

00721
39



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO
PENAL O CUERPO DEL DELITO”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ENRIQUE AMADOR GALICIA

ASESOR DE TESIS:

LIC. JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO



CIUDAD UNIVERSITARIA

2003

A



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/209/SP/09/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E

El alumno AMADOR GALICIA ENRIQUE, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO, la tesis profesional intitulada "ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO PENAL O CUERPO DEL DELITO" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO PENAL O CUERPO DEL DELITO" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno AMADOR GALICIA ENRIQUE.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 24 de septiembre de 2003.

LIC. JOSE PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

JPPYZ/*ipg.

B

INDICE.

"ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO PENAL O CUERPO DEL DELITO".

PROLOGO.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2

CAPITULO I

LA DOGMATICA PENAL

A) TEORIA DEL DELITO.....	5
B) CAUSALISMO.....	10
C) FINALISMO.....	38
D) LOGICA MATEMÁTICA.....	49
E) SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS.....	62
F) COMENTARIO PERSONAL.....	65

CAPITULO II

EL CUERPO DEL DELITO

A) ANTECEDENTES.....	67
B) CONCEPTO.....	70
C) OBJETO, INSTRUMENTO Y EFECTOS DEL DELITO.....	75
D) CUERPO DEL DELITO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EN LOS CODIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES FEDERAL COMO DEL DISTRITO FEDERAL.....	78

C

CAPITULO III

ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO PENAL

A) PALABRAS INICIALES.....	89
B) OBJETIVOS.....	90
C) SUBJETIVOS.....	96
D) NORMATIVOS.....	104

CAPITULO IV

EL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL.

A) EL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.....	107
B) PROBLEMAS QUE PRESENTA EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	137
C) VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL MANEJO DEL CONCEPTO ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO PENAL.....	142
D) PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO.....	144
E) NUESTRA OPINIÓN.....	154
CONCLUSIONES.....	160
BIBLIOGRAFÍA.....	163

**A mi Universidad Nacional Autónoma de México y
su Facultad de Derecho, por ser la raíz,
de mi formación profesional.**

**A mis señores padres, con todo mi cariño,
por apoyarme en mis estudios,
Incondicionalmente.**

A mis hermanos, por brindarme su confianza y sinceridad.

**A mi esposa, por su cariño y paciencia,
con grande e infinito amor.**

**A mi asesor, Julio Antonio Hernández Pliego
mi eterno agradecimiento.**

A Dios, por iluminarme de Vida y Salud.

E

PROLOGO.

Quien escribe sus ideas debe hacerlo de forma entendible para el lector, pero dicha obligación se enfoca principalmente a cumplir con un compromiso académico de presentar un trabajo como tesis, solicitando a mis lectores las indulgencias necesarias respecto al desarrollo de este ensayo; sin olvidar, que cada día habré de corregirlo para lograr el objetivo del mismo.

El tema de mi tesis es la reflexión del producto de diversas materias que a lo largo de mi formación universitaria adquirí, inclinándome en una materia, en especial el derecho penal, por contener un espíritu de protección a la vida, libertad y seguridad.

Aunado a lo anterior, observamos el gran interés acerca de la procuración y administración de justicia de parte de las autoridades judiciales (Ministerio Público o Juez), de quienes nos vemos inmersos los ciudadanos por la amenaza penal de ser molestados de manera arbitraria y totalitaria violentando los derechos fundamentales del individuo por actos de molestia corrompiendo los principios de certeza y legalidad jurídica; provocando incertidumbre e inseguridad jurídica de los gobernados. El tema que he pretendido desarrollar lo he denominado "Elementos Integrantes del Tipo Penal o Cuerpo del Delito", conceptos que forman el cimiento de todo proceso penal.

No pretendo agotar el tema, ni ser resolutivo, es un indicativo de posibles soluciones de problemas que he planteado, de una manera enunciativa y no exhaustiva, debido a la poca experiencia acerca del desarrollo de éste, pero como estudioso del derecho y copartícipe de que no se vulnere el estado de derecho, es necesario atender las necesidades que surjan día a día.

INTRODUCCIÓN.

A pasar de los años nuestras autoridades, se han preocupado por combatir la delincuencia, y garantizar seguridad pública, a través de los diversos cambios o reformas que a nuestra legislación han parchado, y que de un plumazo inconsciente confunden el mas estricto sentido de la ley, reformas que lejos de ser benéficas y adecuadas a nuestro acontecer social, suelen ser equivocadas y confusas, como si su interés se enfocara a ser los protagonistas de líneas, textos y citas huecas, que no son sino cambios que afectan a los que de la ley se cobijan y que finalmente somos todos, pues nos involucra como partícipes y cohabitantes de nuestro estado de derecho.

Lo anterior es motivo de la preocupación del que suscribe pues como estudioso del derecho me ha surgido la inquietud de presentar un tema de tesis que he intitulado "ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO PENAL O CUERPO DEL DELITO" lo que tiene que ver y en todo con una de las reformas que a la fecha han causado una gran polémica y punto de discusión entre diversos juristas, pues de dicho enunciado dependen las diversas resoluciones que el Ministerio Público en su carácter de investigador deberá dictar al terminar su encomienda constitucional.

Ante dicha inquietud y preocupación por la seguridad jurídica de los que por cualesquiera causa nos vemos inmersos en el procedimiento penal, he pretendido estudiar las reformas a nuestra Carta Magna en sus artículos 16 y 19, ya que en varias ocasiones han sido reformados irresponsablemente por nuestros legisladores, bajo argumentos poco fructíferos y escuetos. Ello implica desarrollar dentro de este trabajo, la teoría del delito, el causalismo que es aquel análisis en teoría sistemático que se hace del derecho penal y del delito donde podremos partir de la explicación natural que lo genera; el finalismo, que es la antítesis del causalismo donde se trata de justificar la acción del ser humano demostrando que no es un simple acontecimiento causal sino el inicio de un fin; la lógica

matemática, considerada como la síntesis; posteriormente semejanzas y diferencias de ambas teorías; y como punto último de dicho capítulo mi opinión personal.

En nuestro segundo capítulo haremos referencia al cuerpo del delito, iniciando por los importantes antecedentes que como historia que es, debemos de considerarla guía y alejarnos mas de los errores colidanos; así mismo, su concepto, el objeto, instrumentos y efectos del delito, que como partes integrantes de un cuerpo que como fueren brazos o piernas etc, no deben faltar, pues quedaríamos mancos o cojos; siguiendo este orden de ideas, finalmente haremos mención al cuerpo del delito en la Constitución y leyes secundarias, respectivamente.

Tócante al desarrollo de nuestro capítulo tercero haremos una pequeña reflexión y estudios sobre los elementos que componen el tipo tal como son los subjetivos que abarcan dos figuras importantísimas en nuestro procedimiento penal como son el dolo y la culpa; los objetivos que no son sino, las pequeñas peculiaridades de las cuales exige el tipo penal referentes y en razón de la acción que sabemos pueden ser en cuanto al sujeto activo, pasivo, al tiempo, al lugar, al objeto y al medio; los normativos que son de carácter descriptivo u objetivo emitiendo un juicio de valor sobre el hecho.

Finalmente y como punto medular en el desarrollo del último capítulo de nuestro trabajo, estudiaremos como nuestra legislación actual concibe el cuerpo del delito, citando las problemáticas que presentan nuestros códigos adjetivos penales, las ventajas y desventajas que arroja el uso y manejo del concepto elementos integrantes del tipo, así como, el cuerpo del delito; analizaremos, la prueba del cuerpo del delito el cual es la base del procedimiento penal y debe integrar los elementos constitutivos del tipo. Con el afán de lograr de forma humilde y responsable la culminación de nuestro trabajo como tesis, haremos la propuesta que a nuestro criterio traería mayores beneficios en cuanto a la

**seguridad jurídica de los individuos de la que estamos seguros en nuestros días
es anhelo constante de los estudiosos del derecho.**

CAPITULO I

DOGMATICA PENAL

A) TEORIA DEL DELITO.

Concepto. "La teoría del delito es aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de las características que lo integran.

La teoría del delito, al igual que el principio de legalidad, surge como un elemento eminentemente garantista, derivado del pensamiento racionalista e iusnaturalista del iluminismo, que se ocupó de construir las bases del nuevo estado de derecho, uno de cuyos aspectos fundamentales, es la definición de las relaciones entre gobernante y gobernado, con el objetivo de evitar el abuso de autoridad y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

La teoría del delito obedece a objetivos eminentemente prácticos para determinar dentro del mayor grado de precisión posible, si existe o no un delito, por suponer la realización de un comportamiento que se adecua a los elementos característicos de un cierto tipo.

Por otra parte, la teoría del delito da certeza jurídica a la función de todos cuantos intervienen en el ámbito del servicio de la administración de la justicia (el juez, el defensor, el Ministerio Público y su coadyuvancia), en la medida en que favorece la conformación de criterios más uniformes que permiten determinar, con el mayor grado de precisión, y con el menor grado de arbitrariedad, la existencia del delito y la responsabilidad del agente, sobre tal base, permite también al juzgador, la aplicación de la pena mas justa y adecuada, por vía de la individualización.

Este contenido conceptual de la teoría del delito, permite el establecimiento de un orden lógico para averiguar y afirmar la existencia o ausencia del delito, de la responsabilidad del autor y de la punibilidad, y es congruente con ese camino metodológico denominado "dogmática jurídico penal", siguiendo la denominación que por vez primera utilizara en su oportunidad, Rudolph von Ihering".¹

Es importante, dar un panorama referente a la concepción que diversas corrientes tuvieron respecto a los problemas fundamentales que plantea el derecho penal, cuyo conocimiento es vital para entender las actuales figuras e instituciones jurídicas penales, tal como por ejemplo el sistema causalista, el sistema finalista, etcétera.

Escuelas penales, sólo citaremos dos, porque creo que son las más importantes.

"Escuela clásica.- La escuela clásica es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción vigorosa a la anterior y ancestral forma de ver al derecho penal.

Los pensadores cuya obra dio origen a esta escuela son varios, entre los cuales se considera a Francisco Carrara como el máximo representante y otros fueron Romagnosi, Hegel, Rossi y Carmignani.

Lo más sobresaliente de cada escuela son las conclusiones concretas o postulados a que llegaron sus seguidores, pues en ellos se resume su postura y filosofía, dichos postulados son los siguientes.

a) Libre Albedrío. Este postulado establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contraria lo

¹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa., ed. Cuarta., México, 2001. Páginas 239 y 241.

hace a su libre elección; además, se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito.

b) Igualdad de derechos. Derivado del anterior, se colige que el hombre nace igual en cuanto a sus derechos, por lo cual, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.

c) Responsabilidad moral. Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral.

ch) El delito como eje y como entidad jurídica. El punto de partida de la problemática penal lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica (violación del derecho); así, importa más lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas y, con base en el delito, debe castigarse al delincuente.

d) Método empleado. Como se sabe, el objeto determina el método en la investigación, de manera que esta escuela sigue el deductivo (ir de lo general a lo particular). También se conoce como método especulativo, lógico abstracto, teleológico o finalista.

