constitucional un conjunto de derechos del hombre y del ciudadano. Así las cosas el 15 de septiembre de 1880 se expidió el primer Código de Instrucción criminal que implantó en el examen de los medios de confirmación tres importantes condiciones: los debates, la oralidad y la publicidad, directrices que fueron respetadas en el código de 1849, derogado por el de organización, competencia y procedimientos en materia penal para el Distrito y Territorios Federales, expedido el 4 de octubre de 1929, el cual fue abrogado por el vigente del 26 de agosto de 1931.

2.1.1 CONCEPTO

La averiguación previa es la etapa procedimental en que el Ministerio Público en ejercicio de la facultad de investigador, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para esos fines, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.⁸⁵

El conjunto de actividades que realiza el Ministerio Público para reunir las pruebas necesarias para ejercitar o no una acción penal. Es la etapa que antecede a la consignación y tiene por objeto integrar el tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado de los hechos⁸⁶

⁸⁵ Colín Sánchez Guillermo Derecho Mexicano de Procedimientos Penales 13 Edición Editorial Porrúa. México 1992 Pág 223.

⁸⁶ Varios Guía del Ciudadano. Seguridad y Justicia. Editorial P G J D F México 1990. Pág 18

La averiguación previa constituye los cimientos del procedimiento judicial, por tanto, una investigación técnica y científicamente bien estructurada cumplirá de manera más eficiente con la función de procurar justicia.⁸⁷

Tiene por objeto probar la pretensión jurídica que contiene el derecho de acción penal que ejercite. Las actuaciones que se practiquen en esta etapa procesal, tienen validez en si misma, de tal forma que las pruebas que se aporten al proceso podrán ser objeto de valor probatorio por el juzgador, al examinar su trascendencia jurídica. El Ministerio Público se convierte en auténtico investigador, realiza las diligencias en busca de las pruebas que le permitan acreditar su dicho, ya sea en el sentido de que los elementos del delito se encuentran comprobados, y que la probable responsabilidad se haya acreditada, es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el tipo penal del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal, comprende las diligencias para que el Ministerio Público resuelva si ejerce la consignación a los Tribunales. El periodo de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes procedimentales acostumbra denominar de averiguación previa, tiene por objeto, como su nombre lo indica reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución, para el ejercicio de la acción penal.⁸⁸

En la averiguación previa tiene intervención el Ministerio Público en calidad de autoridad especial, se inicia a partir del momento en que ese órgano toma conocimiento a través de la denuncia o de la querrela, de que se ha cometido o se pretende cometer un hecho que la ley penal sanciona como delito, y termina cuando, del resultado de la averiguación previa respectiva se acreditan los elementos que

⁸⁷ Reforma de Barandilla. Guía de Diligencias Básicas para el Ministerio Público. Editorial PG J D F México 1991. Pág 1

⁸⁸ Arilla Bas Fernando. Procedimiento Penal Mexicano. 6ª Edición. Editores Unidos Mexicanos México 1976 Pág 59.

permiten a ese órgano legalmente ejercitar la acción penal, ante la autoridad judicial que corresponda, o de lo contrario, se archive todo lo actuado o se acuerde la reserva última en la que podrá reanudarse la averiguación previa en su caso.

Es el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendientes a comprobar, en su caso, los elementos del tipo y la presunta responsabilidad de la persona o personas relacionadas con el mismo, ejercicio o no de la acción penal.

2.1.2 PRESUPUESTO DE PROCEDIBILIDAD

Para que inicie el procedimiento y pueda darse como válido el proceso, doctrinaria y legalmente se ha señalado la necesidad de ciertos elementos que le dan vida: los presupuestos procesales.

Raúl Alberto Frosali, llama presupuestos procesales a las condiciones para la existencia jurídica de una relación de naturaleza procesal, admitiendo que si estos no se dan, ningún acto puede adquirir esa naturaleza, ni ninguna decisión puede tener el carácter de jurisdiccional.⁸⁹

Para el Licenciado Colín Sánchez Guillermo, los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada del Derecho Penal⁹⁰

En el Derecho Mexicano los requisitos de procedibilidad enmarcados en el artículo 16 de la Constitución son la Querrela, la Denuncia y la Acusación.

⁸⁹ Briseño Sierra, Humberto El Enjuiciamiento Penal Editorial Trillas S A México 1988. Pág 21.

⁹⁰ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, 5ª Edición Editorial Porrúa, México 1996 Pág 7

Por su parte Osorio y Nieto César Augusto, manifiesta los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar la averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.

Aunque para el licenciado Colín Sánchez, la denuncia no es, un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se aboque a la investigación del delito, bastará que dicho funcionario este informado por cualquier medio, para que, de inmediato, esté obligado a practicar las diligencias necesarias y concluir en su oportunidad, si aquello de lo que tiene conocimiento constituye una infracción penal y quién sea el autor

2.1.3 LA DENUNCIA

Dentro del ámbito del Derecho de Procedimientos Penales, es importante distinguir la denuncia como medio informativo y como requisito de procedibilidad. Como medio informativo se utiliza para hacer del conocimiento el Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia sea el afectado, o bien que el ofendido sea un tercero, la denuncia puede presentarla cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la Ley

NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO

De acuerdo con nuestro régimen procesal, la denuncia tiene un carácter de un acto público y su efecto jurídico consiste en obligar al Ministerio Público a iniciar y tramitar la averiguación previa, respecto al hecho delictuoso que la motive desde el momento en que tenga conocimiento de su comisión o que se pretenda cometer. Cabe

hacer notar que en nuestra legislación sobre la materia, no existe disposición expresa que le imponga esa obligación, pero no obstante ello, de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución, esa obligación debe considerarse con el carácter de imperativa y no potestativa, porque ese precepto le otorga la facultad expresa y exclusiva de perseguir el delito y por lo tanto, sino la ejercitara dejaría de cumplir con ese mandato y se correría el riesgo de que los delitos quedaran impunes

Igual tesis sostiene Arilla Bas Fernando, al exteriorizar que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hace referencia alguna a dicha obligación y afirma que la omisión de la denuncia no puede ser constitutiva por el delito de encubrimiento, como sostiene algún sector de la opinión jurídica, puesto que, de acuerdo con la doctrina más autorizada, los actos de favorecimiento han de ser positivos.⁹¹

Manuel Rivera Silva, considera que la obligatoriedad de la presentación de la denuncia es parcial y no absoluta, ya que para hablar de obligatoriedad se requiere que exista la sanción

CONCEPTO

La denuncia se define como *la noticia de la comisión de un delito dada a la autoridad encargada de perseguirlo*.⁹² Para el Licenciado González Blanco Alberto, en el aspecto procesal, se entiende por denuncia al medio legal, por el cual se pone en conocimiento del órgano competente la noticia de habersé cometido o se pretende cometer un hecho que la ley penal castiga como delito, siempre que sean de aquellos que por disposición de la ley se persigan de oficio

⁹¹ González Blanco, Alberto El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa México 1999 Pág 87

⁹² Arilla Bas, Fernando. Ob cit. Pág 60

Eugenio Floiran, dice que es la exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o por un tercero a los órganos competentes. Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público, de la posible comisión de un delito perseguible por oficio

Es la facultad que tiene cualquier persona para comunicar al Ministerio Público que se ha cometido un hecho delictivo, esta relación de hechos que se consideran delictuosos ante el órgano investigador, quien es el que inicia lo que se conoce como averiguación previa donde señalaremos que como rasgos distintivos de la denuncia encontramos: Una narración de hechos presumiblemente delictivos, ante el órgano investigador, hecha por cualquier persona

Actos que ponen en conocimiento del funcionario competente (Juez, Ministerio Público o Agentes Policiales), la comisión de un hecho delictuoso, sujeto a acción pública, del que se hubiere tenido noticia por cualquier medio.⁹³

Las facultades del Ministerio Público son absolutas, pues basta el conocimiento de la existencia de una conducta que configure delito oficioso, para que el titular del órgano investigador inicie la integración de la averiguación previa, con el objeto de allegarse pruebas que acrediten la validez de la pretensión jurídica del derecho de acción y en juicio se castigue a quien resulte responsable del delito

FORMAS Y EFECTOS

La denuncia se hará verbalmente o por escrito al Ministerio Público o a cualquier funcionario o agente de la policía judicial, situación que obliga a proceder de oficio a la investigación de los delitos, siempre y cuando no se trate de infracciones

⁹³ Osorio. Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales 21ª Edición. Editorial Heliasta Buenos Aires Argentina 1994 Pág 304

que requieran para su persecución, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o que venza un obstáculo procesal que impida iniciar el procedimiento o la persecución del mismo.

Reforzando lo anterior, el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal plasma que los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tenga noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

- I. Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, sino ha sido presentada ésta; y
- II. Cuando la Ley exija algún requisito previo, y éste no se ha llenado.

Y el artículo 276 que indica que las denuncias o querrelas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretarán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición

Cuando la denuncia o querrela no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos, así mismo, se informará al denunciante o querellante dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrirán los que declaran falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delitos perseguibles de oficio o por querrela.

En el caso de que la denuncia o querella se presente verbalmente, se hicieren constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba, recabando la firma o huella digital del denunciante o querellante. Cuando se haga por escrito deberá contener la firma o huella digital de la que la presente y su domicilio.

Cuando el denunciante o querellante hagan publicar la denuncia o la querella, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizarla para esa publicación el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiere formulado dicha denuncia o querella y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquéllos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables.

2.1.4 QUERELLA

De los requisitos de procedibilidad, es uno de los más sugestivos, por la diversidad de problemas a que da lugar en la práctica. Lo más acertado es considerar a la querella como una condición de procedibilidad, pues entonces se afirma la existencia del delito con independencia de ella, la querella no es una condición de derecho sustantivo, sino una institución que tiene existencia en el ámbito del proceso. En los delitos de instancia de parte ofendida, la conducta delictiva, no siempre va a originar responsabilidad penal, puede existir el delito y conocerse quién es el responsable, pero no se podrá perseguir a su autor y obtener su castigo, si no existe petición que da nacimiento a la acción penal.

NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO

La querella es un derecho que integra la esfera jurídica de la libertad de los particulares; debe formularse ante el Ministerio Público, por sí o por conducto de sus

representantes o apoderados con facultades suficientes para que tenga por satisfecha la formalidad, basta que comparezca el titular de ese derecho y manifieste los hechos delictivos de que fue objeto, para que se tenga brindando la autorización de perseguir el delito. El Ministerio Público está impedido para investigar el delito, ejercitar la acción penal y acusar al responsable para que se le castigue. El Juez deberá examinar en los delitos si existe querrela y si está formulada por quien tiene derecho a hacerlo. Si determina ausencia del querellante deberá sobreseer el juicio, pues estaría impedido para ejercitar sus facultades de dictar justicia

Ahora bien, respecto a la colocación de la querrela en el campo de las cuestiones penales, existen dos tendencias: la primera sitúa a la querrela dentro del aspecto general de la materia, considerándola como una condición objetiva de punibilidad y la segunda, como un instituto procesal.

Manzini, se manifiesta partidario de lo primero y no admite que sea un presupuesto procesal, porque no se promueve con ella la acción penal, por ser ésta una condición de derecho substancial para la punibilidad, y el hecho se hace punible y constituye, por tanto, delito sólo en cuanto sea querrellado

La doctrina más contemporánea sitúa a la querrela dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales considerándola como una condición de procedibilidad (Floiran, Battaglini, Riccio, Ranieri, Vannini, etc.)

Ignacio Villalobos, González Bustamante, Franco Sodi, entre otros, comparte tal postura ya que conciben como un derecho potestativo del ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades. La actuación del engranaje judicial, está condicionada a una manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es

posible proceder, de ahí que la querrela la entendamos como un requisito de procedibilidad.⁹⁴

CONCEPTO

La querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento a las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido. Es una declaración de voluntad de la parte lesionada por el delito por la que se ejercita la acción penal. Es la narración de hechos presumiblemente delictivos por la parte ofendida ante el órgano investigador, con el fin de que se castigue al autor de los mismos.

Es otro de los medios legales, a que se recurre para poner en conocimiento del órgano investigador competente, que se ha cometido o se pretende cometer un delito, pero con la particularidad de que sólo puede recurrir a ella, la persona ofendida o su legítima representante, siempre que se trate de delitos que por disposición de la Ley, sean de aquellos que se persigan a instancia de parte y se exprese la voluntad de que se proceda en contra del responsable.

Jiménez de Asúa, afirma que es aquel escrito extendido en forma legal, que se presenta ante la autoridad competente, ejercitando una acción de carácter penal, contra persona determinada como probable responsable de un delito y al mismo tiempo se notifica a la autoridad la existencia del mismo, para que proceda a su persecución o castigo.⁹⁵

⁹⁴ Mancilla Ovando, Jorge Alberto Las Garantías Industriales y su Aplicación en el Derecho Penal. Editorial Porrúa México 1993. Pág. 110

⁹⁵ González Blanco, Alberto. Ídem Pág. 89

Manzini la concibe como un acto formal con el que pretende haber sido ofendido por un delito no perseguible de oficio, a requerimiento, o instancia, u otra persona autorizada ejercita el derecho a concretar la condición de punibilidad del hecho informando a la autoridad competente y manifestando, explícita o implícitamente, su voluntad de que se proceda

Franco Sodi expresa que es la manifestación que hace el ofendido a la autoridad competente, dándole a conocer el delito de que fue víctima y su interés en que se persiga al delincuente ⁹⁶

Expresión voluntaria de una persona para solicitar acción penal contra un presunto responsable. Durante el proceso el denunciante mantiene su derecho de otorgar perdón o desistirse de su propia denuncia. Es la manifestación de voluntad, ejercicio potestativo, formulado por el sujeto pasivo o el ofendido, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso, ejercite la acción penal, establece lo mismo que los dos párrafos anteriores.

Imputación de la perpetración de un delito hecha por el ofendido a personas determinadas, pidiendo se les sancione penalmente.

La querrela es la petición que autoriza al Ministerio Público para investigar sobre la existencia de un delito y la supuesta responsabilidad penal. La queja viene a convalidar el derecho del ejercicio de la acción penal y a legitimar a la autoridad judicial para imponer la sanción penal al responsable.

⁹⁶ González Blanco, Alberto. Ob cit. Pág 91

REQUISITOS

Para que la querrela se tenga por legalmente formulada, deberá satisfacer lo ordenado por los Códigos de la materia. Podrán presentarla el ofendido, el representante legítimo, el apoderado legal que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas, ni poder especial para el caso en concreto. El contenido de la querrela será una relación verbal o por escrito de los hechos que presumiblemente el ofendido considera que son delictivos y que dañan o dañaron algún bien protegido de su persona (bienes, derechos, etc.), debe ser ratificada por quien la presenta ante la autoridad competente. Así se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación con relación a la querrela, manifestando que para que se tenga por formulada no es necesario el empleo de frases específicas bastando que de la manifestación del ofendido se expresa sin duda alguna, el deseo de que se enderece la acción penal en contra de determinada persona por hechos concretos⁹⁷

Por lo que la formulación de la querrela no necesita cumplir requisitos solemnes para que tenga validez como acto procesal, basta que el ofendido, por sí, por conducto de su representante legal, o por medio de su apoderado, comparezcan ante la autoridad investigadora y puntualice los hechos delictivos de que ha sido objeto, con ello se tiene por satisfecha la formalidad

2.1.5 ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Toda averiguación previa, debe contener los siguientes elementos:

⁹⁷ Osorio y Nieto. César Augusto. Ob cit Pág 9

ENCABEZADO

Inicio de toda actuación debe contener la mención del lugar y número de Agencia Investigadora en que se principió, la fecha y la hora correspondientes, el servidor público, el levantamiento del acta, el responsable del turno y la clave de la averiguación que debe estar integrado por: Número de Agencia, número consecutivo de la averiguación previa, el año y el mes en que se presentó.

EXHORDIO

Es una breve narración de los hechos que motivan el levantamiento del documento que nos ocupa, lo que sirve para dar una idea general de las acciones u omisiones que pueden constituir el delito.

DECLARACIONES

Deben contener las declaraciones de la víctima u ofendido, de los testigos, del o los presuntos responsables, todo ello cuando sea posible; es la narración que hace una persona acerca de determinados hechos, personas o circunstancias vinculadas con la averiguación previa y que se incorporan a la misma

INTERROGATORIO

Por interrogatorio se entiende el conjunto de preguntas que debe realizar en forma técnica y sistemática el funcionario encargado de la averiguación previa, a cualquier sujeto que pueda proporcionar información útil para el conocimiento de la verdad de los hechos que se investigan; por lo que, el Agente del Ministerio Público deberá hacer preguntas a aquellas personas que intervengan, con el propósito de hacer aclaraciones y de tener un mejor panorama de los hechos y de cómo sucedieron.

INSPECCIÓN MINISTERIAL

Son las actividades que tiene por objeto la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos, cadáveres relacionados con los hechos, para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o de un hecho. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 97 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 208 del Código Federal de Procedimientos Penales.

PERITAJES

Se ordena por parte del Ministerio Público la Intervención de personas con conocimientos técnicos superiores a lo normal y que se califican como peritos, éstos rinden su dictamen correspondiente de las cosas personales; actor que requiere su intervención.

RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS

A pesar de que esa actuación no se utiliza frecuentemente, no existe impedimento para que el Ministerio Público la ordene.

CONFRONTACIÓN

Es la diligencia por medio de la cual el sujeto que es mencionado como indiciado, es identificado plenamente por la persona que lo señala como responsable.

RAZÓN

Es un registro que se hace de todo documento, en caso específico: este documento puede ser, alguna prueba de las partes, el resultado de un peritaje ordenado, el informe de la Policía Judicial, el Informe del Médico Legista, etc.

CONSTANCIA

Es el acto que realiza el titular de la Agencia Investigadora, en virtud del cual se asienta en forma escrita y formalmente un hecho relacionado con la averiguación previa

DETERMINACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Una vez que se hayan realizadas todas las diligencias conducentes para la integración de la averiguación previa, ya sea en el ámbito de Agencia Investigadora o de la Unidad de Investigación o Mesa de Trámite, deberá dictarse una resolución que precise el trámite que corresponda a la averiguación o que decida obviamente en el ámbito de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma; con la cual puede o no ejercitar la acción penal.

2.1.6 ACCIÓN PENAL

Este es uno de los conceptos más discutidos en la materia procesal, y aunque no existe acuerdo unánime entre los autores para precisarla, las principales corrientes doctrinarias la consideran como un derecho, como un medio, como un poder jurídico. La acción penal tiene su principio mediante el acto de la consignación, este acto es el arranque, el punto en el cual el Ministerio Público concurre ante el órgano jurisdiccional y provoca la función correspondiente; la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal.

Ahora bien para llevar a cabo este acto inicial de ejercicio de la acción penal, es menester cumplir determinados requisitos constitucionales, los cuales están contenidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que se refieren a los elementos del tipo y la probable responsabilidad

La acción penal genera la actividad de los sujetos de la relación jurídica, en general todo el acontecer procesal (procedimiento de instrucción), hasta el momento en que se precise en puntos concretos, fijando así la posición jurídica de su titular y de esta manera en su oportunidad se defina la pretensión punitiva del Estado (juicio). La acción está ligada al proceso, es la fuerza que lo genera y lo hace llegar hasta la meta deseada.

Osorio y Nieto dice que la acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público, por la cual pide al Órgano Jurisdiccional competente aplicar la ley penal a un caso concreto ⁹⁸

Eugenio Florián nos dice que la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Procesal. ⁹⁹

El ejercicio de la acción penal, significa consignar ante un Juez competente, lo que se obtiene al terminar la integración de la averiguación previa; se llega a la conclusión de que se tiene los elementos suficientes para demostrar el delito cometido y la presunta responsabilidad de las personas consignadas.

Para Fernando Arilla, la acción penal es el poder del Estado de provocar la actividad jurisdiccional, con el objeto de obtener del órgano la decisión que actualice

⁹⁸ Osorio y Nieto. César Ernesto. Ob cit Pág. 23

⁹⁹ Colín Sánchez, Guillermo. Ob cit Pág 212

la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de conducta descrita en ella.¹⁰⁰

Eduardo Massari al hablar de la acción penal indica que es la invocación al Juez, a fin de que declare que la acusación está fundada y aplique en consecuencia la pena.¹⁰¹

La Suprema Corte ha dicho que la acción penal es el ejercicio que corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 de la Constitución.

Quinta Época, Tomo VII, Pág. 262, Rafael Revueltas, Tomo VII, Pág. 1503, Telles Ricardo: Tomo IX, Pág. 187, Hernández Trinidad: Tomo IX, Pág. 567, Ceja José A; Tomo IX, Pág. 659, Carrillo Daniel y Coagraviados, Apéndice 1917-1975. Primera Sala Número 6 Pp 13

Por último Mancilla Ovando establece que el contenido de la acción penal es la afirmación de la existencia de un delito y el reclamo del castigo para el autor de la conducta; esa es la pretensión jurídica del Ministerio Público al ejercitar la acción penal, pues es la sustentación acusatoria¹⁰²

2.2 FASE PREPARATORIA

Toda la actividad judicial dentro de la materia que nos ocupa, se encuentra constitucionalmente normada en el artículo 19 de la Constitución Política el cual

¹⁰⁰ Arilla Bas Fernando. Ob cit Pág 27.

¹⁰¹ Cit por Castro. V Juventino Ob cit. Pág 36

¹⁰² Mancilla Ovando. Jorge Alberto Ob cit Pág 81

estatuye que "ninguna detención podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado" La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta ya los agentes. Ministros, Alcaldes o carceleros que la ejecuten

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá aquél ser objeto de una acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente".

El artículo 20 constitucional en su fracción III, dispone que dentro de las primeras cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación, se le hará saber el *nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, debiendo rendir en el mismo acto su declaración preparatoria.*

Dos conceptos de importancia capital para el presente estudio se desprenden de las disposiciones constitucionales precitadas: cuerpo **del delito** y **presunta responsabilidad** Por **cuerpo del delito** debe entenderse: el conjunto de elementos materiales del injusto, es decir, todos aquellos elementos típicos ya expuestos anteriormente y que, de acuerdo con Mezger, son de tres clases: objetivos, subjetivos y normativos. Por elementos materiales objetivos deben entenderse aquellos cognoscibles por la sola aplicación de los sentidos, es decir, objetivamente. Lógicamente, se entenderían excluidos de esta noción todos aquellos elementos de naturaleza anímica o subjetiva verbigracia el animus injuriandi en el delito de injurias,

más no es así de serlo se haría imposible, de hecho, la comprobación del delito en la fase iniciales del procedimiento. Esos elementos siendo de definición y por ello típicos, integran la noción de corpus delicti Su naturaleza no se opone al concepto de elementos materiales, pues se trata de procesos animicos que se exteriorizan valga decir, se materializarán a través de actos exteriores indicativos, inequívocamente de su fuente subjetiva.

La Doctrina Penal Mexicana y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concuerdan en que la noción de cuerpo del delito corresponde exactamente al concepto dogmático de tipo. Así Franco Sodi, afirma la necesidad de madurar el concepto de cuerpo de delito ".... para lo cual es muy útil el estudio de la tipicidad".¹⁰³ González Bustamante, opina que el delito "... se encuentra constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que se contienen en la defección del tipo".¹⁰⁴ Asimismo Rivera Silva, "..... si el acto es el cuerpo del delito y su descripción se halla en la tipificación legal de los delitos lógicamente se puede concluir: el cuerpo del delito comprende los elementos con que se describe el delito".¹⁰⁵ Mario Jiménez Huerta, se adhiere también al concepto doctrinario que considera que la noción cuerpo del delito corresponde a la del tipo o tipicidad ¹⁰⁶

Adelantando conceptos, podemos ya sentar una conclusión, durante los dos primeros periodos del procedimiento penal, la actividad deberá tender a comprobar el cuerpo del delito, esto es, el tipo o tipicidad, primer elemento del injusto. Nuestro máximo Tribunal ha sentado jurisprudencialmente que para dictar un auto de formal prisión, basta comprobar la presunta responsabilidad, existan indicios que la hagan suponer fundadamente. Por tal motivo es necesario hacer una breve referencia al tema: indicios de responsabilidad

¹⁰³ Reportaje El Cuerpo del Delito y la Teoría de la Tipicidad, Editorial Criminalia. México 1982 Número 47 Pág 93

¹⁰⁴ Idem Pág 20.

¹⁰⁵ Reportaje. Apuntes sobre el Cuerpo del Delito, Editorial Criminalia México 1982 Pág 27

¹⁰⁶ Jiménez Huerta Mariano. Ob cit Págs. 36 y 35.

Un indicio dice Mittermaiter, es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un Juez llega del uno al otro por una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa dos hechos. El uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar, razonando el hecho conocido al desconocido

Aplicado el indicio al proceso criminal es el hecho circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal y que por lo mismo da motivo para concluir ya que se ha cometido el crimen, pues ha tomado parte en él un individuo determinado, ya que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado ¹⁰⁷

Existirá presunta responsabilidad de acuerdo con lo expuesto, siempre que los hechos o circunstancias concurrentes con el delito lleven a concluir que: se ha cometido un determinado delito, el acusado ha tomado participación en su comisión en el grado de autor, coautor, cómplice, auxiliar, etc Y el delito es acabado o en grado de tentativa.

Resumiendo de la redacción del artículo 19 constitucional, se desprende que las diligencias de averiguación previa contendrán elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, que servirán de fundamento para dictar el auto de formal prisión. El Código Adjetivo, dispone que el cuerpo del delito que no tenga establecida ninguna prueba especial, se comprobará con las circunstancias materiales de la infracción. La jurisprudencia y la doctrina penal están de acuerdo en conceptualizar como tales, los elementos integrantes del tipo penal.

De lo expuesto procede concluir:

a.- En los periodos iniciales del procedimiento penal denominado averiguación previa y fase preparatoria, desempeña una función preponderante de la teoría de la

¹⁰⁷ Jiménez Huerta, Mariano Ob cit Págs. 366 y 367

tipicidad.

b- Junto a ella, y en el mismo nivel de importancia la presunta responsabilidad

c.- Por lo contrario, las teorías de la antijurídico y de la culpabilidad no adquiere una relevancia; sus elementos conceptuales permanecen en plano ulterior, pero pronto a revelarse para entrar de lleno a un primer plano

Resulta interesante al respecto el tema del doctrinario Jiménez de Asúa titulado La tipicidad y la función del Juez instructor, que vamos a reproducir íntegramente:

La instrucción no supone, en principio, juicios valorativos reservados a los Jueces o Tribunales de Sentencia. Estimamos que el Juez de instrucción debe limitarse por un lado a probar la existencia del tipo, como carácter descriptivo y a recoger con escrupulosa imparcialidad todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho y sobre la participación personal, dolosa o culposa del procesado, absteniéndose de valorar el primero, salvo en lo que se toca a los elementos normativos y subjetivos de lo injusto incluso en ciertos tipos legales, no pudiendo entrar en la última que requiere un juicio de culpabilidad.

En aquellos contados países como España, en que existe el auto de procedimiento, el comienzo de la acción judicial está perfectamente delimitado y la misión del instructor, en este momento inicial, bastante bien definida. Para comprenderlo basta con estudiar los artículos 308 y 384 de la Ley Española de enjuiciamiento criminal. En el primero se ordena al juez dar parte de la formación del sumario que ha de incoar en cuanto tenga noticia de la perpetración de un delito. Ello quiere decir, que en cuanto exista un hecho que revista caracteres típicos se abrirá sumario por lo jueces. Y no puede suponer otra cosa, porque incluso en tal momento puede ser ignorado el autor y por ello imposible de investigar todavía si hubo

antijuricidad y mucho más aún, si existe culpabilidad. El momento es puramente objetivo y descriptivo. Al autor se refiere el artículo 384 en que se dice: que desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada.

De aquí se deduce claramente: a - que el Instructor debe aquilatar primero la existencia del tipo, acreditar que en el hecho se dan todos los elementos previstos por la definición legal, y reunir pruebas de ello de índole bastante concluyente y b - que el Juez de Instrucción ha de comprobar tan sólo que hay indicio racional de criminalidad contra determinada persona. El término criminalidad ¿se toma aquí como conjunto total de los caracteres del delito? indudablemente no. La antijuricidad no juega papel alguno en el vocablo. Se refiere al nexo del hecho con el presunto autor. Conforme a los conocimientos de la época quiere decir: imputación, atribución. No imputabilidad, ni culpabilidad, como términos técnicos y valorativos, y no se exige prueba, ni lo que es imposible, el juicio de valor sobre conceptos objetivos o subjetivos, sino sólo indicio. La adjetivación de racional no desvirtúa el sustantivo. Lo que se exige es que esos indicios no sean fantásticos.

Yo resumiría así la función de Instructor: probar la existencia de la tipicidad, haciendo una subsunción rigurosa del hecho de la vida real, en el tipo de la Ley, y establecer los indicios racionales de que una persona determinada ha participado en el acontecimiento y que por ello debe serle atribuido"¹⁰⁸

2.2.1 AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL

El Procedimiento Penal Mexicano se compone de diversas etapas como son: la averiguación previa, el proceso, instrucción, juicio y la ejecución de la sentencia, todas ellas integradas a su vez por diversas actividades o formalidades, reguladas por preceptos legales previamente establecidos que tienen por objeto determinar qué

¹⁰⁸ Jiménez de Asúa. Luis La Ley y el Delito. Editorial Sudamérica. Buenos Aires 1990. Pág. 282

hechos pueden ser calificados como delitos, para que en su caso se aplique la sanción correspondiente, definición ésta que proporciona el Maestro Manuel Rivera Silva.

Para efecto de nuestro estudio nos ubicaremos en el preproceso o preinstrucción, etapa procedimental que está compuesta por el auto de radicación, declaración preparatoria y auto de término constitucional, fase esta última que a su vez corresponde a resolver al órgano jurisdiccional en el término de setenta y dos horas, a partir de que el probable responsable se encuentra a su inmediata disposición, pudiendo decretar en dicho plazo, autos de formal prisión, auto de sujeción a proceso, auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley y auto de libertad absoluta.

El auto de formal prisión, es dictado cuando se encuentran reunidos los elementos del tipo y/o cuerpo del delito, y la probable responsabilidad del procesado y el delito es sancionado con pena privativa de la libertad, en caso de que el delito no merezca pena de prisión, el auto a dictar será el de sujeción a proceso.

El auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley se dictará cuando, a criterio del órgano jurisdiccional, no se encuentran reunidos los elementos del cuerpo del delito y/o tipo penal, o la probable responsabilidad, puesto que en caso de que ninguno de los dos se encuentren acreditados, en la causa penal se dictará un auto de libertad absoluta.

En el presente trabajo daremos una visión de esta importante etapa procesal, aclarando que, en algunas ocasiones emplearemos el término del *cuerpo del delito*, como sinónimo de *elementos de tipo penal*, en razón a las reformas penales.

2.2.2 EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

En la investigación de los delitos existe un marcado interés social de que los hechos queden perfectamente esclarecidos. La privación de libertad que se impone tiene un límite precario; el indispensable para que el Juez pueda hacer el análisis de las pruebas recogidas y decida si el inculpado ha de quedar formalmente preso o debe ser puesto en libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de la Ley. Ninguna detención puede prolongarse más del término legal de setenta y dos horas, sin que esté debidamente justificada con un auto motivado de formal prisión.

Si fuese posible por respeto a la libertad humana, a nadie debiera privársele de ella sino hasta el fin del proceso cuando han quedado plenamente comprobadas la existencia del delito y la responsabilidad penal del inculpado. No siempre es necesario que la persona quede detenida desde que el procedimiento se inicia, sobre todo si se trata de delitos leves en que es forzoso tomar en cuenta la condición moral y social del inculpado, su arraigo en el lugar del juicio y la posibilidad de que se sustraiga a la acción de la justicia. El aseguramiento de la persona del presunto responsable en delitos de esta índole, debe ser una facultad discrecional del Juez que podrá o no ordenarla, si así lo amerita la naturaleza del delito.

En algunas legislaciones extranjeras se impone al presunto responsable la obligación de no sustraerse a las órdenes del Juez y de comparecer ante su presencia cuantas veces sea requerido; si se niega a comparecer, el mandato de comparecencia se transforma en orden de detención. El auto de formal prisión sólo deberá decretarse en casos de delitos graves que revelen peligrosidad en el agente, como un procedimiento de necesidad extrema, pues si se llegara a admitir de una manera absoluta que la privación de la libertad personal se hiciese hasta la sentencia, se ocasionaría graves trastornos en la marcha de las causas criminales, porque sería fácil a los sospechosos de delitos sustraerse a la acción de la justicia y evitar el esclarecimiento de los hechos.

Por razones de conveniencia pública se admite que una persona sea privada de su libertad, pero sólo por el tiempo indispensable para poder definir su situación jurídica. La Constitución Política de la República prohíbe que se prolongue por más tiempo del señalado; y los directores o encargados de las cárceles que reciban a un detenido, deberán ponerlo en libertad sin responsabilidad de su parte, en caso de no recibir testimonio autorizado del Juez de que queda formalmente preso.

La formal prisión abre el período de instrucción formal en el proceso. Quiere decir que se han robustecido las pruebas que sirvieron al Juez para decretar la detención de la persona. En México después de consumada la Independencia, la costumbre consagró el aseguramiento preventivo para toda clase de delitos.

En las leyes expedidas durante el Centralismo no se encuentra distinción alguna respecto a los delitos que merecen sanción pecuniaria de aquellos en que procede la sanción corporal, y en la Constitución Política de la República de 1857, se expresa que: sólo habrá lugar a prisión preventiva por el delito que merezca pena corporal, y que en cualquier estado de la causa en que se observe que al inculpado no se le puede imponer tal pena, podrá ser puesto en libertad bajo fianza.

La regla general era que toda persona debía ser encarcelada por el simple hecho de aparecer sospechas en su contra, y que sólo podía ser puesta en libertad provisional cuando el delito imputado estuviese sancionado con una multa

2.2.3 OBJETO Y FINALIDAD DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

El auto de formal prisión tiene por objeto definir la situación jurídica del inculpado y fijar el delito o delitos por los que debe seguirse el proceso. Como las leyes que norman el procedimiento vigente distinguen lo que es un auto, de lo que es

una sentencia, nos ocuparemos de examinar el significado del término “auto de formal prisión”. Escriche define el auto “como el decreto judicial dado en una causa civil o criminal” expresando que el Juez puede pronunciar autos interlocutorios o providencias y decidir la cuestión principal por medio de su sentencia o auto definitivo.¹⁰⁹

Eugenio Florián, define los autos como las resoluciones judiciales que afectan no solamente a la cuestión procesal, sino también a cuestiones de fondo que aparecen durante el proceso y que es indispensable resolver antes de llegar a la sentencia para estar en condiciones de poder formularla. El empleo del término “auto” es de más frecuente uso en el Procedimiento Civil y consiste en la providencia que dicta el Juez mandando que debe ejecutarse en algún caso, sin perjuicio del derecho de las partes. La impropiedad en el uso de estos términos hizo que frecuentemente se confundieran los autos con las sentencias y que, como en el procedimiento civil, se hablase en el procedimiento penal de sentencias interlocutorias y de sentencias definitivas

Por sentencia se entiende la resolución judicial que termina la instancia y decide sobre el objeto principal y el accesorio del proceso, en tanto que los autos pueden ser simples determinaciones de trámite o contener cuestiones que hacen cesar o suspender el curso del procedimiento y que a veces, por su índole, tienen la misma fuerza definitiva de una sentencia, como sucede con los autos de sobreseimiento, de cesación del procedimiento o de aquellos que declaran extinguida la responsabilidad penal por concurrir alguna de las causas especificadas en el Código de la materia

2.2.4 AUTO DE FORMAL PRISIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA

La diferencia entre el auto de formal prisión y la prisión misma, consiste en que aquél es el mandamiento pronunciado por el Juez que motiva y justifica la causa de la

¹⁰⁹ Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 3ª ed. Editorial Trillas. Editores Unidos Mexicanos. S.A. de C.V. México 1976 Pág 27

prisión preventiva, en tanto que ésta es la privación de la libertad que se impone al presunto responsable de manera transitoria, por el tiempo que dure la tramitación del proceso. El auto de formal prisión debe expresar los motivos legales que se tuvieron para dictarlo y antecede al estado de prisión preventiva, de manera que no podemos hablar de que exista la prisión preventiva, en tanto que el Juez no la establezca en forma expresa. Una persona que ha sido encarcelada por sospecharse que ha intervenido en la comisión de un delito, tiene el carácter de detenido. Si el Juez resuelve decretar su formal prisión, habrá cambiado su situación jurídica y de detenido o indiciado que era se convertirá en procesado. Le llamamos "auto de formal prisión", no precisamente porque se refiere a los requisitos o condiciones de forma que debe contener, sino porque los datos han sido suficientes, a juicio del Juez, para cambiar la situación jurídica del inculpado.¹¹⁰

Esta cuestión provocó controversias en la segunda mitad del siglo pasado entre los jurisconsultos mexicanos, pues en tanto que Jacinto Pallares sostiene que el auto de formal prisión equivale a elevar la causa a formal proceso y que no debe entenderse en el sentido de que el proceso que se instruye no pertenece a la clase de aquellos que deben fallarse en simple partida, sin intervención del Jurado, por versarse delitos leves, ninguna disposición legal previno expresamente que los jueces eleven sus causas a formal proceso, y el mandamiento de formal prisión fue una costumbre nacida de las circunstancias de que hubiese juicios criminales ordinarios que admitían muchas instancias, y juicios anómalos, breves, sumarios, que se fallan sin solemnidades, o sea en los llamados fallos en partida, de manera que la Ley de Jurados de 15 de junio de 1869, al aceptar esta práctica, la sancionó disponiendo que al dictarse el auto de formal prisión, se expresase si el proceso debía verse ante el Jurado o lo que es lo mismo, si las diligencias se elevaban a formal proceso.¹¹¹

¹¹⁰ Reportaje Ceniceros. José Ángel Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Criminalia 1980. Pág. 23.

¹¹¹ Pérez Palma. Rafael Guía de Derecho Procesal Penal 3ª ed Editorial Cárdenas Editores México 1991 Pág 50

2.2.5 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

Los antecedentes del auto de formal prisión los encontramos en las leyes españolas. En la Constitución de Cádiz de 1812, se dispone que, si se resolviese que el arrestado se ponga en cárcel o permanezca en ella, se proveerá “auto motivado”, entregándose copia al alcaide para que lo inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no se admitirá a un preso en calidad de tal, y en las leyes mexicanas el artículo 43 de la Quinta Ley Constitucional expedida durante el Centralismo, se dispone que para proceder a la prisión de una persona es necesario que preceda información sumaria de que resulte algún hecho que merezca, según las leyes, pena corporal y que resulte también algún motivo o indicio para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Creemos que el término “auto de formal prisión” se empleó, como lo expresa el señor Pallares, para poder distinguir los procesos formales que requieren una tramitación especial atendiendo a la gravedad y a la complejidad del delito, de los procesos sumarios o sumarísimos en delitos que por su índole, su tramitación reclama mayor rapidez, aunque después el empleo del término “auto de formal prisión”, se extendió a todos los demás procesos.

En la ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, ninguna referencia se hace del auto de formal prisión; pero se distingue con claridad lo que es la simple detención de la prisión provisional y se fija el término de setenta y dos horas para que el Juez pronuncie mandamiento elevando la detención a prisión preventiva o para que deje a aquélla sin efecto, restituyendo al detenido en el goce de su libertad.

La detención y la prisión provisional se inspiran, como lo hemos indicado, en la necesidad de asegurar al presunto responsable, con el objeto de prevenir su fuga.

La detención puede durar las horas indispensables para que el Juez haga saber al inculpado los cargos existentes en su contra y le tome su declaración preparatoria, en tanto que la prisión provisional prolonga el aseguramiento preventivo de la persona por el tiempo que dure la secuela del proceso, a fin de que quede sujeto al tribunal que lo juzga hasta que se dicte sentencia y se decida si es o no culpable

En estas condiciones, el Juez está obligado a observar estrictamente los términos constitucionales computados a partir del momento en que el detenido quede a su disposición, tomándole su declaración preparatoria dentro del término de cuarenta y ocho horas y resolviendo su situación jurídica, por que dentro de las setenta y dos horas siguientes, sea al declarado formalmente preso o decretar su libertad por falta de elementos para procesarlo. Por eso hemos indicado que la situación procesal que guarda un detenido en las setenta y dos horas siguientes a su consignación al Juez. Imprecisa porque como no está suficientemente comprobada la existencia material del delito que constituye la base en todo procedimiento del orden criminal, sólo concurre la posibilidad legal de que el delito exista, ya que su comprobación es una facultad exclusiva del Juez y resulta del análisis que haga de las pruebas obtenidas. Es limitada porque el término de setenta y dos horas que tiene el Juez para resolver, no puede prorrogarse sin motivar la prolongación de la detención ni siquiera a pretexto de que el Juez carece de pruebas suficientes para fundar su mandamiento. Los términos expuestos son fatales: se cuentan de momento a momento a partir de aquel en que el Juez recibió aviso del encargado de la prisión donde se encuentre el detenido que queda a su disposición, y la autoridad judicial que no los observe es penalmente responsable por la prolongación de la detención, como lo son también los alcaides y carceleros que la consientan

Prisión del latín aprehensión, consiste en el acto o acción de coger, prender o asegurar; al referirnos a la prisión preventiva, dijimos que ésta consiste en el aseguramiento provisional de la persona en contra de quien recaen sospechas de

culpabilidad El auto de formal prisión no siempre es procedente dictarlo; puede suceder que el delito no merezca sanción corporal, sino sanciones alternativas o multa. Entonces, como no puede privarse de su libertad al inculpado, se dictará el auto de sujeción a proceso que contendrá los mismos requisitos señalados para el auto de formal prisión. y sólo con el objeto de fijar el delito o delitos por los que debe seguirse el proceso sin necesidad de ordenar el encarcelamiento del presunto responsable. que sólo estará obligado a comparecer ante el Juez de la causa cuando se requiera su presencia.

2.2.6 REQUISITOS DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

El auto de formal prisión debe sujetarse a las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Política de la República y a las leyes procesales aplicables. El Constituyente de 1917 quiso señalar en la Carta Fundamental de la República, para mayor garantía de los derechos del inculpado, los requisitos que su antecesora la Constitución Política de 1857

El artículo 19 de la Constitución vigente dispone que todo auto de formal prisión se debe dictar en el lapso de tres días en que se justifique, exprese el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

En el estudio de los requisitos que ha de contener el auto de formal prisión, debemos tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte y los tratadistas los han dividido en requisitos de fondo y requisitos de forma. Los requisitos de fondo son de tal manera indispensables, que el auto de formal prisión no podrá dictarse si no están satisfechos íntegramente, porque de otra suerte sería violatorio de las garantías consagradas en los artículos 18, 19 y 20 de la Constitución General de la República.

Tanto el Código Federal de Procedimientos Penales como el que rige en el Distrito Federal y el Código de Justicia Militar, establecen los requisitos que debe contener el auto de formal prisión

Siguiendo su enumeración, diremos que los requisitos de fondo son los siguientes:

- a) La comprobación plena del cuerpo del delito;

- b) La comprobación de la probable responsabilidad penal del inculpado, debiendo tenerse presente que el artículo 13 del Código Penal dispone que son responsables todos aquellos que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo, o inducen directamente a alguno a cometerlo;
- c) Que al inculpado se le haya tomado su declaración preparatoria, y
- d) Que no esté plenamente comprobada alguna causa eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal.

Los requisitos de forma son aquellos que, por tener un carácter accesorio no son absolutamente indispensables para que el auto de formal prisión se pronuncie, y aun considerando la irregularidad en el mandamiento, es fácil suplir sus deficiencias por medio del recurso de apelación o por el juicio de amparo indirecto y consisten en:

- a) En el lugar, fecha y hora exacta en que se dicta, ya que como hemos observado, al Juez le cuenta el término sesenta y dos horas, para tomar al detenido su declaración preparatoria y para determinar su situación procesal.
- b) La expresión del delito imputado al inculpado por el Ministerio Público. Esto tiene por objeto señalar la clasificación técnico-legal que ha servido al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, a la vez que facilitar la defensa del inculpado estableciendo, con exactitud, cuáles son los hechos punibles que se le atribuyen.
- c) La expresión del delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 19

de la Constitución Política de la República. Con ello se pretende fijar con claridad lo que va a constituir la materia del proceso, ligando en esta relación jurídica al procesado con los órganos punitivos del Estado.

Debe tenerse en cuenta que el Ministerio Público puede dar a los hechos que se persiguen, una clasificación legal distinta de aquella que el Juez comprenda en el mandamiento de formal prisión, es decir, que el Juez no está obligado a seguir al pie de la letra la opinión que sustente el Ministerio Público en su pliego de consignación, toda vez que el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, podrán pronunciarse por el delito que aparezca comprobado, aun cuando con ello se hubiese cambiado la apreciación legal de los hechos que establezca el Ministerio Público.

- d) La expresión del lugar, tiempo y demás circunstancias de ejecución. Esto se refiere a la necesidad que existe de fijar las condiciones y circunstancias en que se cometió el delito para la eficacia en el esclarecimiento de los hechos, en relación con las pruebas obtenidas; y e) Los nombres del Juez que dicta el auto y del Secretario que lo autoriza.¹¹²

Se ha extendido la costumbre en los Tribunales Penales del Distrito, de dar vista a los agentes del Ministerio Público adscritos a los juzgados, antes de que el Juez resuelva sobre la formal prisión o sobre la libertad por falta de méritos, a fin de que emitan su parecer. Esta costumbre viciosa no está inspirada en ningún fundamento legal y ha ocasionado que el Ministerio Público se convierta en asesor del Juez, señalándole el camino que debe seguir, con menoscabo de la independencia del Poder Judicial. Debe tenerse en cuenta que, sin necesidad de oír la opinión que sustente el representante de la sociedad, el Juez está obligado a resolver, en cualquier forma la situación procesal del detenido, y decretar la formal prisión o la libertad por falta de méritos, a pesar de las opiniones en contrario que el Ministerio Público sustente, que

¹¹² García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. 2ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México 1997. Pág. 56.

en caso de inconformidad, tiene expeditos sus derechos para intentar los medios de impugnación que procedan en lo que se refiere a los intereses que representa.

El análisis de las pruebas y la comprobación de los requisitos de fondo y de forma que el auto de formal prisión debe contener, es un acto exclusivamente del Juez. El Ministerio Público y la Policía Judicial sólo intervienen para aportarle las pruebas que debe tener en cuenta al hacer la clasificación del delito y señalar los datos que, en su concepto, son suficientes para tener por comprobada la presunta responsabilidad del inculcado.

La jurisprudencia ha sostenido que es innecesario que el Ministerio Público pida que se dicte el auto de formal prisión, porque si el órgano jurisdiccional no lo hiciere, *incurriría en la sanción que establece la Constitución Política de la República*, y que una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal, el Juez tiene la obligación de pronunciar el auto de formal prisión o la libertad por falta de méritos, dentro de las setenta y dos horas.

Los requisitos expuestos no se exigen como una simple y vana formalidad. La Constitución Política de la República, al hablar del auto de formal prisión, de ningún modo quiso referirse a las condiciones de forma. Como expresa Ceniceros, “el auto debe ser motivado en el hecho y en el derecho: lo primero, consiste en la existencia de datos o constancias que hagan presumir, fundadamente, que el inculcado es el autor del delito que se imputa y que éste realmente se perpetró; lo segundo, debe consistir en que el delito imputado merezca sanción corporal”.¹¹³

2.2.7 LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad consiste en la obligación de responder a la imputación.

¹¹³ Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 3ªed. Editorial Porrúa S A México 1992. Pág. 290

ambos términos revisten la misma figura de lenguaje. Los hechos no son imputables, cuando podemos responder de ellos. Como la determinación de que una persona es responsable penalmente se establece hasta la sentencia, es conveniente no incurrir en la confusión de pretender comprobar la responsabilidad penal desde el auto de formal prisión.

La Ley Fundamental de la República se refiere a la existencia de datos bastantes para hacer probable la responsabilidad del inculcado. Ninguna referencia contiene la Constitución de 1857, pero el Código de Procedimientos Penales de 1880, deja en manos del Juez la determinación de considerar si existen datos suficientes para suponer al inculcado responsable del hecho.

El análisis de las pruebas sobre la probable responsabilidad de un indiciado o detenido, debe reunir condiciones mínimas. Recordemos que en el auto de formal prisión no se estudia integralmente la prueba sobre la existencia del delito y de la responsabilidad penal del inculcado, porque esto corresponde a la sentencia. Sólo debemos tener en cuenta al momento de pronunciarlo, la existencia de datos que nos hagan suponer que la persona a quien se imputa el hecho es responsable, con el objeto de motivar su prisión preventiva.

La posible responsabilidad debe tenerse por comprobada cuando existan indicios o que nos hagan presumir, racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye. Julio Acero, al hacer sus comentarios sobre la probable responsabilidad penal, expresa: "Aún se puede opinar que, contrariamente al principio general de que, en caso de duda, debe estarse a lo más favorable al reo, aquí se debe estar a lo más desfavorable; sólo hablará aquí la ley de una presunta probable responsabilidad, que puede acreditarse quizás con los mismos datos que bastaron para la aprehensión.

La pronta responsabilidad no impiden por tanto, los de irresponsabilidad ni en resumidas cuentas, una cierta incertidumbre; si ésta quisiera descartarse pretendiendo la seguridad completa, se estaría en el caso, no sólo de encarcelar y enjuiciar, sino de sentenciar de una vez al individuo; pero no se trata aún de ningún fallo definitivo, sino únicamente de adoptar una medida de prevención o de procedimiento precautorio.

Respetamos la opinión que sostiene Julio Acero pero creemos que siendo de la incumbencia del Juez determinar si en su concepto existen méritos suficientes para sospechar que la persona a quien se imputa el delito ha intervenido en su comisión, a esta conclusión debe llegar por un meditado y racional examen de los datos de cargo que existan en su contra y no fundarse en pruebas artificiosas o presunciones infundadas, desnaturalizando la función que la ley pone en manos del Juez para el aseguramiento del presunto responsable, y no debe perderse de vista que el Juez está obligado a exponer los razonamientos que halla tenido para la valorización jurídica de la prueba.

La experiencia adquirida en los Juzgados Penales de la capital de la República, nos permite afirmar que, en muchas ocasiones, la falta de un estudio cuidadoso de las constancias procesales o el recargo de trabajo que abruma a las Cortes Penales de la ciudad de México, origina que los autos de formal prisión se pronuncien a la ligera, lo que hace difícil el perfeccionamiento de las pruebas y que los procesos concluyan por pedimentos de no acusación que formula el Ministerio Público o por sentencias absolutorias

2.2.8 EFECTOS DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

Bien está que se asegure preventivamente al presunto responsable; pero no debe perderse de vista que el auto que ordena la prisión provisional debe ser motivado, y que no se reputa como tal, el que se funda en datos inciertos o en simples conjeturas inspiradas por la primera impresión que reciben los funcionarios judiciales al

examinar las pruebas aportadas por la Policía Judicial, que producen en su ánimo un efecto psíquico en contra del responsable y les crea prejuicios desfavorables para el inculpado.

La presunta responsabilidad penal de una persona debe fundarse, como lo establecían las viejas leyes españolas en la existencia de pruebas semiplenas. El Decreto del 11 de septiembre de 1820, señalaba como requisitos para elevar la *detención a prisión preventiva*, los siguientes: a) *Información sumaria del hecho*; b) Comprobación de la existencia del delito; c) Que el hecho merezca pena corporal; d) Que existan datos suficientes de posible responsabilidad, y e) Que la orden emane de un Juez y en ella se funde y motive la causa legal de la prisión, de quienes se sigue la averiguación queden formalmente presas, sin perjuicio de que continúen disfrutando de libertad provisional, en caso de haberla obtenido; que se les identifique por el procedimiento administrativo adoptado y se pidan informes de los ingresos que hubiesen tenido a la cárcel.¹¹⁴

En México se ha adoptado un sistema mixto para la identificación de los criminales: el procedimiento antropológico de Bertillon y el dactiloscópico de Vucetich. Además se ordenará que el mandamiento de formal prisión se notifique a las partes, con el objeto de darles la oportunidad de que puedan impugnarlo ante el Tribunal de Segunda Instancia en el término de tres días. Esto es con objeto de saber si se trata de reincidentes o delincuentes habituales, a fin de que, obtenidos los testimonios de las sentencias pronunciadas que tengan el carácter de ejecutorias, sea posible aplicarles las reglas que el Código Penal señala para la reincidencia y la habitualidad.

También se dispondrá la expedición y distribución de las boletas: una para el inculpado, otra para el director de la prisión y la tercera que quedará en el talón del libro de boletas de determinación que se lleva a los juzgados, y en acatamiento a lo

¹¹⁴ Arilla Bas, Fernando Ob cit. Pág. 85.

dispuesto en la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de la República, se enviará testimonio autorizado del mandamiento al director de la prisión

La formal prisión tiene de común con el arresto de carácter administrativo o de carácter judicial y con la detención, que todas reconocen un estado de privación de libertad, pero diferentes en cuanto a su duración y en cuanto a las consecuencias jurídicas que producen.

A partir del auto de formal prisión, según lo han establecido algunas ejecutorias de la Suprema Corte, corren los términos constitucionales a que se refiere la fracción VIII del artículo 20 constitucional, para terminar los procesos.

Dispone dicha fracción que todo acusado debe ser juzgado antes de cuatro meses, si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima excede de ese tiempo. Esto quiere decir que, si el Juez retarda la terminación del proceso más allá de los términos señalados, se estará violando dicha garantía en perjuicio del inculcado, y la violación se puede reclamar en el juicio constitucional de amparo, para el efecto de obligar al Juez a que cierre la instrucción y concluya el proceso.

Veamos cuáles son las consecuencias que en el orden procesal produce el auto de formal prisión con relación al inculcado, a su defensor, al Juez, al Ministerio Público, al ofendido por el delito y al proceso mismo. Dictado el auto de formal prisión debe hacerse saber inmediatamente al inculcado, si estuviese detenido, y si lo pidiere, se le mostrará copia autorizada del mandamiento. La identificación que es consecuencia del cambio de situación jurídica, es procedente cuando la persona a quien se imputa el delito tiene el carácter de procesado. Sin embargo, en las causas criminales que se tramitan ante los jueces de Paz, la Ley Procesal del Distrito dispone que procederá la identificación hasta la sentencia y siempre que ésta sea condenatoria e imponga alguna pena corporal.

Se ha discutido si la identificación constituye una pena y si resultan violadas las garantías individuales que consagran los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de la República. La Suprema Corte ha resuelto esta cuestión en sentido contrario, considerando que la identificación de los delincuentes no tiene en sí carácter de una pena, sino de una medida administrativa de orden procesal.

También ha resuelto la Corte que en el auto de formal prisión no es necesario hacer la clasificación de los delitos, se trate de delitos intencionales o de imprudenciales o que concurra alguna modificativa de responsabilidad, como el homicidio o las lesiones inferidas en riña.

Creemos que no hay necesidad de prejuzgar sobre la apreciación legal que debe darse al delito y que no es cierto que al no hacerse en el auto de formal prisión, se prive al inculpado de las garantías que le concede la Constitución Política de la República, pues contrariamente a lo que se sostiene, si el auto de formal prisión se dicta, *verbi gratia*, por homicidio o lesiones por imprudencia, posteriormente no podrá modificarse dicha clasificación en perjuicio del inculpado.

Cuando se trate de militares, empleados o funcionarios que hayan sido declarados formalmente presos, el Juez deberá comunicar su resolución al superior jerárquico del procesado. La Ley de Responsabilidades Oficiales aplicable a los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal dispone que cuando se trate de funcionarios públicos o empleados, con manejo de fondos o cualesquiera otros que desempeñen labores que no puedan abandonar sin causar graves perjuicios o trastornos a los servicios públicos o al interés general; comprobada la existencia del delito que se les impute, si merecieren sanción corporal y apareciesen datos bastantes para hacer probable la responsabilidad del funcionario o empleado acusado, el Juez que conozca del asunto, deberá dirigirse a la autoridad de quien dependa el nombramiento de aquél, por medio de oficio con inserción de la resolución en que

haya decretado la aprehensión del inculcado, pidiéndole que lo ponga a su disposición, y que la autoridad deberá acordar de conformidad la petición del Juez, dentro del término de veinticuatro horas o del que fuere estrictamente indispensable para cubrir, en su caso, los servicios que el inculcado tenga a su cargo

Esta disposición deja en manos del superior jerárquico del funcionario o empleado inculcado, resolver sobre la solicitud del Juez o, al menos, demorarla, y establece una regla excepcional a lo prevenido en las leyes procesales, en el sentido de que dictada la orden de detención por el Juez, se entregará al Ministerio Público para que la complemente. Nuestra opinión es que el Juez no debe salvar el conducto del Ministerio Público, que conforme al artículo 21 de la Constitución, es el que tiene a su cargo, auxiliado por la Policía Judicial, la investigación y persecución de los delitos y que esta institución, una vez que tenga en su poder la orden judicial, es quien debe dirigirse al superior jerárquico del inculcado, tomando por lo pronto las providencias necesarias para que no se sustraiga la acción de la justicia. También dispone la expresada Ley de Responsabilidades Oficiales, que cuando el Juez decreta la libertad del funcionario o empleado acusado por falta de elementos para dictar su formal prisión, comunicará su resolución a la autoridad de quien dependa el nombramiento, para que aquél continúe en el ejercicio de su encargo, y en caso de declararlo formalmente preso, le transcribirá el auto de formal prisión, para que el funcionario o empleado continúe separado de sus funciones a disposición del juzgado hasta la legal terminación del proceso.

2.2.9 LA VARIACIÓN DE LOS HECHOS EXAMINADOS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

La fijación del delito o delitos por los que debe seguirse el proceso, tiene una importancia capital en el procedimiento, porque constituye una prohibición terminante para que por ningún motivo puedan variarse los hechos que han sido objeto del

análisis en el auto de formal prisión. Debemos distinguir entre la variación de los hechos y la modificación en la apreciación técnico-legal del delito. En el auto de formal prisión se especifica y valorizan los hechos que han de servir de base al proceso y se establece su clasificación técnica, comprendiéndola en los diferentes tipos o especies de delitos contenidos en las leyes penales.

Determinado el delito por el que debe seguirse el proceso, no pueden variarse con posteridad los hechos que lo constituyen. El proceso debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión y el Ministerio Público y el Juez están obligados a sujetarse a sus dictados, pues lo que se prohíbe es la modificación de la sustancia de los hechos y no su apreciación técnico-legal. De esta manera si una persona ha sido declarada formalmente presa por el delito de lesiones y muere el ofendido a consecuencia de las mismas, cumpliéndose las condiciones establecidas en el artículo 303 del Código Penal, no hay inconveniente para que al llegar a su término la instrucción del proceso, el Ministerio Público varíe su primitiva clasificación y formule conclusiones por homicidio, y para que el Juez en vista de los términos de la acusación, resultara por este delito.

Si una persona ha sido declarada formalmente presa por robo, y en el curso del proceso apareciese que los objetos robados son propiedad de la Nación y que el inculpado tenía el carácter de encargado de un servicio público, no habrá inconveniente para que se le acuse y se le condene por el delito de peculado. En jurisprudencia firme, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que “la clasificación del delito por el cual se dicta el auto de formal prisión, solamente puede variarse si, tratándose de los mismos hechos, el Ministerio Público los clasifica de distinta manera, al formular conclusiones acusatorias, pudiendo condenarse o absolverse al acusado, de acuerdo con la nueva clasificación”.

Cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez en ejercicio de la acción penal que le reserva la Constitución Política de la República, consigna hechos que, según su parecer, tienen el carácter de delitos: si establece en su pedimento qué delitos en su concepto resultan cometidos, esto no pasa de ser sino una simple opinión, ya que en todo caso, es el Juez a quien corresponde darles su categoría legal; pero puede suceder que antes de pronunciarse el auto de formal prisión se descubra que se han cometido otros delitos distintos o conexos de aquel que ha servido de base a la acción penal

Si recordamos el principio de que la acción penal es única y que comprende a todos los delitos que resulten cometidos, para que los delitos descubiertos puedan incluirse en la misma pieza de autos, se requiere que el Ministerio Público amplíe el ejercicio de la acción penal; que se hagan saber al inculpado los nuevos aspectos de la inculpación al rendir su declaración preparatoria, o se amplíe ésta, en el caso de que ya la hubiese rendido

El Juez, de oficio no puede comprender en el auto de formal prisión aspectos o circunstancias que no hayan sido materia de la acción penal, porque estaría invadiendo las funciones expresamente reservadas al Ministerio Público; pero si se han cumplido los requisitos expuestos, el auto de formal prisión se ocupará de los delitos que hasta el vencimiento del término constitucional hayan quedado comprobados, porque no lo prohíbe el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En efecto, dicha disposición establece que “todo proceso deberá seguirse forzosamente, por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, y que si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá aquél ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente”.

El auto de formal prisión produce para el ofendido a derecho de reclamar que se le restituya el goce de sus derechos que hubiese justificado plenamente. En los delitos de robo, daño en propiedad ajena, etc., es conveniente que las cosas dañadas o robadas no se entreguen desde luego a las personas que hubiesen justificado su propiedad sobre ellas, sino deben mantenerse en poder de la autoridad judicial, por el tiempo absolutamente indispensable para que se dé fe judicial de los daños y se haga el avalúo y descripción de los objetos

Esto tiene importancia tratándose del delito de robo, para poder fijar su monto y determinar cuál es la penalidad aplicable, así como para precisar el importe de la reparación del daño. La restitución en el goce de los derechos de que ha sido privado el ofendido a consecuencia del delito, se impone hacerla inmediatamente después de que el delito ha quedado comprobado y se inspira en el más elemental principio de justicia. Los tribunales están obligados a restituir al ofendido en el goce de sus derechos, después de haberse dictado el auto de formal prisión y así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia, porque lo que se persigue como finalidad, es evitar la prolongación del daño que el agente del delito causa al ofendido y no puede argumentar que con esa restitución se esté anticipando el cumplimiento de alguna sanción, sino que aquélla opera a virtud de que el derecho del ofendido no debe continuar perturbado, pues de lo contrario equivaldría a desvirtuar la tutela que ejerce la Ley, a pretexto de la condición subjudica del hecho delictado.

Las leyes procesales facultan al ofendido para promover el embargo precautorio de bienes en que va a hacerse efectiva la reparación del daño y procede intentarlo en el patrimonio del inculcado o en bienes de los terceros, obligados a la reparación, en los términos del artículo 33 del Código Penal ; pero hasta ahora no se ha decidido cuándo deben asegurarse precautoriamente los bienes y qué requisitos se han de reunir para que se decreta.

El artículo 35 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone que cuando exista temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación, el Ministerio Público o el ofendido, en su caso, podrán pedir al Juez el embargo precautorio de dichos bienes, y que el Juez lo decretará bajo su responsabilidad, bastando para ello, la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida, a menos que el inculpado otorgue fianza suficiente, de responder por su importe. Si se trata de embargar bienes del inculpado, será facultad exclusiva del Ministerio Público solicitar el secuestro con un procedimiento diferente de los secuestros que rigen en el procedimiento civil y con residencia del ofendido.

No sucederá lo mismo si el embargo se promueve en bienes de los terceros a que se refiere el artículo 32 del Código Penal, porque entonces será el ofendido por el delito, con exclusión del Ministerio Público, quien solicite el embargo, rigiéndose su tramitación por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, por constituir esta relación jurídica el aspecto accesorio del proceso

El secuestro de bienes es procedente hasta que se dicte el auto de formal prisión. Es verdad que las leyes procesales en materia penal en vigor no lo regulan expresamente; pero teniendo en cuenta que es en el auto de formal prisión donde se fija la materia del proceso, resulta inconveniente proceder al embargo precautorio de bienes dentro del proceso penal, en caso de que el inculpado haya sido puesto en libertad por falta de méritos, dando origen a una situación indecisa.

2.2.10 EL AUTO DE SUJECCIÓN A PROCESO

Cumple con los mismos requisitos del auto de formal prisión con excepción de que la pena es alternativa o pecuniaria, aquí si procede el Amparo para efecto de que no se le identifique al procesado hasta que el Juez dicte sentencia.

2.2.11 EL AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR

Para terminar nuestro estudio sobre el auto de formal prisión, vamos a referirnos al mandamiento generalmente conocido con el nombre de auto de libertad. El auto de libertad por falta de elementos para procesar procede dictarlo cuando no se hubiesen satisfecho los requisitos de fondo que son indispensables para el auto de formal prisión y sus efectos son restituir al inculcado en el goce de la libertad de que disfrutaba antes de su captura. Aquí no se trata de una libertad absoluta, porque el inculcado queda sujeto a las contingencias que surjan en las posteriores investigaciones que practiquen y que pueden motivar una nueva orden de detención. El auto de libertad limita la libertad del inculcado, que no puede ser detenido nuevamente, sirviendo de base los mismos datos que tuvo en cuenta el Juez para decretar su libertad por falta de méritos.

El artículo 302 del Código de Procedimientos Penales del Distrito señala cuáles son los fundamentos en que debe apoyarse el auto de libertad por falta de elementos para procesar y los requisitos que debe contener. Los fundamentos son: a) La falta de comprobación del cuerpo del delito, y b) La falta de elementos probatorios en que se funde la presunta responsabilidad, expresándose en la resolución la fecha y hora exacta en que se dicte, el delito imputado al inculcado por el Ministerio Público y las firmas del Juez y del Secretario que autorizan el mandamiento.

La Ley Procesal Penal del Distrito Federal, contiene una saludable regla de responsabilidad en los casos que tenga que dictarse el auto de soltura por deficiencia en las pruebas provenientes del Ministerio Público o de agentes de la Policía Judicial. El Juez al pronunciar su resolución, deberá señalar las omisiones para que se exija a los funcionarios indicados, las responsabilidades a que se hubiesen hecho acreedores.

Esta disposición es de poco uso en los tribunales penales y sería de desearse que se aplicase a los funcionarios encargados del levantamiento de las actas iniciales en aquellos casos en que, por su descuido, han dejado de asegurar elementos probatorios valiosos para la marcha de la averiguación.

Igual que el auto de formal prisión, el auto de libertad es apelable en el efecto devolutivo, y la apelación debe interponerse ante el Juez que la dictó dentro de los tres días hábiles siguientes a su pronunciamiento.

Por último, debemos hacer mención a la disposición que contiene el Código de Justicia Militar. En el artículo 520 se previene que las diligencias practicadas hasta el momento de ponerse en libertad por falta de méritos a una persona, quedarán en calidad de averiguación a cargo del Juez, quien deberá practicar todas las que pida el Ministerio Público y el indiciado dentro de un término que no excederá de ciento veinte días, pero que, si transcurre dicho término sin que aparezcan datos que funden la nueva detención y formal prisión, en su caso, el Juez declarará a petición de cualesquiera de las partes, si hay o no delito que perseguir.

Nos parece inconveniente que el Juez haga esta declaración en término tan perentorio. Es cierto que el auto de soltura no es la única forma procesal para reintegrar al inculcado en su libertad, sino que puede ser puesto en libertad al vencimiento del término constitucional, si ha quedado demostrada plenamente la concurrencia de alguna causa eximente o extintiva de responsabilidad.

También lo es que un atributo de la función jurisdiccional es declarar si el hecho que motiva la consignación es o no delito y que cuando no tiene los caracteres de tal, debe declararse, así en el curso del proceso sin necesidad de llegar a la sentencia; pero la objeción que se ha hecho por algunos, de que la persona que es puesta en libertad por falta de elementos para procesar permanece en una situación

incierto, es inexacta, porque, en todo caso, bastará con que se deje de actuar y transcurra el término de la prescripción de la acción penal para que ésta queda extinguida y el Juez esté obligado a suplirla de oficio, sin que sea necesario que el Juez se exponga a una declaración aventurada, de que no hay delito que perseguir por otra parte, está entre sus facultades hacerlo cuando la eximente de responsabilidad haya quedado plenamente comprobada.

La persona que queda en libertad por falta de elementos para procesar, no puede decirse que se encuentre arraigada en el lugar del juicio. Después de haberse reintegrado en su libertad, puede ser nuevamente detenida y declarada en formal prisión, en caso de haberse satisfecho los requisitos legales

Si en cambio ha sido puesta en libertad absoluta, por concurrir una causa excluyente de responsabilidad decretándose el sobreseimiento, no podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias en averiguación de los hechos, sin menoscabo de la garantía consagrada en el auto de sobreseimiento tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria.

2.2.12 AUTO DE LIBERTAD ABSOLUTA

La mayoría de los autores dicen que no es dable éste dentro de las setenta y dos horas, sino hasta la sentencia definitiva; sin embargo esta hipótesis no es válida. Procederá este auto si exista acreditada una causa de licitud (art. 17 del Código Penal)

2.3 JUICIO

En esta etapa crucial del procedimiento todo gira alrededor de la prueba. Cada una de las partes lleva al juicio los medios probatorios que estima de mayor eficacia para el mejor cumplimiento de los intereses a su cargo. De este modo, el Ministerio Público como representante de los intereses sociales, busca la represión del (delito fin esencial del derecho punitivo a través del castigo del reo) y para ello aportará cuantas

pruebas de cargo estén a su alcance. Por su lado, la defensa como órgano representativo de los intereses del reo, busca salvaguardarlos, intentando la absolución, la libertad condicionada, o bien la imposición de una pena mínima. Por tales razones, la actividad desarrollada por las partes durante el juicio adquiere caracteres de contienda; de ahí también la afirmación de algunos autores de que el estudio de esta fase procesal equivale al estudio de la prueba

Se entiende por prueba, todo aquello que ilustre el conocimiento de la verdad en el procedimiento. Florian distingue entre objeto, **órgano y medio de prueba**. Por **objeto** de prueba se conoce el tema a probar y consiste, según el ilustre tratadista, en la cosa, circunstancia o acontecimiento cuyo conocimiento es necesario (el hecho de haber matado a un hombre, es el objeto de la prueba en el homicidio); por **órgano de prueba** debe entenderse la persona física que suministra el conocimiento del objeto de la prueba (en el homicidio, el testigo presencial de la muerte), y como **medio de prueba** se conoce el acto mismo por el cual el órgano de prueba aporta el conocimiento del objeto de prueba (declaración de testigo, informe de peritos)¹¹⁵

Fundamentalmente, existen tres sistemas legislativos diferentes para apreciación de la prueba por parte del Juez:

- 1 - El libre arbitrio judicial Este sistema faculta al juzgador para apreciar con entera libertad de criterio, las pruebas ante él aportadas;
- 2.- El sistema de prueba tasada o pre-valorizada, que sujeta al juez a un rígido cartabón legal en orden a la apreciación valorativa de la pruebas y,
- 3 - El mixto, este sistema permite al Juez valorizar cierta clase de pruebas según su criterio personal y condiciona las demás a la estimación hecha

¹¹⁵ Jiménez de Asúa. Luis Ob cit. Pág. 306

¹¹⁵ Von Iset. Franz. Tratado de Derecho Penal, I II 2ª Ed Edit Reus. Madrid España 1927 Pág. 324

previamente por la Ley

Dado que los dos primeros adolecen de serios inconvenientes prácticos emanados de su extremismo, el legislador mexicano adoptó, con todo acierto, el tercero de los sistemas expuestos. En esa forma, deja a libre apreciación judicial la valorización de las pruebas testimonial y pericial, entre otras, limitando dicho criterio a la valorización preestablecida en la Ley, respecto a las demás clases de pruebas. Expusimos que con el aporte de pruebas, las partes buscan, cada una, el mejor desempeño de su cometido.

Ahora bien, el Ministerio Público va a tratar de demostrar que el procesado no únicamente actualizó con su conducta el cuerpo del delito o tipo penal, sino que además atentó contra los intereses y la seguridad social, esto es, violó la norma jurídica sustentadora del cuerpo del delito o tipo, y por eso su comportamiento fue antijurídico. Lo denominado por la Ley como presunta responsabilidad, no es sino una antijuridicidad indiciaria. Diremos, una antijuridicidad formal, recurriendo a la teoría de Von Liszt y no material. Recordemos que Von Liszt sostiene tal distinción, denominando antijuridicidad formal a la aparente contradicción de la norma y antijuridicidad material a la ofensa real del interés social.¹¹⁶

La sola existencia del llamado incidente de desvanecimiento de datos, bastaría para reafirmar nuestra opinión. Pero todavía más si se exigiera además de la comprobación del corpus delicti, la prueba de haber sido antijurídica la conducta del agente, no sería posible nunca una libertad por falta de méritos. Debemos pues, admitir que la actividad procesal durante el periodo en estudio tiende a establecer la antijuridicidad material por parte del órgano acusatorio y a justificar la conducta típica del procesado por parte de la defensa.

¹¹⁶ Von Liszt Franz Tratado de Derecho Penal, T. II, 2ª Ed. Edit. Reus. Madrid España 1927. Pág. 324

2.3.1 SENTENCIA

El capítulo VIII denominado Resoluciones Judiciales del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como su homólogo en el Federal, definen a la sentencia como una resolución judicial que termina la instancia resolviendo el asunto en lo principal

Ambas disposiciones señalan los requisitos que debe reunir la sentencia; debe constar por escrito y contener: a - El lugar en que se pronuncie, b - La designación del Tribunal que dicte, c - Nombre y apellido del acusado, su sobrenombre, edad, estado civil, lugar de nacimiento, residencia o domicilio y su ocupación, profesión u oficio y d.- Un extracto breve de los hechos conducentes a la resolución Además las consideraciones o fundamentos legales expresados debidamente y los puntos resolutive correspondientes

Requisitos de fondo: el contenido de la sentencia está representado, como dice de Pina, por un razonamiento más un mandato Aquel consiste en la determinación de que, a - Ciertos hechos están probados y en qué forma b - Los mismos son imputables al acusado y c - los mismos constituyen o no constituyen un delito y entrañan no responsabilidad, para su autor. El mandato o elemento autoritario como lo llama Florian consiste en la manifestación imperativa de la voluntad del Estado.

Conforme al Ordenamiento Procesal vigente, las sentencias pueden ser revocables o irrevocables. Las primeras son aquellas en contra de las cuales procede algún recurso y las segundas, las pronunciadas en primera instancia que expresamente se consienten o contra las cuales no se interpone en tiempo el recurso que proceda, y también aquellas otras en contra de las cuales la Ley no concede ningún recurso. "Las sentencias irrevocables, causan ejecutoria y contienen la verdad buscada, fin específico del proceso penal." ¹¹⁷

¹¹⁷ Sodi Dadictijera. Francisco Derecho Penal. Pág. 296

Ya comprobados los elementos tipicidad y antijuricidad durante las dos primeras etapas del proceso, en la sentencia deberá asentarse que siendo además imputable el sentenciado, se le condena a sufrir la sanción individualizada ya por los juzgadores. Es decir, se concluye que el sujeto es culpable a título de dolo o de culpa. Conclusión final, en la última etapa del enjuiciamiento criminal, predomina el elemento culpabilidad

De las conclusiones anteriores se desprenderse otra muy interesante, las circunstancias excluyentes de responsabilidad establecidas en el artículo 15 del Código Penal vigente, y que conforme al artículo 17 del mismo, deben hacerse valer de oficio y sólo podrán decretarse por el Juez.

En efecto, si el Ministerio Público como único órgano capacitado para la persecución de los delitos, es el encargado de practicar las diligencias de averiguación previa, y durante este periodo sólo está obligado a comprobar el cuerpo del delito, es obvio que no podrá determinar sobre los otros elementos del delito, pues ello equivaldría a prejulgar sobre la culpabilidad del detenido.

Tal parecería que el Juez sólo podría decretar la excluyente, una vez agotado el término constitucional de setenta y dos horas, es decir, después de decretado el auto de formal prisión, pero debemos reconocer que existiendo alguna circunstancia, excluyente a favor del reo, el principio sufre una excepción y ello se debe a que, si opera una justificante, no habrá antijuricidad y por tanto no hay porqué extender el proceso más allá de la fase preparatoria; si se da la existencia de una eximente de culpabilidad, entonces si es posible que el proceso exceda el término constitucional de setenta y dos horas, llegando hasta la última etapa, pues en la sentencia deberá decretarse la inculpabilidad del reo según quedó asentado.

González de la Vega considera que las circunstancias excluyentes de responsabilidad pueden hacerse valer de oficio en cualquiera de los tres momentos procesales:

- a - Al resolverse la solicitud de orden de aprehensión.
- b - Al vencerse el término constitucional de la detención preventiva, y
- c - En la sentencia definitiva.

Una vez que se ha hablado sobre estos temas que nos permitirán tener un conocimiento más claro de lo que es el procedimiento penal y las partes que lo integran, es pertinente por último tratar los temas del concepto de delito y de la autoría y participación, con lo que se dará paso así al tema medular de la investigación, que es la necesidad de establecer un tipo penal que regule las conductas delictivas o ilícitas que se dan en el campo de la telefonía celular.