Como el derecho penal es una ciencia normativa, perteneciente al mundo del deber ser, no era, según los clásicos, posible emplear el método seguido por la ciencias naturales en el que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser (o sea, lo que es), independientemente de la voluntad del hombre.

e) Pena proporcional al delito. La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y previamente señalada en la Ley.

Escuela Positivista. Como reacción contraria a la escuela clásica, surge esta corriente, la cual se fundamentan en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales. Sus seguidores con varios, pero se reconocen como los principales a Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso.

Los postulados de la escuela positivista constituyen la negación de los señalados por la clásica y son los siguientes.

a) Niega el libre albedrío. Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera consciente el mal sobre el bien; dado que es un ente natural y, en algunos casos, con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir.

b) Responsabilidad social. A diferencia de la escuela clásica, la positivista manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento dado, defenderse.

c) Delincuente, punto central. El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es sólo la consecuencia.

ch) Método empleado. Los positivistas utilizaron el método inductivo (ir de lo particular a lo general), conocido también como experimental. A partir de estudios realizados acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto, llegan a sus conclusiones y desarrollan hipótesis, con lo que crean sus tesis relacionadas con el comportamiento criminal.

d) Pena proporcional al estado peligroso. En esta corriente se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito, y se asegura que

debe ser proporcional al estado peligroso, independientemente del tipo y gravedad del delito.

e) **Prevención.** De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de su represión. Los positivistas creen que, al igual que en la medicina, es más conveniente prevenir que curar.

f) **La medida de seguridad es más importante que la pena.** En vez de castigar se debe prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad según diversos criterios, y se afirma que debe aplicarse la más adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y caracterología específicas del sujeto.

g) **Clasificación de delincuentes.** A esta escuela no le preocupa tanto la clasificación de delitos, como la de delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones.

h) **Sustitutivos penales.** Se proponen los sustitutivos penales como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Los positivistas consideran ineficaces a las penas y se plantean numerosos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, etcétera".²

Ahora bien, analizado de forma breve lo anterior es conveniente dar una definición acerca del concepto delito.

Delito.- La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

² Amuchategui Requena, Irma G. Derecho Penal. Editorial Harla, México, 1997, página 7, 8 y 9.

Por su parte Francisco Carrara, lo define de la siguiente manera: "es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañosos":

Jiménez de Asúa dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".³

Para finalizar, haré alusión como es que considera nuestro Código Penal para el Distrito Federal, el concepto de delito en su artículo 15, que a la letra dice: "El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión".

B) CAUSALISMO.

Para dar inicio al estudio de este punto es importante citar el origen de la palabra Causalismo, el cual proviene "del latín causa: fundamento o origen de algo. Nexo o relación de carácter objetivo que debe interceder entre la acción del agente y el resultado delictivo para que éste pueda ser tenido jurídicamente como obra suya. Sólo si ese nexa existe es dable imputar materialmente al agente dicho resultado. La existencia de la relación de causalidad no es, sin embargo, suficiente por sí sola para afirmar la responsabilidad penal del sujeto. Ella sólo constituye su presupuesto más elemental, pues a la imputación objetiva del resultado debe seguir la verificación de los restantes extremos de tal responsabilidad.

Es obvio que la exigencia de la relación causal no procede respecto de los delitos de mera acción, sino sólo de aquellos para cuya consumación la ley requiere de un resultado. Esto aparece especialmente claro en los tipos de delito cuya conducta se expresa por la ley a través de verbos transitivos como 'causar'

³ Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal La Ley y El Delito. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, México, 1990.

'dañar', 'destruir', 'falsificar', 'inferir' (lesión), 'privar' (de la vida), etcétera. La comprobación de la relación de causalidad no es, en la gran mayoría de los casos, problemática, y por regla el juzgador no ha menester, al efecto, de teoría alguna".⁴

Sin embargo, hay múltiples teorías, advirtiéndose dos corrientes: una de ellas llamadas generalizadoras y otras individualizadoras, que en su oportunidad abordaremos con detenimiento.

La teoría tradicional, considerada como Causalista inicia en Alemania con las elaboraciones de Franz Von Liszt en el año de 1881, y sus seguidores entre ellos Radbruch 1904 y Ernst Belling 1906, continuada por Frank 1907, Marx Ernesto Mayer 1915, Hegler 1915, Sauer 1915 y Edmundo Mezger 1926/1931.

Ahora bien, analizaremos el concepto y las bases de la teoría causalista.

"En el sistema causalista, nace a partir de la obra del tratadista alemán Franz Von Liszt, quien se apoya en el concepto de "Acción" como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito. Recogiendo las ideas de la Escuela Clásica y Positivista y aplicando el método naturalismo, se aboca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, para desprender de dicho Código la estructura del delito naciendo así la dogmático jurídico penal, es decir el conocimiento del delito por medio del dogma, de la ley. Para el Código Penal Alemán, el delito es la acción sancionada por las leyes penales de esta definición y de las demás disposiciones de esa ley, Liszt realiza un análisis sistemático del derecho penal y del delito, partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana, recibiendo su teoría el nombre de causalista, denominación que se va a extender a quienes en buena medida aceptan como

⁴ Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, Todos los Derechos Reservados. DJ2K - 431

punto de arranque de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción".⁵

Por otro lado, "LISZT afirma en su teoría, que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material".⁶

Sin embargo, a la acción se le considera como un factor causal de la voluntad, sin tomar en cuenta la intención que llevo al sujeto a cometerlo, por eso, gráficamente hablando la causalidad es ciega.

El maestro Octavio Orellana Wiarco afirma: "que la explicación naturalística del acto o acción humana, se basa en relación de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, un resultado, y el nexo causal es el lazo indisoluble que une causa (acción) con efecto (resultado)".⁷

Por consiguiente, la teoría causalista derivó de una concepción filosófica, naturalista y positivista que cobró auge a fines del siglo pasado. Liszt y sus seguidores plantearon la necesidad de extraer la teoría del delito de la propia ley, naciendo la dogmática jurídico penal.

En este orden de ideas, a la teoría causalista de la "acción" se le considera un simple acto humano con voluntad y el cual genera un delito, sin tomar en cuenta el propósito u objetivo que llevó al sujeto a cometerlo; o en otras palabras, que no le interesa el fin de dicha acción.

⁵ Instituto de Formación Profesional. Curso de Promoción de Oficial Secretario a Agente del Ministerio Público, La Designación. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Septiembre del 2001, página 8.

⁶ Romero Tequextle, Gregorio. Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo. Edición Tercera, Editorial OGS S.A. de C.V., México, 2000, Página 3.

⁷ Orellana Wiarco, Octavio. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México, Página 10.

Fundamentalmente, esta teoría se basa en el principio de la causalidad natural: "todo resultado es producto de una causa. Este principio se sustenta en tres elementos: una causa, un nexo causal y un efecto. En la comisión de un delito, la causa es la acción (acción u omisión); el efecto es el resultado material o jurídico que ha generado la acción; el nexo causal es el lazo que une la acción con el resultado".⁸

De acuerdo con la teoría tradicional, el delito se integra con los siguientes elementos: el hecho o conducta, la tipicidad, la antijuridicidad; y la parte subjetiva corresponde a la culpabilidad con sus especies, el dolo y la culpa; y por último la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

La conducta, como el primer elemento del delito en su aspecto positivo se le han asignados diversas denominaciones, las más frecuentes son la de acción, conducta, pero también se le llama hecho, acontecimiento, actividad, etcétera.

El hecho, puede definirse para todos aquellos delitos que tienen un resultado material y que son en la mayoría de los delitos; y por otro lado, aquellos delitos que tienen únicamente un resultado jurídico, la conducta.

Cabe mencionar, que la conducta, consiste en el comportamiento humano voluntario, activo (acción o hacer positivo), o, negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado. De esta definición encontramos que la conducta o comportamiento corporal se traduce en acciones u omisiones voluntarias.

Cuando la conducta se proyecta como, "acción consiste en actuar o hacer: es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios

⁸ Romero Tequextle, Gregorio. Ob., Cit., página 4.

movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas".⁹

La Acción es el primer elemento externo: "La acción se compone de un movimiento corporal (conducta), el cual produce una modificación en el mundo externo (resultado). Ambos deben estar unidos por una relación de causalidad, de modo que la conducta es causa del efecto. Existe la relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto (conditio sine qua non)".¹⁰

Así, por ejemplo: en la acción del sujeto que saca su arma de fuego, aguanta y dispara y el proyectil impacta a una persona y ésta muere, el resultado de dicha acción es la pérdida de la vida del pasivo, lo que evidentemente es un resultado material, que podemos apreciar a través de nuestros sentidos, podemos fácilmente establecer que aquel que hace unos instantes conversaba, caminaba, etc., ya cesó de hacerlo, por los efectos del disparo.

Es importante señalar, cuando la conducta se presenta como acción, se viola una ley prohibitiva.

Los elementos de la acción, conforme a las definiciones que hemos proporcionado son: un acto de voluntad y una actividad corporal voluntaria.

Por su parte, Jiménez de Asúa estima que son tres: "manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad".¹¹

⁹ Amuchategui Requena, Irma G. Derecho Penal. Editorial Harla, México, 1997, página 49

¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal La Ley y El Delito. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, México, 1990, Página 221.

¹¹ Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Pedagógica Iberoamericana. Mexico, 1995, página 138.

Hans Welzel manifiesta: "La voluntad es voluntad de algo concreto: cuando queremos, queremos algo. En tanto que voluntariedad es querer cualquier cosa, un querer simple, llano, no concreto".¹²

En cuanto a la "omisión", se dice: que es una inactividad voluntaria del sujeto, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley; no existe un resultado material, sino jurídico.

Cuando la conducta se presenta como omisión, se viola es una ley dispositiva.

Pero no toda inactividad voluntaria constituye una omisión penal, para la existencia de ésta, se requiere que la norma penal establezca un deber legal de hacer.

Los elementos de la omisión consisten en: un acto o manifestación de la voluntad, la inactividad corporal voluntaria, y un deber jurídico de actuar.

Los delitos de omisión, se dividen en omisión simple y comisión por omisión.

Omisión simple: también conocida como omisión propia consiste en una inactividad voluntaria de hacer algo ordenado; es decir, únicamente ponen en peligro bienes jurídicos, no los daña o destruye, así por ejemplo el sujeto que no presta el auxilio a quien estaba obligado hacerlo, comete el delito por no auxiliar, por omitir la ayuda, no importa que en la persona no se actualice ningún daño, pues bastó el riesgo que corrió por falta de ayuda.

¹² Welzel, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Traducción de José Cerezo Mir, Ariel, 4ª. Edición, 1964, página 28.

Comisión por omisión o comisión impropia: consiste en un no hacer voluntario, y por omitir la conducta que debía realizar se produce un resultado material, así por ejemplo la madre que omite amamantar a su hijo, teniendo la obligación de hacerlo, y el niño muere por debilidad provocada por la falta de alimento.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material; es decir, en los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringe un dispositiva y una prohibitiva.