2.3.2 CONCEPTO DE DELITO

La palabra delito proviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinquí, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar. El maestro Carrancá habla de abandono de una ley, cometer una infracción o una falta 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 dañoso.¹¹⁸

Verdaderamente son numerosos los analistas que han pretendido dar una noción o un concepto del delito, tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto y de carácter general; pues un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, no se da respecto de si un hecho es o no delictivo, conseguido aún, lo que si resulta perfectamente explicable es que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo. En consecuencia, la noción del delito ha de seguir, necesariamente, las vicisitudes de esas distintas parcelas en la vida de cada nación y ha de cambiar al compás de las mismas. Por consiguiente, lo que ayer era penado como delito, actualmente puede no serlo.

El maestro Carrancá establece que el delito es un ente jurídico porque consiste en la violación del derecho, conceptualizando como una infracción a la Ley que protege la seguridad de los ciudadanos. Infracción que insiste en un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable, autores como Frank afirman que el delito es la violación a un derecho fundado sobre la ley moral¹¹⁹ Para Pessina, es la negación del derecho, para Romagnosi, es el acto de una persona libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto y para Rossi, consiste en la infracción de un deber

¹¹⁸ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa México 1990 Pág. 125

¹¹⁹ Marqués Piñero, Rafael. El Tipo Penal, (Algunas consideraciones en torno a él mismo) . Pág. 133-134

exigible en daño de la sociedad o de los individuos.¹²⁰

Las cuestiones relacionadas con el delito y el delincuente las contemplan los títulos I y III del libro I del Código Penal Mexicano. En el Código Penal se encuentra el delito orientado de forma objetiva y subjetivamente:

- a.- Objetivamente: Por cuanto se atiende a la gravedad del resultado, lo que viene a caracterizar al Derecho Penal Mexicano como un derecho de resultado y;
- b - Subjetivamente, en cuanto destaca la voluntariedad criminal, vinculando la gravedad del delito a la culpabilidad

Volviendo a los conceptos con el carácter generalizador anteriormente señalado.

Como fácilmente puede deducirse de los conceptos de delito anteriormente enunciados, ninguno contiene una precisión suficiente para los efectos de la disciplina penal. Hay un gran número de acciones injustas, muchas de ellas violadoras de concretos deberes morales que no son delictivos, también hay actos que son vulnerados de derecho, infracciones de normas penales, por último, hay acciones evidentemente causantes de perjuicios sociales, que no constituyen delitos

Sin embargo, para dar un concepto de carácter provisional de delito, se considera como el más adecuado el que manifiesta el maestro Jiménez de Asúa, al señalar que delito es toda acción (u omisión) antijurídica (típica) y culpable (sancionada con una pena).¹²¹

¹²⁰ Muñoz Conde, Francisco Teoría del Delito Editorial Temis Colombia 1990 Pág 2

¹²¹ Jiménez de Asúa Luis Tratado de Derecho Penal. Tomo II Editorial Losada Buenos Aires 1991 Pág 125

Por otra parte existen concepciones que señalan que el delito tiene una noción jurídico formal que se encuentra apegada a la Ley, quien impone su amenaza penal. Así es que el delito es verdaderamente configurado por su sanción penal que establece que si no hay ley positiva sancionadora no existirá delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Noción que se encuentra incompleta ya que no se preocupa de la naturaleza del acto en sí, sino que sólo atiende a los requisitos formales que marca la norma penal, para que sea considerado delito. En este aspecto formal Cuello Calón y Mezger, lo define como la acción prohibida punible por la Ley bajo la amenaza de algún presupuesto de pena.¹²²

Si se acepta en el formalismo que concepción de delito estuviese afirmando que es una creación de la Ley que los encuadra dentro de sus tipos, entonces desaparece la ley, el delito quedará suprimido y no se puede aplicar una pena.

Otras nociones indican que es sustancial el delito, porque es necesario entrar a la esencia de los elementos que integran el delito, así tenemos que pueden señalarse los siguientes:

- a.- El delito es un acto humano, acción u omisión. Un mal o un daño, aún siendo muy grave, tanto en el orden individual como en el colectivo. No es delito si no tiene su origen en un comportamiento humano. Los hechos de los animales, los sucesos fortuitos, como extraños a la actividad humana, no constituyen delito.
- b.- El acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en contradicción en oposición a una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido

¹²² Castellanos Tena, Fernando Ob.cit Pág 128

- c.- Además de esa contraposición con la norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la Ley como delito, que se corresponda con un tipo legal, es decir, ha de ser un acto típico. No toda acción antijurídica constituye delito sino que ha de tratarse de una antijuridicidad tipificada.
- d.- El acto ha de ser imputable a un individuo, es decir, debe corresponder subjetivamente a una persona, debe estar a cargo de una persona
- e.- El acto humano debe estar sancionado con pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad, no existiría delito

Si concurren todos estos elementos, habrá delito. Cuello Calón afirma que cuando se reúnen todos estos elementos puede darse la noción sustancial del delito, que para él, es acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena ¹²³

Cuello Calón agrega además que esta consideración de los elementos integrantes del delito no significa en absoluto la negación de su unidad. El delito es un todo que se compone de distintos elementos, pero con diversos aspectos o facetas y el estudio de los mismos, es una exigencia metodológica para conocer mejor la entidad delictiva y sus problemas

La concepción sociológica en la cual los positivistas elaboraron la noción de delito con base en la distinción entre delito natural y delito artificial (legal) establece que la delincuencia natural ataca a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, en tanto que la delincuencia artificial (legal) abarca los demás delitos no ofensivos de estos sentimientos señalados (tales como los atentados al pudor, honestidad, etc.) partidario de esta concepción es Garofalo. Quien define al delito

¹²³ Márquez Piñero, Rafael. Idem. Pág. 134

natural como la violación de los sentimientos altruista de probidad y piedad en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad ¹²⁴

Ferri, Colajanni y Garófalo, señalan como principal característica del delito su oposición a la fundamental condición de la vida social y su enfrentamiento a la moralidad media. En realidad todos estos autores, que frente a la delincuencia natural colocan la artificial, reactualizan la arcaica distinción entre delitos malos *per se* (*delicta mala in se*) y los delitos que lo son por estar establecidos por la ley positiva (*delicta mala quia prohibita*) lo que el delincuente infringe es la norma, anterior a la ley penal, ésta última crea el delito, en tanto que la norma cultural (concepto social, fundamento de la convivencia entre los hombres) crea la antijuridicidad de la acción, por lo que se concluye que el delito es un fenómeno humano social ¹²⁵

Birnbaum entendió la esencia del delito como una lesión de bienes o intereses jurídicos o como un peligro para ello. Bien jurídico es todo aquello, material o incorporal, que satisface las necesidades humanas, individuales o colectivas, el bien jurídico constituye el objeto de la protección penal y la finalidad del ataque delictivo para destruirlo, deteriorarlo o sencillamente ponerlo en peligro

Conocer el bien jurídico del tipo penal es el mejor medio de interpretar dicho tipo. Dicha noción explica el contenido material del delito (lesión o peligro), determina la finalidad del ordenamiento penal (protección de bienes jurídicos) y fundamenta la sistematización de los delitos en parte especial del derecho penal ¹²⁶

En México el Código Penal de 1871, por la influencia del español de 1870, en su artículo 1 define al delito como "la infracción voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" El Código Penal de

¹²⁴ Castellanos, Iena Ob. cit. Pág. 126.

¹²⁵ Carrancá Trujillo, Raúl. Ob. cit. 1996. Pág. 214

¹²⁶ Castellanos, Fernando. Ob. cit. Pág. 133

1929, en su artículo 11, lo conceptuaba como "lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".¹²⁷

Esta es una noción notoriamente imperfecta en cuanto a que no determina el delito con la necesaria claridad, dentro de la esfera de las actuaciones humanas, sino que únicamente contempla sus efectos y, no comprende los delitos de peligro olvidando que hay delitos que no lesionan derechos, sino los bienes por ellos protegidos

El artículo 7 del Código Penal, en su primer lineamiento, dice: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" lo que consagra el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*), claramente recogido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los elementos de ese concepto, eminentemente formalista y formulado con vista a la práctica son los siguientes:

- a.- Un acto u omisión, es decir, una conducta humana; la voluntad *externamente manifestada por un movimiento del agente o por la falta de realización de un hecho positivo exigido por la Ley, traduciéndose todo ello en una mutación o peligro de cambio en el mundo exterior.*
- b.- Que esté sancionado por la Ley Penal. Esto implica la obligación del establecimiento previo de los tipos legales por la normación punitiva, pasando esto a ser únicas actuaciones punibles

Por otro lado, el artículo agrega los actos omisivos en los que por no actuar de determinada forma es sancionable, cuando se tenga la obligación por algún otro acto o deber, con lo que se extiende tal conceptualización, no solamente el movimiento

¹²⁷ Márquez Piñero. Rafael Ob cit Pág 137.

corporal de un sujeto activo realice, sino también los omisivos.

Aunado a ello establece la clasificación del delito, en cuanto a tiempo de su realización al señalar que es:

- I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.
- II - Permanentes o continuados, cuando la consumación se prolonga en el tiempo,
- III.- Continuados, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico, producido por el que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de hacerlo. En estos casos, se considerará que el resultado será consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de hacerlo, derivado de una ley de un contrato o de su propio actuar precedente. Consideramos que aún con los conceptos antes mencionados es necesario hacer un estudio de otras concepciones de lo que es el delito: de los pensadores más sobresalientes de cada escuela, para comprender el concepto de delito, así tenemos que:

Francisco Carrara es el mayor exponente de la escuela clásica y define 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 dañoso".

De la definición anterior, podemos concluir:

- 1.- INFRACCIÓN A LA LEY Expresa la idea general del delito porque ningún acto puede tener la calidad sin que la ley lo prohíba
- 2.-DEL ESTADO Restringiendo al derecho positivo
- 3.- PROMULGADA La Ley humana sólo puede ser conocida por su promulgación. Es decir, que sea el resultado de un procedimiento legislativo.
- 4.- PROTEGER LA SEGURIDAD PÚBLICA O PRIVADA. Sólo el ataque a la seguridad es delictivo
- 5.- CIUDADANOS. En la idea especial del delito va implícito el ataque a la seguridad pública.
- 6.- ACTO EXTERNO.- El fin del derecho es la defensa del orden externo y no el perfeccionamiento interno. El pensamiento no delinque. Sólo se sanciona el acto externo del hombre
- 7.- DEL SER HUMANO Ya que es el único que tiene voluntad racional
- 8.- POSITIVO O NEGATIVO. Acción u omisión
- 9.- MORALMENTE IMPUTABLE. La imputabilidad moral es presupuesto de la imputabilidad política.
- 10.- SOCIALMENTE DAÑOSO. Para ratificar la idea del ataque a la seguridad pública por medio del daño mediato e inmediato.

Para Ferri, el delito legal consiste en que el hombre (sujeto activo) ofende a otro (sujeto pasivo), violando un derecho o un bien (objeto jurídico), que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material) mediante una acción psíquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado, esto lo encontramos en sus estudios. Principio de Derecho Criminal

La noción sustancial del delito mira el contenido ético, social y político de los hechos que en abstracto prevé la ley como punibles. Este concepto tiene una tendencia a los contenidos extrajurídicos.

- 1.- LA TEORÍA OBJETIVA. Es ataque a un bien o a un interés jurídicamente tutelado.
- 2.- LA TEORÍA SUBJETIVA. Es la desobediencia al deber jurídico de acatamiento del Derecho y al Estado.
- 3.- ECLÉCTICA. Depende del aspecto que presente en primer plano la lesividad para el bien jurídico o la violación de un deber jurídico.

Por otra parte el maestro Francisco Muñoz Conde, establece que las características comunes del delito corresponden a una doble perspectiva que simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad, al segundo culpabilidad. Injusto o antijuridicidad, es pues la desaprobación del acto, culpabilidad la atribución de dicho acto a su actor

En estas dos grandes categorías, antijuridicidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito. En la primera se incluye la

acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, su objeto y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado. En la culpabilidad las facultades psicológicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter antijurídico del acto y la exigibilidad al autor de un comportamiento distinto.

Ambas categorías tienen también una vertiente negativa por ejemplo, la existencia de una fuerza irresistible, excluyen la acción, la absoluta imperevisibilidad, la relación psicológica con el resultado. las causas de justificación (por ejemplo la legítima defensa), autorizan la comisión del hecho prohibido, la falta de facultades psíquicas en el autor (por ejemplo enfermedad mental) excluye la imputabilidad, etc.

Esta distinción sistemática tiene también un valor práctico importante. Para imponer por ejemplo una medida de seguridad o de corrección (internar a un enfermo mental que ha cometido un delito en el manicomio) es suficiente con la comisión del hecho prohibido antijurídico, aunque su autor no sea culpable, para imponer una pena, es sin embargo necesario que exista culpabilidad, además de que el hecho sea *antijurídico, no hay culpabilidad, normalmente la presencia de un acto antijurídico es el límite mínimo de cualquier reacción jurídico penal*. Así aunque el autor de la acción no sea culpable. Frente a un acto lícito no cabe legítima defensa, igualmente la participación a título de inductor o de cómplice en el hecho es por lo menos antijurídico, aunque su autor no sea culpable

Pero no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito. De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más grave e intolerables, las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la Ley Penal.

A este proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama tipicidad. La tipicidad es pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la Ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales, se cumple el principio *Nullum Crimen Sine Lege*

Normalmente son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, las características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues sólo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después de la indagación sobre la antijuridicidad es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho. Un hecho típico, una vez comprobado que el hecho es típico y antijurídico, hay que ver si el autor de ese hecho es o no culpable, es decir, si posee la condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho. En resumen después de todo lo dicho hasta ahora, podemos definir el delito como la acción u omisión típica, antijurídico, culpable y punible

Con la constatación positiva de esos elementos. Tipicidad, antijurídico y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado con la pena que se asigne en cada caso concreto al delito en la ley. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder calificar un hecho como delito la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad.

2.4 AUTORÍA

Analizar el tema de la autoría implica diversos criterios que la doctrina a tratado de abordar en el transcurso de la historia, en tal virtud, es factible distinguir entre posturas ontológicas, legales, unitarias, extensivas y restrictivas.

POSTURAS ONTOLÓGICAS

En primer lugar las posturas ontológicas que aluden a la persona que realiza el hecho descrito por el tipo penal, el autor se traduce en el sujeto a quien se le puede imputar uno de tales hechos como suyo." ¹²⁸

CONCEPCIÓN UNITARIA

La Concepción Unitaria establece de que no es posible distinguir entre autoría y participación, por lo que todos los sujetos que intervienen en un hecho deben ser considerados autor del mismo, lo anterior tiene su fundamento en la teoría de la equivalencia de las condiciones, en tal virtud, si toda condición del hecho en su concreta configuración es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho, deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente autores " ¹²⁹

Esta teoría ha sido criticada bajo los siguientes puntos:

- a) Provoca la pérdida del injusto específico de la acción de cada tipo al convertirse a la totalidad de las contribuciones del hecho, en la causación de lesiones del bien jurídico.

¹²⁸ Mig Espuing, Santiago Derecho Penal. Parte general Editorial Abelado Perrot Buenos Aires Argentina 1991 Pág 387

¹²⁹ Mig Espuing Santiago Ídem Pág 390

- b) Permite considerar como autores a otros sujetos que intervienen en el delito, por el simple hecho de la causalidad de la cooperación.
- c) Se abandona el principio de accesoriedad, con lo que se suprime la frontera del tipo
- d) Conduce a la ampliación de manera indeseable de la punibilidad.
- e) Impide la aplicación de penas atenuadas para los cómplices e inductores.

CONCEPCIÓN RESTRICTIVA

Esta teoría establece que el autor es sólo quien comete por sí mismo la acción típica, del cual es responsabilizado penalmente al concretizar el tipo penal, dicha concepción divide su estudio en dos teorías que son:

- a) La Teoría Objetiva Formal que considera como autor a toda persona, cuyo comportamiento entra al círculo que comprende el tipo penal.
- b) Teoría Objetiva Material en la que se establece que autor es el sujeto que aporte la contribución objetiva más importante.

En esta línea se sitúan las concepciones que distinguen expresa o tácitamente entre condición y causa, considerando, en el sentido de las viejas teorías restrictivas de la causalidad, como causa a ciertas condiciones especialmente importantes.

CONCEPCIÓN EXTENSIVA

Ésta considera como autor a todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico sin necesidad de que su contribución constituya una acción típica, constituyendo al autor como el que realiza una aportación causal al hecho, cualquiera que sea su contenido, siempre y cuando medie una voluntad de autor".¹³⁰

TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Ésta establece que el sujeto que realiza una conducta que se encuentra prohibida y establecida en los ordenamientos penales, la efectúa con pleno conocimiento del cómo y porqué la realiza, y con la plena regulación y control de su conducta al efectuarla y dañar el bien jurídico de otro, es decir, el dominio del hecho implica un total y completo dominio de la situación a realizar, es decir, tiene un completo control en la realización de la conducta delictiva.

En principio podemos afirmar que el concepto de autor no es algo tan simple como el que realiza el hecho, pues el ser humano es un ser social y en consecuencia cuando actúa en los más de los casos lo hace en colaboración con otros, por lo que es limitada una autoría individual propia, pudiéndose realizar el hecho cuando una persona se vale de otro para cometer un delito, con lo que estaremos en una autoría mediata, o cuando varias personas se ponen de acuerdo para cometer un delito y colaborar en su realización, con lo que estaremos en un caso de coautoría, y cuando se induce a otro a cometer un delito, con lo que estará en un caso de inducción, postura de la cual, como se verá al tocar la participación, se considera que la participación no es una forma de autoría.

¹³⁰ Muñoz Conde, Francisco. Ob cit. Pág 199.

El maestro Gimbernat establece que autor "es aquel que tiene el ánimo de realizar la conducta establecida en el tipo penal".

El Código Español establece en su artículo 14 que son autores:

- I.- Los que toman parte directa en la ejecución del hecho;
- II - Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo;
- III - Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto, sin el cual no se hubiese efectuado.

El análisis de dicho artículo implica en primera instancia, en su fracción primera que la ejecución del hecho implica en la mayoría de las veces una autoría material, en igual forma las fracciones segunda y tercera al referirse que forzan a otro a ejecutarlo, implican supuestos de auténtica autoría. Lo importante de dicho artículo no es donde se encuentra regulado el concepto de autor, sino cuales son las características que lo definen y donde están las diferencias con otras formas de intervención punible en la realización de un delito

2.4.1 TEORÍAS QUE REGULAN LA AUTORÍA

Las teorías que hasta la fecha se han dado para analizar la autoría y en su caso dar la diferencia con la participación son diversas y todas son insuficientes para plantearlo, dado la complejidad de este problema. Uno de sus mejores expositores que explican esta problemática ha sido Roxin, cuyas ideas generales referiremos más adelante

"La teoría de la autoría, pretende responder a la pregunta ¿quién ha tenido el papel principal?, entre ¿quién ha ejecutado la acción típica?"

Lo anterior se complica cuando en la comisión del ilícito intervinieron varios sujetos y el problema es determinar cuál fue la participación de cada uno, para poderle imponer una sanción acorde con aquella

Dentro de la teoría de la autoría existen varias teorías que pretenden explicar la, de este modo tenemos:

a.- Teoría Formal Objetiva

Los partidarios de la teoría formal- objetiva piensan que autor es el que realiza un comportamiento que tiene exteriormente la forma de acción típica o por lo menos, de una parte de la misma

b.- Teoría Final Objetiva.

De acuerdo con ella, el autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras que los que toman parte sin dominar el hecho, son partícipes.

Dominar el hecho significa tener todo bajo control y estar en posibilidades de decidir si consume o no. Quien tiene esta postura puede denominarse autor, de lo contrario si sólo colaboró, se le denominará partícipe.

c.- Teoría Objetiva Estricta.

Según esta teoría es autor quien realiza un acto ejecutivo que se encuentra en relación de causalidad con el hecho realizado, desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Para que hubiera existido la producción del hecho, era necesario que todos los que intervinieran pusieran una condición sin la cual no se produciría el mismo.

d.- Teoría Objetiva restrictiva

Ésta busca de algún modo restringir las consecuencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para lo que como un criterio se plantea que se trate de un acto ejecutivo típico, es decir, expresamente señalado en el tipo, con ello se restringe enormemente el concepto de autor; no podría considerarse al autor mediato, ni al coautor en la mayoría de los casos

Otro enfoque es indagar una restricción haciendo la cooperación entre importancia objetiva y la contribución para poder distinguir entre condición y causa, para así buscar la mayor peligrosidad objetiva de la contribución

e.- Teoría Subjetiva.

La Teoría Subjetiva parte de una concepción del aspecto objetivo del hecho en la que no caben diferenciaciones en ese plano para esta teoría; en consecuencia, autor es el que hace un aporte al hecho queriéndolo como suyo (*animus auctoris*) y cómplice el que quiere el hecho como ajeno (*obra con animus socii*).

Esta posición atiende sólo a la intención del sujeto, a su ánimo; ha tenido dos formulaciones, la del ánimo de actuar, (actuar en interés propio, autor,) o bien en interés ajeno, (partícipe).

Otra posición respecto de esta teoría es expresada por el maestro Roxin, quien se basa en que el ánimo concreto que tenga el sujeto para intervenir en el delito, es decir, que será autor cualquiera que sea su contribución material al delito, y será

partícipe si actúa con ánimo de partícipe Esta teoría se ha criticado en el sentido de que no toma en cuenta que el dolo del responsable de un delito (autor o partícipe) no tiene nada que ver con la circunstancia de que se quiera el hecho como propio o como ajeno, sino que es la consecuencia y voluntad de intervenir en la realización de un delito, cuálesquiera que sean las razones o motivos por los que lo haga, la distinción tiene que buscarse pues en un criterio objetivo material

En el que la finalidad del acto es el dominio del hecho, es decir, es autor quien domina finalmente la realización del mismo, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización, con este criterio podemos tener claramente dos formas específicas de la autoría mediata y coautoría.

f.- Teoría Objetivo-Subjetiva o del Dominio del Hecho.

Conforme a esta teoría es el autor quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal

Esta teoría no confunde autor con ejecutor y con ello mismo, permite fácilmente incluir al autor mediato y además, llegar a una mejor comprensión del coautor, al tiempo que muestra un ámbito limitado pues sólo se aplica a delitos dolosos.

g.- Teoría del Dominio del Hecho

Han Welzel propuso el concepto de la Teoría del Dominio del Hecho, que consiste en que el autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y en lo

objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.

Es decir el dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el sí y el cómo, del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto. dicho más brevemente, el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho. Este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y a cada forma concreta de materializar una conducta típica. No puede fundarse en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concretización en el caso efectivamente dado.

Pese a requerir una valoración concreta, el criterio del dominio del hecho, es decir, el criterio según el cual es autor el que tiene el dominio sobre la configuración central del hecho, tiene algunas consecuencias generales. Asimismo debemos destacar que el criterio del dominio del hecho se rige por aspectos tanto objetivos como subjetivos, puesto que el señorío del autor sobre el curso del hecho lo proporciona tanto la forma en que se desarrolla en cada caso la causalidad como la dirección que a la misma se le imprime, no debiendo confundirse con el dolo, porque dolo hay también en la participación (el cómplice y el instigador actúan con dolo) sin tener el dominio del hecho. Pensamos, que la doctrina utiliza elementos objetivos y subjetivos, lo que conlleva a una mejor determinación del autor mediano.

CONCEPCIÓN UNITARIO DE AUTOR

Es de indicar que el concepto de unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta palabra se le da como intervención en el hecho de otro) y por encuadramiento de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración, codeincuencia o

expresiones similares. En este sentido general se puede decir que históricamente han mantenido un concepto unitario las legislaciones o sistemas jurídicos, en que no se hacían claras distinciones entre las personas que colaboraban en algún modo en el delito. Un caso de éstos es el Derecho Romano, pese a que de un modo casuístico distinguía entre diversas formas de intervención, sin embargo no establecía consecuencias alguna derivada de tales distinciones. Pero prescindiendo de precedentes tan remotos y que además llegaban inconscientemente a un concepto que podríamos llamar unitario, son fundamentalmente en nada, entre los autores de los siglos XIX y XX encontramos ya una primera formulación del concepto unitario en Schirach. Posteriormente lo defienden siempre de lege ferenda entre la doctrina directamente manejada, Henke, Stubel, Foinitzky, etc. Un concepto combinado (diferenciador- unitario) es defendido por Schoneborn.

También fue decididamente defendido un concepto unitario por la UIDP (en alemán IKV), en cuyas discusiones intervinieron y se pronunciaron a favor de tal concepto muchos de los autores anteriormente citados.

Conscientemente no recojo entre los defensores del concepto unitario a autores a cuyas construcciones se aproximan parcialmente al mismo, pero son encajar totalmente en él, por lo que tienen menor interés en un trabajo sobre autoría, por ejemplo: aquellos que incluían la inducción junto con la autoría, por aquellos que incluían la inducción junto con la autoría, por aquellos que incluían la inducción junto con la autoría, en un concepto superior de causación, originación o cualidad del causante u originante.

Por fin el concepto unitario ha tenido también acogida, al menos aparentemente, en algunas legislaciones tales como el Código Penal Noruego de 1902, el Danés de 1930, el Italiano de 1930, la OWIG alemana desde 1968, hasta la hoy vigente: algunos otros Códigos y Proyectos de diversos países. De todas formas

siempre han surgido voces que interpretan esas leyes de modo distinto, considerando que no dan acogida al concepto unitario

En la doctrina española nunca se ha discutido a fondo el concepto que nos ocupa. Quizá por eso se encuentra en pocos autores que muestren simpatías hacia el mismo, sólo tienen cierta significación. Jiménez de Asúa, que no se expresa siempre de una forma clara y, en obras suyas más recientes; Quintano Ripolles desecha el sistema, un modo relativo, y sobre todo aunque con una grave contradicción.

CONCEPTO UNITARIO FORMAL Y FUNCIONAL

En las versiones que podríamos llamar clásicas del concepto unitario, se defendía diciendo que todo participante en un hecho es autor del mismo, y en esa definición, no se describen distintas formas en que pudiera realizarse la autoría; Kienapfel, ha denominado a este concepto clásico "concepto unitario formal", frente a éste, él propugna otro distinto que en su opinión, más que un concepto es un sistema, al que denomina "unitaria funcional o material, en el que partiendo de la igualdad como autores de todos los intervinientes, se pueden definir distintas figuras de autoría, pone como ejemplo de una regulación que recoge el concepto unitario funcional la del artículo 23 inciso 1,1 del Código Penal Danés de 1930. Las consecuencias que puede tener la adopción de un concepto unitario funcional frente a uno puramente formal, quizá no salten a la vista. De todas formas, una primera aproximación nos la intenta dar el propio Kienapfel, al hablar del Código Penal Danés: "En el plano típico dogmático del Código Penal tal es la diferencia así también distintas formas de comisión del hecho. Realmente no se trata en este caso de figuras de autoría y participación en el sentido que correspondería a la regulación accesoria de la participación del derecho alemán, sino de tipos autónomos de comisión del hecho de autoría. Todos los participantes son autores con igual rango dogmático. Entre ellos existen diferencias conceptuales, pero no valorativas. Lo último se deduce ya de la

unificación por principio de los marcos penales, lo primero juega precisamente por ello un papel subordinado en la práctica".

EL FUNDAMENTO DEL CONCEPTO UNITARIO

La equivalencia causal de las aportaciones de los intervinientes

Ya en Schirach y en Stubel se desarrolla con claridad la idea que posteriormente Buri extenderá con gran éxito: La teoría de la equivalencia de todas las condiciones en la producción del resultado. De la simple premisa de que todo aquel que interpone una condición con la producción del resultado es igualmente causal respecto al mismo, no pudiendo diferenciarse entre causa y condición o causas más importantes o relevantes que otras, se van a desprender importantes consecuencias para la teoría de la participación. La consecuencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones para el concepto unitario es clara: todo interviniente causalmente en un hecho, es condición o causa el resultado del mismo, en igual medida, por tanto, no cabe hacer distinción entre sus intervinientes.

Pero el que de la igualdad causal de las condiciones de los intervinientes en un hecho se derive la imposibilidad de distinguir (de distinguir valorativamente al menos) Entre esas mismas contribuciones es algo que no se entiende sin poner en conexión esta idea con la de la importancia que a la causalidad (en cualquier modo que ésta se entienda) se le dio en la doctrina penal del positivismo naturalista, que se desarrolló especialmente en Alemania a fines del siglo pasado y se extendió apenas en la actualidad bastante entrado el presente. Esa importancia dada a la causalidad es lo que hace que la teoría de la participación se entienda como una conexión casual, sino *como una parte de la misma*, por tanto, la conexión entre la absoluta importancia dada la causalidad y el mantenimiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones puede considerarse como el primer fundamento del concepto unitario de autor, esto es

especialmente claro en autores como Liszt o Heinberger. Dado que todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe ninguna diferencia conceptual entre los concretos participantes en la producción del resultado, que por ello sólo se justifica su distinta punición dentro del mismo.

Heimberger dice: que "La consecuencia de ello (de la equivalencia de las condiciones) para la teoría de la participación es ésta, el autor, el coautor, el cómplice, el inductor todos ellos colocan condiciones, todos ellos son por eso causas del resultado. Debido a su igual necesidad para el resultado, el legislador debe otorgar el derecho de aplicarles el mismo marco penal a todos ellos como intervinientes en el mismo hecho. No me debe obligar a distinguir donde falta la posibilidad de distinción. Otros autores, conectan la teoría causal que se defiende con la existencia o no de accesoria en la participación.

Que ese fundamento causal fue probablemente el originario del concepto unitario y que ha seguido estando presente en defensores modernos del mismo, aunque sólo parcialmente. En cuanto a lo primero, veremos un poco más adelante, junto a la equivalencia de las condiciones se manifestaban con claridad otras razones para fundamentar la unificación. En cuanto a lo segundo, sigue presente la idea de la causalidad, si bien con el no poco importante matiz de la imputación objetiva.

Pero precisamente el fundamento causal ha sido uno de los puntos más criticados del concepto unitario, ignorando los críticos a menudo que sobre todo en las versiones más modernas del concepto, el acento no recae en la equivalencia de las condiciones. Con razón señala Kienapfel, que la justificación exclusiva de las premisas del concepto unitario por el "Derecho Penal de Autor" y el "Derecho Penal de la Voluntad" "han alineado los pensamientos de la autoría unitaria y ofrecido a sus críticos excelentes argumentos en contra de ella", y en todo lugar, que la "identificación con la que uno se encuentra frecuentemente en la autoría unitaria con

la pura causalidad simplifica demasiado y con ello, desfigura la verdadera pretensión, el método y los resultados de la idea del autor unitario".

Hay diversas perspectivas a la teoría de la equivalencia de las condiciones que se ha fundamentado el concepto unitario. Pero vamos a suponer por un momento que todos sus defensores se hubieran basado en esa teoría causal para fundamentar sus construcciones. ¿Es correcta la fundamentación? Si no es ¿se convierte en insostenible el concepto unitario? La primera pregunta es en mi opinión negativa. Y ello independientemente de que se considere acertada desde el punto de vista de la causalidad la teoría de la equivalencia de las condiciones que por cierto, con determinados matices lo es. Es decir, no se trata aquí de rechazar la causalidad de determinadas formas de intervención, como la inducción, cuya causalidad ("psíquica") a veces se niega, ni de acudir para combatir el concepto unitario a la prohibición de regreso.

Creo que de algún modo siempre cabe relacionar el resultado con quien lo fomentó, independientemente de que a ello se le llame causalidad o no, discusión que aquí nos interesa. Quien induce o ayuda al que directamente ejecuta el hecho, sin duda influye en el resultado del mismo, da lugar a él. Parte de lo que aquí se diga, vale tanto para el concepto unitario puramente causal, como para cualquier otra teoría que intente distinguir autoría y participación en virtud de criterios puramente causales, sólo que, a diferencia de otras construcciones (en concreto la teoría objetivo materiales causales), el concepto unitario (y también el extensivo basado en la teoría de la equivalencia de las condiciones), parte de una concepción causal bastante correcta

Lo que es siempre incorrecto en este caso, es partir de lo que puede ser válido en el plano causal por definición algo fundamentalmente naturalista, fáctico, no valorativo, pueda decidir una cuestión valorativa como es la de la determinación de qué formas de intervención deben considerarse prohibidas, hasta qué punto y por qué.

A margen de su igual relevancia causal, cabe hacer distinciones entre las diversas formas de intervención en el hecho, es algo que han aceptado incluso los defensores del concepto extensivo que parte de la equivalencia y aun más desde antiguos partidarios del concepto unitario. Así los defensores de la teoría subjetiva, afirman que, si bien en el plano objetivo no puede distinguirse entre autor y partícipe, esto si es posible en el subjetivo. Como veremos el error de estos autores es identificar lo objetivo con lo causal y además ofrecer conceptos subjetivos insostenibles para la distinción. Pero que un autor como Heimberger, que pedía al legislador que no le exigiera hacer distinciones imposibles, reconoce más tarde que cabe hacer tales distinciones y además pone un ejemplo de aportaciones con diferente peso objetivo.

Pero aún cuando todas las condiciones son igualmente necesarias para el resultado, no todas tienen el mismo valor lo que señala Von Liszt. Atento a lo anterior, se concluyó que incluso en autores en que el único fundamento del concepto unitario podría parecer el de la igualdad causal, ello no es verdaderamente así. Desde luego hay excepciones y autores que exigen igual marco penal y no dan relevancia alguna al modo de intervención, ni siquiera en fase de medición de la pena.

En consecuencia se puede afirmar que, para la mayoría de los defensores del concepto unitario, no es que todos los sujetos que intervienen en el hecho sean autores porque entre ellos no se pueda distinguir, porque cada uno causa el resultado delictivo, sino más bien, porque tal distinción no es conveniente hacerla en primer momento (en el tipo concretamente), sino en uno posterior (la determinación de la pena), lo que permite mayor flexibilidad.

Ello es suficiente para relativizar la crítica, que por su fundamento en la equivalencia de las condiciones, se hace al concepto unitario, la crítica no vale demasiado porque pocos autores hacen derivar en último extremo su fundamento en concepciones causales, ni siquiera algunos de los autores que confiesan hacerlo. Para

los pocos que si lo hagan, la crítica será válida, pues no cabe afirmar que todos los intervinientes son igualmente autores sin distinción, por el hecho de que todos serían igualmente causales, pues sería deducir una conclusión en gran parte valorativa de una premisa que por definición es neutra, no valorativa, un fenómeno físico o psíquicamente natural: la causalidad. al margen de que hay diferencias fácticas, objetivas entre las formas de intervención independientemente de cómo las valore la Ley. Por lo conocido de ésta o similar argumentación igual se encuentra en partidarios del concepto unitario.

La igualdad fundamental de las distintas colaboraciones en un resultado, se deduce de la valoración jurídico penal, cuando con otras palabras, los distintos modos de colaboración son igualmente merecedores de pena. No hacíamos una segunda pregunta. Suponiendo que de verdad el fundamento del concepto unitario sólo fuera causal y demostrado que tal fundamento es insostenible (no por erróneo en el plano causal, sino por su propio carácter causal), ¿nos obligaría ello a rechazar ya el concepto de autor del que nos estamos ocupando? Aquí la respuesta vuelve a ser negativa. Como ha puesto de manifiesto Roxin tan poco se refleja cantidad, tampoco excluye a que se refiere, cierto es que un método permita sólo una solución como que un resultado sea ya incorrecto, porque haya sido obtenido a través de caminos meteorológicamente erróneos.

Efectivamente, si tras el estudio de las consecuencias a que llega el concepto unitario, obtenemos la conclusión de que son aceptables y satisfactorias, habría que defenderlo, intentando fundamentarlo de otro modo. Y así lo han comprendido muchos de los partidarios del concepto unitario, que han construido su sistema sobre bases diferentes a la pura igualdad causal.

2.4.2 AUTOR MEDIATO O MATERIAL

CONCEPTO EXTENSIVO Y RESTRICTIVO DE AUTOR

Es conveniente considerar la elaboración en la doctrina del concepto de autor, con base en una noción, ya sea extensiva o restrictiva

a.- Según la primera noción, autor es el sujeto que ha contribuido con su conducta a la realización de un resultado. Así Graf Zu Dohna apunta que de acuerdo con la noción extensiva, es autor todo aquel que mediante su acción ha motivado la concreción del tipo. O como expresa Cuello Calón según la concepción extensiva es autor todo el que interviene en la producción del hecho con una actividad causal.

b - De acuerdo con el concepto restrictivo, es autor el que comete el delito

Cuello Calón dice que de ambas concepciones, la restrictiva es la más certera, pues inspirándose en el principio de la legalidad de los delitos, suministra el Juez elementos de juicio claros y concretos para fijar el grado de participación del agente, mientras que la extensiva por su vaguedad favorece la incertidumbre.¹³¹

Analizando estas nociones, opinamos que de la que debe prevalecer es la noción restrictiva, pues autor es el que realiza los elementos del delito en particular. Se podría decir que la teoría restrictiva concretiza con su denominación particular la intervención que haya tenido el sujeto en el hecho delictivo, o sea, con el concepto restrictivo y no extensivo de autor, podemos separar tajantemente las áreas respectivas de los que intervienen en la realización del delito: del autor y del partícipe

¹³¹ Cuello Calón, Eugenio Ob cit. Pág. 611, 612

2.4.3 COAUTOR

PROBLEMÁTICA DE LA COAUTORÍA

COAUTORÍA EN LOS DELITOS ESPECIALES

Cuando se está frente a un delito especial, únicamente puede tener el carácter de coautor el sujeto que tenga las calidades exigidas en el delito especial, es decir, solamente puede ser coautor en un delito especial aquel que se forma autónomamente, agregándose al tipo fundamental o básico

Sobre este particular Rodríguez Morullo expone que coautoría es una forma de autoría y por consiguiente, no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo del delito y de ahí se deduce la imposibilidad de que el extraño pueda responder como coautor de un delito especial.¹³²

Igualmente Mezger indica que "el propio concepto de delito especial que limita la posibilidad de la autoría (y también, pues, de la coautoría) a un grupo determinado de personas y que por lo tanto excluye del mismo modo a las personas extrañas (no cualificadas), debería traer como consecuencia la imposibilidad de la participación de un no cualificado como coautor".¹³³

LA OMISIÓN EN LA COAUTORÍA

Se plantea el caso de una coautoría cometida omisivamente. Se piensa que constituye coautoría, la omisión de la evitación de un resultado en contra de un deber jurídico de actuar que afecta voluntariamente a varias personas, concurriendo el

¹³² Rodríguez Murillo. Jorge Comentarios al Código Penal Editorial Bosch. Argentina 1968. Pág. 312

¹³³ Mezger. Edmundo Derecho Penal. Libro de Estudio, parte general Editorial Bibliográfica. Argentina 1958. Pág. 312

verdadero caso de coautoría sólo cuando el deber colectivo solamente puede cumplirse en común.¹³⁴

Por su parte Rodríguez Mourullo, asienta que no hay inconveniente alguno, pues para la admisión de una coautoría por omisión debe tenerse en cuenta que nos estamos refiriendo a la posibilidad de convertirse en coautor de un delito de comisión activa, mediante un comportamiento omisivo. Distinta es la cuestión de la posibilidad de cometer delitos omisivos en régimen de coautoría. En contra de esta posibilidad nos hemos pronunciado ya en otra ocasión. La omisión no tolera una división de trabajo. Es posible que varios sujetos omitan simultáneamente, pero no cabe decir que han omitido conjuntamente una determinada acción, en el sentido de la coautoría. Cada uno de los que han omitido simultáneamente responderá como autor único. Hay coautoría diríamos cometida omisivamente, cuando teniendo varios individuos el deber jurídico de actuar conjuntamente no lo hacen.

LA COAUTORÍA Y LOS DELITOS DE PROPIA MANO

Respecto a la coautoría y a los delitos de propia mano, Jescheck advierte que "como la autoría representa una forma de la autoría, sólo puede ser coautor quien pueda ser autor idóneo en relación a las demás contribuciones del hecho, y por ello, no cabe coautoría en los delitos de propia mano."¹³⁵

Sobre el mismo punto Mezger piensa que "la coautoría aparece excluida en los delitos de propia mano, pues estos delitos precisamente a causa de su exigencia de una realización personal del tipo conjunto, excluye la realización en común

¹³⁴ Jescheck Hens Heinrich Tratado de Derecho Penal, parte general Editorial Bosch Casa Editorial Barcelona 1981 Pág 496.

¹³⁵ Rodríguez Murillo. Jorge Comentarios al Código Penal Editorial Ariel Barcelona 1972. Pág 287

COAUTORÍA SUCESIVA

Por coautoría sucesiva debemos entender el entendimiento recíproco durante el curso del hecho, después que el primer autor ya haya ejecutado una parte ¹³⁶

Sobre la base de la naturaleza de la Coautoría Sucesiva tenemos estos requisitos.

A - Iniciación de una ejecución realizada por un individuo. Como hemos señalado se requiere la iniciación de una ejecución realizada por un individuo. Rodríguez Mourullo explica que "la ejecución se inicia en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de que ensamblando su actuación con la de éste, lograr la consumación. Se habla nos dice Maurach de una coautoría sucesiva, cuando una acción iniciada en autoría única se consuma, tras la intervención de otro con fuerzas concertadas, sin necesidad tampoco de un especial acuerdo". ¹³⁷

B.- Intervención de otro después de la ejecución inicial realizada, es pertinente recordar que a partir del momento de su intervención, el segundo sujeto responde a todo lo que aparezca como consecuencia de la actuación conjunta, es decir, le serán imputables también los efectos provenientes de las acciones realizadas, desde dicho instante, por el primer autor.

Discutible es en cambio, la posible responsabilidad del segundo sujeto por lo que previamente había realizado el primer autor. Por su parte Maurach, indica se reconoce también que el que interviene con posterioridad, responde por todo lo que conjuntamente se produce después de su concurso. Dudosa es, en cambio, la responsabilidad del coautor sucesivo por aquellos actos parciales y otras agravaciones, en las que no ha cooperado, pero que conocía al concurrir el hecho

¹³⁶ Hans Welzel. Derecho Penal. Parte general Editorial Depalma Buenos Aires 1965 Pág. 113

¹³⁷ Maurach. Reinhert. Tratado de Derecho Penal, Editorial Ariel Barcelona 1962 Pág 344

En otros términos dentro de la coautoría sucesiva, se presenta la cuestión de evidente trascendencia para determinar si el sujeto que interviene después de la ejecución inicial se le puede hacer responsable por ésta, o como expresa Zaffaroni, "si se le puede imputar al sujeto la parte del hecho ya cumplida"¹³⁸ Problema que en otro lugar examina, al expresar que las dudas que surgen sobre si se puede responsabilizar al sujeto por todo el hecho o sólo por la parte en cuya ejecución toma parte.

C.- Y acuerdo entre los sujetos después de la ejecución inicial que se haya realizado, o sea, durante el curso de la ejecución conjunta. Debe existir un acuerdo entre los sujetos después de la ejecución inicial a Wessels, ha expresado que el necesario acuerdo también puede efectuarse (expresa o tácitamente) entre el comienzo y la terminación del hecho (coautoría sucesiva)¹³⁹

2.4.4 AUTORÍA ACCESORIA O CONCOMITANTE

Con suma claridad nos dice Wessels, que se da simple autoría accesoria, si varias personas independientemente una de otra (o sea sin colaboración consciente y querida), producen el resultado típico. Jescheck, anota que también es posible que varias personas intervengan en un mismo hecho como autores independientes los unos de los otros (autoría accesoria). Se habla Rodríguez Mourullo de autoría accesoria en los supuestos en que dos o más sujetos, actuando cada uno de por si e independientemente de los demás, producen el resultado típico.

La autoría accesoria es cooperación de varias personas en la producción de un resultado, sin que medie acuerdo entre ellas. Mezger igualmente sostiene que si falta una resolución y un plan comunes, hablaremos de simple autoría accesoria¹⁴⁰

¹³⁸ Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. I IV Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor 1988 Pág. 336.

¹³⁹ Wessels, Johannes Derecho Penal Editorial Depalma Buenos Aires 1980 Pág 157

¹⁴⁰ Jescheck Hans, Heinrich Tratado de Derecho Penal. Parte general T II Editorial Bosch Casa Editorial Barcelona 1981 Pág 888.

Consecuentemente, los requisitos de la autoría accesoria o secundaria son. Concurrencia de varias personas. produciendo conjuntamente el delito y sin acuerdo entre las mismas personas. De la naturaleza de la autoría accesoria es lógico que cada sujeto responda de lo que por él realiza. de su propia aportación y no del resultado conjunto producido.

LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS CULPOSOS

Sobre este particular, Jescheck considera que los límites de la coautoría se deduce del hecho de que trata de una forma o autoría basada en el común acuerdo y por ello, no cabe coautoría en los delitos imprudentes, puesto que en ellos falta el común acuerdo. No hay duda alguna que considerando como un elemento esencial de la coautoría el acuerdo entre los coautores para la producción del delito, no puede presentarse la coautoría culposa, en la que no existe tal acuerdo. Por ello Maurach, entre otros, considera que únicamente los tipos susceptibles de comisión dolosa pueden servir de base a la coautoría.¹⁴¹

¹⁴¹ Maurach, Reinhart Ob.cit Pág. 330.

DIFERENCIA ENTRE COAUTOR Y CÓMPLICE

Al referirnos a los sujetos que pueden intervenir en la realización del delito dijimos que son el autor material o inmediato, el coautor, el autor mediato, el instigador y el cómplice. Ahora bien, el coautor es un autor que conjuntamente con otro autor comete el delito, y el cómplice es el sujeto que dolosamente ayuda a cooperar a la ejecución del mismo.

EXCESO DE COAUTOR

Problema de suma importancia es el relativo al exceso de coautor. Es verdad que cada coautor debe responder según el grado de su propia culpabilidad, por ello Mezger piensa que un coautor no es responsable de un exceso realizado por otra persona que coopera en el hecho, esto es, de aquello que ésta otra persona hace extralimitándose.

Al respecto Rodríguez Mourullo señala que en los Códigos en que no contiene una norma respecto al exceso de coautor, habrá de operar con las reglas generales que se desprenden del principio de culpabilidad y de la estructura del dolo y de la culpa, anotando que la responsabilidad de cada coautor se determina conforme al contenido de la resolución conjunta y no responderá, por tanto, como coautor de aquello que efectúen los demás, extralimitándose del plan trazado en común.¹⁴²

Por último, Maurach expone que, puesto que coautoría es la común realización de un proyecto delictivo conjuntamente planeado, las acciones llevadas a cabo a cuenta propia por uno de los cooperadores con ocasión del proyecto común, caerán fuera del ámbito de la responsabilidad correspondiente a todos los partícipes, ya que cada coautor será responsable del resultado realizado conjuntamente

¹⁴² Rodríguez Murillo. José. Ob cit Pág 841

AUTOR MEDIATO, AUTORÍA DE MANO AJENA O AUTOR TRÁS EL AUTOR

Se ha elaborado la figura del autor mediato, existiendo divergencias sobre su naturaleza entre los estudiosos del derecho penal y su rechazo, como acontece con Bettiol, quien dice que la figura del autor mediato *no tiene suficiente razón lógica* para ser invocada. Para Maggiore, autor mediato es el que se sirve de una persona no imputable o no punible para cometer el delito ¹⁴³

Por su parte Graf Zu Dohna dice que autor mediato es quien se vale de otro para ejecutar el hecho, del mismo modo que si se hubiera valido de un medio animado o inanimado. ¹⁴⁴ A su vez Maurach afirma que autor mediato lo es, quien puede realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, empleando un hombre como mediador en el hecho (instrumento). ¹⁴⁵ Y Mezger opina autor mediato es aquel que admite que otra persona de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, total o parcialmente el hecho de un tipo punible ¹⁴⁶ Como problema de importancia en la autoría mediata, se pueden señalar los relativos al autor mediato y los delitos de propia mano, a la tentativa en la autoría mediata y a la autoría mediata y la participación.

Autor mediato es el sujeto que se sirve de otro no responsable para cometer el delito, evitándose con este texto limitación alguna en cuanto a los sujetos que pueden ser instrumentos del autor mediato para realizar el ilícito penal. Con oportunidad Welssels, precisa que: "el autor mediato utiliza para cometer un hecho en propias manos ajenas.

¹⁴³ Maggiore, Guisepe. Ob. cit. Pág. 311

¹⁴⁴ Graf Zu Dohna La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Bibliográfica Argentina 1958 Pág. 96

¹⁴⁵ Maurach, Reinhart Tratado de Derecho Penal. Tomo II Editorial Ariel Barcelona 1962 Pág. 314

¹⁴⁶ Mezger, Edmundo Ob. cit. Pág. 309

Diversos Códigos Penales de los Estados establecen lo que es la autoría mediata, llegándose a concluir o señalar dos criterios. 1.- El consistente en emplear una expresión general, exhaustiva de la autoría mediata, es decir, utilizar una fórmula que comprenda a cualquier sujeto que se constituya en instrumento del autor mediato 2.- El que se considere que deben precisarse las personas de que se puede servir el autor mediato, o sea, de un inimputable, de un inculpable por error esencial e invencible o por no exigibilidad de otra conducta.

2.4.5 PROBLEMÁTICA DE LA AUTORÍA MEDIATA

AUTOR MEDIATO Y LOS DELITOS DE PROPIA MANO

No hay autoría mediata cuando se requiere por la ley la realización personal del sujeto, por tratarse de delitos de propia mano.

Por ello, la negativa de la autoría mediata en los delitos de propia mano es innegable, porque si éstos se cometen personalmente es inconcuso que el autor mediato no lo puede realizar a través de otra persona. Maurach nos dice: que la autoría mediata es imposible en los casos en los delitos de propia mano. La autoría mediata tiene su límite, expresa Graf Zu Dohna, allí donde el tipo requiere un obrar de propia persona y excluye toda intermediación en el hecho. La autoría mediata también resultará excluida en los delitos de propia mano.¹⁴⁷

Los anteriores puntos de vista son correctos, pues dada la naturaleza del delito de propia mano como aquel en que el sujeto debe realizar personalmente el delito, no admite la autoría mediata, pues como dice Mezger, hay que excluir de la autoría mediata los casos en que es imposible la ejecución del delito por otra persona (los denominados delitos de propia mano). Otro problema que se presenta en la autoría

¹⁴⁷ Welssels, Johannes Ob. cit Pág 161.

mediata es con relación a los delitos especiales. Sobre esta cuestión Maurach explica: que desde el momento en que la autoría mediata representa solamente una especie de la autoría, debe también el autor mediato estar plenamente cualificado para cometer el hecho. La autoría mediata es imposible en los delitos de propia mano y en los delitos especiales. Sauer, indica que autor mediato sólo puede ser en el delito especial, quien pudiere cometer también del delito como autor inmediato, pues de lo contrario no sería autor completo. Si el tipo requiere una calidad en el sujeto activo, estamos frente a un delito especial, propio o exclusivo. Solamente puede realizar el tipo quien tenga la calidad exigida por la Ley. Por ello, para poder ser autor mediato en los delitos especiales, necesita tener los requisitos requeridos por el tipo.

LA OMISIÓN EN LA AUTORÍA MEDIATA

La cuestión relativa a la existencia o no de la autoría mediata mediante omisión, es de gran importancia y discutida. Nos hace ver Jescheck, que una parte de la doctrina admite la posibilidad de autoría mediata cuando alguien no impide la acción punible del instrumento en contra de un deber de garante y al efecto, pone el ejemplo de que un hospital el enfermero omite voluntariamente, impedir que un enfermo mental agrada a otro paciente.

Maurach sobre el mismo punto opina que la autoría mediata puede también tener lugar por omisión de una acción indicada, el hecho del instrumento productor del resultado (que a su vez puede ser tanto acción como omisión) y cita al efecto el mismo ejemplo que indica Jescheck ¹⁴⁸

¹⁴⁸ Maurach Reinhart Ob cit. Pág 327

Le asiste la razón a los que admiten la existencia de una autoría mediata por omisión, cuando teniendo un individuo el deber jurídico de obrar no hace y posibilita consecuentemente la realización de la conducta del mediador o instrumento, como se observa claramente en el ejemplo señalado por los penalistas antes citados.

2.5 PARTICIPACIÓN

La participación se puede entender en sentido amplio o específico. Desde el punto de vista amplio, comprende a todos los que intervienen en un hecho delictivo; luego también los autores, que no son autores, es decir, cuya actividad está en una relación de dependencia con la del autor, que sería la principal y la del partícipe la accesoria, la punibilidad no sólo alcanza al autor, sino también a quienes le han prestado ayuda para la realización del delito (cómplices), y a los que han determinado la voluntad de los autores para que cometan el delito (instigadores); el autor, por otra parte, puede inclusive haber obrado acompañado de otros autores (los coautores)

Hay que tener en cuenta que para la aplicación de la pena se tendrá en consideración el grado de participación a cada uno en la sanción correspondiente. Quienes cumplen un papel principal en la comisión del ilícito, deben recibir una sanción más severa, que quienes desempeñan tareas accesorias.

Así tenemos que la participación sólo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe de conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona que es el autor, ya que si existe un error del partícipe (vencible o invencible) sobre un elemento esencial del tipo cometido por el autor, excluirá la responsabilidad del partícipe por su participación en el delito, aunque puede quedar subsistente su responsabilidad por autoría en un delito culposo o como partícipe en otro delito distinto, en algunos casos la naturaleza sobre el cual el

partícipe se equivoca, puede ser esencial y al mismo tiempo accidental, dependiendo de qué función se le otorgue en el caso concreto.

2.5.1 NATURALEZA JURÍDICA

La participación es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro y que generalmente los autores han dividido en instigación y complicidad, sin embargo una conceptualización general de la participación sería el que concurre en el injusto y es alcanzado por la prohibición típica sin ser autor, esta conceptualización nos enfoca, a que la expresión participación nos indica que no nos hayamos ante un concepto referenciado, es decir, ante un concepto que no necesita de otro, porque la palabra participación por sí misma no nos dice nada, ya que la participación siempre indica una relación con el autor, con lo que se le da a la participación su naturaleza accesoria. La participación debe ser accesoria de un injusto ajeno, no puede haber participación criminal, o sea instigación o complicidad en la conducta de otro, si la conducta del otro no es típica y antijurídica. Quien coopera en una conducta justificada de otro, quien coopera en una conducta típica de otro, o quien coopera en los movimientos de otro que no realiza conducta, no puede ser partícipe.

Otros autores manifiestan que la participación no tiene una naturaleza accesoria y afirman que se trata de tipos independientes, es decir, de una autoría de participación que funciona con un desvalor propio en forma independiente del desvalor de la conducta en que se participa, lo que es criticable, ya que si la participación consistiese en tipos independientes se admitiría la tentativa de participación, es decir, que sería punible la mera proposición que hiciese alguien para decidir a otro a cometer un delito, ejemplo de ello es el hecho de que alguien le prestase a otro un cuchillo filoso para que mate a su mujer (tentativa de complicidad), aún cuando el primer sujeto rechace la posición y el segundo use el cuchillo sólo para cortar un pollo. Lo que nos lleva a decir que la participación es accesoria del hecho principal, esto es, que si el

hecho principal que se intenta el partícipe es penado conforme a la escala del delito en grado de tentativa con la que corresponde con la escala de participación, y si el hecho no se intenta no hay manera de penar y por ende, la tentativa de participación queda atípica.

Este criterio de que la participación tiene un carácter accesorio fue acogida por varias teorías. las cuales se mencionarán a continuación:

- Teoría de la Accesoriedad Mínima, la cual establece que la participación es accesoria de una conducta típica.
- Teoría de la Accesoriedad Limitada, establece que la accesoriidad de la participación lo es de una conducta típica y antijurídica (injusto)
- Teoría de la Accesoriedad Externa, la cual sostiene que la accesoriidad de la participación lo es de una conducta típica, antijurídica y culpable, lo que es el delito.

La adopción de cualquiera de estas teorías dependerá del fundamento que se le da a la punición de la participación y a la estructura general del delito que se tenga.

Así tenemos que para los partidarios de la teoría de accesoriidad externa, la participación se pena por "participación en la culpabilidad del autor", ya que se maneja un concepto de culpabilidad en donde encuentra inmerso el dolo, en efecto para quienes el delito se sistematiza en un aspecto objetivo y otro subjetivo, si quieren ser un tanto coherentes y no fundar la punición de la participación, en una pura participación en la causación de un resultado, no tienen otra alternativa que fundarla en la participación en lo subjetivo, es decir, participación en la culpabilidad (según el concepto que de la misma sostiene y que algunos otros rechazan) Esta posición

conduce a la innegable consecuencia de que es inadmisibile la participación en el injusto de un inimputable o de quien actúa en general en forma inculpable: La inculpabilidad del autor beneficia al partícipe, esta teoría de la accesoriedad extrema es insostenible. porque "las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea excluir o disminuir la penalidad, no tendrán influencia, sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan"

Ante esta inevitable consecuencia y siempre para los que sostienen el criterio "objetivo-subjetivo" como sistemático del delito, no quedaba otra alternativa que renunciar a fundar la punición de la participación en lo subjetivo (culpabilidad), para ensayar el camino de fundarla en la participación en lo objetivo, que tal como lo entiendan, resultaba una participación en la causación del resultado. De allí surge la teoría de la accesoriedad mínima, la participación es accesoria de una conducta típica, porque la tipicidad era entendida como la causación típica de un resultado (concepto objetivo de tipo). Si nos detenemos a observar el problema que trae la fundamentación de la punición de la participación en la causación, y tenemos en cuenta que cualquiera de las teorías que han pretendido limitar la causalidad prescindiendo de la relevancia que a la misma otorga la finalidad con la dirección o posibilidad de dirección que le imprime, veremos que en definitiva, la fundamentación de la punición de la participación en la causación no desemboca en la accesoriedad mínima, sino en la naturaleza independiente de la participación, tan causal será la conducta del autor, como la del partícipe (si el vecino no hubiese prestado el cuchillo, el sujeto no hubiese matado a la mujer a puñaladas).

Cambiada la sistemática del delito por la que modernamente predomina en la doctrina germana y se abre camino en todos los demás países con gran rapidez, y ubicado por esta vía en dolo en el injusto, podemos sostener que el fundamento de la punición de la participación radica en que favorece una conducta dolosa y antijurídica de otro, sin que para ello debamos entrometer a la culpabilidad. Este es el fundamento

lógico de la teoría de la accesoriedad limitada: el partícipe -instigador o cómplice- contribuye causal y finalmente a la ejecución de una acción típica y antijurídica.

El artículo 47 del Código Penal Argentino, es una prueba concluyente de que se inclina por la teoría de la accesoriedad limitada. Si "el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar". La "gravidad" del hecho no puede ser más que la "gravidad" para el orden jurídico, es decir, el "peso" del hecho para el orden jurídico, su magnitud de injusto penal. El "querer cooperar" denota el requerimiento de dolo por parte del cómplice. Todo esto descarta cualquier pretensión de fundamentar en nuestra ley la punición de la participación en la mera contribución a la causación del resultado.

Participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. De esta definición se desprende que la participación es un concepto de referencia, ya que supone la existencia de un hecho ajeno (el de coautor o coautores materiales), a cuya realización el partícipe contribuye. De aquí se deduce también que la participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor y que sólo en base a éste puede enjuiciarse la conducta del partícipe.

Es decir, el delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización, es el mismo para todos (unidad del título de imputación), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (accesoriedad limitada), ya que no hay porque castigar a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Muñoz Conde, Francisco y Gracia Arán, Mercedes. Derecho Penal, parte general. Editorial Titan Lo Blanch, Valencia 1993. Págs 391 y 400.

También cuando el partícipe se sirva del comportamiento atípico o ilícito de alguien para cometer un delito se le podrá castigar, pero en este caso no como partícipe sino como autor mediato, ya que en estos casos el partícipe domina "la realización del hecho y el que actúa atípica o ilícitamente es un mero instrumento en sus manos (así, el que denuncia falsamente a alguien como autor de un homicidio, lo que hace que sea detenido por la policía, que cree en la veracidad de la denuncia).

No es preciso sin embargo que el autor sea culpable, ya que la culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada participante en el delito e incluso faltar en alguno de ellos, (así el autor puede ser menor o enfermo mental sin que ello afecte para nada la responsabilidad del partícipe).

La participación sólo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor. Esto no quiere decir que toda participación imprudente en un hecho delictivo doloso ajeno, sea o impute o constituya de autoría de un delito imprudente. Como decíamos antes, en los delitos imprudentes la autoría se fundamenta, tanto en la infracción del deber de cuidado, como por el dominio objetivo de la acción imprudente que se realiza. Si se dan ambos requisitos habría autoría, pero no si falta alguno de ellos.

El simple favorecimiento o inducción para que otro realice la acción imprudente (animar a conducir a velocidad excesiva), no fundamenta la autoría del resultado que se produzcan por su propia imprudencia como autor del mismo, independientemente de la responsabilidad que incumbe a otra persona. No hay pues un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, sino simplemente que la mera participación, salvo que se eleve a la categoría del delito autónomo no es punible.

Si existe un error del partícipe, éste debe ser tratado conforme a las reglas generales, pero como no cabe la participación culposa, cualquier tipo de error (vencible o invencible) sobre un elemento esencial del tipo delictivo cometido por el autor excluirá la responsabilidad del partícipe por su intervención en el delito, aunque puede quedar subsistente su responsabilidad por autoría en un delito culposo o como partícipe en otro delito distinto. Así quien entrega un arma de fuego a un menor para que juegue o asuste a otras personas, no responderá como partícipe de homicidio si el menor mata a alguien, pero sí puede hacerle responder de un homicidio por imprudencia, en la medida que su actuación supone una infracción del deber de cuidado y puede ser conectada causalmente con el resultado que domina objetivamente.

El error del partícipe sobre elementos accidentales del delito cometido por el autor, sólo tiene relevancia en el ámbito de la determinación de la pena, es decir, las circunstancias agravantes o atenuantes de índole personal sólo se consideran en aquellos en quienes concurren las de índole objetiva en aquellos que las conozcan. En algunos casos, la naturaleza del elemento sobre el cual el partícipe se equivoca puede ser esencial, y al mismo tiempo accidental, dependiendo de que función se le otorga en el caso concreto el régimen a seguir, en relación con su comunicación a los partícipes.

2.5.2 FORMAS DE PARTICIPACIÓN

A.- **INDUCCIÓN** Es en realidad una típica forma de participación, aunque por su entidad cualitativa el legislador a efectos de pena, la equipara a la autoría. La inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque de lo contrario el inductor sería verdadero autor mediato (algunas veces se plantean casos límites con respecto a la inducción de menores, enfermos mentales, etc.).

Otra prueba de que la realización del acto depende del autor principal (inducido), es la que si éste no comienza la ejecución del delito (por tanto no hay siquiera acto típico), no puede castigarse al inductor, salvo que su comportamiento encaje dentro de una de las formas de participación intentada especialmente punible. (la provocación).

De lo dicho se desprenden los requisitos de la inducción. La inducción debe ser de tal entidad que pueda conectarse causalmente desde el punto de vista psíquico, con la voluntad del inducido. Para ello ha de ser directa, es decir, debe ser una relación personal entre el inductor e inducido que pueda establecerse de un modo anónimo por persona intermedia, pero que siempre tiene como consecuencia que el inducido acepte la idea que se le propone y la haga suya. El ofrecimiento de alguna promesa o de dinero, incluso anónimamente o por persona intermedia, puede ser suficiente para fundamentar una responsabilidad por inducción.

Para ello es necesario además, que la inducción sea eficaz, es decir, es preciso que tenga entidad suficiente para que el inducido decida cometer el delito o comience, por lo menos su ejecución. Si el inducido estaba ya resuelto antes de la inducción a cometer el delito, no se puede hablar de inducción aunque quizá se dé complicidad, si se acepta la idea de complicidad moral en la medida en que la aprobación o el reforzamiento de la idea originaria de cometer el delito en el autor, suponga una contribución digna de ser castigada.

El límite mínimo de la inducción lo constituye su diferencia con la simple recomendación o consejo al autor del delito, que en principio, sólo puede servir para fundamentar la responsabilidad a título de complicidad, si se admite la llamada complicidad moral. Evidentemente no cabe la inducción por omisión, ni tampoco por imprudencia, aunque algunos comportamientos como el del policía que contempla sin intervenir cómo se ejecuta el robo para después atrapar a toda la banda y sobre todo la

figura del agente provocador (el policía que induce a alguien para cometer un robo y luego lo detiene en el momento de ejecutarlo), pueden ser castigados en base a otros títulos de responsabilidad (autoría en comisión por omisión de un delito imprudente).

B - COMPLICIDAD. La complicidad es una forma de participación. En común con todas las formas de participación tiene la complicidad, que se trata de una contribución a la realización del delito con actos anteriores o simultáneos a la misma, que no pueden en ningún caso, ser considerados como de autoría. Lo que la distingue de las demás formas de participación es su menor entidad material, de tal forma que la calificación de complicidad hace que la cooperación se castigue automáticamente con una pena inferior en grado a la que merezcan los autores del delito.

Un mismo hecho ha sido considerado a veces como cooperación necesaria y otras como complicidad. Así ocurre en el caso del que suministra información o datos a los ejecutores del delito o instrumentos para su realización o con el que vigila mientras otros realizan el hecho. En realidad estas dificultades son las mismas que encuentra la doctrina a la hora de distinguir autoría y participación con ayuda de la teoría del dominio del hecho. En principio se puede decir que toda cooperación necesariamente convierte al cooperador en poseedor del dominio del hecho y por tanto en autor.

El problema consiste en saber cuándo una determinada contribución puede estimarse como necesaria. Con una consideración concreta probablemente toda contribución sería considerada como necesaria, pero también se puede utilizar un criterio abstracto, porque desligada del caso concreto nunca puede saberse cuándo una contribución es o no necesaria para el mismo. Obtener un veneno puede ser difícil, para un profano y no tanto para un farmacéutico. El que suministra el tóxico al primero puede ser un cooperador necesario, no así el que lo suministra al segundo. Pero nada excluye que en el caso concreto pueda ser a la inversa. Si desde el punto de

vista preventivo, general y especial, la contribución del partícipe no parece demasiado grave, tampoco será tan importante y necesaria.

El fundamento de la atenuación de la pena al cómplice debe ser por tanto, una menor necesidad de pena. De acuerdo con este criterio, cómplice sería el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho, sino sólo favorece o facilita su realización. En todo caso hay que admitir una zona imprecisa que justifica las vacilaciones de la jurisprudencia y la doctrina. Desde el punto de vista práctico, sería preferible el criterio seguido por otras legislaciones de convertir la atenuación de la pena en cómplice facultativo, dejando al arbitrio del tribunal que rebaje o no la pena. En el fondo es lo que hace la jurisprudencia, calificando de complicidad aquellas contribuciones a la realización del delito que por su menor entidad criminal considera que deben ser castigadas más levemente que las de autoría en general.

La misma indeterminación del concepto de complicidad permite subsumir en él, comportamientos omisivos de favorecimiento de la realización del delito (no denunciarlo a tiempo) o la simple complicidad psíquica, como el consejo o la aprobación de la realización del delito. El ámbito subjetivo de la complicidad, igual que las formas de participación, es sólo punible en su forma dolosa.

2.5.3 PROBLEMAS ESPECIALES DE PARTICIPACIÓN: LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

En los delitos especiales impropios, es decir, en aquellos que existe una correspondencia con un común (parricidio, homicidio; peculado, hurto, etc.), se plantea el problema de si la imputación de responsabilidad debe ser para aquellos que tienen las cualidades requeridas en el delito especial (parientes, funcionarios), o la del delito especial en la que aquellos que carecen de ellas extraen la del delito común (homicidio, apropiación indebida, etc.), sin tener para nada en cuenta la contribución

material concreta de cada uno de ellos.

Así por ejemplo, el hijo que induce a otro a matar a su padre respondería siempre por parricidio, el extraño en cambio por homicidio o asesinato simple y ello igualmente aunque el inductor fuera el extraño y el inducido el hijo. Con ello se convierte estos en delitos consistentes en la infracción de un deber, siendo irrelevante para la calificación de autoría la contribución objetiva del intraneus. Sin embargo, no hay ninguna razón para no aplicar aquellas reglas generales de la participación. Si el autor es el intraneus, el delito cometido será el especial (parricidio, peculado, etc.) y en virtud del principio de unidad de imputación del título todos los demás responderán por ese delito, aunque no tengan las cualidades exigidas en el mismo. Por el contrario, si el autor es extraneus el delito cometido será un común (homicidio, apropiación, etc.) y los partícipes responderán por el delito común cualquiera que sea su consideración personal.

2.5.4 FORMA DE PARTICIPACIÓN INTENTADA

No puede olvidarse la naturaleza de la participación intentada de estas figuras que se rigen también por el principio de accesoriidad limitada en este caso hipotético, ya que no es necesario que se llegue a la realización del hecho proyectado. Esto quiere decir que por lo menos el hecho proyectado debe constituir el tipo de injusto de un delito, aunque falte la culpabilidad en quién o quiénes vayan a realizarlo. Aunque el Código no se refiera a la posibilidad del desistimiento, no hay duda que por "analogía" con lo dispuesto en las formas imperfectas de ejecución, ello será posible siempre que se den los requisitos de voluntariedad y la eficacia, en estos casos es suficiente con que el sujeto (conspirador, proponente o provocador) que desiste, haga todo lo posible por impedir las consecuencias de su comportamiento. Si el delito al que se conspiró propuso o provocó llega a ejecutarse, la subsumida en las formas generales de autoría o participación en el delito. Si una vez pasados a la fase ejecutiva alguno de los

intervinientes desiste voluntaria y eficazmente, queda también exento de pena por la conspiración, proposición y provocación, salvo que sean constitutivas por sí de otros delitos consumados.

Sin embargo, los que no desisten bien porque permanecen en su intento, bien porque una vez y terminada la conspiración, proposición o provocación, no intervienen en la fase ejecutiva, no se benefician de la impunidad del desistimiento de lo demás, ya que el desistimiento es una causa personal de exclusión de la pena.

2.5.5 TEORÍAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN

TEORÍA DE LA CAUSALIDAD

Según la teoría de la causalidad toda conducta realizada debe tener un nexo causal con el resultado, por tanto los que contribuyen a la producción del mismo, deben tener un rango igual en la realización de este resultado, no cabe distinción alguna entre ellos, no puede hablarse consecuentemente aquí de delincuente accesorio y delincuente principal, no hay conciliación alguna entre causalidad y accesoriedad.

Con suma claridad Rainieri expone la doctrina de la causalidad "En efecto, partiendo del principio de que el resultado es por naturaleza indivisible y que todas las condiciones que cooperan en su producción se equiparan, de ello se ha deducido que cada una de las personas en la producción de un resultado criminoso, ocasiona la totalidad de él, por lo tanto, en su integridad debe referirse a cada uno de los concurrentes que con su intervención realiza un sólo delito".¹⁵⁰

Somos del parecer que de aceptarse la teoría de la causalidad, es autor cualquiera que ha realizado una conducta que tenga relación causal con el resultado, punto de vista que con toda razón acarrea serias objeciones, por lo que debe existir

¹⁵⁰ Wessels. Johannes. Derecho Penal parte general. Editorial Depalma Buenos Aires 1980 Pág 149

una diferenciación entre los sujetos que hayan intervenido en la producción del resultado, una graduación entre los mismos.

El concepto unitario de autor tiene relevancia únicamente para los delitos realizados dolosamente, habida cuenta que como expresa Wessels "autor de un delito culposo es cualquiera que colabora lesionando un deber de cuidado en la realización del tipo"¹⁵¹

Por su parte la Suprema Corte alude al problema de la causalidad en la participación expresando que "lo característico de la participación, es la ejecución de cualquier acto eficaz desde el punto de vista causal para la producción del resultado. no se requiere precisamente la ejecución material del hecho, es bastante poner una de las condiciones". Sintetizando pensamos que la circunstancia de que toda conducta sea productora del resultado, es decir, que exista una equivalencia causal de las condiciones del resultado, no quiere decir que dichas conductas correspondan a una idéntica valoración de la participación.

TEORÍA DE LA ACCESORIEDAD

Podemos decir que estamos frente a la accesoriidad cuando las formas de la participación tiene vida a través de la autoría, dependen de ésta, no tiene la participación ningún valor autónomo sino en vinculación con el autor del delito, la participación es accesoria a una conducta principal sobre la cual gira y negar la accesoriidad de la participación sería acabar con ésta y mantener una única forma de participación.

Como oportunamente mencionada Bettiol, "lo que se quiere afirmar con la regla de la naturaleza accesoria de la participación, es que el acto de participación no tiene relevancia penal autónoma, sino que su significación penal depende del delito

¹⁵¹ Semanario Judicial de la Federación CXXIX 5 Época Págs 568 a 569

realizado por el autor al menos en forma de tentativa"¹⁵²

¹⁵² Bettiol. Giuseppe Derecho Penal. Parte General Editorial Temis Bogotá 1965. Pág 513.

2.5.6 ACCESORIEDAD LIMITADA, RESTRINGIDA O MÍNIMA Y EXTREMA O MÁXIMA

Con relación a la teoría de la accesoriadad hay que señalar la clasificación que de la misma hace la doctrina, en accesoriadad limitada, restringida o mínima y la accesoriadad extrema o máxima. Con palabras de Welzel, la llamada accesoriadad limitada requiere que el hecho principal sea doloso y antijurídico sin que precise ser culpable. Para Sauer la accesoriadad limitada consiste en que el presupuesto de la participación no debe ser una acción punible, es decir antijurídica y culpable, sino solamente una acción antijurídica.¹⁵³

En cuanto a la accesoriadad extrema, expresa Welzel, que debe existir un hecho principal culpablemente antijurídico.¹⁵⁴ Podríamos resumir a la accesoriadad mínima y máxima o extrema diciendo que en la primera, no se exige una conducta principal culpable, requiere que la conducta sea dolosa y antijurídica, en tanto que en la segunda o extrema hay necesidad de la existencia de una conducta principal culpable.

TEORÍA PLURALISTA

Para Cuello Calón la teoría pluralista considera a cada uno de los participantes como responsable de un delito propio y punible en armonía con su significación antisocial, o como dice Pisapia que la teoría pluralista "entrevé en el concurso de personas una pluralidad de delitos y precisamente tantos delitos cuántos son los sujetos que participan

En otras palabras para la tercera doctrina llamada pluralista, el concurso implica para cada copartícipe un delito propio o autónomo, no solamente existen varios sujetos, sino pluralidad de conductas y resultados autónomos.

¹⁵³ Mezger Edmund, Derecho Penal. Libro de Estudio, parte general Editorial Bibliografía Argentina Buenos Aires 1958. Págs. 302 y 303

¹⁵⁴ Mezger, Edmundo Idem. Pág 119

2.5.7 FORMAS DE PARTICIPACIÓN

En la participación deben indudablemente graduarse, jerarquizarse, sus diversas formas, es decir, la intervención de los que concurren en el delito, postura de jerarquización que adopta el Código Penal en el artículo 13, sin que se siga el mismo criterio en lo que respecta a la punibilidad "una cosa es establecer un tratamiento idéntico para todos los partícipes respecto de la sanción y otra renunciar a una demarcación entre las distintas figuras de participación, que responden a una exigencia lógica y a una realidad psicológica y social que en vano pretendería negar".¹⁵⁵

¹⁵⁵ Bettiol, Guisepe Derecho Penal Editorial Temis Bogotá Colombia 1965. Pág. 508.



CAPITULO TERCERO

MEIODOLOGIA

CAPITULO SEGUNDO

En este capítulo se utilizó los métodos sistemático en términos que se tuvo que ordenar y separar por partes los diversos conceptos de lo que es la averiguación previa, el auto de término constitucional para conocer en forma clara las relaciones y dependencias recíprocas que guardan estas figuras jurídicas para un todo que es el proceso penal, el método deductivo fue utilizado al tomar como fundamento algunos principios o conocimientos generales de estas partes del proceso penal para inferir conclusiones sobre la aplicación de estas figuras y el método inductivo, en donde se considera una serie de conocimientos particulares sobre lo que es las etapas procesales para llegar a conclusiones generales sobre su relación como elementos necesarios para la persecución de conductas delictivas

CAPÍTULO TERCERO

3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TELEFONÍA MÓVIL

El teléfono fue inventado por Alexander Graham Bell en 1876 y las comunicaciones inalámbricas tienen sus raíces en la invención del radio por Nikolai Tesla en la década de 1880 ; formalmente presentado en 1894 por un joven italiano llamado Guillermo Marconi. Estos aspectos marcaron la historia para que ambas tecnologías se combinaran en un mismo aparato.