El resultado, es el daño o peligro que sufre el bien jurídico tutelado con motivo de la acción u omisión del sujeto activo del delito. "Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño".¹³

Según el tipo delictivo, por su duración podemos considerar tres momentos en que se presenta el resultado delictivo:

a) Instantáneo.- Cuando el delito se agota o consume en un solo momento, así por ejemplo el robo, homicidio, etcétera.

b) Continuado.- Cuando el resultado materialmente se fracciona en varias acciones y varios resultados, pero se les considera como una sola unidad; es

¹³ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 34° ed., Editorial Porrúa, México, Página 137.

decir, perjudiquen o dañen un mismo bien jurídico. Tal como por ejemplo: el caso del sujeto que decide robarse veinte botella de vino, más para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.

c) Permanente.- Cuando la acción se prolonga en tiempo, la acción y el resultado tienen una continuidad temporal, así por ejemplo el secuestro, el robo de infante, etcétera.

El nexa causal es el lazo indisoluble que une causa (acción) con efecto (resultado), esta relación es de orden naturalística.

Al respecto se han elaborado diversas teorías para explicar el nexa causal, advirtiéndose dos corrientes:

1.- "Teoría generalizadora, según esta teoría todas las condiciones productoras del resultado considéranse causa del mismo.

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones. Según esta tesis generalizadora, debida a Von Buri, también conocida como de la *conditio sine qua non*, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa. Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; éste surge por la suma de ellas; luego cada una es causa de toda la consecuencia y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor.

La concepción de la teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non*, es intachable desde el punto de vista lógico; pero ha sido criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación. Para Carlos Binding, si la teoría tuviera esa importancia en el orden penal debían castigarse como coautores en el delito del adulterio, no solo a la mujer casada que

cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama.

Para evitar tales excesos se ha pretendió limitarla mediante la aplicación de correctivos. Así, algunos autores, como Antolisei, buscan en la culpabilidad el correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues para ser un sujeto responsable, no basta la comprobación del nexo de causalidad, sino que precisa verificar si actuó con dolo o culpa. Para otros, en el caso de una acción dolosa no se requiere retroceder en busca de otras acciones, por existir en la ley una prohibición del retroceso en la investigación de los antecedentes".¹⁴

Por su parte, Celestino Porte Petit al afirmar: "La relación de causalidad, es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado. Por tanto, el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir, debe comprobarse para dar por existente el hecho, elemento del delito, una conducta resultado y relación de causalidad. En otros términos, con el estudio del elemento hecho se resuelve únicamente el problema de la causalidad materia; es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro: comprobar el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta y el nexo naturalístico entre la misma conducta y el resultado (consecuencia o efecto). Pero para ser un sujeto responsable, no basta el nexo naturalístico, es decir, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además, comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad y constituye un elemento del delito. Así pues, una vez que se comprueben los elementos del hecho y, por lo tanto, la relación causal, es necesario comprobar los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad. Por ello, no podemos admitir que la culpabilidad constituya un correctivo en la teoría de la equivalencia de las condiciones; no puede ser correctivo lo que es elemento, o sea aquello

¹⁴ Castellanos Tena, Fernando. Ob., Cit., página 157.

indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restante elementos del delito".¹⁵

2.- La teoría individualizadora, debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

La corriente individualizadora se presenta con diversos aspectos; emergen, por tanto, diferentes directrices:

a) "Teoría de la última condición, de la causa próxima, o de la causa inmediata. Con un criterio temporal. Ortmann sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. Es inadmisibles esta tendencia, habida cuenta de que niega valor a las demás concausas y los especialistas están acordes en que el Derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del evento.

b) Teoría de la condición más eficaz. Creada por Birkmeyer, para esta teoría sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo). Constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador la hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito.

c) Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada. Únicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo norma y corriente de la vida. Si el resultado

¹⁵ Porte Petit Candaup, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. Pagina 190, México, 1959.

se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta. Von Bar empieza por distinguir entre condición y causa, ésta es sólo la que produce, por ser idónea, regularmente el resultado".¹⁶

La causalidad en los delitos de omisión, por no existir un resultado material no es dable hablar del nexo causal. Únicamente en los de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto.

Es por ello mencionar que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará. La ausencia de la conducta, es el primer elemento negativo para que el delito no se presente.

En concreto, el hecho o la conducta es un movimiento corporal voluntario (acción o omisión), que produce un resultado material o jurídico. Así, la ausencia de conducta, consiste en el movimiento corporal que ejecuta el sujeto es involuntario, y tal involuntariedad de ese movimiento ocasiona que pueda integrarse el delito.

Se consideran aspectos negativos de la conducta:

1.- La vis absoluta.- consiste en la fuerza física que ejerce una persona sobre otra, que no es capaz de resistirla y el cual éste se convierte en instrumento del primero y produce un resultado delictivo.

2.- La vis mayor.- consiste en la fuerza que origina la naturaleza sobre una persona convirtiéndose éste en mero instrumento ocasionando un delito.

3.- Los actos reflejos.- son movimientos corporales involuntarios.

¹⁶ Castellanos Tena, Fernando. Ob., Cit., Páginas 158 y 159.

4.- El sueño, sonambulismo e hipnotismo.- es el desarrollo de una determinada actividad o inactividad, sin voluntad, por existir suprimida la conciencia del sujeto.

Tipicidad segundo elemento del delito de aspecto positivo, se define de la siguiente manera: "es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador".¹⁷

Nuestra Constitución recoge en su artículo 14, el principio *nullum crimen, nulla pena sine lege* (no hay delito, sin ley), que es el principio de libertad y seguridad jurídica que justifica la tipicidad. Aunado a esto, cabe decir que la tipicidad es descriptiva y objetiva. En otras palabras, el tipo es considerado únicamente como elemento material u objetivo del delito, hace referencia a pocos elementos subjetivos como el *animus*.

En este orden de ideas, debemos considerar lo importante que es identificar y señalar a cada cosa por su nombre para que exista congruencia y correspondencia en cuanto al contenido, dando como resultado un claro y puntal entendimiento del mismo.

Como sabemos el vocablo de "TIPO PENAL" proviene de la voz latina *Typus* y éste a su vez del griego *Typos* (modelo que reúne caracteres esenciales). "Es una abstracción concreta que ha trazado el legislador, describiendo los detalles necesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".¹⁸

Su antecedente fue el antiguo cuerpo del delito (*corpus delicti*)

¹⁷ Idem., Pág168.

¹⁸ Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. mayo ediciones, México, 1981, p.1326.

Al tipo penal se le denomina de diferentes formas: tipo legal, conducta típica, figura delictiva, tipo garantía (nullum crimen, nulla poena sine lege), etcétera; sin embargo, los estudiosos del derecho; así como, los que imparten la justicia dentro de la ciencia procesal penal, y no únicamente por razones de tradición, sino de fondo, prefieren conservar el nombre tipo penal

En el desarrollo de nuestro tema, es necesario definir lo que se entiende por tipo, ya que dicha expresión es de uso cotidiano en el lenguaje de nuestra ciencia penal, aunado a esto; podemos decir, que "el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".¹⁹

Olga Islas define al tipo de la siguiente manera: "un tipo es, funcionalmente, una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos".²⁰

Para Edmundo Mezger: "el tipo es el injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal".²¹

Ahora bien, citaremos algunas tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a lo que refieren a la figura jurídica de El Tipo Penal:

"TIPO PENAL. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros

¹⁹ Castellanos Tena, Fernando. Ob., Cit., página, 167.

²⁰ Islas de González Mariscal, Olga. Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. Editorial Trillas, edición Cuarta, México, 1998, p. 26.

²¹ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Cárdenas Editor, México, 1980, p. 300.

términos, el tipo penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal".²²

"TIPO PENAL. El tipo penal está constituido por los elementos objetivos y normativos que describe el precepto que lo define, excluyéndose el dolo y la culpa, supuesto que aquél constituye un indicio, mas no el fundamento de la culpabilidad".²³

"TIPO PENAL. INDICIO DE CULPABILIDAD. Es bien sabido que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o, en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en los preceptos que lo definen y sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio, más no fundamento de la culpabilidad".²⁴

Por su parte, la maestra Amuchategui Requena dice: "El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva. De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos".²⁵

Partiendo de lo anterior, podemos observar que el tipo penal es el cimiento de toda conducta, actividad o inactividad voluntaria del ser humano, como lo

²² Amparo directo 4533/57. Antonio Sánchez Gavito. 23 de octubre de 1958. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goeme. Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Segunda Parte, XVI, Página: 257

²³ Amparo penal directo 1532/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 26 de agosto de 1955. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXV, Página: 1710

²⁴ Amparo directo 1728/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 18 de agosto de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva. Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXIX, Página: 535

²⁵ Amuchategui Requena, Irma G. Derecho Penal. Editorial Haria, México, 1997, página 56.

definen algunos juristas es la descripción general de conductas contrarias a la buena costumbre y a la moral; y que trae como consecuencia una sanción penal al momento de poner en peligro o lesionar el bien jurídico tutelado descrito por el legislador, de lo contrario, que sin la existencia previa de un tipo, no hay delito.

En otro orden de ideas, en esta primera parte hablaremos de la evolución del tipo penal de conformidad con las teorías que han tratado de explicar sistemáticamente el delito.

En 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; creo la figura del tipo y el cual lo considera como una mera descripción objetiva del suceso sin carga valorativa alguna. Sin embargo mencionaremos que el tipo es el primer supuesto de incriminación.

Ahora bien, continuando con los seguidores de Beling, aparece el jurista Marx Ernesto Mayer, quien le asigna al tipo un valor indiciario como camino o medio para conocer la antijuridicidad; es decir, el sujeto que realiza una conducta contraria establecida en el tipo tiene conocimiento de la antijuridicidad.

Posteriormente, el concepto en comento es modificado por Edmundo Mezger, para quien el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuridicidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento.

Como podemos observar toda conducta típica es antijurídica, tal es así, que el legislador únicamente plasma en el tipo las prohibiciones o mandatos, solo de aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados de los individuos.

Clasificación de los tipos penales. La clasificación que vamos a adoptar se basa principalmente en la expuesta por el penalista mexicano Castellanos Tena,

en su libro *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, en su capítulo XVI, subcapítulo de *Clasificación de los Tipos* señala los siguientes:

“ a) Normales y Anormales. La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva: privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. El homicidio es normal, mientras el estupro es anormal.

La diferencia entre tipo normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero sólo contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas. Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo (cópula en el estupro). Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieren ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (cosa ajena mueble, en el robo). Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).

b) Fundamentales o básicos. Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código. Así por ejemplo los delitos de robo, homicidio, lesiones, son tipos básicos.

c) Especiales. Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos cuya nueva existencia, dice Jiménez de Asúa, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (homicidio en razón del parentesco o relación Art. 125 del Código Penal para el Distrito Federal), al que se le señala el requisito específico, que se trate de la muerte de un ascendiente.

d) Complementados. Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación alevosía, etc.).