La telefonía móvil tiene su primer antecedente histórico en 1901 al ser instalado en el interior de un vehículo con apariencia de tranvía o automóvil de vapor un equipo de radio, por el científico Marconi en forma exitosa, sin embargo aún cuando los voluminosos equipos de válvulas podrían ser instalados en coches o trenes y desde la estación de base conectar con la red, no fue sino hasta que la transistorización de los mismos, que redujo el consumo y el tamaño, cuando comenzaron a popularizarse ¹⁵⁶

Aunque debido a su costo, únicamente para las clases pudientes quienes podían acceder a este servicio, sin embargo para el año de 1926 el 7 de enero se inaugura el servicio telefónico público ferroviario en el trayecto Berlín- Hamburgo, de tipo manual; en los años cuarenta en los Estados Unidos se comenzó el servicio de telefonía en automóviles, conocido como telefonía manual el cual ya existía en ferrocarriles y barcos. Este sistema servía en 1952 a 1973, en Ciudades de los Estados Unidos con 34,000 abonados, que a veces necesitaban hasta dos horas de espera para conseguir un canal libre. En Alemania se denominó este servicio como red "A", el cual inicia su operación en 1950 alcanzando su auge en 1971, con un total de 136 zonas de servicio radioeléctrico, 317 canales y 10,748 abonados; en 1956 Francia

¹⁵⁶ Carballar, Falcón, Los Servicios de Telecomunicaciones, Redes, Aplicaciones y Costes Editorial Ra-Ma. México 1993 Capítulo 6 Pág 155.

establece un sistema análogo en París que alcanza su techo con 500 abonados, siendo de 5000 el parque en 1968.¹⁵⁷

Los países nórdicos y centroeuropeos establecieron estos sistemas de Red "A", cuyo defecto era la pronta saturación. En 1958 se inauguran en Estados Unidos diversos sistemas totalmente automatizados conectados a la red, lo que ocurre en Alemania una década después y en Francia en 1973, son las denominadas Redes "B" que pronto manifiestan análogos problemas que las redes "A" que centralizan el control de los canales para permitir una reutilización más eficaz de las frecuencias en zonas distintas (servicio móvil Telefónico Interino o IMTS).¹⁵⁸

En resumen podemos decir que estos sistemas adolecen de un radio agotamiento del espectro radioeléctrico, ya que los alcances se consiguen situando en lugares estratégicos las estaciones de base y con gran potencia radiante para conseguir un mayor alcance. El resultado es que las frecuencias no pueden ser reutilizadas, sino en lugares distanciados centenares de kilómetros, por lo que la saturación se presenta a la larga. Al pretender elaborar sistemas más perfeccionados en 1971 la BELL SYSTEM, propuso a la Unión Internacional de Telecomunicaciones un proyecto de sistema radiotelefónico de zonas múltiples y alta capacidad, recurriendo a la reutilización de frecuencias en zonas geográficas de bajo control de una estación central gobernada por conmutador de señalización digital.

Este sistema avanzado denominado en Estados Unidos AMPS, es el que en Alemania constituiría la red "C" en los países nórdicos, desarrollado en cooperación por los mismos y con diferentes variantes sistema MNI y en Japón desarrollado por la empresa NEC.

¹⁵⁷ Climent, Francisco, Traducción de The Cellular Concept. V H Mac Donald. Editorial Compañía Telettra España S.A. Pág 22. España 1979.

¹⁵⁸ Climent, Francisco. Ob cit Pág 24.

En España la experiencia en servicio móvil realizada en telefonía ha ido al unísono con el resto de los países europeos, las principales experiencias fueron a mediados de la década de los años sesenta, en la que se instalaron los primeros sistemas manuales de la firma STC, que nunca llegaron a comercializarse por entender que carecían de la calidad suficiente.

Entonces una empresa denominada “Telefónica” inicia sus servicios móviles terrestres de correspondencia pública. Posteriormente y a finales de los años sesenta se instala en España el primer sistema automático de servicios móviles de la firma LMI soportado en centrales pentagonal como un Sub-sistema de éstas.

Este fue el primer sistema que se puso en servicio no al público en general, sino a personas de la estrategia militar (VIP’S), llegando a disponer de 50 abonados en servicio en el área de Madrid, cuyos equipos terminales eran muy voluminosos, robustos y con un elevado consumo de energía por ser de boubvos.

Posteriormente, en el año de 1974, con Martín Cooper, se hizo la primera experiencia con sistemas de segunda generación los cuales ya eran transistorizados de la firma MOTOROLA, con una capacidad de 4 radiocanales y una sola estación-base transceptora. Localidad de este sistema en la banda de 150 MHz fue considerablemente superior a los anteriores y debido a sus limitaciones de capacidad no se comercializó, dando servicio de forma restringida ¹⁵⁹

Considerando la situación tecnológica de los equipos, sistemas existentes en el mercado y experiencia adquirida hasta entonces, “Telefónica” decidió poner en servicio y comercializar un sistema de teléfono móvil automático de correspondencia pública con conexión a la red automática nacional e internacional.

¹⁵⁹ Carballar Falcón, José Ob cit Pág 112-156

Para ello eligió un sistema IMTS de la firma Motorola basado en lógica cableado con una capacidad de 12 radiocanales en la banda de 150 MHz, utilizando la técnica de "VTING" con una capacidad de 5 estaciones base receptoras y 2 estaciones base transmisoras. Con este procedimiento se simulaba diversidad en recepción, asociando de forma repartida las estaciones receptoras a las dos estaciones transmisoras.¹⁶⁰

En 1976 se inauguró este servicio denominado Teléfono Automático en Vehículos (T.A.V) en Madrid y Barcelona. Con objeto de simular un sistema nacional, es decir que los abonados pudieran funcionar de una forma automática en las dos ciudades, se eligió numeraciones provisionales iguales, lógicamente tenía la servidumbre de que en llamadas de fijo a móvil, el primero tenía que conocer la ubicación del móvil o realizar dos intentos de llamada dirigida a la red provisional de Barcelona y Madrid, marcando en su caso los prefijos de numeración dependiendo del origen. Llegó a disponerse de 500 abonados en servicio, comercializándose las terminales en régimen de alquiler, como cualquier otro servicio de la red telefónica.

Como ya se había indicado la limitación de estos sistemas era su escasa capacidad, por ello se inició el análisis de los diferentes sistemas existentes, eligiéndose la normativa NMT-450 desarrollada en Suecia con equipos de Ericsson, poniéndose en servicio en 1982 y denominado Sistema de Telefonía Automática (TMA-450)¹⁶¹

Hasta entonces es lo que podemos denominar el pasado de los servicios móviles en la que existía sólo una antena central por cada ciudad y cerca de 25 canales disponibles en la torre. Esto disminuía la calidad del servicio ya que esta antena tenía que transmitir hasta 60 Kilómetros de distancia y los canales para conexión no eran suficientes

¹⁶⁰ Idem Pág. 150.

¹⁶¹ J. Brown. Glazier. Telecomunicaciones Editorial. Marcombo, España. 1974. Pág. 12

Fue hasta 1981 cuando podemos decir que se inicia la gran aventura de las comunicaciones móviles en el mundo, con la introducción de los sistemas denominados celulares a los que aún podemos llamar en el presente de los servicios móviles de correspondencia pública o de telefonía móvil automática, la cual se consideró en sus inicios como que tendría una aplicación minoritaria y muy particular, la que fue concebida estrictamente para la voz, aun y cuando en la actualidad es capaz de brindar otros tipos de servicios como transmisión de datos

En 1979 en Tokio Japón en donde se registran los primeros sistemas comerciales para la compañía NTT. Los países nórdicos fueron los primeros en implantar un sistema celular muy parecido a AMPS (Advanced Mobile Phone System), en el año de 1981. En los Estados Unidos se creó una entidad reguladora proporcionando reglas para un servicio comercial para la telefonía celular y fue en la Ciudad de Chicago en 1983, en donde se establece el primer sistema comercial. Más adelante los demás países mostraron su interés en la telefonía móvil con tecnología Celular como una alternativa a la telefonía convencional o fija, por la comodidad de que se puede transportar a cualquier lado el equipo de comunicación y el mantenerse comunicado permanentemente, además de poder tener aplicaciones de servicio las cuales permiten satisfacer las necesidades de los abonados o clientes, provocado que este tipo de servicio esté alcanzando índices de crecimiento increíbles, hasta el punto de que en los próximos años el teléfono móvil será un bien más de consumo, como el uso de la computadora, de las cámaras de video, mismo que consiste en ofrecer un acceso "vía radio" a un abonado de telefonía, de tal forma que pueda realizar y recibir llamadas dentro del radio de cobertura del sistema (área dentro de la cual el terminal móvil puede conectarse con el sistema de radio para llamar o ser llamado) dividiendo área de cobertura, limitando convenientemente la potencia con que se emite cada frecuencia, permite la reutilización de las mismas a distancias bastante cortas y por lo tanto, el aumentar tremendamente la capacidad de los sistemas.

Es por lo anterior que en la actualidad se conceptualiza a un sistema celular como una serie de cédulas, cubiertas cada una por un sistema de radio que permite la conexión de las terminales móviles al sistema (estación base) y un sistema de conmutación (centro de servicios móviles) que permite la interconexión entre las estaciones base y la conexión del sistema a la red de conmutación pública.

La conexión base controla la conexión radio de los terminales móviles y permiten tener permanentemente localizados a los distintos abonados (siempre que la terminal móvil esté encendida). La central de conmutación de móviles realiza la conexión entre los distintos abonados o entre éstos y la red telefónica fija.

Por la gran aceptación se desarrollaron otras formas de acceso múltiple al canal y transformaron los sistemas análogos a digitales, con el propósito de atender a más suscriptores

La evolución de la telefonía móvil con tecnología celular se ha caracterizado por el desarrollo de diferentes etapas, llamadas generaciones las que a continuación se describe cada una de ellas:

PRIMERA GENERACIÓN

Apareció en 1979 y se caracterizó por ser analógica y específicamente para voz. Los enlaces eran muy bajos en velocidad (2400 bauds). Eran imprecisos para la transferencia entre celdas ya que contaban con una baja capacidad 8basadas en FDMA, Frecuencia División Múltiple de Acceso y los sistemas de seguridad simplemente no existían. La tecnología predominantemente en esta etapa era AMPS (Advanced Mobile Phone System)

SEGUNDA GENERACIÓN

La segunda generación arribó en 1990 y con respecto a la primera, se caracterizó por ser digital. Los teléfonos digitales utilizan la misma tecnología de radio que los teléfonos análogos, pero de manera diferente. Los sistemas analógicos no aprovechan al máximo la señal entre la terminal y la red celular. Las señales digitales pueden ser comprimidas y manipuladas más fácilmente.

En México las compañías celulares han cambiado a líneas digitales, para poder enviar más canales utilizando el mismo ancho de banda. Es sorprendente que tan eficientes pueden llegar a ser los sistemas digitales. Los teléfonos digitales convierten la voz en información binaria (ceros y unos) y entonces la comprimen. Esto permite que entre 3 y 10 llamadas digitales ocupen el mismo espacio que una llamada del sistema analógico.¹⁶²

Esta generación utiliza protocolos (manuales) de codificación muy sofisticados y se emplea ya en la mayoría de los sistemas actuales. Las tecnologías predominantes son GSM (GLOBAL SYSTEM FOR MOBILE COMMUNICATIONS); IS-136 Y CDMA (CODE DIVISION MULTIPLE ACCESS) y PDC (PERSONAL DIGITAL COMMUNICATIONS) éste último utilizado en Japón.

Estos protocolos soportan velocidades de información más altas por voz, pero limitados en comunicación de datos. En estos sistemas se ofrecen servicios auxiliares como conexión a Internet, Fax y SMS (SHORT MESSAGE SERVICE)

Además ofrecen diferentes niveles de inscripción, en México y Estados Unidos se le conoce a esta etapa PCS (PERSONAL COMMUNICATION SERVICES). PCS incluye otros servicios tales como identificador de llamadas, radiolocalizador y correo

¹⁶² Martínez, Emilio. Evolución de la Tecnología Celular Editorial Revista Net Julio de 2001. Pág. 4

electrónico Esta tecnología fue diseñada para satisfacer la gran movilidad del usuario y el acceso en todo lugar de la comunicación utilizando celdas más pequeñas, por lo que requieren más antenas para cubrir una área geográfica.¹⁶³

GENERACIÓN 2.5

La tecnología 2.5G brinda mayor velocidad de transmisión, la cual tiene mayor capacidad que las tecnologías anteriores como la GPRS(GENERAL PACKET RADIO SYSTEM) HSCSD (HIGH SPEED CIRCUIT SWITCHED), EDGE (ENHANCED DATA RATES FOR GLOBAL EVOLUTION), entre otras.

Las compañías que tiene la explotación y uso de esta tecnología para ser utilizada en la telefonía móvil en Europa y Estado Unidos, están en esta generación

TERCERA GENERACIÓN

Su principal característica es la convergencia de voz y datos con acceso inalámbrico a Internet, sencillamente está adaptada para aplicaciones multimedia y transmisiones de datos a alta velocidad

Sus protocolos instalados soportan altas velocidades de información y sus aplicaciones van más allá de la voz como audio 8mp3, video en movimiento, videoconferencia y el acceso rápido a Internet y éstos son sólo algunos ejemplos. Europa y parte de Asia están preparados para ofrecer estos servicios. En relación a las predicciones sobre la cantidad de usuarios que podría albergar la tercera generación en el sistema GSM en todo el mundo, se anticipan para el año 2005 unos 1,200 millones de usuarios, comparado con 400 millones del resto de las tecnologías.

¹⁶³ Cerezo, Claudia Las Telcos Mexicana van viento en popa Revista Tele com Junio 2001 Pág 2

Como la demanda para el servicio telefónico móvil ha aumentado, los proveedores de servicio encontraron que las funciones básicas de la ingeniería prestadas en la redes del wireline (landline) no fueron verdad en sistemas móviles. Mientras que la llamada telefónica media del landline dura por lo menos 10 minutos, las llamadas móviles ejecutan generalmente 90 segundos. Los ingenieros que esperaban asignar teléfonos 50 o más móviles al mismo canal de radio, encontraron que se aumentaba la probabilidad que un usuario no consiguiera señal, para marcar esto se conoce como llamar-call-blocking. Por consiguiente los sistemas al comienzo rápidamente se saturaron y la calidad del servicio disminuyó rápidamente. El problema crítico era capacidad. Las características generales de time division multiple access (TDMA), Global System for Mobile Communications (GSM), personal communications service (PCS) 1900, y code division multiple access (CDMA) la promesa de aumentar perceptiblemente la eficacia de los sistemas del teléfono portátil para permitir un mayor número de conversaciones simultáneas.

Las ventajas de tecnologías celulares digitales está terminando las redes celulares analógicas, incluyen capacidad creciente y seguridad. Las opciones de la tecnología tales como TDMA y CDMA ofrecen más canales en la misma anchura de banda celular analógica, voz y datos cifrados. Debido a la cantidad enorme de dinero que los proveedores de servicio han invertido en la dotación física de los AMPS y software lógica, los proveedores buscan una migración de los AMPS al servicio telefónico móvil analógico digital (DAMPS), sobreponiendo sus redes existentes con configuraciones de TDMA.¹⁶⁴

Ideado originalmente a finales de los años 70 y comienzos de los 80, los sistemas analógicos han sido revisados desde entonces, los fabricantes de equipos trabajaron juntos como un comité para desarrollar un conjunto de reglas (protocolos), que regulan que las unidades celulares del suscriptor (móviles) se comunican con el

¹⁶⁴ <http://www.labtec.com.ve/digital.htm>

sistema celular. El desarrollo del sistema toma en cuenta la consideración de muchos, diferentes peticiones y a menudo la oposición, requisitos para el sistema. El desarrollo celular implica los siguientes asuntos básicos:

- Asignaciones de la frecuencia y del canal.
- Tipo de modulación de radio.
- Niveles máximos de la potencia.
- Parámetros de la modulación.
- Protocolos de la mensajería.
- Secuencias llamada call-processing.

Servicio Telefónico Móvil Avanzado (AMPS)

Los AMPS se inician en 1983 usando el la banda de 800-MHz a la frecuencia 900-MHz y a la anchura de banda 30-kHz para cada canal como un servicio telefónico móvil completamente automatizado. Era el servicio celular que se estandarizó primero en el mundo y actualmente es el estándar más extensamente usado para las comunicaciones celulares. Diseñado para el uso en ciudades, los AMPS más adelante se ampliaron a las áreas rurales.

Maximizó el concepto celular de la reutilización de la frecuencia reduciendo la salida de potencia de radio. Los teléfonos AMPS (o los microteléfonos) tienen el interfaz familiar a la del teléfono convencional y son compatibles con cualquier estación base de AMPS. Esto hace posible la movilidad entre los proveedores de servicio (roaming) más simple para los usuarios. Las limitaciones se asocian a AMPS e incluyen las siguientes:

- Capacidad baja al llamar.
- Espectro limitado.

- Ningún sitio para el crecimiento del espectro.
- Comunicaciones de datos pobres
- Aislamiento mínimo.
- Protección inadecuada del fraude.

Los AMPS se utilizan a través del mundo y son populares en los Estados Unidos, Sudamérica, la China y Australia

Los AMPS utilizan la modulación de la frecuencia (FM) para la transmisión de radio. En los Estados Unidos las transmisiones del móvil al uso del sitio de la célula separan frecuencias de la estación baja al suscriptor móvil

Servicio Telefónico Móvil Analógico de Banda Estrecha (Namps).

Puesto que el celular analógico fue desarrollado, los sistemas se han puesto en ejecución extensivamente a través del mundo como tecnología celular de primera generación. En la segunda generación de sistemas celulares analógicos, NAMPS fue diseñado para solucionar el problema de la capacidad baja del llamar de los AMPS como acabamos de ver.¹⁶⁵

NAMPS es operacional ahora en los 35 estados de E E U U. y NAMPS fue introducido como solución del interino a los problemas de la capacidad. NAMPS es un sistema de radio celular de los E.E.U.U., que combina la voz existente que procesa con señal digital, triplicando la capacidad de los sistemas AMPS.

El concepto de NAMPS utiliza la división de la frecuencia para conseguir 3 canales en la anchura de banda de un sólo canal AMPS 30-kHz.

¹⁶⁵ <http://www.labtec.com/ve/digital.htm>

NAMPS proporciona a 3 utilizadores en un canal de los amperios dividiendo la anchura de banda de 30-kHz AMPS ios en 3 canales 10-kHz. Esto aumenta la posibilidad de interferencia porque se reduce la anchura de banda del canal.

Como sistema de móviles de tercera generación, UMTS proporcionará a los usuarios terminales multimodo y multibanda, con cámara incorporada, pantalla en color y gran memoria. Y gracias a una interfaz de aire flexible aportará roaming mundial entre diferentes países y también con sistemas de segunda generación.

UMTS evoluciona para integrar todos los servicios ofrecidos por las distintas tecnologías y redes actuales (GSM, DECT, RDSI, Internet....) y se podrá utilizar con casi cualquier tipo de terminal (teléfono fijo, inalámbrico, celular, terminal multimedia...), tanto en ambientes profesionales como domésticos, ofreciendo una mayor calidad de los servicios y soportando la personalización por parte del usuario y los servicios multimedia móviles en tiempo real. Todas estas posibilidades brindarán excelentes oportunidades de negocio, creando un nuevo modelo comercial a la industria de tecnologías de la información y las comunicaciones ¹⁶⁶

El área de las comunicaciones móviles junto con Internet, es la de crecimiento más rápido dentro del sector de las telecomunicaciones. En todo el mundo a finales de 1999 había 450 millones de usuarios de telefonía móvil celular y la previsión es alcanzar lo mil millones en el año 2004, una cifra similar a la de usuarios de Internet, de lo cuales se espera que al menos unos 400 millones compartirán el uso de ambas redes, utilizando el teléfono móvil como el medio preferido de acceso a la red. Esta tendencia es lógica si se tiene en cuenta que el número de móviles con capacidad multimedia y de navegación será muy superior al de ordenadores personales, superando inclusive a las líneas de telefonía fija que existen en la actualidad. La explicación a este crecimiento del mercado se encuentra en el rápido avance de la

¹⁶⁶ Internet ABC de la Telefonía UMTS. Artículo año 2002.
<http://212.73.32.211/hosting/00010/teleco/movil/umts/curso/coursoumts.htm>

tecnología, a las oportunidades comerciales que se asocian con la movilidad personal y a la baja del precio de las terminales y de las tarifas de conexión y por tráfico.¹⁶⁷

Este crecimiento tan espectacular y rápido lleva aparejado el desarrollo e implantación de diferentes tecnologías- analógicas como FDMA y digitales como TDMA y CDMA-y estándares- AMPS, IDM, NMT, TACS GSM, DECT o PHS - muchas veces coexistiendo en el mismo país, lo que hace que resulte complicado, además de costoso, dotar de movilidad universal a los usuarios en sus desplazamientos. Es por ello que dentro de la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), un organismo perteneciente a las Naciones Unidas en el que organizaciones públicas y privadas coordinan las redes de telecomunicaciones y la creación de servicios en todo el mundo se ha venido desarrollando una nueva solución denominada en el año de 1996, IMT-2000. El 2000 corresponde al año en que deberían estar definidos los estándares, entre los que se incluye UMTS (Universal Mobile Telecommunications System), que estará plenamente operativo antes del 2005, aunque algunas fases se podrán en marcha mucho antes, como han sucedido con GSM, las primeras previsiblemente lo estarán a finales del 2001.

La Tercera Generación de Móviles denominada 3G, evoluciona para integrar todos los servicios ofrecidos por las distintas tecnologías y redes actuales, como son GSM, TACS, DECT, RDSI e Internet, utilizando cualquier tipo terminal, sea un teléfono fijo, inalámbrico o celular, tanto en un ámbito profesional como doméstico, ofreciendo una mayor calidad de los servicios y soportando la personalización por el usuario y los servicios multimedia móviles en tiempo real. La velocidad de transferencia de datos que la UIT requiere en su solución IMT-2000 va desde los 144 Kbit/s sobre vehículos a gran velocidad hasta los 2Mbit/s sobre terminales en interiores de edificios (cifra al menos 60 veces superior a la que se tenía hasta hace poco utilizando modem y la RTC), pasando por los 384 Kbit/s para usuarios móviles

¹⁶⁷ Internet ABC de la Telefonía UMTS Artículo año 2002
<http://212.73.32.211/hosting/00010/teleco/movil/umts/curso/coursoumts.htm>

en el extrarradio, o vehículos a baja velocidad se pueden realizar múltiples conexiones simultáneamente desde un mismo terminal móvil. Así por ejemplo, un usuario podría conectarse a una base de datos remota para obtener información, sin necesidad de interrumpir una sesión de videoconferencia.¹⁶⁸

Para que los usuarios utilicen los servicios 3G hará falta nuevos teléfonos y otros dispositivos capaces de proporcionar los servicios que se deseen, desde los de telefonía móvil hasta los de multimedia (voz, datos y video). Además, en las redes móviles es necesario introducir nuevos sistemas de transmisión por radio, cambiar parte de las plataformas de conmutación y de transmisión, e incorporar los nodos de servicio que hagan posibles las prestaciones 3G, algo que ya está empezando a suceder en las redes actuales con la introducción de tecnologías intermedias como WAP o GPRS.

Si el paso de los sistemas de primera generación (analógicos) a los de segunda consistió, básicamente en el cambio de terminal, el paso de la segunda a la tercera generación significará, además del cambio de terminal, el cambio de modelo de negocio. En este nuevo modelo las aplicaciones personalizadas/localizadas y multimedia serán las protagonistas, tanto para los ciudadanos residenciales como para los empresariales, viendo los operadores como se incrementa el tráfico en sus redes y se crean nuevas oportunidades de negocio.

Existen además razones evidentes que explican la necesidad de introducir la 3G. Por una parte se encuentra la capacidad de las redes móviles actuales que sólo permiten albergar un número determinado y limitado de usuarios, con un patrón de consumo similar al actual, y que en cuanto se sobrepasa la congestión de la red se manifiesta de manera insoportable para los usuarios. Por otra parte, se encuentra el incremento de tráfico motivado por la sustitución del tráfico fijo por el móvil, en

¹⁶⁸ Internet ABC de la Telefonía UMTS Artículo año 2002.
<http://212.73.32.211/hosting/00010/teleco/movil/umts/curso/coursoumts.htm>

cuanto al costo de las llamadas se reduzca y los hábitos de los usuarios se modifiquen, necesitándose entonces más espectro. Y por último, la aparición de nuevos servicios muchos de ellos personalizados, donde la convergencia con Internet y el aumento de aplicaciones multimedia supondrá un aumento significativo de tráfico, tanto es así que los analistas estiman que supondrá a un 30% de tráfico adicional en tan sólo dos o tres años.

Los fabricantes de infraestructura y terminales móviles están haciendo un gran esfuerzo para disponer de los equipos de 3G, ya que ven en ella una gran oportunidad para el desarrollo de su negocio y supervivencia a largo plazo. Así todos los grandes como ALCATEL, ERICSSON, MOTOROLA, NOKIA, NORTEL O SIEMENS, enfocan sus estrategia en esta línea y se esfuerzan por desarrollar los estándares y fabricar los equipos para que estén a tiempo, además de impulsar el desarrollo de aplicaciones mediante la alianza con terceros.

Para asegurar el éxito de los servicios 3G, se ha de proporcionar a los usuarios unas comunicaciones muy eficientes, con una alta velocidad y calidad y fáciles de utilizar. Los sistemas de 3G deben ofrecer:

Transmisión simétrica/asimétrica de alta flabilidad. Hasta 384 Kbit/s en espacios abiertos y 2Mbit/s con baja movilidad. Uso ancho de banda dinámico, en función de la aplicación soporte, tanto de conmutación de paquetes como de circuitos.

Acceso a Internet (navegación WWW) videojuegos, comercio electrónico y video y audio en tiempo real. Diferentes servicios simultáneos en una sola conexión. Calidad de voz como en la red fija. Mayor capacidad y uso eficiente del espectro. Personalización de los servicios, según perfil de usuario. Servicios dependientes de la posición. Incorporación gradual en coexistencia con los sistemas actuales de 2G roaming, incluido el internacional, entre diferentes operadores. Económicos de escala

y un estándar global y abierto que cubra las necesidades de un mercado de masas. Cobertura mundial con servicios terrestres y por satélite.

Hasta entonces y a lo largo del año 2000 se irá introduciendo progresivamente GPRS (General Packet Radio Service) en las redes GSM para incrementar el ancho de banda del usuario hasta los 115 Kbit/s, algo que tiene previsto en España. Con GPRS se facturará por cantidades de información transferida, en lugar de por tiempo de conexión, como sucede actualmente en las redes GSM, ya que se da un salto radical, pasando de conmutación de paquetes a conmutación de circuitos, con lo que el ancho de banda se aprovecha mejor. De esta manera podremos estar siempre conectados, "ALWAYS ON" y eliminar el tiempo de establecimiento de la comunicación, con lo que todo irá mucho más rápido.

La tecnología de acceso radio, según el pliego de condiciones, para ofrecer el servicio podría ser cualquiera de las contempladas en el International Mobile Telecommunications IMT-2000 (UMTS, cdma 2000, UWC-136), pero al menos una de ellas debía estar reservada a la implantación de sistemas UMTS, en cumplimiento de la decisión del Parlamento Europeo relativa a la introducción de un sistema de comunicaciones móviles de 3G (UMTS/WCDMA). Como todos los operadores han apostado por UMTS, un estándar apoyado por ETSI, que lleva más de 10 años de estudio y desarrollo por UMTS, existirá total compatibilidad entre las redes nacionales y previsiblemente, las que se implanten en otros países europeos. No en vano difícilmente ningún operador se decidirá por otra tecnología, como CDMA2000, ya que ésta, aunque utilizada en Estados Unidos, no representa un camino lógico de migración de las redes GSM, mayoritarias no sólo en Europa, sino en todo el mundo con más de 250 millones de usuarios.

UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) es uno de los principales sistemas móviles de tercera generación que está siendo desarrollado en el marco

definido por la UIT y que se conoce como IMT-2000. UMTS permite llevar imágenes, gráficos, comunicaciones de video y otra información de banda ancha, así como voz y datos de manera directa a los usuarios, quienes además mientras podrán estar desplazándose de un lugar a otro UMTS introduce a parte de la movilidad de la terminal personal. la movilidad de servicios Sirva de ejemplo VHE (virtual Home Environment) o Entorno de Residencia Habitual. consistente en la provisión de un conjunto de servicios que tienen la misma apariencia y forma, con independencia de la red a la que se conecten los usuarios durante sus desplazamientos.

Desde el punto de vista físico, UMTS comprende una nueva interfaz de aire y un nuevo componente radio. El objetivo es combinar ambos de forma modular con los nuevos elementos de red y con los elementos de las redes fijas y móviles Pre- UMTS, en el supuesto de que éstas hayan realizado los procedimientos previos necesarios para permitir la evolución. Esta filosofía permitirá que nuevas empresas establezcan redes UMTS y que los operadores actuales de 2G dispongan de un camino de transición suave pasando por GPRS y EDGE, mediante la reutilización de parte de su infraestructura.

No cabe ninguna duda que de acuerdo con los crecimientos que están experimentando la telefonía móvil e internet, si hoy en día las redes móviles son la forma de acceso de mayor crecimiento, mañana será la forma de acceso preferida por los usuarios

Europa ha sido pionera en el nacimiento de la 3G a través de los programas de investigación RACE, ACIS e IST, iniciados a principios de la pasada década y más tarde dentro del seno de ETSI desde 1998, está en desarrollo en cooperación con organizaciones de estandarización en el 3GPP

En países como Finlandia (sonera) y Japón (NTT DoCoMo), muy adelantados en el camino hacia UMTS, ya se han realizado pruebas de los sistemas experimentales y se han adjuntado las correspondientes licencias para los nuevos operadores de sistemas 3G. España por raro que parezca, será en esta ocasión otro de los primeros en lanzar el servicio, ya que estará disponible en poco más de un año, situándose incluso por delante de países como Alemania y Reino Unido, que van al menos doce meses por detrás. En estos países se publicaron los concursos de adjudicación en el verano de 2000 y en el primer trimestre del año 2001, respectivamente.

FORO UMTS

En la implantación de los sistemas 3G juega un papel importantísimo el Foro UMTS, un organismo independiente creado en diciembre de 1996 en el que participan casi 170 compañías de 30 países pertenecientes a las industrias suministradoras de equipos, operadores de telecomunicaciones y organismos de regulación. El Foro está comprometido en la formación del consenso necesario para introducir y desarrollar con éxito el estándar UMTS y así poder satisfacer la demanda del mercado de unas comunicaciones móviles personales de bajo costo y alta calidad. El Foro UMTS también actúa como catalizador con las organizaciones especializadas que tratan sobre estandarización y espectro, entre otros aspectos, y mantiene relaciones con organizaciones de carácter regional y mundial, organismos de estandarización y otras comunidades reconocidas tanto de la industria como operadores.

Una aportación básica pero esclarecedora e imprescindible del Foro, es la propia definición de UMTS, dejando aparte sus aspectos tecnológicos como "un sistema de comunicaciones móviles que ofrece significativos beneficios a los usuarios, incluyendo una alta calidad y servicios inalámbricos multimedia sobre una red convergente con componentes fijos, celulares y por satélite. Suministrará información directamente a los usuarios y les proporcionará acceso y novedosos servicios y

aplicaciones Ofrecerá comunicaciones personales multimedia al mercado de masas, con independencia de la localización geográfica y del terminal empleado (movilidad del terminal, personal y de servicios)

Actualmente del estándar 3G basado en la evolución de las redes GSM (G-UMTS) se ocupa 3GPP (Third Generation Partnership Project) creado en diciembre de 1998 y formado por grupos de estandarización de todo el mundo. En concreto participan ETSI (Instituto Europeo de Estándares de Telecomunicación) en Europa, ICC y ARIB (Asociación de las Empresas del Sector de Radio) en Japón TTA (Asociación de Tecnologías de Telecomunicaciones) en Corea, ITT en Estados Unidos y CWIS en China, junto a diversos fabricantes y operadores. La finalidad del 3GPP consiste en establecer especificaciones abiertas aceptadas en todo el mundo para garantizar, en otras cosas, la interrelación mundial, mediante la cooperación entre distintos organismos de normalización nacionales y regionales. En el pasado mes de diciembre de 1999 del 3GPP en Francia se aprobó el primer conjunto de especificaciones conocido como 3GPP release 99, que incluye los servicios básicos compatibles entre las redes GSM actuales y las futuras de UMTS. En Estados Unidos de manera similar la ITT ha puesto en marcha 3GPP2, con el objetivo de estandarizar la tecnología de acceso radio CDMA2000, así como las interfaces hacia las redes centrales ANSI-41.

A continuación se presenta un cuadro cronológico en donde se muestra el desarrollo de la radiotelefonía móvil y los estándares, tecnologías que se han desarrollado en diversas partes del mundo, el mismo que servirá de complemento a los antecedentes históricos antes citados; ya que es conocido que la tecnología en radiotelefonía móvil debe estudiarse por generaciones y no así por el desarrollo tecnológico que tenga cada país, en donde se pretende poner en servicio la radiotelefonía móvil.¹⁶⁹

¹⁶⁹ <http://www.gsmworld.com/about/history/index.shtml>

| AÑO | SISTEMA | SISTEMA TELEFÓNICO MÓVIL "SIGNIFICADO" | TECNOLOGÍA | PRIMEROS EN IMPLANTARLO |
|------------|----------------|---|-------------------|--------------------------------|
| 1981 | NMT 450 | Teléfonos Móviles Nórdicos. | Análogo | Centro y Este de Europa. |
| 1983 | AMPS | Sistema para teléfonos Móviles Avanzados. | Análogo | Parte Norte y Sur de América. |
| 1985 | TACS | Sistema Total de Acceso a Comunicación. | Análogo | En Europa y China |
| 1986 | NMT 900 | Telefonía Móviles Nórdicos. | Análogo | Centro y Este de Europa. |
| 1991 | GSM | Sistema Global para comunicación Móvil. | Digital | En todo el Mundo. |
| 1991 | D-AMPS | Digital- AMPS | Digital | Parte Sur y Norte de América |
| 1992 | GSM 1800 | Sistema Global de Comunicación Móvil. | Digital | Europa. |
| 1994 | PDC | Personal Digital Celular. | Digital | Japón. |
| 1995 | PCS 1900 | Servicios personales de Comunicación. | Digital | Norte de América. |
| 2000-2005 | UMTS | Sistema Universal de Telefonía Móvil. | Digital | Finlandia Japón. |

Ahora bien, es importante realizar un esquema en donde se establezcan los acontecimientos más relevantes para la tecnología GSM, siendo un estándar de telecomunicaciones mundial, el cuál permite a México globalizar sus esquemas de

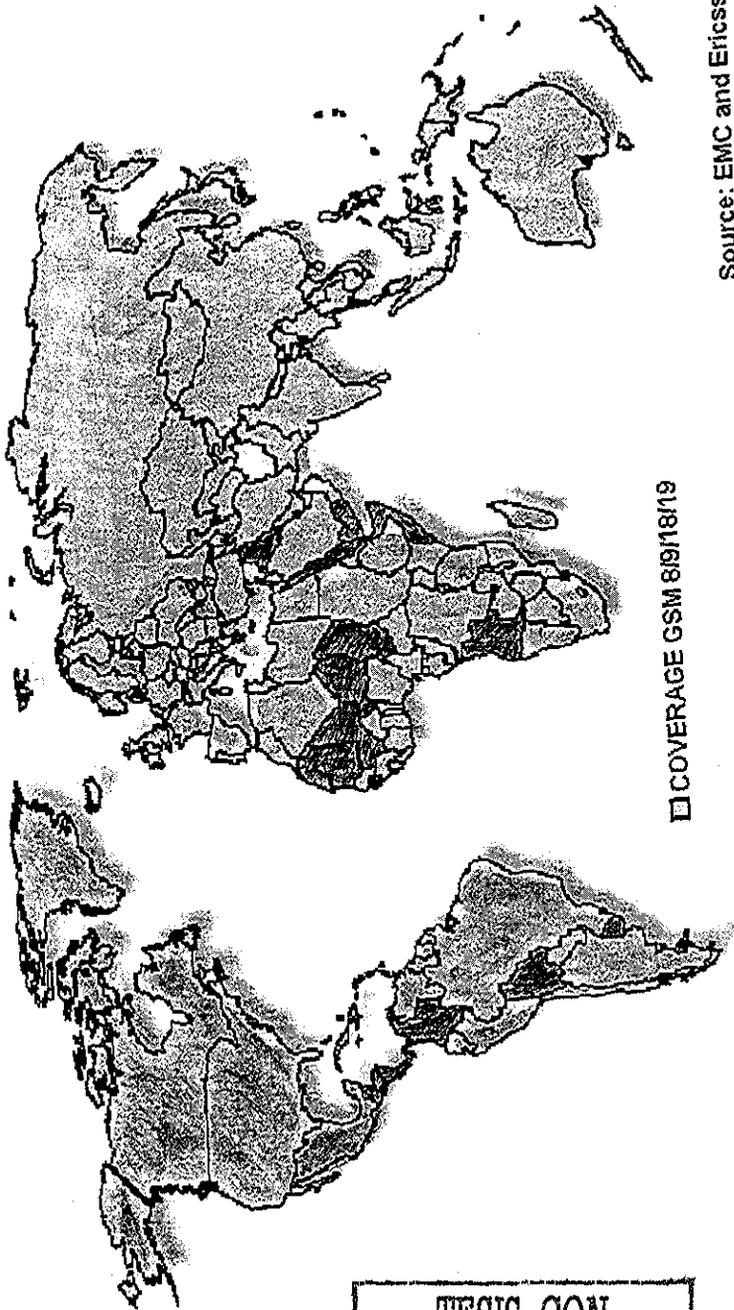
telecomunicaciones a nivel mundial, lo que le permitirá explotar los servicios de voz así como los servicios de transmisión de datos de manera inalámbrica, evolucionando de una tecnología de 2.5 generación a una tecnología de 3.0 generación, la cual es la que se está implementando en México, así tenemos que:¹⁷⁰

| AÑO | ACONTECIMIENTO |
|------------|--|
| 1982- 1985 | Conferencia Europea sobre el avance en las Telecomunicaciones bajo el tema específico sobre la digitalización en telecomunicaciones estándar de frecuencia de banda en 900 MHZ. Estándar sobre la implementación de la tecnología GSM (Sistema Global de Comunicación Móvil) |
| 1986 | Pruebas sobre la selección de transmisión de tecnología digital en uso sobre el acceso de División Múltiple de Acceso TDMA, por la Frecuencia de División Múltiple de Acceso FDMA en París, Francia |
| 1987 | Acondicionamiento y combinación entre la tecnología TDMA y FDMA sobre la selección de la transmisión tecnología a GSM. Surgen 12 ciudades como operadores, utilizando la tecnología TDMA. |
| 1988 | Conferencia Europea sobre el Servicio de Telecomunicaciones, este año la CEPT respalda la implementación de la tecnología GSM, en donde se hace la propuesta de que cinco ciudades se realicen pruebas. |
| 1989 | Instituto Europeo sobre Estándares en Telecomunicaciones se hace responsable sobre las especificaciones de estándares para GSM. |
| 1990 | En este año comienza el funcionamiento de la primera red de GSM. |

¹⁷⁰ Introducción a las Telecomunicaciones Móviles GSM Revista Ericsson Introducción a los Sistemas GSM, año 2000.

| | |
|------|--|
| 1991 | Se opera GSM en 1800 como estándar. |
| 1992 | En este año queda concluida la fase uno de GSM. Así mismo, se establece el primer enlace de roaming internacional entre las empresas Telecom Filand y Vodafone. estos carriers son de E.U.A. |
| 1993 | En 1993 los usuarios de GSM llegan a un millón de suscriptores |
| 1994 | GSM posee más carriers, así como el número de suscriptores aumenta a 3 millones de usuarios. |
| 1995 | Surge Personal Communications Services, desarrollado en E.U.A. Siendo una versión de GSM y opera en la banda de radiofrecuencia de 1900 MHz. A través de este año siguió creciendo el número de suscriptores incrementándose hasta los 10,000 millones |
| 1996 | El primer estándar GSM en 1900, queda ya establecido. |
| 1998 | Hacia este año ya quedan establecidos 253 miembros inscritos MOU, con 100 países utilizando este estándar de GSM, con más de 70 millones de usuarios, lo que representa el 31% de los suscriptores a nivel mundial |

Cobertura Mundial GSM Septiembre 2001



Source: EMC and Ericsson

Sep-01: 590 millones de usuarios GSM a nivel mundial

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

METODOLOGIA

CAPITULO TERCERO

En este capitulo se utilizo los métodos sistemático e histórico ya que se ocupo el ordenar y separa las partes de un todo que es la historia de la telefonía Movil determinando antecedentes para clasificarlos y poder el lector tener una idea clara de lo que es la telecomunicaciones y su avance tecnológico, el método histórico en cuanto a las referencias de tiempo y implantación de los sistemas que nos permitirá conocer las tecnologías.



CAPITULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

4.1 SIGNIFICADO DE RADIOTELEFONÍA MÓVIL

Antes de entrar al estudio y objeto de la investigación es pertinente conocer las generalidades del campo de estudio, así tenemos que toda vez que la radiotelefonía móvil es parte de las telecomunicaciones, debemos saber que son éstas la vinculación con el desarrollo de la civilización que ha buscado siempre medios por los que se pueda transmitir información a distancias muy lejanas, en un principio de forma rudimentaria al realizar por ejemplo las señales de humo, los faros alumbrados con hogueras, pasando ya a los descubrimientos científicos como el telégrafo y el teléfono hasta la actualidad con las comunicaciones vía satélite e Internet, que les permite transmitir ideas e información en cuestión de segundos de un continente a otro. Sin embargo, para el tema en concreto es necesario conocer cual es el significado de telecomunicaciones en primera instancia, para que con posterioridad se conozca el desarrollo histórico de la telefonía celular y los conceptos básicos que conforman ésta, para poder comprender el tipo penal que se propone regular y que es materia del presente trabajo

La palabra telecomunicaciones es considerada como el proceso de transmitir energía de información a grandes distancias a través de medios electrónicos, enviándose dicha información a su destino, ya sea con la ayuda de alambres conductores apropiados para este fin llamados líneas de transmisión o en forma inalámbrica a través de la atmósfera por un enlace de radio(200), o como lo establece el artículo tercero fracción XIV de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que manifiesta que son toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos u otros sistemas electromagnéticos ".¹⁷¹

¹⁷¹ P H Smate Introducción a los Sistemas de Telecomunicaciones Editorial Trillas México 1993 Pág 9

Para el campo de las telecomunicaciones se dice que es una cierta forma de “información o energía inteligente”, que es convertida en energía eléctrica para poder de este modo mandarla a un punto distante

En su destino la energía eléctrica se convierte de nuevo en su forma original, lográndose esta conversión de energía por medio de un traductor adecuado; término que se da generalmente a cualquier dispositivo que convierte una forma de energía en otra, necesitándose además de esto un transmisor y un receptor de la energía que la envía originándose el proceso de comunicación y enlace de la información que se transmite o recibe conociéndose a esto, como un sistema de doble sentido o bidireccional generalmente llamado circuito, siendo necesario que este tipo de energía se produzca a través de una frecuencia electrónica que siga directamente la variación instantánea de la energía de información original, la cual es denominada como señales analógicas y/o digitales.¹⁷²

De lo anterior se desprende que la telefonía es un tipo de energía radioeléctrica que contiene información. Por lo que es necesario enfocar la atención en lo que es la radiotelefonía móvil también denominado comercialmente como telefonía celular, la cual se ha definido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones en su reglamento de Radiocomunicaciones como “el servicio de radiocomunicaciones entre estaciones móviles y estaciones terrestres o entre estaciones móviles”.¹⁷³ Así se puede resumir que las telecomunicaciones son el medio por el cual el hombre ha logrado satisfacer su necesidad de comunicación de datos.

¹⁷² Digitale Nachrichtübertragung, Teil. Basic Information, Telecomunicaciones Digital Tomo I, Información básica. Traducción del Alemán. 1988, Barcelona España, Edit. Marcombo S.A. Págs 5 a 11.

¹⁷³ Clement, Francisco Telefonía Móvil de Grupo Cerrado, Sistema TETRA, Capítulo XII. Editado por la Compañía Telettra España S.A. España 1990

4.2 CONCEPTO BÁSICO DE RADIOTELEFONÍA MÓVIL

Una vez que se conoce el significado, contorno histórico y la explicación de lo que es este sistema de comunicación, es adecuado señalar algunos conceptos básicos con los que se tendrá una idea más clara del campo que forma la radiotelefonía móvil, así tenemos que un sistema de Telefonía Móvil está compuesto básicamente de varias Radiobases y una Central o Centro de Conmutación de Servicios Móviles y una Interface entre el Sistema de Radio y la Red Pública de Conmutación Telefónica, mismo que al realizarse una llamada de uno o varios suscriptores por medio del teléfono de radiotelefonía móvil, generándose así el proceso de comunicación con estos instrumentos que en su conjunto son denominados una red celular, que técnicamente se dice que es cuando un abonado móvil realiza una llamada, se envía un mensaje de acceso a través del canal de control. llevando el número de la estación móvil, el número de serie electrónico y el número del abonado que es el que le da para su uso la concesionaria del servicio.

Este mensaje se recibe por la radiobase y ésta a su vez lo envía a la central, la cual localiza al móvil o al teléfono de la red pública y se comunica con él a través de otra Radiobase de la Red pública o celular, quedando la cobertura en el lugar donde se encuentra el abonado. Así esta concepción de la radiotelefonía móvil se compone de varias definiciones, las cuales a continuación se indican.¹⁷⁴

Central de Conmutación de servicio móvil: (MTX) que es el instrumento o elemento en el cual se encuentra el equipo computarizado que se encarga de procesar las llamadas de un teléfono celular, conteniéndose en el mismo los datos de identificación de cada uno de los teléfonos celulares.

MSC: El cual es la interfaz entre el Sistema de Radio y la Red Pública de Conmutación Telefónica.

¹⁷⁴ Gudiño Arrieta, Francisco Opinión Técnica de Ingeniero en Telecomunicaciones México 1998

Radio Base: Que es el instrumento que recibe y envía la información del teléfono celular a la central celular.

Teléfono para radiotelefonía móvil: Es una estación móvil a través de la cual el usuario puede comunicarse con otro teléfono celular de la misma red o de otra que puede ser transportable e instalado en el interior de un auto o traerlo en el bolsillo, mismo que internamente porta un transmisor, un receptor de radio y una memoria electrónica denominada NAM

NAM: Son los datos de identificación de un teléfono de radiotelefonía móvil, con los cuales se realiza el acceso inalámbrico a la frecuencia que se usa con tecnología celular, PCS o IP siendo estos:

Número Identificador del Móvil o telefónico celular, (MIN): Que es el número que se le asigna al usuario por la empresa prestadora del servicio

Número Electrónico de Serie (ESN): Que es una identificación propia de cada marca o modelo de equipo de radiotelefonía móvil, que viene programado dentro de un circuito integrado denominado tarjeta principal del equipo.

Espectro Radio eléctrico o electromagnético: Se refiere a la amplia gama de frecuencias (que van desde cero hasta el infinito) que se propagan en el espacio de forma libre y sin guía artificial de ondas electromagnéticas. La mayor parte del espectro radioeléctrico es invisible, mientras que un pequeño segmento del mismo es luz visible, ocupándose en la radiotelefonía móvil las ondas de radio que va desde los 824 MHZ hasta los 894 MHZ

La Frecuencia establece el artículo tercero, fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones que es el número de ciclos que efectúa una onda del espectro radioeléctrico.

Señal celular: Es la señal analógica de baja frecuencia de determinada potencia, que va insertada o incluida en una onda electromagnética que forma parte del Espectro Radioeléctrico.¹⁷⁵

Hecho el esbozo y marco conceptual de lo que es la telefonía para radiotelefonía móvil, podemos tener una idea y criterio general de lo que significa este sistema, con el cual se entenderá la conducta delictiva que se está dando en la vida social y que debe tener una reglamentación que sancione la misma

4.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una vez señalados los antecedentes históricos de la telefonía móvil o radiotelefonía móvil y la conceptualización de algunos elementos que conforman este campo de las telecomunicaciones, es pertinente manifestar la importancia que tiene este trabajo de investigación para hacer una propuesta de regulación de las conductas delictivas, que se están efectuando actualmente en el ámbito de telecomunicaciones y en específico en la radiotelefonía móvil, al cometerse de forma ilícita una serie de conductas la cual no regula ni sanciona el ordenamiento penal, pero que si vulnera la esfera jurídica del Estado y de un particular, siendo una de las más importantes el CLONING (CLONEO) o creación de "gemelos" de teléfonos de radiotelefonía móvil, conducta que se comete por una o varias personas sin consentimiento de quien tiene la concesión federal otorgada por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes al realizar en un teléfono de radiotelefonía móvil, la programación y duplicación de la línea de un suscriptor que legalmente contrató el servicio utilizándola sin consentimiento y desconocimiento total de la concesionaria del servicio como del suscriptor o usuario, con el único fin de recibir llamadas telefónicas, las cuales no son detectadas por el MTX, esto es por el Centro de Registro Telefónico Celular, consideradas como ilícitas y por ende no tenga un cargo por pago del servicio que se le pueda cobrar; y que se refleje en el estado de cuenta del usuario que legalmente

¹⁷⁵ J Brown, Galzzer. Ob cit. 1974, Pág 17.

contrata al ser ocupada ilegalmente por otro. Esto repercute en la economía en primera instancia y después, en un quebranto patrimonial de millones de pesos para la empresa prestadora del servicio de comunicación, al subrogarse en su afectación de su cliente.

Además de tener estos efectos surgen otros, como que sea sujeto de quejas ante la Procuraduría Federal del Consumidor y en la materia laboral al crear en un momento dado, conflictos obreros (sindicatos) patronales, por repercutir en las utilidades de los trabajadores, los cuales se inconforman y muestran su desacuerdo al no recibir dicha prestación, ya que dicho quebranto se plasma en los estados financieros como pérdidas que afectan el capital activo que se declara ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Es por estos motivos que es importante realizar como sea dicho, un análisis de estas conductas delictivas actuales, novedades que se presentan en la sociedad, de las cuales son repercusión de los adelantos tecnológicos, mismas que el derecho debe regular con el fin de que se sancionen con la aplicación de una pena, de acuerdo al tipo penal que se determine.

Por lo que se debe actualizar, crear y proponerse una norma que tipifique y establezca los elementos de dichas conductas para que puedan ser sujetos de penas privativas de la libertad a las personas que se dediquen a estas actividades delictivas, las cuales repercuten en la economía de la persona moral que tiene concesionado este servicio además de los daños y perjuicios que le ocasiona al Estado, a través de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, mismas que de percibir ésta las ganancias que por concepto de uso legal de la red de telefonía móvil realiza una persona.

Sin embargo el Ministerio Público como encargado de la persecución de los delitos, al momento de presentársele una denuncia o querrela respecto de estas conductas delictivas; utiliza indebidamente la analogía y la mayoría de razón para

acoplarlas a otras normas que regulan delitos diversos que no encuadran perfectamente a la conducta, por lo que no se está cumpliendo en estricto derecho lo que establece el artículo 14 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual manifiesta "que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley EXACTAMENTE aplicable al delito de que se trata", lo que con mayor detalle se explicará más adelante

Para evitar que el órgano Ministerial realice esto por carecer de norma o ley exactamente aplicable, es que el Derecho tiene la necesidad de innovarse y regular estas nuevas conductas que se desarrollan por el avance tecnológico y que vulneran el patrimonio de un particular y del Estado a través de un órgano del Gobierno Asimismo, en el ámbito de las telecomunicaciones han pretendido denominar a esto como fraude celular, el cual se presenta de varias formas y modalidades, las cuales se explican a continuación:

A). - CLONING: consiste en que se toma ventaja de dos códigos usados por el usuario legítimo que son el número de identificación móvil del usuario (MIN) que identifica al usuario y el número de serie electrónica (ESN) que identifica al celular, la clonación sucede cuando el ladrón duplica el par de números (MIN/ESN) y los programa en otro teléfono de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS o GSM, generalmente puede obtener estos dos números a través de dispositivos de escaneo, cuando "roba" los números al momento de que están siendo transmitidos durante su uso normal En otras palabras el sujeto activo (ladrón) intercepta estos datos que identifica al teléfono de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS o GSM, copiando esta información y la reproduce para pretender que se trata del mismo usuario o suscriptor que tiene legalmente contratado el servicio.

B)- Otro tipo de fraude sucede cuando un sujeto activo (ladrón) cambia en forma ilegal los números no genuinos. En este caso el sujeto activo aparece ante la

compañía que otorga el servicio de telefonía de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM, como un "ROAMER" o un cliente perteneciente a otro mercado que se encuentra fuera de alcance de una compañía con la que se ha contratado el servicio. El carrier (empresa prestadora del lugar) permite la llamada y entonces se comunica con el supuesto carrier local (empresa prestadora del servicio de donde supuestamente es el usuario). sólo para enterarse demasiado tarde que la llamada fue fraudulenta.¹⁷⁶ A partir de entonces, los diferentes proveedores de servicio de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM o carriers, han establecido interconexiones que permiten verificar al suscriptor o usuario antes de permitir la llamada, reduciendo de esta forma substancialmente este tipo de fraude, conociéndose a esta interconexión como ROAMING automático (Internacional o Local).

C)- El fraude por suscripción ocurre cuando el sujeto activo solicita el servicio de telefonía de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM, sin la intención de pagarlo. Normalmente se vale de la identidad de otro individuo para poder crear la cuenta. Si el proveedor no realiza una investigación exhaustiva del solicitante, el sujeto activo gozará de servicio gratuito hasta que el concesionario o el cliente detecta el fraude, lo que sucede cuando el carrier busca a la desprevenida víctima para que pague la cuenta de las llamadas fraudulentas.

Derivado de esta conducta se desprende que también se realice el CLONIG con los datos de la contratación legal efectuada, o al ser escaneados los datos contenidos en el NAM de un teléfono móvil para poder tener acceso inalámbrico

Dichas conductas han ocasionado pérdidas cuantiosas a la industria de la radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM, tanto en Europa como en Latinoamérica, en la que se está invirtiendo por la industria de este ramo en tecnología, para combatir este tipo de delito, por ejemplo el otorgarle a sus clientes números de identificación personal "Nip" para la utilización de la larga distancia

¹⁷⁶ Septien, Jorge. Reportaje Delitos Celulares. Editorial Revista Secura México 1997. Páginas 9 a 10

(contraseña), por citar alguno.

Pero en el campo del Derecho Penal y en la práctica jurídica que se ha dado que en la integración de una averiguación previa con o sin detenido, respecto de esta conducta se da una aplicación por analogía de otros tipos penales ya establecidos en el Código Penal, con lo que violan flagrantemente las garantías constitucionales al argumentarse que se está en presencia de:

A - Un delito del capítulo I, Título Quinto, Artículo 167, fracción VI del Código Penal de Ataques a las Vías Generales de Comunicación, por considerar que hay una interrupción del servicio y de robo en su modalidad de robo de fluido establecida en el artículo 368 fracción II del mismo ordenamiento, por considerar que hay un aprovechamiento de un fluido que él considera que es la señal celular y por lo que respecta al quebranto sufrido por la persona moral en Fraude Genérico regulado por el artículo 386 del Código Penal, porque se está aprovechando del engaño y del error de la prestadora del servicio para obtener un lucro (servicio) indebido, siendo competente para conocer el Fuero Federal por ser de mayor penalidad el delito primero y por tratarse de un servicio concesionado por el Gobierno, y conforme a que los artículos 2,4,5,6 de la Ley Federal de Telecomunicaciones en relación con los Artículos tercero y quinto de la Ley de Vías Generales de Comunicación, establecen que el espectro radioeléctrico y las redes de telecomunicaciones como los servicios que se presten, en donde se encuentra el fluido radioeléctrico sea considerado una vía general de comunicación, la cual se encuentra bajo el dominio pleno del Estado representado en este caso por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, y que por lo tanto están dentro de la jurisdicción federal.

Por ello cualquier controversia que se propicie corresponderá conocer a los Tribunales Federales, intentado con estos criterios encuadrar la comisión de varios delitos en un concurso ideal de conductas, establecidas en el artículo 18 del Código

Penal Federal del Distrito Federal, pero en estricto derecho la conducta denunciada es un delito continuado, es decir, que se da de manera periódica e ininterrumpida hasta el momento de que es detectado y se refleja en el estado de cuenta y saldo pendiente por pagar del usuario, que legalmente contrata con la prestadora del servicio al elevarse de una cantidad razonable de renta y consumo tiempo aire a cantidades exorbitantes de miles de pesos de un mes a otro, además de **no ser un robo de fluido eléctrico** ya que **se trata de una frecuencia de telecomunicaciones** que se da por el robo de la misma, sin consentimiento de quien tiene el permiso para explotarla, obteniendo por este sólo hecho un lucro al beneficiarse por el servicio que no paga al prestador del servicio

B - Otros consideran que solamente se comete un robo en su modalidad de Robo de Fluido Radioeléctrico, en razón de que se realiza un uso y aprovechamiento directo de un fluido que en específico es electromagnético y el cual pertenece a la red de radiotelefonía celular, la cual únicamente debe operarse al amparo de una autorización o concesión Federal, tal y como lo establece la Ley Federal de Telecomunicaciones en su artículo 11, 14, 24, con lo que el objeto material es esta clase de fluido electromagnético, el cual se está utilizando con una unidad de propósito delictivo en donde de manera conjunta se apoderan sin derecho y sin consentimiento de éste, de la persona que legalmente puede otorgarlo, es decir comercializarlo, existiendo una pluralidad de conductas que se materializan al momento de realizar los pasos para obtener la duplicidad de una línea celular, que está compuesta por el fluido electromagnético, causando con esto una afectación al bien jurídico protegido en primera instancia del uso ilícito de la comunicación celular ya que las ondas, es decir, el fluido electromagnético forma parte del espectro radioeléctrico, el cual tiene conforme al artículo 2 de la Ley anteriormente citada el dominio del Estado, asimismo el que los artículos 4, 5 y 6 de esta Ley establecen respectivamente al ser interpretados que el espectro radioeléctrico es una Vía General de Comunicación, por lo que corresponde conocer de cualquier controversia que se suscite a los Tribunales Federales, considerando que los delitos perpetrados en contra

del funcionamiento o explotación del fluido electromagnético o radioeléctrico que es parte del espectro radioeléctrico son de competencia federal, ya que es considerada una vía general de comunicación y por ende un servicio público federal del cual siempre tendrá el dominio el Estado, afectándose por ende este dominio que tiene y en un segundo término el de la persona moral o física que cuenta con la autorización que se materializa con la concesión que le otorga al ser afectado su patrimonio, el cual se materializa en el tiempo aire que se usó sin consentimiento y sin derecho la o las líneas celulares afectadas, lo que tiende a bonificar o ajustar los saldos pendientes de pago de sus usuarios por esta duplicidad ilícita.

C.- Otros pretenden señalar que se está en presencia de una conducta establecida por el artículo 426 fracción II, del Código Penal, al argumentar que el sujeto activo del delito realiza con un fin de lucro actos para descifrar la señal celular, que es portadora de programas, elementos que integran la señal (NAM.) sin autorización del “distribuidor”, empresa prestadora del servicio de telefonía móvil, quien tiene el legítimo uso y explotación de la señal.

Sin embargo, estos criterios no son adecuados en razón de que al analizar la terminología o significado textual de las palabras que se utilizan en los tipos con los que se pretende ejercitar la acción penal que es principalmente el de robo (en su modalidad de robo de fluido), es inadecuado para llevar una consignación por este delito, por lo que debe realizarse una conceptualización adecuada de un tipo de exacta aplicación para las personas que llegan a cometer esta conducta ilícita

Ya que de otra forma cualquier reforma, adición o creación por ende de un tipo penal, sería totalmente inoperante o en todo caso insuficiente o impropio, la cual solamente traería con ello más problemática para la posibilidad de que se fijara la probable responsabilidad y por ende un adecuado nexo causal entre la conducta y el resultado, ya que al hablar de la comisión de un robo (en su modalidad de Robo de Fluido) para llevar a cabo un ejercicio de la acción penal y en un momento dado ante

el órgano jurisdiccional, emitir una sentencia en donde se decrete la responsabilidad penal por la comisión de la conducta delictiva comentada, es totalmente erróneo y fuera del principio que en derecho penal rige el que se aplica ley en estricto derecho, es decir, bajo la interpretación literal del tipo penal a aplicar, ya que la palabra **fluido** en términos científicos, establece que son únicas y exclusivamente los líquidos y los gases, por ende la emisión de una señal celular queda como resultado una comunicación, no puede ser considerada un fluido, pero el término más adecuado es el de **frecuencia**

Esto es que el significado científico de frecuencia es considerado como un número de periodos por segundo de un movimiento vibratorio, el cual al ser de baja frecuencia corresponde a un sonido audible que efectúa una onda que viaja en el espectro radioeléctrico, en el caso que nos ocupa es la energía electromagnética o radioeléctrica, la cual está en un rango de frecuencia que se encuentra autorizado para que un tercero lo use, aproveche y explote para un uso comercial.

Por lo que respecta a la conducta delictiva del artículo 426 fracción II del Código Penal, es totalmente una aplicación inexacta la conducta que establece tal ordenamiento, ya que conforme se desarrolle el presente trabajo se observará que la señal celular si bien puede ser considerada una señal no es satelital, porque en ningún momento se utiliza en el proceso de comunicación celular Satélites, y por otra parte aún cuando con los elementos tecnológicos que se están implantando en el campo de las telecomunicaciones es “cifrada”, no es portadora de programas solamente de energía electromagnética o radioeléctrica, que al ser recibida por un receptor se traduce en una comunicación verbal; es por ello que como se ha indicado se incumple el precepto del artículo 14 fracción III, de la Constitución, y por ende al momento de ser consignado el sujeto activo de esta conducta ante el órgano jurisdiccional y definir la situación jurídica de éste, se tenga que decretar un auto de libertad absoluta por no existir tipo penal aplicable a la conducta consignada.

Para el campo de las telecomunicaciones consideramos que el término más adecuado que debe utilizarse es el de **frecuencia**, ya que si bien es cierto que es un canal, por sí sola no transmite ningún dato que puede ser audible, sin embargo la frecuencia es la fluctuación de la presión sonora que forma la entrada de un canal telefónico, es la onda radioeléctrica que lleva la información a través de la distintas etapas en un canal de comunicación, pero que ésta frecuencia debe ser continua, lo que quiere decir, que puede ser representada por una función continua del tiempo en donde la onda es una réplica de la forma de onda de entrada al traductor, que es en sí el aparato radiotelefónico móvil con tecnología celular, PCS o GSM

Ya que la forma de onda radioeléctrica es análoga o similar a la onda de entrada del receptor que en el caso que nos ocupa es el aparato de radiotelefonía móvil, estableciéndose con ello la posibilidad de que el mensaje enviado sea recibido e interpretado por la entrante, en forma audible bajo un límite establecido para que un órgano humano que es el tímpano pueda interpretarlo y trasmitirlo de forma tal que pueda el ser humano recibir un mensaje.¹⁷⁷

Es por el anterior razonamiento que debe tenerse cuidado en la terminología a utilizar y observar además de este término; la forma de comisión de la conducta ya que de otra forma el dar un tipo genérico y no especificar modalidades de la conducta, acarrea el que la creación de este tipo penal quede totalmente trunca y sin abarcar diferentes conductas que se cometen aparejadas o que conllevan al uso y aprovechamiento ilícito de este tipo de energía, con lo que llevaría a que si bien existe una conducta ilícita contraria a las buenas costumbres y que afecta la sociedad, ésta no se encuentra regulada por la ley y por ende no tenga una sanción que aplicarle, ya que la persona que comete el uso ilegal de la radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM se allegan de varias formas para realizarlo como se ha mencionado.

¹⁷⁷ Digitale Nachrichtenübertragung, Teil Basic Information, Telecomunicaciones Digital, Tomo I. Información básica. Traducción del Alemán. 1988, Barcelona España Editorial Mracombo S A Pág 10

Unas a través de instrumentos electrónicos e informáticas que les permite tener o poder obtener la interpretación de la información, que forma la baja frecuencia radioeléctrica de una frecuencia que es explotada por tecnología celular, PCS o GSM analógica y/o digital la cual está determinada, identificada para que pueda ser válida al ser captada por la red de telecomunicaciones establecida por células, por medio de las Radiobases que la validan y le permiten acceder o realizar el acceso inalámbrico para realizar el proceso de comunicación, ya sea con un teléfono de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM o con una línea de la red pública de telecomunicaciones, siendo esto denominado como el N.A.M., mismo que se encuentra compuesto por el número electrónico E.S.N. y el número asignado M.I.N., o otros a través de que ciertas personas (empleados de las empresas prestadoras del servicio) les proporcionan esta información y la programan en los equipos celulares, permitiéndole la comunicación o el que se utilicen ciertos programas de computación con un software especial, que les permita interpretar y conocer el número electrónico E.S.N. que tiene un número asignado o M.I.N., programándolo a un equipo de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS o GSM; otros por medio de realizar múltiples contrataciones simultáneas en diversos lugares (distribuidores o sub-distribuidores de la empresa prestadora del servicio) con documentación falsa de supuestos usuarios válidos, quienes se les activa su servicio consumiendo en un término prudente todo el tiempo aire que se pueda, antes de que la empresa prestadora del servicio se dé cuenta de esta documentación fraudulenta o que se incremente el saldo pendiente de pago, así como que al conocer la información que tienen programados los equipos contratados que es el N.A.M., y a sabiendas que no podrá haber ninguna reclamación por parte del supuesto usuario que celebró la contratación, efectúan la duplicidad de estos datos programándolos en otros aparatos de radiotelefonía móvil, efectuando el uso y aprovechamiento sin consentimiento y sin derecho de la radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM

D).- El fraude por suscripción al igual que el uso ilegal de la radiotelefonía móvil al realizar la duplicidad de los datos del N.A.M. (CLONEO), es denunciada ante los Órganos Ministeriales quienes proceden a la aplicación de la norma penal al encuadrar dicha conducta en el tipo penal de FRAUDE regulado en los artículos 386 y 387 fracción IV del Código Penal, al pretenderse que se trata de un engaño con el que se está sirviendo del servicio de la línea celular y no está pagando el importe del consumo, obteniendo un lucro indebido, hecho del cual conforme al artículo 18 del mismo ordenamiento establece que habrá concurso ideal cuando en una sola conducta se cometan varios delitos, ya que el instrumento con el que se hizo fue el engaño y se incurrió en el error a la empresa, para prestar el servicio de telefonía celular fue la falsificación de los diversos documentos con los que se logró la contratación; aparentando a un cliente o usuario real y debidamente establecido en un domicilio, en donde se le puede hacer efectivo el pago, sin embargo la hipótesis que se maneja en el artículo 387 fracción IV del Código Adjetivo aplicable a la materia, es cuando el sujeto activo del delito está debidamente identificado como el que se sirve de una cosa y no pague el importe y no para la conducta que anteriormente se señaló, por lo que la aplicación de este tipo penal no es adecuada, además de no observarse la falsificación de documentos para que sea sancionada, sin dar cumplimiento a la Garantía constitucional de Legalidad que se consagra en el artículo 14 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aún cuando el objeto principal de la presente investigación jurídica no es la conducta que es denominada por el campo de la telefonía como Fraude por suscripción, es pertinente dejar la reflexión anteriormente hecha ya que se da conjuntamente con la duplicidad de la señal celular (CLONEO).

En la clonación se tiene que observar el elemento de comisión de la conducta para tener la posibilidad de que un Ministerio Público pueda decretar un acuerdo de retención o solicitud de arraigo, por existir elementos que puedan fincar la responsabilidad penal en la comisión de la conducta que se pretende regular al crear

este tipo penal, ya que la o las personas que cometan este tipo de conducta deben ser encontradas en el momento de estar obteniendo la información (E.S.N. y M.I.N.) que le permitirá poder realizar comunicaciones, es decir, llamadas por medio de la tecnología celular a través de un teléfono o teléfonos de radiotelefonía móvil o el que esté haciendo uso y aprovechamiento de la frecuencia que se traduce en la señal o canal analógico o digital, con la que se puede realizar una llamada celular por medio de un teléfono celular aunado a que los tengan consigo en el momento que sean asegurados por elementos de la Policía Judicial, los instrumentos e información necesaria para poder tener acceso a la obtención de los E.S.N. y M.I.N. y con ello pueda realizar la duplicidad de esta onda de baja frecuencia, que se traduce en la una señal analógica y/o digital que viaja a través de la energía electromagnético o radio eléctrica, estando todo esto inmerso en el Espectro Radioeléctrico del cual cuenta con pleno dominio el Estado y por ende afecte este dominio o que se localicen los diversos contratos de prestación de servicio de telefonía celular, celebrados con la empresa prestadora del servicio por un supuesto usuario el cual no existe, ya que toda la documentación presentada para la contratación del servicio es falsa y que dichas contrataciones presenten un consumo o aprovechamiento ilícito de la radiotelefonía móvil

Este tipo de conducta delictiva que ha afectado a un sector de la industria, ha sido combatido a través de la tecnología principalmente en el proceso conocido como CLONING o clonación, en el cual se implementa la tecnología de autenticación con la que se pretende dar punto final al fraude de la radiotelefonía móvil por clonación, por lo menos como se conoce que se realiza en la actualidad, además que permite combatirlo sin afectar al cliente, el cual era el más afectado al sufrir la duplicidad de la señal celular por las consecuencias de que se incrementaba su consumo indiscriminadamente, afectando su economía, saturando su crédito en su tarjeta de crédito o en su caso, al ser suspendido el servicio de su línea celular, que en muchas ocasiones es el medio de comunicación con el que se mantiene en contacto con sus clientes.

En la autenticación se utilizan tanto un código secreto como un número especial, basado en algoritmos exclusivamente por el teléfono de radiotelefonía móvil y la red inalámbrica. Esto previene que las personas que se dedican a esta conducta intercepten en forma trunca las transmisiones aéreas de los números ESN y MIN. A través de la autenticación se envían una serie de passwords en el momento de la transmisión entre el teléfono móvil y la red celular para validar al cliente cada vez que hace o recibe una llamada.

Otro sistema que en la actualidad se está implementando en la Telefonía Móvil de Puerto Rico, es el denominado Sistema de Phone Print, que consiste en instalar equipo en los teléfonos de radiotelefonía móvil para que no puedan ser desinstalados con el que es identificado al momento de ser utilizados como la frecuencia original del equipo contratado y no de otro en el que se pretenda hacer creer que es el original ¹⁷⁸

La digitalización de equipos móviles en la actualidad se está implantando en la red, lo que permitirá que el usuario de telefonía móvil tenga la certeza de que la utilización de la frecuencia que contrató, sea únicamente para su servicio y no pueda realizarse ningún otro copiado o violen los datos de identificación conocidos como NAM, ya que al momento de realizar una llamada viajará dicha información en una cápsula compuesta de diversas series de números hexadecimales, mismos que pueden tener por lo menos un millón de combinaciones posibles, antes de que se descubra o descifre el código correcto con el que se acceso a lo datos de identificación del usuario original, para que el sujeto activo no se apodere de ellos y pueda hacer uso indebido de la señal celular en su beneficio. ¹⁷⁹

Estos tipos de tecnologías son utilizados por las empresas de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM en todo el mundo, pudiéndose observar que su internación es necesaria y vital para la protección del negocio de la Radiotelefonía

¹⁷⁸ Internet Noticia, <http://www.P.R.I.C.Com.mx/conte>

¹⁷⁹ Internet, Noticia <http://www.CFT.gob.CM>

Móvil; así tenemos que el Proceso de Autenticación fue casi al parejo en los Estados Unidos como en México a finales del año de 1996, la cual tiene pleno funcionamiento en unidades de radiotelefonía digitales y en los modelos análogos más modernos; pero en los teléfonos de radiotelefonía móvil antiguos las soluciones que se plantean para evitar que sean sujetos de esta conducta delictiva es por lo que se utilizan la identificación personal (PIN o NIP), para que los usuarios puedan proteger su servicio que se requerirá cada vez que realicen una llamada de larga distancia, ya sea nacional o internacional. Este es un número de un máximo de siete cifras que puede ser programado en el radioteléfono móvil y que debe ser marcado antes de efectuar una llamada de larga distancia. Un problema que enfrenta este tipo de solución es que el PIN viaja en forma no cifrada o encriptada y puede ser interceptado por el sujeto activo (ladrón celular)¹⁸⁰.

La autenticación y otras tecnologías ayudarán a detener y detectar los “fraudes de celulares”, pero estos métodos deben conjuntarse con la propuesta de una iniciativa de Ley en la que se regulen este tipo de conductas y se crea un tipo específico sobre los que se le pueda aplicar una sanción, que es el objeto que pretende realizar el presente trabajo de investigación

En los Estados Unidos de América en su sistema de justicia, existe regulado desde 1984 en la legislación federal lo relativo a la defraudación celular de teléfonos en cuanto a la recepción y transmisión de telecomunicaciones por vía celular, en la que el Congreso Estadounidense manifestó que la duplicación de los datos contenidos en el NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil para hacer uso ilegal de la frecuencias **es un acto ilegal**, ya que la misma actividad comercial del país introdujo radios de exploración que son capaces de recibir la frecuencia, destinadas a la radiotelefonía móvil de radio siendó fácilmente alteradas para que sean recibidas y ocupadas en estos equipos, que convierten la transmisión de radiotelefonía móvil con

¹⁸⁰ Internet Noticias <http://www.lusacell.com/mx/com/mx/conte/tc/tc12.htm>

tecnología celular, PCS o GSM a la voz analógica audible o en otros teléfonos de radiotelefonía móvil, con lo que se ocupa de forma ilegal, a través de estos dispositivos de acceso, ocasionando actos de abuso y de defraudación, los cuales fueron incorporados en el apartado de actos comprensivos de control sección 1029 agregado al título 18 del Código Unido de Estado, al manifestar que la persona que a sabiendas y con el intento de defraudar:

1. - Produzca, use o trafique uno o más dispositivos de acceso que alteren la frecuencia "celular".
2. - Usar o traficar uno o más dispositivos que no estén autorizados durante un periodo de un año y obtenga \$1000 dólares en el valor del uso.
- 3 - Cuando existan 15 o más dispositivos no autorizados que falsifiquen la frecuencia celular.
4. - El que produzca, elabore, trafique, controle y posea dispositivos que alteren o dupliquen la frecuencia celular.

Como requisito agregado a estas conductas se establece que deben afectar comercio interestatal o extranjero. Las penas que se establecen para estas conductas son:

1. - Multa de \$10,000 dólares
2. - Diez años de prisión o \$100,000 dólares.
3. - Veinte años de prisión.

Fue hasta 1992 cuando el Distrito Central de California tuvo la oportunidad de interpretar esta sección 1029 en el caso “defraudación celular de teléfono Estados Unidos V.S. Bailey”, quien colocó una micro astilla denominada EPROM que cuando era instalada en radioteléfonos móviles, permitía a cualquier usuario el paso libre en la red celular, con lo que afectó el comercio. Estos teléfonos alterados permitían el acceso no autorizado a teléfonos móviles en servicio. De este caso se llegó a determinar y a definir en enmienda de 1994 bajo el número HR4922, que el acceso que se realizaba de forma libre representaba una pérdida directa del patrimonio de empresa prestadora del servicio, aún cuando ninguna cuenta válida de cliente sea facturada, asimismo se incluyó dentro de la definición de un acceso de dispositivo las denominaciones de número de serie electrónico, el número de identificación personal o los otros equipos e instrumentos de telecomunicaciones para que fueran atendidos dentro de la definición de lo que es un acceso de dispositivo, ya que antes de 1993 para propósitos de la sección 1029, acceso de dispositivo significó cualquier tarjeta, plato, código, número u otros medios de acceso de cuenta que puedan usarse, solos o conjuntamente con otro dispositivo de acceso, para obtener dinero, mercaderías, servicios o cualquier otra cosa de valor, o que pueda usarse para iniciar un traslado de fondos (a excepción de un traslado originado únicamente por el papel)

Así también se estableció en esta enmienda que quedaba prohibido el uso de un instrumento alterado de telecomunicaciones o un receptor de exploración, software

para obtener acceso a telecomunicaciones que tiendan a defraudar al prestador del servicio ¹⁸¹

Es por ello que cobra importancia el presente trabajo de investigación, que pretende propiciar en la Legislación Mexicana y en el estudio del Derecho Penal, el que sea materia de estudio la propuesta de crear una regulación en la que se tipifica una nueva conducta penal, para estas conductas que como se ha señalado, el avance tecnológico ha propiciado su desarrollo y las cuales lesionan un bien jurídico protegido que es del dominio del Estado y afectan el patrimonio de un sector empresarial del país con un grado de impunidad, por no existir un tipo penal con el que el Ministerio Público pueda cumplir su papel constitucional establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con ello el Órgano Jurisdiccional dicte sentencias en las que se cumpla cabalmente el principio de legalidad consagrado en el artículo 14, Párrafo Segundo del citado ordenamiento.

4.4 CREACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL QUE REGULE EL USO ILEGAL DE LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL INALÁMBRICA, COMO DELITO

El tipo propuesto es:

ARTÍCULO 1.- Comete el delito de uso ilegal de la radiotelefonía móvil inalámbrica, el que sin consentimiento y sin derecho que le asista y con una marcada intencionalidad modifique y/o realice duplica o réplica de los números de serie electrónico y identificación móvil de uno o varios teléfonos de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS, GSM o cualquier otra, que ocupan las bandas de frecuencia concesionadas del espectro radioeléctrico de uso determinado, causando la impresión de que se trata de un suscriptor autorizado, mediante cualquier medio o instrumento tecnológico, obteniendo con ello, un lucro indebido y/o el

¹⁸¹ State Statutes, Federal Law, Federal Rico Remedies State Laws, Alabama Massachusetts Traducción. Apartado. parte II de Federal Law, 1997 Pág. 11

aprovechamiento, disposición o uso de forma personal o para un tercero, de la radiotelefonía móvil que se encuentra legalmente concesionada por el Estado o contratada con el concesionario, para no pagar el servicio y/o que con ello se realice, colabore o participe en la comisión de otro delito o sirva de instrumento para su realización.

ARTÍCULO 2.- Se equipara al uso ilegal de la radiotelefonía móvil inalámbrica y se sancionará como tal:

I.- El que a través del engaño y aprovechándose del error de la prestadora del servicio, celebre contratos proporcionando información falsa, identificándose con documentos falsos y/o utilizando los documentos de un suscriptor que tenga o haya tenido legalmente contratado el servicio, sin consentimiento de éste Conducta que se realiza con el fin de no pagar el servicio o el obtener la información necesaria para poder realizar el uso ilícito de la radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra tecnología, o que con ello se colabore o realice otro delito; utilizando por ende el espectro-radio-eléctrico sin consentimiento alguno y en perjuicio de la concesionaria del servicio o del Estado.

II - El que realice el uso ilegal de la radiotelefonía móvil inalámbrica de uno o más teléfonos de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra, por medio de cualquier instrumento o elemento tecnológico y/o informático en perjuicio del patrimonio del Estado y/o de la concesionaria y prestadora del servicio.

III - Al que sin consentimiento y sin derecho venda, produzca o comercialice aparatos, instrumentos o información que permitan descifrar las frecuencias pertenecientes al espectro radioeléctrico de uso determinado, en donde se aprovecha y explota las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico con tecnología celular,

PCS, GSM y de cualquier otra, sin consentimiento de la persona que tiene concesionado el mismo.

IV.- La persona o personas que sean detenidas con uno o más teléfonos de radiotelefonía móvil para tecnología celulares, PCS, GSM o de cualquier otra, que estén alterados, modificados en sus números de serie electrónico y de identificación móvil o programación, aparentando ser el suscriptor o cliente legalmente contratado, no existiendo el contrato de prestación del servicio de radiotelefonía móvil a su nombre.

V.- El que provea o obtenga listas que contengan el número de serie electrónico y de identificación móvil, para ser programados y utilizados en teléfonos de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra tecnología, que no han contratado el servicio, conociendo por ende que se está duplicando en forma ilícita en otros equipos de igual tecnología, sin autorización alguna y sin contar con concesión otorgada por el Estado.

VI.- El que se halle en control, posesión o custodia de equipos de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra tecnología que estén alterados en sus números de serie electrónico e identificación móvil, que sean capaces de recibir y originar el acceso inalámbrico o comunicación, sin consentimiento del concesionario del servicio; con o sin la intención de distribuirlos y comercializarlos ilegalmente.

VII.- La persona que sea detenida con uno o varios teléfonos de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra, que tengan insertados e instalados dispositivos electrónicos no autorizados por el fabricante de los mismos, que permitan interpretar y realizar el acceso inalámbrico y por ende la comunicación telefónica, con los datos de identificación de un suscriptor que tiene legalmente

contrato el servicio, sin consentimiento de éste, de la concesionaria del servicio o de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes

VIII - La persona que por tener un vínculo comercial con la concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier tecnología, aprovechando esta calidad de tener información privilegiada para cometer y realizar cualquiera de las conductas antes descritas, o permita que las realice un tercero en perjuicio de la concesionaria y del Estado.

IX.- La persona que por tener relación laboral con la concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil, aproveche esta calidad para utilizar en forma personal o para un tercero sin consentimiento y sin derecho de la concesionaria, la serie de números para radiotelefonía móvil que aún no se encuentran dados de alta en los sistemas de facturación de la misma y que realice el enlace y habilitación en el sistema técnico, para hacer uso del servicio de la frecuencia que se encuentra concesionado, obteniendo con ello el uso ilícito de la radiotelefonía móvil con o sin la intención de obtener un lucro indebido, o que con ello colaboren o sirva de instrumento en la Comisión de otro u otros delitos.

X.- La persona o personas que por ser trabajadores o tener un vínculo comercial con la concesionaria del servicio de Radiotelefonía Móvil, obtengan o accedan por medio de cualquier instrumento tecnológico de la concesionaria o propio al banco de datos que contienen las claves y passwords que se utilizan para modificar, incrementar, ajustar, activar las líneas que tienen los suscriptores del servicio con la intención de realizar sin consentimiento y sin derecho de la concesionaria y de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, modificaciones al estado de las líneas en beneficio propio, de la suscriptora del servicio o de un tercero, utilizando con toda intención en forma ilícita la radiotelefonía móvil.

XI.- La persona que por ser empleado de la concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil utilice en beneficio propio de un tercero o del suscriptor de la línea la clave y password que se le otorga y entrega, para realizar ajustes o incrementos de saldo, de uno o más suscriptores del servicio de radiotelefonía móvil en el sistema de la concesionaria, sin consentimiento de ésta o de la Secretaria de Comunicaciones y transportes haciendo uso ilícito de la radiotelefonía móvil.

El propósito de las conductas descritas anteriormente será sancionada, con o sin la intención de obtener un lucro, ya sea a través de comercializarlo o utilizarlo en forma personal, con la intención de no pagar el servicio y/o que con ello se realice la comisión de otro delito.

ARTÍCULO 3. - Se entenderá para los efectos de la aplicación de este delito:

Por duplicidad o réplica ilegal la reproducción de la identificación de los datos contenidos en el NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM, legalmente contratado y ser programados en otro que no lo sea.

Por **NAM**: Los datos de identificación de un teléfono de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM, mismos que son:

Número Identificador del Móvil (MIN): El número que le es asignado por la concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil.

Número Electrónico de Serie, (ESN): La identificación propia de cada marca o modelo de equipo radiotelefónico móvil que se encuentra programado en un circuito integrado denominado tarjeta principal del equipo.

Radiotelefonía Móvil con Tecnología Celular: Servicio de radiocomunicación bidireccional entre equipos terminales fijos y móviles o entre

móviles, a través de frecuencias del espectro radioeléctrico asignadas para tal propósito, que se dividen en canales discretos que a su vez son asignados en grupos de células para cubrir una área geográfica de servicio celular, por medio del cual se proporciona la capacidad para la comunicación entre usuarios de la Red, así como con usuarios de otras redes públicas de telecomunicaciones.

Radiotelefonía Móvil con Tecnología PCS: Servicio de radiocomunicación bidireccional entre equipos terminales fijos y móviles o entre móviles, a través de frecuencias del espectro radioeléctrico asignadas para tal propósito, que se dividen en canales discretos que permiten y dan una variedad de características y servicios que sobrepasan a los sistemas telefónicos celulares analógicos y digitales, tales como servicios de voz, de radiolocalización PAGING, de mensajes y de datos.

Radiotelefonía Móvil con Tecnología GSM: Servicio de radiocomunicación bidireccional entre equipos terminales fijos y móviles o entre móviles o entre satélites y móviles, a través de frecuencias de banda ancha del espectro radioeléctrico asignadas para tal propósito, que se dividen en canales discretos que permiten y dan una variedad de características y servicios que sobrepasan a los sistemas telefónicos celulares analógicos y digitales y PCS ya que los servicios de voz, datos, PAGING y multimedia se dan integrados en forma simultánea en un sólo servicio, así como un acceso total no sólo de datos a INTERNET (imagen y voz).

Acceso inalámbrico - El servicio de enlace radioeléctrico bidireccional entre una red pública de telecomunicaciones y el suscriptor para la transmisión de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonido o información de cualquier naturaleza.

ARTÍCULO 4 - Para la interpretación y competencia del presente ordenamiento legal se estará a lo dispuesto por los artículos 5 de la Ley de Vías Generales de Comunicación y 2 al 6 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en

razón de que la frecuencia utilizada con tecnología celular, PCS o GSM, forma parte del Espectro Radioeléctrico que se encuentra bajo dominio el Estado, así mismo para la interpretación de conceptos será de aplicación supletoria a la presente regulación las disposiciones relativas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y del Reglamento de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

ARTÍCULO 5. - Se sancionará con pena de dos a ocho de prisión y la reparación del daño causado a las personas que participen en la comisión de las conductas descritas en los artículos 1, 2, del presente ordenamiento. Si es cometida en nombre y representación de una persona moral a través de su apoderado legal o de cualquiera de su integrantes, con conocimiento de está, se procederá con facultad del Juzgador a la liquidación de la sociedad y con el capital constitutivo se hará la reparación de daño ocasionado por la conducta, con independencia del ejercicio de la acción penal en contra del apoderado legal y/o del integrante que realizó la conducta

Para el caso de las fracciones VIII y IX del artículo 2, se impondrá dos tercios más de la pena que le corresponda, en atención a la calidad específica que tiene el sujeto activo de la conducta

ARTÍCULO 6. - Para la aplicación de la pena de las conductas indicadas bastará el sólo hecho de haberse acreditado que se realizó la duplicidad o alteración de los números que integran el NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil, sin contar con el consentimiento del fabricante, de la concesionaria del servicio o del suscriptor que cuenta con la contratación legal; en un teléfono diverso al establecido en el contrato de servicio de telefonía móvil

Es así que la presente norma legal de creación de un tipo penal se pretende que sea insertada en el Código Penal Federal, como un apartado y capítulo especial, ya que se considera que es un tipo autónomo e independiente que nada tiene que estar regulado en los tipos legales de robo o fraude, ya que como se denotará del estudio

monográfico que a continuación se realiza, esta conducta es totalmente independiente y diferente a cualquiera de los tipos penales antes mencionados. Asimismo esta propuesta de tipo penal debe estar a lo que no está regulado en la misma a las legislaciones que en materia de telecomunicaciones existen, principalmente de la Ley Federal de Telecomunicaciones y del Reglamento de esta misma ley, en cuanto a la conceptualización de diversos términos técnicos por ejemplo lo que es la radiofrecuencia.

4.5 ESTUDIO MONOGRÁFICO DEL TIPO PENAL PROPUESTO

ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO PENAL

SUJETO ACTIVO DEL DELITO.- De acuerdo a la descripción del tipo penal genérico puede ser cualquiera, ya que se establece "EL QUÉ" y en sus modalidades propuestas establece que debe ser la persona que guarda un vínculo comercial o relación laboral con la concesionaria.

SUJETO PASIVO DEL DELITO - De acuerdo a la descripción del tipo penal y modalidades propuestas son:

- 1 -"EL SUSCRIPTOR DEL SERVICIO" de telefonía celular.
- 2 - LA "PERSONA FÍSICA O MORAL" que cuenta con la concesión otorgada por el Estado.
3. - EL ESTADO por ser el que tiene el dominio sobre el espectro radioeléctrico y por ende de las bandas de frecuencia que son explotadas con tecnología, celular, PCS, GSM

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO O TUTELADO.- Lo que se pretende proteger a través de la norma penal propuesta, es el dominio que tiene el Estado sobre el espectro-radio-eléctrico y por ende únicamente puede hacerse uso y aprovechamiento de ella por medio de la concesión otorgada por la autoridad correspondiente.

OBJETO MATERIAL.- Para el caso que nos ocupa y para la propuesta del tipo penal es la frecuencia que se usa o aprovecha con tecnología celular, PCS, GSM que forma parte del espectro radioeléctrico y que permite el acceso inalámbrico.

CONDUCTA - Como elemento del tipo penal la conducta que se comete al realizar el tipo propuesto es **el aprovechamiento, disposición y uso sin consentimiento y sin derecho que le asista a alguna persona**, de la banda de frecuencia en donde se explota con tecnología celular, PCS o GSM que forma parte del espectro radioeléctrico o que a través del engaño o aprovechándose del error, obtenga o no un lucro indebido, disponiendo y aprovechando esta frecuencia y/o que con ello se realice, colabore o participe en la comisión de otro delito o sirva de instrumento para su realización.

EL RESULTADO.- Es la consecuencia que debe producirse con la conducta, es decir para el tipo penal propuesto sería el uso, disposición y aprovechamiento de la radiotelefonía móvil, obteniendo o no de un lucro o la comisión de otro delito o sirva de instrumento para su realización.

ELEMENTOS ESPECIALES

Son los elementos que accidentalmente y por así señalarlo el legislador, se incluyen dentro del tipo penal para restringir el ámbito de aplicación de la norma penal, así tenemos que para la propuesta del tipo de **USO ILEGAL DE LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL INALÁMBRICA** los elementos especiales que se

pueden tener son:

MEDIOS DE COMISIÓN - Que son las formas o maneras de llevar a cabo la conducta descrita en el tipo penal. En el tipo penal propuesto y materia de estudio serían los instrumentos o elementos tecnológicos y informáticos y/o dispositivos técnicos, con los cuales se aprovechan, disponen o hacen uso ilegal de una banda de frecuencia en donde se explota con tecnología celular, PCS y/o GSM que forma parte del espectro radioeléctrico o la celebración de contrataciones fraudulentas o el alterar la programación de teléfonos de radiotelefonía móvil y/o la distribución de estos teléfonos ilegalmente modificados.

ELEMENTOS SUBJETIVO O DOLO ESPECÍFICO.- En el caso que nos ocupa sería la marcada intencionalidad con la que realiza la conducta el sujeto activo al aprovecharse, disponer o hacer uso de la radiotelefonía móvil, sin consentimiento y sin derecho que le asista o a través del engaño o aprovechándose del error lo obtiene bajo el parámetro de “a sabiendas” Esto es, siempre será **DOLOSO**.

ELEMENTO NORMATIVO O ANTIJURIDICIDAD.- Son aquellas exigencias o requisitos de orden jurídico, legal, o valorativo que deben satisfacerse al momento de realizar la conducta delictiva.

En el tipo penal propuesto y materia de estudio sería el realizar la duplicidad (clonaje) de la señal celular, con una marcada intención sin consentimiento y sin derecho que le asista a través del engaño o aprovechándose del error, alcanza un lucro indebido o la comisión de otro delito.

CALIDAD DE LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO Y DEL OBJETO MATERIAL

La calidad del sujeto activo no existe en el tipo penal genérico propuesto, ya que cualquier persona lo puede realizar, sin embargo, en las modalidades establece una calidad para quien cometa la conducta que guarde un vínculo comercial o relación laboral con la concesionaria.

La calidad del sujeto pasivo está, a mi consideración, en el tipo propuesto. Sería en forma directa el suscriptor del servicio de radiotelefonía móvil, y en forma indirecta la concesionaria del servicio aunque en todo momento el Estado quien tiene el dominio sobre el espectro radioeléctrico en donde están las bandas de frecuencias que son explotadas con tecnología célula, PCS y/o GSM por los concesionarios.

La calidad del objeto material sería la banda de baja frecuencia en donde se transporta la señal celular.

CANTIDAD DE LOS SUJETOS ACTIVO, PASIVO Y DEL OBJETO MATERIAL

En el tipo penal propuesto podrían ser uno o varios los sujetos activos que lleven a cabo la comisión de la conducta descrita.

La cantidad de los sujetos pasivos que son afectados con la comisión de esta conducta puede ser uno o varios: los contratantes del servicio que son dañados, las empresas que prestan el servicio y el Estado.

El objeto material puede ser cuantificado en términos de los detalles de llamadas en los que plasma el tiempo aire de utilización ilegal de la radiotelefonía móvil, mismo que es cuantificable en tiempo y dinero.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL, TANTO DE LOS GENERALES COMO DE LOS ESPECIALES, RESPECTIVAMENTE

CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.- En el tipo penal genérico propuesto serían considerados como genéricos o indeterminados, ya que la descripción legal propuesta no exige ninguna calidad para la persona que comete la conducta, sin embargo en las modalidades propuestas se puede decir que se consideraría como determinados o específicos, ya que requiere tener un vínculo comercial o relación laboral para que cometan la conducta.

CALIDAD DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO - En el tipo penal materia de estudio sería clasificada en la calidad del sujeto pasivo del delito en los personales, ya que la descripción sugerida señala el requisito y característica indispensable de que sean teléfonos de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS y/o GSM que se encuentren legalmente contratados de legítimos suscriptores, así como la característica de que dicha contratación del servicio sea con una persona física o moral que cuenta con la concesión otorgada por el Estado (empresa prestadora del servicio) y el Estado quien tiene el dominio pleno sobre estas bandas de frecuencias explotadas con tecnología celular, PCS y/o GSM.

CANTIDAD DE LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO.- En el caso que nos ocupa se encuadrarían en plurisubjetivos, ya que pueden realizarlo dos o más los activos o los pasivos.

POR EL DAÑO QUE CAUSAN EN EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO O TUTELADO Y DEL OBJETO MATERIAL

En el tipo penal propuesto sería clasificado en los de daño o lesión, ya que la conducta desplegada por el sujeto activo del delito altera el bien jurídico protegido que

es la frecuencia explotada con tecnología celular, PCS y/o GSM al realizar una duplicación o réplica (clonéo) ilegal de la misma; una falsificación la cual hace creer a los instrumentos con los que se realiza el proceso de acceso inalámbrico (llamada) que es de un suscriptor o abonado legalmente contratado, validándola en perjuicio del contratante del servicio, como del patrimonio de la concesionaria del mismo y del Estado al realizarse el uso y aprovechamiento de la radiotelefonía móvil, sin consentimiento y sin derecho que le asista al sujeto que realiza la conducta delictiva.

En cuanto al objeto material se clasificaría en materiales, ya que la radiotelefonía móvil al recibir la conducta que realiza el sujeto activo, propicia que se altere al realizarse esa duplicidad o clonéo de la misma sin consentimiento y sin derecho del suscriptor, del concesionario y del Estado.

DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CONDUCTA POR SU FORMA.-

El tipo penal propuesto se clasifica en los de acción, ya que la conducta desplegada por él o los sujetos activos del delito, se realiza por medio de movimientos corporales al manipular los instrumentos o elementos tecnológicos, informáticos y/o dispositivos técnicos, para realizar la duplicidad o clonéo de los datos contenidos en un teléfono de radiotelefonía móvil con lo que hacen uso ilícito del servicio, realizar contrataciones falsas, alterar la programación de teléfonos celulares

POR LO QUE SE REFIERE A LA CONDUCTA POR EL NÚMERO DE ACTOS.- El tipo penal propuesto se encuadra en la clasificación de los plurisubjetivos, ya que la comisión de la conducta se realiza con varios movimientos corporales.

POR LO QUE SE REFIERE A SU RESULTADO O POR SU DURACIÓN.- Este tipo penal se clasifica en los de efectos permanentes, ya que se requiere que se continúe con la realización de la conducta ilícita descrita, es decir, el

realizar la duplicidad, réplica o clonaje de los datos contenidos en un teléfono de radiotelefonía móvil, con el que se pueda realizar el acceso inalámbrico, sin el consentimiento y sin derecho que le asista con una marcada intencionalidad, persistiendo ésta para que se produzca el resultado que sería el perjuicio económico que el suscriptor reciente en primera instancia, la empresa concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil, es el Estado el cual tiene el dominio, de las frecuencias que integran la comunicación.

REFERENTE A LOS MEDIOS DE COMISIÓN - La descripción legal propuesta se encuadra en los de formulación libre, ya que el tipo penal no exige una sola y exclusiva forma de realización de la conducta delictiva, es decir, la duplicidad o clonaje de los datos de identificación de uno o más teléfonos de radiotelefonía móvil, se realiza con movimientos corporales al utilizar instrumentos tecnológicos o informáticos, celebrando contrataciones con documentos falsos, alterando la programación de estos teléfonos.

EN ORDEN AL ELEMENTO SUBJETIVO O DOLO ESPECÍFICO - Esta descripción legal propuesta se clasificaría como DOLOSA, ya que el tipo penal y sus modalidades, establece textualmente que **sin consentimiento y sin derecho que le asista** y que se tenga **UNA MARCADA INTENCIÓN** al utilizar ilegalmente la radiotelefonía móvil, al cometer la duplicidad (clonaje) de la frecuencia que hay en radiotelefonía móvil de los aparatos que se encuentran legalmente contratados.

POR LO QUE RESPECTA A LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS Y/O NORMATIVOS.- Integran el tipo penal propuesto, éste se clasificaría en objetivos que la misma descripción legal en estudio sólo contiene elementos objetivos, pues el sujeto en ningún momento interviene un factor subjetivo para la realización de su conducta, existiendo una marcada intencionalidad en su realización y utilizando instrumentos o elementos tecnológicos y/o informáticos,

celebrando contrataciones con documentos falsos, alterando la programación de teléfonos, lo cual son totalmente tangibles y visibles.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN A LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN.- En la descripción legal propuesta de USO ILEGAL DE LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL, se clasificaría en los de oficio ya que para iniciar un procedimiento sólo basta que exista el uso, sin derecho y sin consentimiento de la señal celular para que sea perseguible y sancionable la conducta desplegada por el sujeto activo, puesto que el Estado tiene el dominio sobre ésta

CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN A SU COMPETENCIA.- El tipo penal materia de la presente propuesta sería del FUERO FEDERAL, ya que al mencionarse textualmente en la descripción legal, que es una banda de frecuencia en donde se transmite la radiotelefonía móvil que forma parte del espectro radioeléctrico: La Ley Federal de Telecomunicaciones establece en sus Artículos 2, Párrafo Segundo, Artículo 3ro., fracciones I, II y IV, 4 y 5, Párrafo Primero, que la banda de frecuencia que se utiliza para la radiotelefonía móvil es una porción del espectro radioeléctrico del cual en todo momento el Estado mantendrá el dominio sobre él y asimismo es considerado una Vía General de Comunicación, la cual se encuentra dentro de la Jurisdicción Federal conforme lo indica el artículo 3 de la Ley Vías Generales de Comunicación y el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, al ser un Servicio Público Federal la Vía General de Comunicación del Espectro Radioeléctrico en donde se encuentra la banda de frecuencia que se explota para la radiotelefonía móvil, misma que se encuentra concesionada al ser afectada y producirse un menoscabo o por la disposición ilícita de la atribución que tiene el Estado del dominio sobre ésta.

4.6 TEORÍA DEL DELITO RESPECTO DEL TIPO PROPUESTO

La Teoría del delito en la que se procederá a realizar el estudio de la figura jurídica propuesta. será sobre la base de la teoría o corriente unitaria o totalizadora que establece que el delito es factible de división para realizar un estudio profundo y a este respecto, se procederá bajo la corriente heptatómica, así tenemos que conforme a los elementos que la integran el delito se encuentra en contraposición de ellos, los negativos. A continuación se procede a su estudio sobre la base del tipo penal propuesto:

CONDUCTA

La conducta se encuentra fundamentalmente dividida en dos corrientes, la Tradicional que se integra con cuatro elementos enfocados al tema de estudio, se dirá que el hacer o no hacer consiste, referido al tipo penal propuesto, en "el hacer" consistente en el uso y aprovechamiento por medio de realizar la duplicidad de los datos que integran el NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil, realizando con ello el uso ilegal de la radiotelefonía móvil, con instrumentos tecnológicos o informáticos sin contar con el consentimiento, ni el título justo que ampare dicha actividad o realizando contrataciones fraudulentas o alterando la programación de radiotelefonía móvil.

Una voluntariedad referida a un hacer o no hacer, el realizar dicha conducta con una marcada intencionalidad de conocer que es sin consentimiento, ni derecho o título que le asista

Un resultado que es la obtención de un lucro o la comisión de otro delito

Y un nexo causal al realizarse la conducta de duplicidad con la intención de hacer un uso ilegal de la radiotelefonía móvil, obteniendo o no un lucro indebido, uso

personal para no pagar el servicio o la comisión o la colaboración en un delito

Y con relación a la corriente tradicional, con su quinto elemento, establece que es una voluntariedad referida al resultado, sería realizar la duplicidad de los números que integran el NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil, para hacer uso ilegal de la radiotelefonía móvil, inalámbrica, con una marcada intención para obtener o no un lucro, el uso personal con la intención de no pagar el servicio o la comisión o colaboración en otro delito.

Asimismo el referirnos a las formas de la conducta desde el punto de vista de la corriente tradicional, por ser a nuestra consideración la más adecuada para el análisis del tipo propuesto, sería la acción, ya que es necesario realizar la conducta delictiva con acción, es decir con movimientos corporales

TIPICIDAD

El estudio de este elemento de la teoría del delito referido al análisis de la propuesta del tipo de uso ilegal de la radiotelefonía móvil, sería el que se concreticen el uso y aprovechamiento de la radiotelefonía móvil por medio de la duplicidad que se realiza por instrumentos, que alteren la programación de teléfonos o contrataciones del servicio con documentos falsos y con ello se lograra la obtención o no de un lucro indebido, el uso personal con la intención de no pagar el servicio, la comisión de otro delito y la afectación del dominio del Estado sobre estas frecuencias

Su elemento negativo sería la atipicidad, que se presenta en el momento que no se cumpla con alguno de los requisitos establecidos en la norma propuesta, como sería la falta del sujeto activo, del pasivo del objeto material o de cualquier otro

ANTI JURIDICIDAD

Se presenta en el momento que la conducta que realiza el sujeto activo se adecua a la descripción legal que se propone, con la cual se está violando el deber jurídico implícito en la norma que sería el no usar, ni disponer de la radiotelefonía móvil si no se tiene el consentimiento o el derecho que le asista lo que lesiona el bien jurídico protegido o tutelado, que son las bandas de frecuencia que se explotan con tecnología celular, PCS y/o GSM que forman parte del espectro radioeléctrico pertenecientes al dominio del Estado.

El elemento negativo son las causas de justificación en este tipo penal propuesto, no es aplicable ninguna causa de justificación, ya que la norma establece textualmente que se realiza la conducta con una total intención, es decir con "dolo", con un total conocimiento que la acción realizada que va en contra de la prohibición establecida en el ordenamiento legal y además quiere y conoce el resultado de su acción.

IMPUTABILIDAD

Es la mínima capacidad física y capacidad legal que debe reunir el sujeto activo del delito al momento de realizar su conducta delictiva, que en el tipo penal propuesto es la persona que comete este tipo de duplicidad ilícita de los datos de identificación denominados NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil, con lo cual se hace uso ilegal de la radiotelefonía móvil, teniendo la capacidad física de realizarlo ya que por lo menos tiene conocimiento sobre la programación de teléfonos, manejo de instrumentos en informática con lo que su capacidad intelectual no es la de una persona ignorante, además de que la propia norma establece la leyenda "con total intención", lo que implica un conocimiento del resultado que se comete y que viola y vulnera un bien jurídico protegido, que es la frecuencia que se explota con tecnología celular, PCS y/o GSM que forma parte del espectro radioeléctrico de uso determinado

y de la cual el Estado tiene el dominio. El aspecto negativo de este elemento que sería la imputabilidad es totalmente inoperante, ya que como se ha hecho hincapié para nosotros la minoría de edad, la sordomudez cuando no se sabe leer y escribir, los trastornos mentales, transitorios o permanentes de alguna o otra forma tienen la aplicación de una sanción, la cual se traduce en procesos ante el Consejo de Menores Infractores, tratamientos en Centros de Salud. Siendo en un momento dado la posibilidad de que se aplique este aspecto negativo de una forma muy remota e imposible, cuando se presente en la práctica jurídica de que un sujeto sea detenido con un teléfono celular duplicado en su señal celular, reconozca que lo ha utilizado pero que haya ingerido accidentalmente o contra su voluntad antes de realizar este uso, sustancias tóxico-embriagantes o tóxico-infecciosas que nada tienen que ver con el tipo propuesto

CULPABILIDAD

Se procederá a realizar el análisis de este elemento del delito conforme a las tres corrientes importantes que se estudiaron anteriormente.

Para la corriente Psicológica, el nexo volitivo y emocional que une al sujeto activo que realiza la conducta de uso ilegal de la radiotelefonía móvil, sería el que la realiza con "una marcada intención" que por ende requiere la conducta descrita en la norma y quiere el resultado conociendo que es contrario a derecho, al realizarlo sin consentimiento del Estado, de la concesionaria del servicio o del suscriptor o usuario legítimo.

Conforme a la corriente normativa el tipo penal de uso ilegal de la radiotelefonía móvil refiriéndose al elemento culpabilidad, se estaría en que el sujeto activo, sí actúa de forma intencional, con total capacidad legal y física al realizar la conducta, ya que pretende obtener o no un lucro indebido; el uso personal con la intención de no pagar el servicio, la comisión de otro delito y en general el uso y

aprovechamiento sin derecho y sin consentimiento de la radiotelefonía móvil. Conducta de la cual se le podría haber exigido otra como por ejemplo, la contratación legal del servicio.

Por último, para la corriente finalista en la que se dice que únicamente debe hacer un juicio de reproche para el sujeto que comete la conducta este sería en el tipo penal propuesto el que tiene la posibilidad de realizar otras conductas tendientes a que se dé el uso y aprovechamiento de la radiotelefonía móvil por medio actos jurídicos lícitos que lo legitimen.

En su aspecto negativo de este elemento referido a la norma penal propuesta que sería la inculpabilidad, se daría cuando no se dé alguno de los requisitos establecidos anteriormente

PUNIBILIDAD

La punibilidad referida al estudio del tipo materia de estudio, sería la amenaza de imposición de una sanción para la persona, sujeto, activo que incurriera en la violación del deber jurídico contenido en la norma, dentro de un mínimo y un máximo, misma que se establece en razón de que ceda el uso y aprovechamiento de una cosa en forma ilegal (radiotelefonía móvil), de la cual el Estado tiene el dominio y las facultades de otorgarla a través de un título de concesión, con lo que se puede usar y aprovechar

Y de que con conocimiento de causa del sujeto activo, realiza las conductas descritas en perjuicio de este dominio con la obtención de un beneficio que está contraviniendo la norma, ya que lo utiliza sin permiso del Estado y del particular, reflejándose una afectación en su bien jurídico protegido (patrimonio); además de establecerse la imposición de una pena de prisión, es necesaria la reparación del daño.

Una vez hecho el análisis del delito o propuesta de norma penal a la luz de los elementos del tipo y de la teoría del delito, es oportuno hacer mención que para nosotros la norma propuesta es un concurso ideal de normas, ya que existe la posibilidad que con las conductas descritas una persona cometa varios delitos. En la actualidad se han incrementado los delitos en los que el delincuente se vale de la radiotelefonía móvil para la consumación y obtención de un beneficio que pretende alcanzar, esto es, por ejemplo en los delitos de secuestro, robo a instituciones bancarias, narcotráfico, contrabando, tráfico de armas, etc. en los que los teléfonos para radiotelefonía móvil de este tipo (duplicados o CLONES) son muy socorridos, al no ser detectable en su utilización, por confundirse con el consumo de llamadas de un suscriptor legal, y ser por esto el medio más seguro y confiable en el que estas actividades delictivas se realicen sin el temor de que puedan ser descubiertas o en su caso, llevarse acabo con exactitud y con una total impunidad

Aún y cuando en la actualidad los concesionarios de la radiotelefonía móvil hayan lanzado al mercado los sistemas de prepago, en los que el suscriptor no tiene obligación alguna de celebrar contratos, ni proporcionar datos, tiene la desventaja para el sujeto que se dedica a actividades delictivas, que se tiene un registro de las llamadas en los que le puede haber indicios de a quién o con quién se comunica y con ello se establecen indicios de su probable responsabilidad penal en la comisión de otras conductas delictivas, por lo que es socorrido esta actividad en la actualidad.

4.7 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La autoría y la participación en la comisión de esta conducta se da en todas sus formas, con excepción del instigador en la participación, ya que como se observa de los puntos de planteamiento del problema y de las formas en las que se realiza la duplicidad de señal celular, en la vida práctica realiza por sí mismo todas las acciones tendientes a la ejecución de la conducta y del resultado sin requerir la colaboración o ayuda de otros, por lo que su forma de intervención se da en grado de autor material de la misma.

Asimismo puede realizarse en grado de coautoría, ya que pueden ser uno o más los que actúan con pleno dominio del hecho, con una división del trabajo acordado antes y durante la realización de la duplicidad de los datos contenidos en el NAM, de un teléfono de radiotelefonía móvil, para hacer uso ilegal de está, con lo que son responsables en forma igual en la conducta; ésto se observa al momento de ser rendidas sus declaraciones ante la Agencia del Ministerio Público, en la que manifiestan que conocían que se estaba realizando el uso de la radiotelefonía móvil sin contar con permiso o concesión, es decir sin consentimiento y sin derecho, con un acuerdo previo para ello con un beneficio o que el sujeto activo se valga de autores mediatos que a nombre y representación de él realicen tal conducta al valerse de inimputables o de inculpables, como si se tratara de meros medios o instrumentos para realizar este uso ilegal. Personas éstas que actúan protegidos por ser menores de edad o con retrasos mentales menores, ya que la actividad para la realización de la conducta es simple cuando los instrumentos con que se realizan están conectados o bajo el error de considerar que la actividad realizada es algo lícito o bajo la coacción física y moral del autor mediatos

En grado de participación el sujeto activo realiza todo los movimientos corporales tendientes a realizar la duplicidad, auxiliándose de otros para que sean ellos

los que comercialicen el producto o lo arrienden sin que intervengan en el dominio del hecho, solamente auxilie a su fin o que a las personas a quien le venden o rentan el equipo celular duplicado al conocer que dicho equipo no se encuentra debidamente contratado (con documentos falsos), o que se trata de un duplicado de un teléfono de radiotelefonía móvil. el cual no le generará un pago, se aprovechan del servicio sin haber tenido el dominio del hecho para realizarlo no pagando y contribuyendo al fin de la conducta

4.8 FORMAS EN LAS QUE SE REALIZAN EL USO ILEGAL DE LA RADIOTELEFONÍA MÓVIL INALÁMBRICA, EN LA VIDA PRÁCTICA

Es pertinente indicar de manera detallada las formas más comunes en las que se realiza esta conducta, antes de dar por concluido el presente capítulo, con base en la experiencia personal y profesional que el suscrito ha tenido en las diversas averiguaciones previas y causas penales, en la que he intervenido a favor de los intereses de empresas, cuyo objeto social es la explotación y utilización de la radiotelefonía móvil explotada con tecnología celular, PCS y/o GSM

Así tenemos que generalmente el sujeto activo del delito realiza esta conducta con la ayuda de equipos de cómputo, software, escáner, e interfaces especiales, mismos que permiten captar e interpretar los datos que componen el NAM de teléfonos de radiotelefonía móvil, que permiten utilizar las frecuencia concesionadas del espectro radioeléctrico de uso determinado y son transmitidos a otros equipos de radiotelefonía móvil de diversas marcas, mismos que hacen uso en forma simultánea de la línea asignada al usuario o cliente que legalmente se encuentra contratado, en perjuicio directo del patrimonio del concesionario que cuenta con la concesión para la explotación de la radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS y/o GSM, ya que éste reembolsa o ajusta la cantidad de dinero que haya cobrado o no al usuario por el

uso de la línea.

Actividad que requiere de un proceso y conjunción de estos instrumentos, los cuales al ser conectados permiten la captación de los números que integran el NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil. con los que se logra el uso de la frecuencia que se explotan con tecnología celular, PCS o GSM logrando el acceso inalámbrico a través del escáner, quien captura dicha información almacenándola y transmitiéndola por medio de una interface, la cual va conectada al sistema de cómputo, mismo que cuenta con el software especial que interpreta dichos datos captados codificándolos de tal manera, que sean transmitidos por medio de otra interfaces que cuenta en sus extremos con dos conexiones, uno que se inserta al sistema de cómputo y la otra al equipo celular mismo, que al ser encendido y ordenando al programa transmite los datos al teléfono de radiotelefonía móvil captándolos y programándolos en su sistema, con lo que se puede realizar el uso ilegal de la radiotelefonía móvil; creándose así un Gemelo o duplicado de una línea, que permite realizar llamadas en forma indistinta a diversos lugares que generalmente son para la utilización de larga distancia; dicho teléfono, cuenta con grandes ventajas para la delincuencia, ya que es imposible determinar cuales son las llamadas que han sido realizadas por el usuario legal con el duplicado, pues se encuentran intercaladas y no se conoce en que momento será utilizado el duplicado.

Es por ello que las actividades delictivas más socorridas para la utilización de este tipo de teléfonos de radiotelefonía móvil, duplicados en los números del NAM de otro suscriptor que se encuentra legalmente contratado, sea el narcotráfico, robo de vehículos, bancos y secuestro, el cual garantiza en su utilización la seguridad de no ser detectado o intervenido por algún elemento auxiliar del órgano ministerial que esté abocado a la investigación de un delito denunciado, con lo que se propicia la impunidad.

En otras ocasiones el sujeto activo de la conducta que se pretende sea tipificado, realiza contrataciones del servicio de líneas de radiotelefonía móvil, presentando documentos falsos o alterados en donde usurpa la identidad y domicilio de alguna persona, ostentándose ante el prestador como ésta o creando la identidad de un sujeto que materialmente no existe.