Diferencia entre los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad. Así el homicidio en razón del parentesco constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente, mientras el aborto es un delito especial privilegiado, por punirse menos enérgicamente que el básico de homicidio. El privar de la vida a otro con alguna de las calificativas: premeditación, ventaja, etc., integra un homicidio calificado, cuyo tipo resulta ser complementado agravado. El homicidio en riña o duelo puede calificarse como complementado privilegiado.

e) Autónomos o independientes. Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo, así por ejemplo el robo simple, el homicidio simple. Los tipos fundamentales o básicos también son autónomos o independientes.

f) Subordinados. Dependen de otro tipo para su existencia. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no solo complementan, sino se subordinan (homicidio en riña). La riña es una circunstancia que está sujeta al tipo de homicidio.

g) De formulación casuística. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados. En los

primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas; así, para la tipificación del delito de administración fraudulenta (Artículo 234 del Código Penal para el Distrito Federal) precisa, alterando cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, etcétera. En los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas las hipótesis, como el delito de usurpación funciones (Artículo 276 del Código Penal para el Distrito Federal), en donde el tipo exige dos circunstancias: atribuirse el carácter del funcionario público, sin serlo y, además ejercer algunas de las funciones de tal.

h) De formulación amplia. A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento, en el robo. Algunos autores llaman a estos tipos "de formulación libre por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la ley sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, así por ejemplo en el homicidio donde no se precisa el medio utilizado para privar de la vida. Nos parece impropio hablar de formulación libre por presentarse a confusiones con las disposiciones dictadas en países totalitarios, en los cuales se deja al juzgador gran libertad para encuadrar como delictivos, hechos no previstos propiamente.

i) De daño y de peligro. Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño (homicidio, fraude); de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (omisión de auxilio).²⁶

Para concluir, señalamos que el tipo como reiteradamente lo hemos mencionado, es la descripción de la conducta hecha por el legislador plasmada

²⁶ Castellanos Tena, Fernando. Ob., Cit., Páginas 170, 171 y 172.

en la ley, dado esto, los tipos legales deben ser creados eminentemente para salvaguardar los bienes jurídicamente tutelados.

La atipicidad aspecto negativo del delito, consiste en la falta de encuadramiento de una conducta al tipo.

Son causas de atipicidad la falta de cualquier elemento objetivo, subjetivo o normativo, consistentes en:

- a) La falta de bien jurídico tutelado,
- b) falta del sujeto activo o pasivo o de las calidades exigidas para éstos,
- c) ausencia de conducta, resultado o nexo causal,
- d) falta o ausencia de las referencias temporales, de lugar, modo u ocasión.

Antijuridicidad, tercer elemento del delito aspecto positivo podemos definirlo como lo contrario a derecho. Así Mayer, se da cuenta que el individuo al cometer un ilícito no lo hace contrario a la ley, sino que precisamente su conducta se ajusta a lo descrito por la ley en el tipo.

Siguiendo los pasos de Mayer, Carlos Binding expuso que "al cometerse un delito, esto no resulta contrario a la ley, puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la ley penal, lo que viola dicho sujeto no es la ley sino la norma subyacente en la ley. Tal como por ejemplo, cuando un sujeto mata a otro, su conducta se adecua a lo previsto en la ley que dice: Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, así resulta que el sujeto lo que viola es la norma "no matarás" implícita en la descripción típica, en la ley".²⁷

²⁷ Orellana Wlarco, Octavio. Curso de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 2001, páginas 252 y 253.

En el ámbito jurídico, frecuentemente se utilizan las palabras antijurídicas, ilícitas e injustas indistintamente, lo que origina, en algunos casos, cierta confusión de conceptos.

Por su parte Ignacio Villalobos señala dos clases de antijuridicidad: la material y la formal. "El contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado contra el instituido por los preceptos legales; el formal es la infracción a las leyes".²⁸

Cabe agregar, que en algunos delitos, se requiere, además de valorar la conducta desplegada por el sujeto para asumir que la misma fue antijurídica, contemplar la integración de elementos de carácter subjetivo, señalados en el tipo. Así por ejemplo en el caso del delito de Injurias, donde el elemento subjetivo del injusto lo encontraríamos en el ánimo de ofender, de tal modo que proferir injurias, sin ánimo de ofender, no podrán constituir el delito de Injurias.

Las causas de justificación aspecto negativo de la antijuridicidad, y su aparición excluye la antijuridicidad, más no así el hecho o conducta y la tipicidad.

Para Jiménez de Asúa las causas de justificación pueden definirse: "como aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen".²⁹

Clasificación de causas de justificación:

²⁸ Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1983, página 258.

²⁹ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Ob., Cit., p. 284.

a) Legítima defensa.- consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

b) Estado de necesidad justificante.- consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado por el agente, sin tener el deber de afrontar, siempre que no exista otro medio menos perjudicial a su alcance, con lo cual cause algún daño o afectación a bienes jurídicos ajenos.

d) Ejercicio de un derecho.- es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. Por ejemplo el médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena.

d) Cumplimiento de un deber.- consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. Por ejemplo el actuante de un juzgado que en acatamiento de una orden dictada por el juez, embarga y secuestra un bien mueble.

Culpabilidad, cuarto elemento del delito aspecto positivo, viene a ser una relación natural, en este caso una relación psicológica entre el sujeto y el acto (resultado), relación que puede presentarse a título de dolo o culpa.

El maestro Porte Petit define a la "culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".³⁰

³⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino. Importancia de la dogmática jurídico-penal. México, 1954, Pág. 49.

Cabe mencionar que la culpabilidad es la figura subjetiva del delito, lo cierto es que lo emocional o volitivo encierra dos aspectos el querer de la conducta y el resultado; y el intelectual el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta desplegada.

Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

a) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.

"El sistema causalista; en la teoría del delito, el primer elemento del delito, el acto, acción o hecho, según se le denomine, se integra, como ya hemos visto, de conducta, resultado y nexos causal; a su vez la conducta la conforman un elemento psíquico y uno físico, el primero consisten en la voluntariedad de la propia conducta, y el segundo en la acción u omisión, formas en que se proyecta el elemento psíquico de la actividad o inactividad humana.

En la relación inicial, para el sistema causalista, únicamente importa una relación de la conducta humana como causa y un resultado, conducta en la que importa únicamente la voluntariedad de la acción o la omisión; relación distinta se plantea respecto del fin o intención que persigue la conducta, situación subjetiva o psíquica que se une al resultado; es en esta segunda relación que se plantea el estudio de la culpabilidad en el aspecto subjetivo de los elementos del delito; en primera fase de relación, ésta es meramente objetiva".³¹

Porte Petit, al respecto dice: "Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo o emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querer: de la conducta y del

³¹ Orellana Wlarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, página 293.

resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta".³²

b) Teoría normativa o normativista de la culpabilidad.

Para esta doctrina, "el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho".³³

Para el psicologismo la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Ahora bien, como especies de la culpabilidad se puede presentar a título de dolo, o de culpa.

I.- Para, Jiménez de Asua, el dolo, nos dice que "éste existe, cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de

³² Porte Petit Gandaudap, Celestino. Ob., Cit., Página 49.

³³ Castellanos Tena, Fernando. Ob., Cit., Página 235 y 236.

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".³⁴

Por su parte, Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en "la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso".³⁵

Así, el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Elementos del dolo. El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

Por su parte Mezger, el dolo se compone de dos elementos: "el llamado elemento intelectual, o sea, el conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo penal, y el denominado elemento emocional que radica en el conocimiento de la significación del hecho, en referencia a la voluntad de acción".

Clases de Dolo. Solo nos ocuparemos de las especies de mayor importancia práctica.

a) Dolo Directo.- es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Tal como por ejemplo, el robo, el homicidio, etc.

b) Dolo Indirecto.- se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue

³⁴ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Ob., Cit., Página 459.

³⁵ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte General. 8ª edición, Barcelona, 1947, Pág. 302.

directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. Así como por ejemplo para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato.

c) Dolo eventual (confundido por algunos con el indeterminado) existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictivos, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo. Por ejemplo, incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.

d) Dolo indeterminado.- Intención de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. Por ejemplo, Anarquista que lanza bombas.

II.- La Culpa como segunda especie de la culpabilidad.

Para Edmundo Mezger define la culpa de la manera siguiente: "Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever".³⁶

Ahora bien, citemos algunas teorías sobre la naturaleza de la culpa:

a) Teoría de la previsibilidad.- fue sostenida principalmente por Carrara, dice: "la noción de la culpa se da en la voluntariedad y previsibilidad del actuar criminoso del agente, quien debía conducirse con diligencia, pero al omitir ésta da lugar a la consecuencia culpable de su proceder. Esta omisión voluntaria, para constituye un vicio del intelecto, por no prever el agente los alcances de su hecho,

³⁶ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, página. 171, 2ª Edición, Madrid.

vicio que debemos buscar en la voluntad, pues el sujeto está obligado a emplear la reflexión y evitar las consecuencias dañosas de su proceder. Este vicio, lo es en razón a su negligencia en la expresión de la voluntad; por ende, que la esencia de la culpa reside en la previsibilidad, y de no darse ésta sería precisamente por el vicio de la voluntad, que da lugar a la culpa".³⁷

b) Teoría de la previsibilidad y evitabilidad.- se refiere que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

c) Teoría del defecto de la atención.- consiste en una acción culposa en que el sujeto activo no acata las normas establecidas por la ley.

Elementos de la culpa:

- 1.- Conducta (acción u omisión).
- 2.- La conducta se realice sin las cautelas o precaución que exigen las leyes.
- 3.- El resultado del acto debe ser previsible e evitable.
- 4.- Tipificación del resultado, y
- 5.- Nexa o relación causal directa entre el acto inicial y el resultado.

Clases de culpa.

"A) Consciente.- también llamada con previsión o con representación, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

B) Inconsciente.- conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico; así, realiza la conducta sin

³⁷ Carrara, Francisco. Programa del curso de Derecho Crimínal. Parte General, Vol. 1, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1971. páginas 79 y 80.

pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser: lata, leve y levísima.

- a) Lata: En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño.
- b) Leve. Existe menor posibilidad que en la anterior
- c) Levísima. La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores".³⁸

Como observamos, en la culpa consciente e inconsciente se presenta la ausencia de la voluntad del evento, pero en ambas existe el deber de prever dicho evento, pero mientras en la primera el sujeto se representa la posibilidad de prever dicho evento, en la segunda no se lo representa.

Tal es así, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, radica en que en ambos existe la voluntariedad de la conducta, se representa el resultado; pero la primera se quiere el resultado del acto, y en la segunda se tiene la esperanza que el resultado no acontezca.

Inculpabilidad aspecto negativo del delito, es la ausencia de los elementos esenciales de la culpabilidad consistente en la falta de conocimiento y voluntad.

La falsa de representación de la realidad puede dar lugar al error respecto al hecho o conducta que el sujeto realiza y con ello se puede dar lugar a una inculpabilidad por error.

Podemos definir al error como una concepción equivocada, como una falsa representación. Ahora bien, esa falsa representación puede afectar o nulificar el dolo.

³⁸ Amuchategui Requena, Irma Griselda. Ob., Cit., página 84.

El error puede clasificarse en error de hecho, esencial e invencible y accidental (en el golpe o acto, en la persona); y error de derecho.

I.- Error de hecho.

a) Error de hecho esencial e invencible.- consiste en la representación equivocada de la realidad, equivocación que incide en la esencia del hecho, no en sus accidentes, y que además el sujeto no puede superar porque excede al límite norma previsible.

b) Error de hecho accidental.- recae sobre circunstancias secundarias de hecho.

El error accidental se clasifica en: error en el golpe o acto; y error en la persona.

1.- Error en el golpe o acto.- se refiere a la situación en que el sujeto activo dirige su acción a la producción de un resultado, pero se produce otro.

2.- Error en la persona.- se refiere a que el error versa sobre la persona objeto del delito.

II.- Error de Derecho.- consiste cuando el sujeto activo cree infundadamente que la conducta que ejecuta es lícita, pero en realidad no lo es.

Por último, es importante señalar que la teoría del error según como se ha expuesto deja en pie el dolo si es accidental, o destruye el dolo si es esencial e invencible, o considera culposa la conducta y el resultado si el error era vencible; todo ello dentro del marco de la culpabilidad.

Así, finalmente admitamos como soporte de la culpabilidad; a la imputabilidad se integra por la capacidad de querer (posibilidad de actuar en forma voluntaria) y por la capacidad de entender (posibilidad de valorar el actuar).

Castellanos Tena dice; "**La imputabilidad.** Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad".³⁹

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Causas de inimputabilidad.

1.- **Trastorno mental.-** es cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender (valorar) el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión (sea por acción o omisión). Tal como por ejemplo, la esquizofrenia, enfermedad psíquica que provoca que el sujeto se desconecte de la realidad.

2.- **Desarrollo intelectual retardado.-** consiste en un proceso tardío en la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.

3.- **Miedo grave.-** es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave.

³⁹ Castellanos Tena, Fernando. Ob., Cit., página 217.

4.- Minoría de edad.- se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por tanto, de capacidad de entender y querer.

C) FINALISMO

La Teoría Finalista surge desde de la década de los treinta con el autor Alemán Hans Welzel el cual publica su libro "Derecho Penal Alemán" y en él expone las bases y postula los cuestionamientos en una nueva teoría contradictoria a la teoría tradicional (causalismo).

Ahora bien, la exposición del pensamiento finalista del autor Alemán Welzel se inspira en base a la filosofía de los valores, corriente filosófica que aparece a principios del siglo XX.

Para la teoría finalista los elementos que integran el delito son la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Acción.- Para el finalismo no existe diferencia de que la acción, al igual que en el sistema causalista, es un movimiento corporal o actividad humana voluntaria, pero que tal actividad está orientada conscientemente a un fin.

Siguiendo ese orden de ideas, el sistema causalista fija mas su atención en el resultado que produce la acción, el finalismo se centra en la dirección de la acción que produce ese resultado.

Para Hans Welzel: "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal. La Finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos...La

finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es vidente, la causalidad es ciega."⁴⁰

Cabe ilustrar, que la teoría finalista considera a la acción no es solo un proceso natural causal dependiente de la voluntad, sino que evidentemente es el ejercicio de una actividad final.

Es de hacer mención que la teoría finalista describe a la voluntad como un medio el cual lleva implícito un objetivo para cometer un ilícito o cumplir un fin determinado, no así la tesis tradicional la cual señala que la voluntad es un simple acontecimiento causal que se desprende de un movimiento corporal externo del cual se produce un cambio material en el mundo real.

Siguiendo este orden de ideas, la acción es manipulada desde que un sujeto anticipadamente premedita un cierto ilícito o pretende un determinado fin, posteriormente cuestiona los medios para lograr su objetivo, así finalmente produciendo un cambio material en la esfera social que lo rodea. Por consiguiente, la acción es un comportamiento humano el cual se realiza de manera intelectual y conscientemente.

"Para los finalistas, 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".⁴¹

El Derecho Penal puede dirigirse al hombre mandando y prohibiendo acciones dentro de un orden social establecido, es en razón de esta capacidad

⁴⁰ Welzel, Hans. La Teoría de la Acción Finalista. Ed. Depalma, Buenos Aires 1951, p. 19 y 20.

⁴¹ Instituto de Formación Profesional. Ob., Cit., página 11.

humana de someter su actividad o pasividad a la dirección final de la voluntad. Las normas jurídicas no pueden dirigirse a actividades causales ciegos, únicamente a acciones capaces de configurar finalmente el futuro.

Es importante comprender la distinción que existe del concepto de voluntad en ambas teorías causalista y finalista; si bien es cierto, una acción es finalista cuando la voluntad cumple su objetivo utilizando el medio idóneo para lograr el resultado material; de lo contrario al obtener resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

En resumen, "resulta que el dolo pasa a formar parte de la acción, concebida como estructura unitaria indivisible, en la mayor parte de los tipos penal, pues él no es otra cosa que esa finalidad que se encuentra en las conductas humanas dirigidas a un fin, vale decir, finalidad tipificada. La teoría de la acción final se niega a separar dentro de un hecho típico doloso los aspectos material y subjetivo, en la forma en que lo hace la teoría clásica, pues esta última fracciona una acción de esa clase en un proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad (simplemente subjetivo) por el otro, llevando este aspecto subjetivo a la fase ulterior de la culpabilidad".⁴²

De esta manera, el dolo y la culpa se van a ubicar ya no a nivel de la culpabilidad, sino a nivel de acción típica.

Para el finalismo, "al dolo, o mejor dicho a la acción típica dolosa, no encontramos mayor problema en establecer que el sujeto al actuar lo hace con un propósito, no pensarlo así sería un absurdo..., sin embargo, a la teoría finalista de la acción se le ha objetado que en el caso del dolo eventual, o en los delitos culposos, no se pueda hablar de acción con sentido finalista, pues en el dolo

⁴² Novoa Monreal, Eduardo. Causalismo y Finalismo en Derecho Penal. Segunda ed. Ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1982, p. 44.

eventual, o en la culpa con representación y más aún, en la culpa sin representación, afirman que no se podría plantear la finalidad de la acción.

Tal objeción -a juicio del finalismo-se salva, en virtud de que el hombre se propone una acción finalista, pero al ejecutar ésta, se producen consecuencias concomitantes o secundarias, es decir, en el dolo eventual o en la culpa, sea con o sin representación, se ejecuta una finalidad, pero ésta no se logra, porque se desvía a un resultado concomitante o secundario; tal sería por ejemplo el caso de quien, con finalidad de limpiar un arma de fuego realiza esa acción, pero al hacerlo el arma se le dispara y el proyectil mata a una persona. Este resultado desviado de su acción es secundario, pero nace de una acción finalista".⁴³

La omisión para el finalismo está referida necesariamente a una acción, a la que exige el tipo, no se puede hablar de omisión en sentido abstracto, sino de la omisión de la acción, de aquella exigida por la ley.

Para Welzel la omisión dice: "El autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado. La confusión ya criticada, de la omisión con la acción y su identificación con ella, hizo que la ciencia penal persiguiera durante casi dos siglos al fantasma de una causalidad de la omisión, que correspondiera a la causalidad de la acción. La omisión como no ejecución de una acción no causa absolutamente nada. La única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado".⁴⁴

El resultado, al derecho, para "el finalismo le interesa prohibir acciones (dolosas o culposas) dirigidas por la voluntad a un fin, con un resultado de daño o peligro a un bien jurídico. Lo relevante resulta la acción, no el resultado.

⁴³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob., Cit., Páginas 203 y 204.

⁴⁴ Welzel, Hans. Ob., Cit., Página 22.

Para el finalismo el resultado deja de ser un efecto de orden naturalístico, pues lo importante es la acción finalista, el resultado queda sujeto al proceso causal planeado por la acción típica finalista podrá observarse un resultado como efecto "natural" de la acción humana que lo produce, pero ese resultado, si no es un efecto previsible de la acción, no será resultado en el sentido exigido por el tipo".⁴⁵

Nexo Causal.- en los delitos dolosos, esta determinado por la acción finalista, es decir, el sentido o fin de la acción.

Los delitos culposos, la acción es finalista, pero tal acción debe observar un debido cuidado para no producir un resultado dañoso o ponga en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo.

Ausencia de la acción típica aspecto negativo.- se presenta cuando el sujeto activo no ha planteado la realización de un fin típico, es decir, no prepara los medios para lograrlo, y el resultado se produce como efecto de un mero proceso causal, en el que participa como un mero instrumento.

El sistema finalista considera los siguientes aspectos negativos de la acción típica: el sueño, sonambulismo e hipnotismo, caso fortuito.

Caso Fortuito.- se refiere al suceso accidental en que la conducta de un sujeto produce un resultado dañoso, sin intención de causarlo, ni imprudencia alguna al estar llevando a cabo un acto lícito con el debido cuidado.

Tipicidad.- contiene una parte objetiva y una subjetiva del tipo. La primera es la objetivización de la voluntad integrante del dolo y comprende características externas del autor; y la parte subjetiva que los finalistas le dan especial

⁴⁵ Orellana Wlarco, Octavio Alberto. Op., Cit., Páginas 208 y 209.

Importancia a los elementos subjetivos del tipo, en donde se ubican el dolo y la culpa.

Por su parte, Zaffaroni nos dice "que el dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto. También afirma: El dolo es finalidad que se individualiza en el tipo en atención a ella misma, continua afirmando que el dolo de cada tipo requiere del conocimiento necesario para querer el fin realizador del tipo de que se trata y ello demuestra que queda fuera de este conocimiento la antijuridicidad, pues para tener el fin de matar no es necesario saber que se lo hace antijurídicamente y para tener el de hurtar por citar a un ejemplo claro a los actuales sostenedores de la necesidad de comprensión del sentido social basta con saber que la cosa es ajena, por lo que corresponde a la culpa como elemento subjetivo del tipo. En tanto que la conducta dolosa abarca el resultado típico en su finalidad, en la tipicidad culposa el fin es típicamente relevante solo por ser necesario para conocer la conducta de que se trata y poder individualizar el correspondiente deber de cuidado, a efectos de determinar si tal conducta fue programada ajustándose al mismo o en forma defectuosa y violatoria de tal deber. Ello obedece a que en el dolo, lo típico es la conducta en razón del planeamiento defectuoso de la causalidad para la obtención de la finalidad propuesta".⁴⁶

Como observamos, el tipo esta compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también subjetivos.

Para los finalistas, el dolo es la voluntad dirigida a realizar un hecho típico, sin tomar en consideración si el sujeto tenía conocimiento o no, de la ilicitud de lo que hacía.

⁴⁶ Zaffaroni Eugenio, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición, 1998, Páginas 297, 298, 310 y 389.

La culpa, se considera como la falta del deber de cuidado del sujeto, al momento de emprender el individuo sus acciones finalistas.

Causas de Atipicidad, se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Así serán causas de atipicidad las siguientes:

A) Por ausencia de algún elemento objetivo, sea por:

- 1.- Falta de la cantidad,
- 2.- Falta de la calidad,
- 3.- Falta del bien jurídico tutelado,
- 4.- Falta de la acción u omisión,
- 5.- Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado material,
- 6.- Falta de los elementos normativos.
- 7.- Falta de las circunstancias objetivos de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

B) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos, sea por:

- 1.- Falta del dolo o de la culpa.
- 2.- Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tendencia, ánimo, etcétera).

El sistema finalista ubica al dolo y la culpa en el tipo, contrario al sistema causalista que los ubica en la culpabilidad.