Con lo cual obtiene que la prestadora del servicio active la línea y tenga el acceso a la utilización de la radiotelefonía móvil y por ende de la banda de frecuencia concesionada para tal efecto, perteneciente al espectro radioeléctrico la cual conoce y sabe que no pagará su servicio, ocupándola para fines delictivos o rentándola para realizar diversas llamadas de larga distancia, con lo que obtiene un beneficio que le permite que actúe con una total impunidad

Conducta que realiza en diversas entidades de la República en un sin número de veces, ya que muy seguramente haya sido empleado en alguna empresa prestadora del servicio o tenga colaborando con su actividad a empleados que laboran en la concesionaria del servicio, quienes conocen que no serán detectados en forma inmediata los datos falsos del supuesto usuario, con lo que podrá hacer uso del servicio hasta que el verdadero reciba la primera factura del mes y se presente con la prestadora a reclamar el porqué se le pretende cobrar un servicio del cual no contrató; presente denuncia de hechos por el delito de fraude, o que al haber sido un usuario que no existe materialmente, se incremente su saldo incurriendo en morosidad y al ser exigido el pago se detecte que no hay tal sujeto, que era el supuesto cliente.

Con lo que la empresa prestadora del servicio de forma tardía se percata de esta conducta, luego de haberle propiciado un deterioro en su patrimonio, al utilizarse la señal celular y haberla cuantificado y calculado en una cantidad de dinero al emitir su factura.

En otras ocasiones esta contratación con documentos falsos propicia que la línea contratada sea duplicada en un sin número de ocasiones, arrendándose o vendiendo los duplicados a diversas personas, con lo que en forma casi inmediata produce consumos de tiempo aire excesivo, sin ser detectados en forma inmediata por la prestadora del servicio, bajo la falsa creencia de que se trata de un cliente real que pagará el servicio; lo cual es falso, toda vez que se está ocupando la línea como si se tratase de 15 o más usuarios legales generalmente. Propiciándose con esto la generación de establecimientos que su objeto es la comercialización ilícita de estos duplicados, siendo socorridos por clientes que se dedican generalmente a actividades contrarias a derecho, como se señaló anteriormente

Este tipo de conductas que se ha denunciado ante el Órgano Ministerial con el fin de que aplique una sanción, la cual como se ha observado carece de un ordenamiento legal que tipifique en forma clara y precisa dichas conductas, con lo que da por resultado que se decreten sentencias absolutorias a estas personas, dejando impune su proceder y abierto totalmente el que las realicen a sabiendas que no podrán ser sancionados, fomentando no solamente que sean clientes (sujetos activos) los que se dedican a conductas delictivas debidamente reguladas en el Código Penal, sino la población en general, quien al conocer que no existe sanción alguna para esta conducta, compren en el mercado ilegal e informal tal producto que les permite estar constantemente comunicado en su comercio, industria o simplemente en sus actividades diarias, el cual solamente se paga una sola vez y no el desembolso de una cantidad por concepto de renta mensual, pre-pago o que las llamadas de larga distancia sean pagadas a un costo mucho menor, en beneficio de su economía cuando se les renta para este objeto.

Por lo que implica a todas luces una laguna jurídica que el derecho ha dejado de observar y que el presente trabajo de investigación pretende subsanar, proponiendo se regule a través de una norma, en donde se integre como tipo penal de exacta

aplicación, los hechos antes mencionados.

Esperamos que los legisladores estén atentos a esta necesidad, que por mi parte, como profesional trato de realizar un trabajo de investigación, en donde exista una respuesta a la conducta injusta que se propone se tipifique como delito.

METODOLIGA

CAPITULO CUARTO

En el presente capítulo se utiliza la metodología para la aplicación del derecho a casos concretos la cual presupone la utilización previa de la metodología, para la interpretación de las normas jurídicas utilizando los métodos deductivo atento a que se tomaron como base conocimientos generales sobre la teoría del delito y los presupuesto del delito para poder realizar un estudio monografico del delito propuesto, el método científico atento a que se realiza una comprobación de la hipótesis planteada con base en los conceptos doctrinarios aceptados de los elementos del delito, para el derecho penal, el método sistemático al ordenar una serie de conocimientos de la forma en que se esta realizando la conducta a regular con la forma en que se estudia los elementos del delito para que resulte clara las relaciones y dependencias que se tienen con lo que esta conducta delictiva reúne los elementos de un todo.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La teoría del delito es la encargada de estudiar las características y elementos de toda conducta, que es considerada delito y dependiendo de la corriente doctrinaria en la que se pretenda estudiar la conducta desplegada por un sujeto activo, se conocerá si se está estudiando; desde el fin de la conducta, corriente finalista, los motivos que en caminaron a su realización, corriente causalista en su caso

SEGUNDA.- La teoría del delito tiene tres corrientes principales las cuales pueden ser resumidas en: la corriente causalista, la que estudia la conducta delictiva desde un aspecto interno y externo es decir el sujeto planea, delibera y realiza la conducta ocasionando, la alteración al mundo exterior, no así en la corriente finalista, que su objeto es conocer la finalidad con la que se realizó la conducta sin entrar al estudio del elemento subjetivo de la planeación y deliberación; la corriente funcionalista, es la que su objeto de estudio es la prevención del delito mediante una política criminal adecuada, sin entrar al estudio de la finalidad o intención de la conducta sino a su prevención

TERCERA.- Las conductas que son consideradas delito deben ser analizadas bajo los presupuestos de la teoría del delito y las modalidades del tipo penal, ya que el conocimiento de lo que es la conducta, la tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, como las modalidades, nos hace conocer si una conducta es o no un delito observándose y cumpliéndose al unísono, el principio de exacta aplicación que se encuentra consagrado en el artículo 14 constitucional, con lo que se aplica una pena a la conducta que cumpla con estos elementos, por lo que es importante para la investigación el estudio de este tema.

CUARTA - La averiguación previa es la etapa procedimental en la que el Ministerio Público realiza su labor de investigador, tendientes a integrar los elementos

del tipo penal y acreditar la probable responsabilidad con la que podrá decretar el ejercicio de la acción penal o abstenerse a ello. Iniciándose la Averiguación Previa a través de la denuncia o la querrela que el sujeto pasivo de la conducta recibe y que afecta un bien jurídico protegido de su esfera jurídica.

QUINTA.- El auto de término constitucional es importante para definir la situación jurídica de un sujeto activo, ya que le permite al órgano jurisdiccional (Poder Judicial) a definir si se procesa a este sujeto al proceso penal, con el que se llegará a la emisión de una sentencia que tiene por objeto establecer la integración de la totalidad de los elementos del tipo penal del delito que se le impute y el acreditamiento de la responsabilidad para que sea sujeto a una pena.

SEXTA - La importancia que tiene conocer los antecedentes históricos de la telefonía móvil, es ver lo que la tecnología ha creado a través de implementar sistemas con los que la humanidad accede a un servicio de comunicación que permite cubrir su necesidad de tener comunicación permanente, no importando el lugar en donde se encuentre con una mayor capacidad de uso y con el objetivo de que no solamente se utilice para el servicio de voz, sino se amplíe al campo de datos, video, Internet, en donde convergen otros servicios que no solamente son complementarios a la telefonía móvil, sino son importantes para el avance tecnológico que permitirá tener una globalización y contacto permanente.

SÉPTIMA.- Otro aspecto importante fue el conocer la evolución que han tenido la telefonía móvil desde la tecnología analógica a la digital, la cual complementada con la tecnología celular y los sistemas PCS GMS, han permitido eficientar el servicio permitiendo que la radiotelefonía, la cual se explota en la frecuencia del espectro de uso determinado, amplíe su rango de ancho de banda, con lo que se podrá incrementar considerablemente los suscriptores evitando la saturación de los sistemas, aunado a que permitirá dar más servicios no solamente el de voz.

OCTAVA.- El uso ilegal de la radiotelefonía móvil, se realiza al duplicar los números de identificación de un teléfono de radiotelefonía móvil de un suscriptor autorizado, con el que le permite tener el acceso inalámbrico sin consentimiento de la concesionaria, conociendo esta conducta como la creación de "gemelos" o CLONES.

NOVENA.- El Ministerio Público al entrar al estudio y análisis del uso ilegal de la radiotelefonía móvil, aplica tipos penales que no son los de exacta aplicación, violando lo establecido por el artículo 14 párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido que "en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple ANALOGÍA y aun por MAYORÍA DE RAZÓN, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata" Situación que queda ilustrada con base en la teoría del delito, bajo la corriente finalista y de los elementos del tipo, en relación con las resoluciones que en la practica jurídica se han dado que no hay tipo penal de exacta aplicación para esta conducta.

DÉCIMA.- La necesidad de crear una norma jurídica en donde se regule y establezca el tipo penal, en el que se observe en forma integral la conducta del uso ilegal de la radiotelefonía móvil y que guarde y respete el precepto constitucional.

DÉCIMA PRIMERA.- Lograr introducir al lector del presente trabajo de investigación para que tenga el conocimiento de lo que es la radiotelefonía móvil, desde sus orígenes históricos hasta el proceso de comunicación ilegal, conociendo las formas en que paso a paso se realizan las conductas antes citadas y que el derecho a dejado de regular.

DÉCIMA SEGUNDA.- Comprobando que las legislaciones en materia de telecomunicaciones como en el Código Penal Federal no existe, ni señala un tipo penal de lo que es el uso ilegal de la radiotelefonía móvil, aunado a que la

Jurisprudencia no han emitido criterio alguno al respecto.

DÉCIMA TERCERA.- Lograr que sea tomada en cuenta la presente investigación para que el legislador tipifique o regule esta conducta ilícita, la cual no debe ser incluida como una modalidad de ningún tipo penal ya establecido; ya que cumple con las características de un tipo autónomo con características especiales, el cual debe ser incluido en un capítulo especial del Código Penal Federal.

DÉCIMA CUARTA.- La propuesta de creación de un tipo penal que involucra las conductas que han sido calificadas como ilícitas en el campo de la telefonía celular, deben ser tomadas en cuenta por el Derecho Penal Mexicano, ya que los cambios y avances tecnológico no pueden ni deben estar aislados, porque lo que ocasionan es que sujetos activos de la conducta afecten el bien jurídico protegido, que en el presente caso sería el espectro radioeléctrico en primera instancia, en el cual el titular es el Estado en primera instancia y en un aspecto secundario el patrimonio del concesionario que explota y da uso a este espectro.

DÉCIMA QUINTA.- Señalar que en la legislación de los Estados Unidos de América se encuentra un precedente aplicable de este tipo de conductas, las cuales denominan como defraudación celular; conceptualización que se considera inadecuada.

PROPUESTA

Los avances tecnológicos en la radiotelefonía móvil han propiciado y generado la comisión de conductas que afectan bienes jurídicos, objetos materiales que se encuentran amparados y protegidos por las Leyes penales, sin embargo aun y cuando sean realizado reformas al artículo 368 del Código Penal Federal, ordenamiento legal en donde se pretende por el legislador que se encuadra la comisión de estas conductas y el órgano Investigador y jurisdiccional aplica para pretender integrar y encuadrar su comisión, para el suscrito no subsana o engloba en nada la comisión de estas, ni mucho menos que con ello se de un tipo penal o cuerpo del delito de exacta aplicación, atento a que en su fracción II señala textualmente:

"II - El uso o aprovechamiento de energía, magnética, electromagnética, de cualquier fluido o de cualquier medio de transmisión, sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de los mismos"

Redacción que al ser estudiada bajo uno de los tres principios constitucionales consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se traduce en una garantía de legalidad y cumplimiento de principios esenciales del enjuiciamiento penal, conocidos tradicionalmente por los aforismo Nullum crimen, nulla poena sine lege y del de nulla poena sine iudicio, de estricta aplicación de la Ley en las Resoluciones Judiciales de orden criminal quedando prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito; hace señalar y efectuar las siguientes reflexiones:

La fracción II del artículo 368 del Código Penal Federal en estudio establece uso y aprovechamiento de:

a - Energía Eléctrica, misma que si bien utiliza la radiotelefonía móvil esta solamente es para que funcionen los instrumentos necesarios para lograr la explotación de las bandas de frecuencia del espectro radio eléctrico de uso determinado, señal celular, más no es, ni forma parte del espectro.

b.- Energía Magnética, que se traduce en la potencia activa y capacidad para producir atracción magnética atracción de polos diferentes, lo que la radiotelefonía móvil, no utiliza por lo que no es materia de estudio.

c - Energía Electromagnética, la que se traduce como el estudio de la física que estudia la interacciones entre corrientes eléctricas y campos magnéticos, sin embargo la radiotelefonía móvil es una banda de frecuencia de determinado números de ciclos de potencia que forma parte del espectro radioeléctrico en donde el magnetismo no se involucra ya que no existe la atracción de cuerpos por cargas diferentes y mas aun la propia tecnología y la concesión que se otorga a las empresas de este ramo le señalan que el termino de radiotelefonía móvil a través de una señal, con tecnología celular concepto que en nada es igual a la energía electromagnética y más aun no puede este concepto abarcar las modalidades de la conducta que se tienen como portar en la propuesta de este tipo penal en estudio

d.- Fluido, según la física fluido es cualquier cuerpo de gas o liquido que no teniendo forma propia cambian de forma sin esfuerzo, lo que a todas luces no es la radiotelefonía móvil, ni la señal que se explota en la misma.

e.- Cualquier medio de transmisión lo que se traduciría en los instrumentos tales como los circuitos en los que se utilizan las bandas de frecuencia, los equipos celulares, cables, enlaces y dispositivos de conmutación, mas esto no sería la señal que se utiliza en la radiotelefonía móvil, para prestar los servicios de

comunicación y los de valor agregado, por lo que este concepto no los abarca ni contempla, mas aun no solamente la utilización de los medios de transmisión puede dar origen a la clonación, ni mucho menos a que se encuadre algunas de las modalidades del tipo que se propone en el presente trabajo.

Aunado a lo anterior esta fracción establece "uso y aprovechamiento sin consentimiento y sin derecho de la persona que legalmente pueda disponer de los mismos" como se citó al inicio. Si bien se da lo antes citado con su recato en cuanto al termino uso ya que en los títulos de concesión y en la Ley Federal de Telecomunicaciones y su Reglamento se establece muy claramente que el objeto es la operación y explotación lo que bajo un parámetro de sinónimo sería lo mismo, sin embargo no es de ninguna forma lo que se pretende establecer por la norma y tipo penal propuesto, ni contempla o se puede desprender alguna modalidad de las conductas que se citan del tipo penal en estudio, por lo que dicho ordenamiento a consideración del suscrito deja en un estado de impunidad la comisión de conductas que se están dando en el campo de las telecomunicaciones y por ello que el propósito de esta propuesta de trabajo; sea el contemplarlas y regularlas en forma totalmente independiente, ya que se trata de un tipo autónomo que por su terminología a utilizar y la forma y manera de su comisión en su realización, merece tener un capítulo especial el cual debe adicionarse inmediatamente después del artículo 74 de la Ley Federal de Telecomunicaciones; como un artículo 75 y siguientes quedando de la siguientes forma el tipo penal en la Legislación en comento:

ARTÍCULO 75.- Comete el delito de uso ilegal de la radiotelefonía móvil inalámbrica, el que sin consentimiento y sin derecho que le asista y con una marcada intencionalidad modifique y/o realice duplica o réplica de los números de serie electrónico y identificación móvil de uno o varios teléfonos de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS, GSM o cualquier otra, que ocupan las bandas

de frecuencia concesionadas del espectro radioeléctrico de uso determinado, causando la impresión de que se trata de un suscriptor autorizado, mediante cualquier medio o instrumento tecnológico, obteniendo con ello, un lucro indebido y/o el aprovechamiento, disposición o uso de forma personal o para un tercero, de la radiotelefonía móvil que se encuentra legalmente concesionada por el Estado o contratada con el concesionario, para no pagar el servicio y/o que con ello se realice, colabore o participe en la comisión de otro delito o sirva de instrumento para su realización

ARTÍCULO 76.- Se equipara al uso ilegal de la radiotelefonía móvil inalámbrica y se sancionará como tal:

I.- El que a través del engaño y aprovechándose del error de la prestadora del servicio, celebre contratos proporcionando información falsa, identificándose con documentos falsos y/o utilizando los documentos de un suscriptor que tenga o haya tenido legalmente contratado el servicio, sin consentimiento de éste Conducta que se realiza con el fin de no pagar el servicio o el obtener la información necesaria para poder realizar el uso ilícito de la radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra tecnología, o que con ello se colabore o realice otro delito; utilizando por ende el espectro-radio-eléctrico sin consentimiento alguno y en perjuicio de la concesionaria del servicio o del Estado

II.- El que realice el uso ilegal de la radiotelefonía móvil inalámbrica de uno o más teléfonos de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra, por medio de cualquier instrumento o elemento tecnológico y/o informático en perjuicio del patrimonio del Estado y/o de la concesionaria y prestadora del servicio.

III.- Al que sin consentimiento y sin derecho venda, produzca o comercialice aparatos, instrumentos o información que permitan descifrar las frecuencias pertenecientes al espectro radioeléctrico de uso determinado, en donde se aprovecha y explota las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico con tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra, sin consentimiento de la persona que tiene concesionado el mismo.

IV.- La persona o personas que sean detenidas con uno o más teléfonos de radiotelefonía móvil para tecnología celulares, PCS, GSM o de cualquier otra, que estén alterados, modificados en sus números de serie electrónico y de identificación móvil o programación, aparentando ser el suscriptor o cliente legalmente contratado, no existiendo el contrato de prestación del servicio de radiotelefonía móvil a su nombre.

V.- El que provea o obtenga listas que contengan el número de serie electrónico y de identificación móvil, para ser programados y utilizados en teléfonos de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra tecnología, que no han contratado el servicio, conociendo por ende que se está duplicando en forma ilícita en otros equipos de igual tecnología, sin autorización alguna y sin contar con concesión otorgada por el Estado.

VI.- El que se halle en control, posesión o custodia de equipos de radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra tecnología que estén alterados en sus números de serie electrónico e identificación móvil, que sean capaces de recibir y originar el acceso inalámbrico o comunicación, sin consentimiento del concesionario del servicio; con o sin la intención de distribuirlos y comercializarlos ilegalmente

VII.- La persona que sea detenida con uno o varios teléfonos de

radiotelefonía móvil para tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier otra, que tengan insertados e instalados dispositivos electrónicos no autorizados por el fabricante de los mismos, que permitan interpretar y realizar el acceso inalámbrico y por ende la comunicación telefónica, con los datos de identificación de un suscriptor que tiene legalmente contrato el servicio, sin consentimiento de éste, de la concesionaria del servicio o de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes

VIII - La persona que por tener un vínculo comercial con la concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS, GSM y de cualquier tecnología, aprovechando esta calidad de tener información privilegiada para cometer y realizar cualquiera de las conductas antes descritas, o permita que las realice un tercero en perjuicio de la concesionaria y del Estado.

IX.- La persona que por tener relación laboral con la concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil, aproveche esta calidad para utilizar en forma personal o para un tercero sin consentimiento y sin derecho de la concesionaria, la serie de números para radiotelefonía móvil que aún no se encuentran dados de alta en los sistemas de facturación de la misma y que realice el enlace y habilitación en el sistema técnico, para hacer uso del servicio de la frecuencia que se encuentra concesionado, obteniendo con ello el uso ilícito de la radiotelefonía móvil con o sin la intención de obtener un lucro indebido, o que con ello colaboren o sirva de instrumento en la Comisión de otro u otros delitos

X.- La persona o personas que por ser trabajadores o tener un vínculo comercial con la concesionaria del servicio de Radiotelefonía Móvil, obtengan o accedan por medio de cualquier instrumento tecnológico de la concesionaria o propio al banco de datos que contienen las claves y passwords que se utilizan para modificar, incrementar, ajustar, activar las líneas que tienen los suscriptores del servicio con la intención de realizar sin consentimiento y sin derecho de la

concesionaria y de la Secretaria de Comunicaciones y Transportes, modificaciones al estado de las líneas en beneficio propio, de la suscriptora del servicio o de un tercero, utilizando con toda intención en forma ilícita la radiotelefonía móvil.

XI.- La persona que por ser empleado de la concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil utilice en beneficio propio de un tercero o del suscriptor de la línea la clave y password que se le otorga y entrega, para realizar ajustes o incrementos de saldo, de uno o más suscriptores del servicio de radiotelefonía móvil en el sistema de la concesionaria, sin consentimiento de ésta o de la Secretaria de Comunicaciones y transportes haciendo uso ilícito de la radiotelefonía móvil.

El propósito de las conductas descritas anteriormente será sancionada, con o sin la intención de obtener un lucro, ya sea a través de comercializarlo o utilizarlo en forma personal, con la intención de no pagar el servicio y/o que con ello se realice la comisión de otro delito

ARTÍCULO 77. - Se entenderá para los efectos de la aplicación de este delito:

Por duplicidad o réplica ilegal la reproducción de la identificación de los datos contenidos en el NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM, legalmente contratado y ser programados en otro que no lo sea

Por NAM: Los datos de identificación de un teléfono de radiotelefonía móvil con tecnología celular, PCS o GSM, mismos que son:

Número Identificador del Móvil (MIN): El número que le es asignado por la concesionaria del servicio de radiotelefonía móvil

Número Electrónico de Serie, (ESN): La identificación propia de cada marca o modelo de equipo radiotelefónico móvil que se encuentra programado en un circuito integrado denominado tarjeta principal del equipo.

Radiotelefonía Móvil con Tecnología Celular: Servicio de radiocomunicación bidireccional entre equipos terminales fijos y móviles o entre móviles, a través de frecuencias del espectro radioeléctrico asignadas para tal propósito, que se dividen en canales discretos que a su vez son asignados en grupos de células para cubrir una área geográfica de servicio celular, por medio del cual se proporciona la capacidad para la comunicación entre usuarios de la Red, así como con usuarios de otras redes públicas de telecomunicaciones

Radiotelefonía Móvil con Tecnología PCS: Servicio de radiocomunicación bidireccional entre equipos terminales fijos y móviles o entre móviles, a través de frecuencias del espectro radioeléctrico asignadas para tal propósito, que se dividen en canales discretos que permiten y dan una variedad de características y servicios que sobrepasan a los sistemas telefónicos celulares analógicos y digitales, tales como servicios de voz, de radiolocalización PAGING, de mensajes y de datos

Radiotelefonía Móvil con Tecnología GSM: Servicio de radiocomunicación bidireccional entre equipos terminales fijos y móviles o entre móviles o entre satélites y móviles, a través de frecuencias de banda ancha del espectro radioeléctrico asignadas para tal propósito, que se dividen en canales discretos que permiten y dan una variedad de características y servicios que sobrepasan a los sistemas telefónicos celulares analógicos y digitales y PCS ya que los servicios de voz, datos, PAGING y multimedia se dan integrados en forma simultánea en un sólo servicio, así como un acceso total no sólo de datos a INTERNET (imagen y voz)

Acceso inalámbrico.- El servicio de enlace radioeléctrico bidireccional entre una red pública de telecomunicaciones y el suscriptor para la transmisión de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonido o información de cualquier naturaleza.

ARTÍCULO 78. - Para la interpretación y competencia del presente ordenamiento legal se estará a lo dispuesto por los artículos 5 de la Ley de Vías Generales de Comunicación y 2 al 6 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en razón de que la frecuencia utilizada con tecnología celular, PCS o GSM, forma parte del Espectro Radioeléctrico que se encuentra bajo dominio el Estado, así mismo para la interpretación de conceptos será de aplicación supletoria a la presente regulación las disposiciones relativas al presente ordenamiento y a su reglamento.

ARTÍCULO 79. - Se sancionará con pena de dos a ocho de prisión y la reparación del daño causado a las personas que participen en la comisión de las conductas descritas en los artículos 1, 2, del presente ordenamiento. Si es cometida en nombre y representación de una persona moral a través de su apoderado legal o de cualquiera de su integrantes, con conocimiento de está, se procederá con facultad del Juzgador a la liquidación de la sociedad y con el capital constitutivo se hará la reparación de daño ocasionado por la conducta, con independencia del ejercicio de la acción penal en contra del apoderado legal y/o del integrante que realizó la conducta.

Para el caso de las fracciones VIII y IX del artículo 2, se impondrá dos tercios más de la pena que le corresponda, en atención a la calidad específica que tiene el sujeto activo de la conducta.

ARTÍCULO 80. - Para la aplicación de la pena de las conductas indicadas bastará el sólo hecho de haberse acreditado que se realizó la duplicidad o alteración de los números que integran el NAM de un teléfono de radiotelefonía móvil, sin contar con el consentimiento del fabricante, de la concesionaria del servicio o del suscriptor que cuenta con la contratación legal; en un teléfono diverso al establecido en el contrato de servicio de telefonía móvil

Es así que la presente norma legal de creación de un tipo penal, se pretende que sea insertada en la Ley Federal de Telecomunicaciones y no en el Código Penal Federal, como un apartado y capítulo especial, ya que se considera que es un tipo autónomo e independiente que nada tiene que estar regulado en los tipos legales de robo o fraude, ya que como se denoto al realizarse el estudio monográfico de este tipo propuesto, esta conducta es totalmente independiente y diferente a cualquiera de los tipos penales antes mencionados.

Asimismo esta propuesta de tipo penal debe estar a la conceptualización de diversos términos técnicos por ejemplo lo que es la radiofrecuencia, por lo que en este ordenamiento legal (Ley Federal de Telecomunicaciones), se establecen los conceptos técnicos que permitirían tener una exacta aplicación del tipo penal, aunado que permitiría la aplicación de su Reglamento en donde se encuentran otros conceptos técnicos y legales que servirían a los órganos Investigador y Jurisdiccional para no aplicar criterios subjetivos y si cumplir con la exacta aplicación de la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABARCA, RICARDO H. EL DERECHO PENAL MEXICANO EDITORIAL CULTURA. EDICIÓN MÉXICO 1970
2. AMU CHATEGUI REQUEYEVIC, IRMA GRISELA. DERECHO PENAL (CURSO PRIMERO Y SEGUNDO) EDITORIAL HARLA. EDICIÓN MÉXICO 1993.
3. ARILLA BAS FERNANDO EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO EDITORIAL EDITORES UNIDOS MEXICANOS, MÉXICO 1976.
4. ÁVILA DÁVILA, ROBERTO. TEORÍA DEL DELITO EDITORIAL PORRÚA EDICIÓN MÉXICO 1997
5. BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. EL ENJUICIAMIENTO PENAL EDITORIAL TRILLAS EDICIÓN MÉXICO 1988
6. CARMONA CASTILLO, GERARDO ADOLFO. LA IMPUTABILIDAD PENAL EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1995.
7. CASTELLANO IENA, FERNANDO LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1990
8. CARRANCÁ TRUJILLO, RAÚL. DERECHO PENAL EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1997
9. CARBALLAR, FLACÓN LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES REDES APLICACIONES Y COSTOS EDITORIAL RA-MA MÉXICO EDICIÓN MÉXICO 1993
10. Bis CASTILLO LARRAÑAGA, VICTOR. EDITORIAL PORRÚA 1990.
11. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. EDITORIAL PORRÚA 1992 EDICIÓN MÉXICO 1992.

12. CORTÉS IBARRA, MIGUEL ÁNGEL. DERECHO PENAL (PARTE GENERAL). EDITORIAL MÉXICO EDICIÓN MÉXICO 1992.
13. DAZA GÓMEZ, CARLOS. TEORÍA DEL DELITO. EDITORIAL CÁRDENAS EDITOR EDICIÓN MÉXICO 1998.
14. DE LA BARRERA SOLÓRZANO, LUIS. U N A M. MÉXICO 1974.
15. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1997.
16. FRANCO GUZMÁN, RICARDO. DERECHO PENAL. EDITORIAL UNAM MÉXICO 1987.
17. GONZÁLEZ BLANCO, ALBERTO. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. EDICIÓN MÉXICO 1991.
18. GUZMÁN, RICARDO FRANCISCO. DERECHO PENAL. EDITORIAL: UNAM. EDICIÓN MÉXICO 1987.
19. OLGA, ISLAS, Y EPIDIO RAMÍREZ. LÓGICA DEL TIPO EN EL DERECHO PENAL. EDITORIAL JURÍDICA. EDICIÓN MÉXICO 1970.
20. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1981.
21. JIMÉNEZ HUERTA MARIANO, LA ANTIJURIDICIDAD Y JURISPRUDENCIA. EDITORIAL EDICIONES JURÍDICAS DEL NORTE. EDICIÓN MÉXICO 1998.
22. LÓPEZ BENTANCOURT, EDUARDO. TEORÍA DEL DELITO. EDITORIAL PORRUA. EDICIÓN MÉXICO 1997.
23. LUNA CASTRO, JOSÉ NIEVES. EL CONCEPTO DEL TIPO PENAL EN MÉXICO. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1999.
24. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. EDITORIAL.

TRILLAS. MÉXICO 1997.

25. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. EL TIPO PENAL (ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL MISMO). EDITORIAL UNAM. EDICIÓN MÉXICO 1986.
26. MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1993.
27. MEZGER, EDMUNDO. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. EDITORIAL CÁRDENAS. EDITOR Y DISTRIBUIDOR. EDICIÓN MÉXICO 1985.
28. ORELLANA WIARCO, ALBERTO OCTAVIO. TEORÍA DEL DELITO. SISTEMA CAUSALISTA Y FINALISTA. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1997.
29. OROÑOZ SANTANA, CARLOS. MANUAL DE DERECHO PROCESAL MEXICANO. EDITORIAL CÁRDENAS. EDICIÓN MÉXICO 1993.
30. OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO. LA AVERIGUACIÓN PREVIA. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1995.
31. OVANDO MANCILLA, JORGE ALBERTO. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1995.
32. PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. COMENTARIOS DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL). EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1989.
33. PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN 1989.
34. PÉREZ PALMA, RAFAEL. GUÍA DE DERECHO PROCESAL PENAL. EDITORIAL CÁRDENAS. EDICIÓN MÉXICO 1991.
35. PORTE PETII CANAUDAP, CELESTINO. APUNTIAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRÚA. EDICIÓN MÉXICO 1997.

- 36 PLACENCIA VILLANUEVA, RAUL TEORÍA DEL DELITO EDITORIAL. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO EDICIÓN MÉXICO 1998
- 37 P.H. SMATE, INTRODUCCIÓN A LOS SISTEMAS DE TELECOMUNICACIONES EDITORIAL TRILLAS MÉXICO EDICIÓN 1993
- 38 REYNOSO DÁVILA, ROBERTO TEORÍA GENERAL DEL DELITO EDITORIAL. PORRÚA EDICIÓN MÉXICO 1998
- 39 ZAMORA PIERCE, JESÚS GARANTÍAS Y PROCEDIMIENTO PENAL EDITORIAL PORRÚA EDICIÓN MÉXICO 1994.
- 40 ZAFFARRONI, EUGENIO RAUL MANUAL DE DERECHO PENAL. EDITORIAL CÁRDENAS EDITORES EDICIÓN MÉXICO 1997.
- 41 ZAFFARRONI, EUGENIO RAUL TRATADO DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL) TOMO IV. EDITORIAL CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR EDICIÓN MÉXICO 1988.
- 42 VELA TREVIÑO, SERGIO. CULPABILIDAD E INculpABILIDAD EDITORIAL TRILLAS EDICIÓN MÉXICO 1991.

AUTORES EXTRANJEROS

- 1 ANIOLISEI, FRANCESCO MANUAL DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ COLOMBIA 1988.
- 2 BERTTIOL GUISEPPE. PENAL. EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ COLOMBIA 1965.
3. BAUMANN. CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA. EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES 1975.
4. BUSCH RICHARD MODERNAS TRANSFORMACIONES DE LA TEORÍA DEL DELITO. EDITORIAL TEMIS 1970.

5. CLEMENTI, FRANCISCO TELEFONÍA MÓVIL DE GRUPO CERRADO, SISTEMA TETRA EDITORIAL COMPAÑÍA TELETTRA ESPAÑA S A ESPAÑA 1990.
6. CLEMENTI, FRANCISCO. TRADUCCIÓN DE THE CELULARA CONCEPT V.H MAC DONALD. EDITORIAL TETRA ESPAÑA S A., ESPAÑA 1979
7. CÓRDOBA RODA, JUAN CULPABILIDAD Y PENA EDITORIAL BOSCH, CASA EDITORIAL, BARCELONA, ESPAÑA 1977.
8. CUELLO CALÓN, EUGENIO. DERECHO PENAL. EDITORIAL BOSCH BARCELONA 1975
9. DIGITALE NACHRICHTENUBERTRAGUNG IEIL BASIC INFORMATION TOMO I INFORMACIÓN BÁSICA. (TRADUCION DEL ALEMAN). EDITORIAL MARCOMBO BARCELONA ESPAÑA I 1988
10. DÍAZ PALOS, FERNANDO. TEORÍA GENERAL DE LA IMPUTABILIDAD. EDITORIAL BOSCH BARCELONA 1980
11. DIGITALE NACHRICHTENUBERTRAGUNG IEIL BASISINFORMATION, TELECOMUNICACIONEA DIGITAL. TOMO I INFORMACIÓN BÁSICA, TRADUCCIÓN DEL ALEMÁN BARCELONA ESPAÑA EDITORIAL MARCOCOMBO S.A 1988.
12. GÓMEZ EUSEBIO, TRAIADO DE DERECHO PENAL EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ 1988
13. FALCIONI MARTA, BEATRIZ IMPUTABILIDAD EDITORIAL ABELEDO- PERROT, BUENOS AIRES ARGENTINA 1987.
14. FERRI, ENRICO PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL EDITORIAL REUS MADRID 1980.
15. FERREIRA DELGADO, FRANCISCO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ COLOMBIA 1988
16. FONTAN BALESTRA, CARLOS EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO.

- EDITORIAL ROQUE DEPALMA EDITOR, BUENOS AIRES ARGENTINA 1992.
17. GIATAN MACHECHA, BERNARDO CURSO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL LERNER 1968
 18. GRAF ZU, DOHNA LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. EDITORIAL ALBERTO PERROT BUENOS AIRES ARGENTINA 1985
 19. GUNTHER JAKOBS LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL. (TRADUCCIÓN) EDITORIAL CIVITAS, MADRID ESPAÑA 1996
 20. HANS, WELZEL DERECHO PENAL ALEMÁN EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE 1997
 21. HANS, WELZEL TEORÍA PURA DEL DERECHO EDITORIAL EUDEBA COLOMBIA 1975
 22. HANS HEINRICH, JESCHECK. TRATADO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL BOSCH BARCELO, ESPAÑA 1981
 23. J BROWN GLAZIER TELECOMUNICACIONES. EDITORIAL: MARCOMBO ESPAÑA EDITORIAL 1974
 24. HANS HEINRICH TRATADO DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL) EDITORIAL BOSCH CASA EDITORIAL BARCELONA 1981.
 25. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS TRATADO DE DERECHO PENAL EDITORIAL LOSADA, BUENOS AIRES ARGENTINA 1991
 26. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS LA LEY Y EL DELITO EDITORIAL SUDAMERICANA BUENOS AIRES 1990
 27. MAURACH REINHARI, TRATADO DE DERECHO PENAL EDITORIAL ARIEL BARCELONA 1962.
 28. MAGGIORE, GUISEPPE. DERECHO PENAL EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ 1998.

29. MAGGIORE, GUISEPPE. CURSO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ 1998
30. MEZGER, EDMUNDO DERECHO PENAL LIBRO DE ESTUDIO (PARTE GENERAL). EDITORIAL ALBERTO PERROT 1958
31. MIG PUIG, SANTIAGO DERECHO PENAL. EDITORIAL ALBERTO PERROT BUENOS AIRES 1991
32. MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Y MERCEDES GARCÍA ARAN DERECHO PENAL (PARTE GENERAL). EDITORIAL IITANI LO BLACH VALENCIA ESPAÑA 1993.
33. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ COLOMBIA 1990.
34. OSORIO, MANUEL DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES EDITORIAL HELIASIA BUENOS AIRES 1994.
35. RAINEIRI MANUAL DE DERECHO PENAL II. EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ 1975.
36. REYES ECHANDIA, ALFONSO DERECHO PENAL PARTE GENERAL EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ COLOMBIA 1990.
37. _____ TIPICIDAD EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ COLOMBIA 1989.
38. _____ ANTIJURIDICIDAD. EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ COLOMBIA. 1989
39. _____, CULPABILIDAD EDITORIAL TEMIS , BOGOTÁ COLOMBIA. 1991
40. _____ IMPUTABILIDAD. EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ COLOMBIA. 1991

- 41 RODRÍGUEZ MURILLO, JORGE. COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. EDITORIAL ARIEL BARCELONA 1972.
- 42 STATE STATUTES FEDERAL LAW, FEDERAL RICO REMEDIES, STATE LAWS ALBAMA – MASASCHUSETTS. (TRADUCCIÓN). ESTADOS UNIDOS CARPETAS. EDICIÓN 1997.
43. WELSEELS JOHANNES DERECHO PENAL. EDITORIAL DEPALMA BUENOS AIRES ARGENTINA 1980.
44. WELZEL HANS DERECHO PENAL ALEMAN 4 DICIÓN EDITORIAL JURÍDICA DE CASTELLANA CHILE 1997.
- 45 VON LSAI FRANZ REARADO DE DERECHO PENAL TOMO II EDITORIAL REUS MADRID.

OTRAS FUENTES

- 1 APUNTES SOBRE EL CUERPO DEL DELITO (REPORTAJE) EDITORIAL CRIMINALIA 1982
- 2 CENICEROS, JOSÉ ÁNGEL. TRAYECTORIA DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO. (REPORTAJE) EDITORIAL CRIMINALÍA. 1980
3. GODIÑO ARRIETA, FRANCISCO. OPINIÓN TÉCNICA EN TELECOMUNICACIONES. (ENTREVISTA) REALIZADA EN 1998
- 4 GUÍA DEL CIUDADANO, SEGURIDAD Y JUSTICIA. EDITORIAL PROCURADURÍA GENERAL. DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL 1990.
5. MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS. EL CUERPO DEL DELITO Y LA TEORÍA DE LA TIPICIDAD. (REPORTAJE) EDITORIAL CRIMINALÍA. 1982

- 6 REFORMA DE BARANDILLA, GUÍA DE DILIGENCIAS BÁSICAS PARA EL MINISTERIO PÚBLICO EDITORIAL PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL 1991.
- 7 SEPTIEN, JORGE. DELITOS CELULARES, (REPORTAJE) EDITORIAL SECURA, ESPAÑA 1997
- 8 VICTIMIZACIÓN Y PREVENCIÓN DEL DELITO. (APUNTES MECANOGRÁFICOS) EDITORIAL PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL 1991

INTERNET

HTIP//WWW.PRIC.COM.MX/CONTE

NOICIA HTIP //WWW.CFI.GOB.CM

NOICIA.HTIP.//WWW.ISACELL.COM.MX/CONTE/IC/IC12.HIM