El error se clasifica en: error de tipo y error de prohibición.

a) El error de tipo se puede definir, "como el desconocimiento o la equivocación sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo; si el error es

de carácter invencible excluye la tipicidad dolosa; si el error de tipo es de índole vencible, o sea si el sujeto no obró con la debida previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, su conducta resulta típica culposa".⁴⁷

b) El error de prohibición.-se presenta cuando el sujeto activo se equivoca, se confunde, respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Antijuridicidad, considerado como un concepto negativo, comúnmente lo antijurídico es lo contrario a derecho. La teoría finalista distingue entre antijuridicidad e injusto. La primera es considerada como un juicio de valor, es decir, cuando la acción puede ser contraria a la norma; y por otro lado, lo injusto es algo sustancial; la conducta antijurídica misma: la arbitraria perturbación de lo poseído, el robo, la tentativa de homicidio. En otras palabras, al injusto solo le importa el fin que el individuo se ha planteado. Por ejemplo, "en el derecho alemán, el tipo objetivo del hurto está cumplido mediante el hecho de llevarse una cosa ajena. Pero no es posible que en la mera sustracción de una cosa ajena pueda estar incluido ya el injusto del hurto, pues dicha sustracción podría ser realizada también con el objeto de una breve inspección. Solo cuando el autor tiene la intención de la apropiación, puede hablarse del injusto del hurto".

Orellana Wiarco dice: "la antijuridicidad para el finalismo se debe observar desde los planos objetivo y subjetivo. El primer plano denominado norma objetiva de valoración radica en que la norma valora objetivamente en un nivel abstracto las acciones (u omisiones) valiosas o no valiosas (desvaloradas); y en un segundo plano, llamado norma subjetiva de determinación, se propone motivar subjetivamente a sus destinatarios imponiéndoles el deber de decidirse conforme a la valoración de la propia norma.

La acción es antijurídica en cuanto contradice la norma jurídica como norma jurídica de valoración y al mismo tiempo la acción es antijurídica porque contradice

⁴⁷ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob., Cit., página 244.

a la norma subjetiva de determinación, y en este segundo plano se enlaza con la culpabilidad cuando el sujeto pudiendo adecuar su conducta a la no violación de la norma se decide ejecutar la misma".⁴⁸

Causas de justificación aspecto negativo de la antijuridicidad.

Reiteramos, que la antijuridicidad es lo contrario al orden jurídico y su contenido son normas prohibitivas, pero también existen normas permisivas que impiden que la norma abstracta se concrete en deber jurídico concreto. Las normas permisivas de acuerdo con la doctrina son las causas de justificación y se clasifican en: legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, conceptos explicados con antelación y que se tienen por reproducidos evitando inútiles repeticiones.

Culpabilidad, es un juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta al derecho, a pesar de que estaba en posibilidad de hacerlo.

Hans Welzel nos dice: "La culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor".⁴⁹

Para finalizar, hablaremos de la integración de la culpabilidad, se realiza con los siguientes elementos valorativos:

- A) Imputabilidad (capacidad de cognoscencia y capacidad de motivación).**
- B) Conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, y**
- C) La exigibilidad de un comportamiento distinto.**

⁴⁸ Idem, p. 276.

⁴⁹ Hans Welzel. Ob., Cit., página 209.

"A) Imputabilidad.- debe ser entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma.

La imputabilidad, se integra a su vez de dos sub-elementos:

1.- Capacidad de comprender lo injusto del hecho, (momento cognoscitivo o intelectual).

2.- La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, (momento volitivo).

La capacidad de culpabilidad se forma, cuando el autor tiene comprensión de lo injusto (momento cognoscitivo) y determina su voluntad en ese sentido (momento volitivo).

La capacidad de comprensión de lo injusto, se refiere a que al autor se le exige pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho en los términos técnicos en que se halla tipificado por la ley. Por ello, si no se da esa comprensión, puede presentarse una causa de inculpabilidad.

B) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho, requiere como requisito de prelación lógica de capacidad de culpabilidad, es decir, que el sujeto sea imputable, que se presenten tanto el momento cognoscitivo (intelectual), como el volitivo (voluntad).

C) La exigibilidad de otra conducta, lógicamente, el sujeto para ser culpable, previamente se debe determinar su capacidad de culpabilidad o imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad del hecho. Satisfechas estas dos condiciones debe examinarse, en el caso concreto, si le era exigible al agente una conducta apegada a derecho, y con tales elementos se materializa la

culpabilidad..., la "exigibilidad" es elemento de la culpabilidad, presente al lado de la capacidad de culpabilidad y del conocimiento del injusto".⁵⁰

Causas de Inculpabilidad aspecto negativo de la culpabilidad, se presenta cuando falta un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo).

"En síntesis, los partidarios de la concepción finalista adoptaron un esquema sistemático para distinguir desde esa perspectiva una parte objetiva y una parte subjetiva del tipo. A la primera pertenecen las características objetivas, todo lo que está fuera del ámbito anímico del autor, las cuales constituyen el andamiaje externo del tipo. A la segunda, las características subjetivas que describen la voluntad de acción. En esta parte se estudian el dolo, como núcleo del tipo subjetivo, el error de tipo y los elementos subjetivos del injusto".⁵¹

D) LOGICA-MATEMATICA.

Dentro del Derecho Penal contemporáneo se ha expuesto una forma para conocer y adentrarse a la ciencia jurídico penal, junto a las teorías de autores extranjeros y mexicanos seguidores de esas Doctrinas, se ha emprendido un estudio sobre los elementos del tipo denominada "modelo lógico matemático del Derecho Penal", en México una de sus mejores exponentes, es la doctora Olga Islas de González Mariscal quien se apoya en la metodología de la lógica formal simbólica y en el cálculo funcional de la matemática.

El modelo lógico matemático, se echó a cuesta a estudiar las sistemáticas causalista y finalista a través de sus destacados expositores; considerando que el derecho penal exige como estudio dos niveles conceptuales que destierre la confusión, imprecisión y vaguedad.

⁵⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob., Cit., páginas 340, 341, 342 y 343.

⁵¹ Zamora Jiménez, Arturo. Cuerpo del Delito y Tipo Penal. Cuarta edición, Ángel Editor, México, 2001, Página. 62.

"Para esta sistemática, el derecho penal debe estudiar la norma penal como punto de partida.

La norma se integra de dos vertientes indisolubles unidas, la primera la constituye el universo normativo, su campo es el deber ser, pero como toda regla de observancia obligatoria está dirigida a seres humanos que conviven en sociedad, esto representa la segunda vertiente, el mundo del ser.

La norma penal es un deber ser que rige un contenido social, el mundo del ser.

La norma sólo encuentra justificación en tanto desarrolle, fortalezca y mantenga el orden social.

Para el modelo lógico, la teoría del tipo se ubica en el nivel normativo, en el deber ser, la tipicidad en el mundo del ser, en campo concreto, en la correspondencia de cada uno de los elementos del tipo penal con la adecuación de los contenidos del tipo penal de que se trate".⁵²

La doctora Olga Islas en su libro "Análisis lógico de los Delitos contra la Vida" en su capítulo III, explica los elementos del tipo, el contenido del tipo es reducible, por medio del análisis, a unidades lógico-jurídicas denominadas elementos. Tales elementos, cuya propiedad genérica consiste en la función de garantía de uno o más bienes jurídicos, poseen, además, propiedades muy particulares que permiten organizarlos en grupos a los que se les puede llamar subconjuntos del tipo penal, al analizar la estructura de los tipos legales cita los siguientes ocho elementos: deber jurídico penal, bien jurídico, sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, Hecho o Kernel, lesión o puesta en peligro del bien jurídico y violación al deber jurídico penal.

⁵² Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. p. 391.

Lo que nos hace pensar que para la tratadista, asemeja los elementos del tipo a un conjunto de operaciones con matices jurídico matemáticas.

De manera breve transcribo el significado que a cada uno de los elementos del tipo.

"1.- Deber jurídico penal.

Deber jurídico penal es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en un tipo legal. Este deber es un elemento, valorativo, del tipo legal, enunciado en forma de prohibición o en forma de mandato. Como prohibición, es un deber jurídico de abstenerse; como mandato, es un deber jurídico de actuar.

Habrán tipicidad cuando en el caso concreto el sujeto activo tenga a su cargo la prohibición.

Atipicidad, en el caso concreto, surge cuando el sujeto no se encuentra constreñido por el deber, lo cual puede acontecer siempre que el tipo correspondiente limite el universo de personas destinatarias de la prohibición.

2.- Bien jurídico.

Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal.

Zaffaroni. Define al Bien Jurídico de la siguiente manera: "Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con el objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan".⁵³

⁵³ Zaffaroni Eugenio, Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985, página 389.

"El Bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el derecho penal".⁵⁴

Siguiendo este orden de ideas, mencionaremos, que el bien jurídico es la parte sustancial del tipo y el cual es la justificación de existencia de la norma jurídico-penal.

La tipicidad, se afirma siempre que en el caso concreto exista, frente y al alcance de la actividad o inactividad del agente, un bien perteneciente a la clase de bienes protegidos en el tipo.

La atipicidad, emana de la ausencia del bien o del hecho de que el bien no se encuentre frente a la actividad o inactividad del activo o no se encuentre al alcance de dicha actividad o inactividad.

3.- Sujeto activo.

Sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal.

No pertenece a este concepto quien no satisface la propiedad señalada. Por tal razón los animales y las cosas no son sujetos activos. Únicamente el autor directo o material, unitario o múltiple, puede ser sujeto activo.

En otras palabras, cualquier persona física que realiza la conducta descrita en el tipo penal.

⁵⁴ Jeschek. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, página 350.

En él deben considerarse los siguientes elementos:

Capacidad Psíquica del delito, que comprende la Voluntabilidad y la Imputabilidad.

a) La capacidad psíquica del delito, por ser una capacidad del autor material, queda incluida en el contenido del sujeto activo. Esta capacidad se manifiesta en dos aspectos: la primera es la voluntabilidad que es considerada de suma importancia ya que es ella la que convierte al individuo en sujeto de derecho penal (capacidad de conocer y querer).

Existe tipicidad.- cuando el sujeto posea la capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal, capacidad que descansa en la conciencia del sujeto.

Atipicidad.- cuando el sujeto carezca de conciencia. Por ejemplo, el sueño, sonambulismo, la crisis epiléptica, la esquizofrenia, etc.

b) La imputabilidad es la capacidad de comprender la específica violación a un deber jurídico penal.

Tipicidad, el sujeto tiene la capacidad de comprender la específica violación del deber jurídico penal y de actuar conforme a esa comprensión, capacidad que sustenta en el normal funcionamiento de la conciencia.

Atipicidad, cuando el sujeto tiene perturbada la conciencia. Tal como por ejemplo: Trastorno mental transitorio o permanente, Sordomudez, Oligofrenia grave o profunda, e hipnosis.

c) Calidad de garante.

Calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.

d) Calidad específica.

Es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber.

De lo anterior, se desprende que para concebir la calidad de autor material se deben reunir ciertas características que definen y delimitan el propio tipo penal.

e) Pluralidad específica.

Algunos tipos legales exigen una cierta pluralidad en el sujeto activo, por ejemplo: la asociación delictuosa, el incesto, la conspiración, la rebelión, la sedición, etc. En esos tipos la pluralidad de personas físicas debe ser la necesaria y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico.

4.- Sujeto Pasivo.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. Es, por ende, el elemento del tipo en el que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad.

Es la persona física o moral sobre quien recae la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido por la norma penal, causada por la conducta del sujeto activo.

Aquí debe tomarse en cuenta:

a) Calidad específica.

Es el conjunto de características delimitadoras del sujeto pasivo, en función de la naturaleza del bien tutelado. Sólo quien reúne esas características (calidad específica) puede ser pasivo en el caso concreto.

Analizando la anterior definición podemos decir; que el tipo exige un mínimo de características para reunir la calidad de sujeto pasivo, así como, por ejemplo: homicidio en razón del parentesco, el estupro, etcétera.

b) Pluralidad específica.

Asimismo, hay tipos legales que exigen una cierta pluralidad de personas para la integración del sujeto pasivo. Pluralidad específica es el número de titulares del bien protegido, exigidos en el tipo, necesarios para la lesión del bien.

La calidad específica y pluralidad específica, cuando estas exigencias del tipo concurren en el caso concreto se estará ante la tipicidad.

Atipicidad.- Derivará del incumplimiento, en el ámbito de los hechos, de los requisitos señalados.

5.- Objeto Material.

Objeto material (objeto de la acción) es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo.

La tipicidad funciona cuando frente y al alcance del sujeto activo exista el objeto material con todas las características descritas en el tipo.

La Atipicidad proviene de la inexistencia del objeto material.

6.- Conducta Típica (Hecho o Kernel).

El Hecho o Kernel es el subconjunto de elementos del tipo necesarios para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se integra con aquellos elementos necesarios para producirla.

Conducta.

Conducta (acción u omisión) es el proceder finalístico descrito en el tipo.

I. Voluntad.

Voluntad o es dolosa o es culposa.

a) Dolo.

Dolo es conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico, quiere o acepta su realización. Se presenta así la tipicidad.

La atipicidad aparece siempre que el sujeto no conoce o no quiere ni acepta la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal.

El conocimiento (elemento intelectual del dolo) se anula en todos los casos de error sobre la tipicidad objetiva no valorativa, es decir; error sobre los presupuestos y elementos del delito adecuados a la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal.

El error puede ser invencible o inevitable, y vencible o evitable; examinados anteriormente, y se tiene por reproducido su concepto en obvio de inútiles repeticiones.

Los efectos de estas dos clases de error son distintos. Ante la presencia del error invencible se anula tanto la voluntad típica dolosa como la culposa. En caso de error vencible, no se configura el dolo, pero sí la culpa.

El dolo es considerado dentro del derecho penal como el "querer realizar", el "querer" es un verbo auxiliar dependiente de un verbo principal "realizar"; el cual éste último, buscara los medios necesarios para lograr su objetivo, y así, producir el resultado material.

b) Culpa.

Existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión del bien jurídico, previsible y provisible, se haya o no previsto.

II. Elemento Externo.

a) Actividad (hacer algo).

La actividad causal es el elemento material de la conducta activa y consiste en un movimiento corporal, descrito en el tipo, idóneo para producir la lesión del bien jurídico y que, en la consumación, la produce porque no es interferida por ningún factor opuesto a la lesión y, en la tentativa, no la produce (sólo se pone en peligro el bien jurídico) porque sí es interferida por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

b) Inactividad (no hacer algo).

La inactividad es el no ejecutar la acción exigida en el tipo.

III. Resultado Material.

Resultado material es el efecto natural de la actividad, previsto en el tipo.

a) Acción y resultado material.

La conexión entre estos elementos dio origen a una de las más apasionantes discusiones de la causalidad.

"CAUSA", por tanto, en derecho penal, es la actividad del sujeto activo en adecuación a la semántica del verbo típico.

"NEXO CAUSAL", es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado material.

b) Omisión y resultado material.

La omisión y el resultado material se ligan entre sí, no por causalidad, sino por la posición de garantía en que se encuentra colocado el autor para la salvaguarda del bien. Es una relación de índole normativa y no de orden natural. Por tanto, el nexo normativo puede definirse como la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado.

La tipicidad se presenta cuando, en el caso particular, se produce el resultado tal como lo exige el tipo. Inversamente, la no producción del resultado material de lugar a la correspondiente atipicidad.

IV. Modalidades.

a) Medios.

Son el instrumento o la actividad distinta de la conducta, exigidos en el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

b) Referencia temporal.

Es la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Por ejemplo: el aborto.

c) Referencia espacial.

Es la condición de lugar, señalada en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Por ejemplo: allanamiento de morada, robo a casa habitación, etcétera.

d) Referencia de ocasión

Es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

Tipicidad. Relativa a cualesquiera de las cuatro modalidades, se subordina a la descripción, en el tipo...Así la inclusión en el tipo, de alguna modalidad, obliga a verificar, en cada caso concreto, la respectiva tipicidad. Si ésta no se satisface, habrá que registrar la atipicidad por ausencia de los medios.

7.- Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

a) Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien, contempladas en el tipo.

b) Peligro de lesión es la medida de probabilidad, señalada en el tipo, asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico.

Habrá tipicidad respecto de la lesión del bien jurídico cuando, en el caso concreto, el bien jurídico sea destruido, disminuido o comprimido.

El aspecto negativo de la puesta en peligro del bien jurídico típico deriva del desistimiento o del arrepentimiento activo y eficaz.

Por otra parte, tampoco habrá lesión ni puesta en peligro típica frente al consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico.

8.- Violación del deber jurídico penal.

Violación del deber jurídico penal es oposición, al deber jurídico penal de la conducta que, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, no va a salvar bien jurídico alguno o es innecesaria por existir otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

La oposición de la concreta conducta al deber jurídico penal hace surgir la tipicidad de la violación del deber jurídico penal. Por cuanto a la atipicidad, ésta opera ante la presencia de las llamadas causas de justificación.

Son causas de justificación:

a) La legítima defensa.

- b) El estado de necesidad.
- c) El ejercicio de derechos no denominados en forma específica.
- d) El cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica.

La culpabilidad, es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

En lenguaje jurídico penal, vale decir que el sujeto tiene conocimiento de que su conducta es violatoria del deber jurídico penal. Esto implica que conoce, también, la existencia del deber jurídico penal a su cargo.

El único aspecto negativo de la culpabilidad es el error invencible sobre la concreción de los elementos objetivos valorativos del tipo legal particular (el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal). El error vencible sobre la concreción de los mismos elementos sólo reduce el grado de reproche.

El error sobre el deber se presenta cuando el agente cree o supone que, en el caso particular, no tiene a su cargo dicho deber.

El error sobre la violación del deber jurídico penal opera cuando cree o supone que con su conducta no incurre en la violación, porque considera que o va a salvar un bien jurídico o no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Es decir, supone que su conducta está amparada por una causa de justificación".⁵⁵

Tocante a lo anterior observamos que, el modelo lógico explica la teoría del tipo a nivel normativo, y de la tipicidad a nivel fáctico.

⁵⁵ Islas de González Mariscal, Olga. Ob., Cit., Páginas 31 a 79.

Teoría del tipo a nivel normativo, el modelo lógico considera al tipo (precepto) como la prescripción legal que al lado de la punibilidad (sanción) integran la norma penal, y el tipo como nivel normativo matiza los 22 elementos que se agrupan en 8 sub-conjuntos de antijuridicidad mencionados.

Teoría del delito a nivel fáctico, es el aspecto fenoménico, se da frente a la realidad social, se debe partir del hecho físico- material ejecutado por el sujeto activo, por quien viola la norma penal. Por ejemplo, quien priva de la vida a una persona realiza un hecho que tiene una realidad material; esta situación que incide en el mundo naturalístico obliga a enfrentarla a un análisis de la luz de la ley penal, bajo el prisma normativo. Se presenta así la tipicidad.

E) SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS.

A) Sistema causalista.

1.- Se basa en la filosofía positivista.

2.- El delito parte de una acción (u omisión) voluntarios donde no se examina su propósito o fin. Es una acción "ciega".

3.- La acción y el resultado están concebidos como un proceso natural causal, de relación de causa a efecto. La corriente dominante se inclina por la teoría de la equivalencia de las condiciones para explicar el nexo causal.

4.- Se pone énfasis en el resultado.

5.- El tipo y la tipicidad se consideran dentro de un plano objetivo del delito.

6.- Algunos autores aceptan elementos subjetivos del tipo diferente al dolo y la culpa.

7.- Se coloca a la antijuridicidad en un plano objetivo, al lado de la conducta y la tipicidad. Se ve obligada a reconocer los elementos subjetivos.

8.- Se apoya en el "libre albedrío" para fundamentar la imputabilidad.

9.- La culpabilidad se integra por el dolo y la culpa como sus elementos. En su fase inicial se concibe a la culpabilidad como un nexo psicológico entre conducta y resultado. Posteriormente es un reproche (a título doloso o culposo) al proceso psicológico entre conducta y resultado. Al desarrollar este elemento del delito se refieren a la teoría del error de hecho esencial e invencible y al error accidental. La culpabilidad normativa admite la no exigibilidad de otra conducta.

10.- En esta posición la responsabilidad penal, el grado de culpabilidad, la determinación o individualización de la pena se apoyan en criterios peligrosistas. Predomina la "culpabilidad de autor":

B) Sistema finalista.

1.- Se apoya en la filosofía de los valores.

2.- El delito parte de una acción finalista voluntaria donde desde su inicio se plantea el propósito o fin de la misma. Es una acción "vidente".

3.- La acción final tiene dominio sobre el curso causal, toma en cuenta los posibles efectos concomitantes o secundarios. Un curso natural causal ajeno al dominio causal del agente queda al margen de su acción típica. (Por ejemplo la sesión levisima y muerte de un hemofílico desconociendo el autor la condición del

pasivo). El finalismo se pronuncia por la teoría de la "causación adecuada" para explicar el nexo causal.

4.- Se pone énfasis en la acción final.

5.- El tipo y la tipicidad, al igual que la acción, antijuridicidad y culpabilidad se integra de aspectos objetivos y subjetivos. El dolo y la culpa, son elementos subjetivos del tipo.

6.- Al aceptarse el dolo y la culpa en el tipo, desarrollan la teoría del error de tipo que puede conducir a reconocer la atipicidad de la acción u omisión.

7.- Distinguen entre antijuridicidad e injusto. La antijuridicidad es contradicción entre la acción y las exigencias de la norma. El injusto es la conducta antijurídica. La anti-juridicidad es un predicado. Lo injusto un sustantivo. Se reconoce que en la antijuridicidad existen elementos objetivos y subjetivos (normativos). Se destaca el concepto del injusto personal.

8.- La capacidad de culpabilidad o imputabilidad se basa en la posibilidad o "libertad de actuar en el sentido de la ley".

9.- La culpabilidad se integra por tres elementos: a) Capacidad de culpabilidad (inculpabilidad); b) Conciencia de la antijuridicidad del acto; c) Exigibilidad de otra conducta. Como aspectos negativos de estos elementos aparecen: a) Causas de inimputabilidad; b) Error de prohibición; y c) Causas de inexigibilidad de otra conducta. Destacan que el dolo y la culpa forman parte del tipo. La teoría del error se examina como error de tipo si afecta los elementos del tipo o como error de prohibición si afecta la conciencia de la antijuridicidad del acto.

10.- En esta posición la responsabilidad penal se apoya en el grado de culpabilidad, en los criterios de la posibilidad del sujeto de motivarse conforme al precepto legal, y en la medida de esa motivación será el grado de culpabilidad. Predomina la "culpabilidad por el acto o por el hecho".

C) Sistema Modelo Lógico Matemático.

1.- Se basa en el estudio del derecho penal como un todo, a partir del análisis de la norma penal.

2.- El delito se sitúa en el mundo de la facticidad.

3.- La descripción de la conducta (tipo) y la descripción de la amenaza (punibilidad) constituyen partes fundamentales de la norma y la existencia de ésta es un presupuesto o, antecedente del delito.

4.- Se pone énfasis en la norma penal (a nivel normativo y otro factico).

5.- El dolo y la culpa son elementos subjetivos del tipo.

6.- Al aceptarse el dolo y la culpa en el tipo, desarrollan la teoría del error de tipo que puede conducir a reconocer la atipicidad de la acción u omisión.

7.- La antijuricidad es lo contrario a los elementos del tipo que se agrupan en 8 sub-conjuntos que integran el modelo lógico.

8.-La capacidad de culpabilidad se basa en la posibilidad o libertad de actuar en el sentido de la ley.

9.- La culpabilidad se integra por el conocimiento del deber jurídico penal y el conocimiento de la violación del deber. Como aspectos negativos de estos

elementos aparecen: a) Causas de justificación putativas; b) el error invencible. Destaca que el dolo y la culpa forman parte del tipo.

10.- El modelo lógico, tiene directrices tanto del sistema finalista como del sistema causalista.

F) COMENTARIO PERSONAL.

En atención a todo lo expuesto, estas son las características mas importantes distintivas de los sistemas causalista, finalista y lógica matemática, los que tienen aciertos y errores, pero sería un error aún mas, que me decidiera sobre una de ellas en particular, nuestra legislación penal debe tomar lo bueno de una y otra, y dejar a un lado lo malo, y así, tener una mezcla concreta y precisa correctamente con la finalidad de poder emerger nuestro sistema penal mexicano.

CAPITULO II

EL CUERPO DEL DELITO

A) ANTECEDENTES.

García Ramírez, opina acerca del corpus delicti, corpus criminis considerándolo con una idea antigua raíz medieval, "revistió diversas connotaciones a lo largo de la historia y en los distintos ordenamientos mexicanos o extranjeros que la incorporaron. Se entendió como instrumento o medio para la realización del delito, objeto sobre el que éste recaía o huellas de su comisión". "No obstante el alzado valor del concepto que ahora nos ocupa, ha mediado gran confusión en torno al mismo. Efectivamente, suele asociársele demasiado, hasta casi confundirlo o confundirlo de plano, con las ideas de corpus instrumentorum y de huellas. Díganos de una vez que éstas son, simplemente, los vestigios que deja la perpetración del crimen, mientras que el instrumento del mismo es el objeto con el que éste aparece cometido".⁵⁶

Por su parte, el maestro Jiménez Huerta, considera que el concepto "corpus delicti es particularmente importante en el sistema procesal mexicano, porque sobre él descansa el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores, advierte: "Preciso es subrayar, empero, que fundamentalmente erraría quien concibiese este concepto como trascendente sólo en el Derecho procesal penal e irrelevante en el Derecho penal sustantivo"; porque, añade el profesor hispano-mexicano, el cuerpo del delito, concepto medular de todo el sistema, es obvio que deja sentir su impronta en la dogmática del delito, específicamente en el estudio de la tipicidad. La más profunda raíz histórica del tipo hállase en el concepto de corpus delicti contenido en las viejas leyes y que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. Y así hall-a quien cita Jiménez Huerta-

⁵⁶ García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, La Reforma de 1993-1994, Porrúa, México, 1994, pág. 45., id... Curso de Derecho Procesal Penal, tercera edición, Porrúa, México, 1980, pág. 388.

subraya que la doctrina del tipo ha surgido del concepto de corpus delicti; Antolisei estima que hay en ella una reminiscencia de este viejo concepto procesal; y Jiménez de Asúa también expresamente reconoce y proclama que el tipo legal penal ha surgido del corpus delicti. Tan autorizadas y contundentes afirmaciones están respaldadas por el pensamiento de Pietro Ellero, pues, al esclarecer los tres diversos sentidos y acepciones de la expresión cuerpo del delito, manifiesta que, en primer término, el cuerpo del delito –existente en todos ellos- es la acción punible, esto es, el hecho objetivo”.⁵⁷

Por otro lado, es importante hacer mención que, en el derecho mexicano, históricamente el primer antecedente constitucional del cuerpo del delito aparece en el artículo 5º, fracción VIII del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842 que señala como derechos del hombre, las siguientes garantías:

“Seguridad...VIII.- El detenido no puede ser declarado bien preso sino por un auto motivado, del que se dará copia al reo y a su custodio, y después de practicada una información sumaria, en la que se haya oído al primero, y se le haya instruido de la causa de su prisión y del nombre de su acusador si lo hay, y de la que resulte que se cometió un delito determinado y que haya al menos una semiplena prueba para creer que el acusado lo cometió. La detención es arbitraria cuando excede los términos prescritos en la Constitución, y hace responsable al juez y al custodio.

Otro dato fidedigno similar al anterior, lo encontramos en el artículo 13, fracción XV del Segundo Proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana, de 2 de noviembre de 1842.

⁵⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T.I. Introducción al Estudio de las Figuras Típicas, Porrúa, México, 1972, pp. 23-30.

Sin embargo el primer precedente constitucional en que es empleada la expresión: cuerpo del delito se registra en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856:

La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por mas de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes según las leyes para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quién es su acusador, si lo hubiere.

La Constitución Política de la República Mexicana de 1857, en el artículo 19, estableció que ninguna detención podría exceder del término de 3 días, sin justificarse con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley...

Según se advierte, en lo que mira a los elementos esenciales del auto de formal prisión, no hizo una concreta referencia, sino remitió para ello a la ley secundaria, con el consiguiente problema, puesto que no existía entonces ley procesal penal que reglamentara la norma constitucional, habida cuenta que hasta 1880 se promulgó el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, derogado más tarde, al entrar el nuevo código en vigor, el 15 de septiembre de 1894.

Este último ordenamiento legal, establecía la comprobación del cuerpo del delito a través de la justificación de todos los elementos que constituyen el delito, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 9º del Código Penal de 1871, con lo cual aparentemente se exigía, para demostrar el corpus delicti, la comprobación tanto de los elementos objetivos, como de los subjetivos del delito, concepción que restringió a su tiempo la Suprema Corte, al formar la conocida jurisprudencia, conforme a la cual, por cuerpo del delito, no debe entenderse el delito mismo, sino

sólo los elementos objetivos o externos que lo constituyen, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que aluden únicamente a la culpabilidad".⁵⁸

B) CONCEPTO

El cuerpo de delito, de origen muy antiguo siempre fue un tema polémico en la Doctrina Jurídica Mexicana; ilustres penalistas y procesalistas hicieron sus mejores esfuerzos por encontrarle una definición exacta e incluso una identificación con el concepto elementos del tipo con el fin de adecuar la doctrina alemana del tipo a nuestro discutido concepto de cuerpo del delito de estilo eminentemente procesal.

Anibal Díaz Clemente, en su obra "el Cuerpo del Delito", comenta lo siguiente: "Se atribuye a FARINACCIO haber introducido la expresión *corpus delicti* en la temática procedimental y con esa expresión, cuya ambigüedad es manifiesta, se originan las dudas y hesitaciones de la doctrina en cuanto a su concepto y definición.

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

Por su parte, Ortolán, quien definía el cuerpo del delito como "el conjunto de los elementos físicos, de los elementos materiales, ya sean principales, ya accesorios, de que se compone el delito", pero los prácticos habían advertido que esta definición "se aplica a representar diferentes ideas que fácilmente pueden confundir al juez", ya que en el conjunto de elementos físicos o materiales se

⁵⁸ Hernández Pliego, Julio Antonio. El Proceso Penal Mexicano. Primera edición, Porrúa, México, 2002. pp. 346 y 347.

encuentran los efectos resultantes del hecho, las armas o instrumentos que los producen, los vestigios y huellas dejados por el hecho delictuosos".⁵⁹

Victoria Adato, considera el cuerpo del delito de la siguiente manera: "es una expresión arcaica, empleada únicamente en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de 1856 y en el artículo 19 de la Constitución vigente (1972). Los constituyentes de 1917 la reinventaron con el deseo de que la garantía quedara mejor definida y asegurada de precisar los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión, es esta contenido en el dictamen de la segunda comisión presentado el 29 de diciembre de 1916. La bondad de la intención, dice la licenciada Adato, no absuelve a los autores del infortunado hallazgo, pues no existe quizás en la Constitución término más controvertido que éste".⁶⁰

Para el maestro Rivera Silva: "...es una parte del todo, de la misma manera que el cuerpo humano es una parte de la identidad del hombre, por eso se dice, el cuerpo del delito es una parte del todo y se integra con todos los elementos materiales del tipo penal de que se trate, por ello nos dice el maestro Pedro Hernández Silva, que por tratarse de una parte del delito, debemos señalar que parte es, y nos dice, que cuerpo del delito es la conducta y la tipicidad, en este último elemento del delito, se encierra todo lo necesario para que se integre el cuerpo del delito, para que fuera delito, son necesarios los otros elementos que son la antijuricidad y la culpabilidad. Creo que con esto queda clara la idea de que debe entenderse por cuerpo del delito..."

"..Los elementos materiales a los que nos referimos son todos los que integran el tipo, ya sean valorativos, subjetivos, normativos etc., pondremos un ejemplo claro,...el objeto del delito de robo se integrará con los elementos

⁵⁹ Anibal Díaz, Clemente, El Cuerpo Del Delito. Edición Homenaje, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1987. Páginas 25 y 26.

⁶⁰ Adato Green, Victoria. Conferencia publicadas en el libro Dinámica del Derecho Mexicano. Edición de la Procuraduría General de Justicia, 1973, página 187.

siguientes: apoderamiento de cosa mueble ajena, sin derecho, ni consentimiento de quien puede disponer de esa cosa con arreglo a la ley por eso hablamos que cuerpo del delito es la tipicidad...".⁶¹

Ahora bien, la Suprema Corte señala que "...Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito..." Así mismo, adiciona que: "Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal."

Cuando hablamos de Cuerpo del delito nos referimos a cuestiones impersonales que se refieren a la verificación de un hecho tipificado por la ley como delito, (el tipo), independientemente de la autoría de la conducta y su comprobación, tal y como lo señala la Suprema Corte, "constituye la base de todo procedimiento penal, y sin ella no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna".

En seguida, transcribiremos algunas tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a lo que se refieren a la figura jurídica sobre el tema, "el cuerpo del delito".

"CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito debe entenderse al conjunto de elementos externos o físicos y no los morales o subjetivos, que propiamente se refieren a la culpabilidad; por tanto, para dictar auto de formal prisión, basta que se compruebe la existencia de esos elementos externos. El dolo se refiere a la culpabilidad y no forma parte integrante del cuerpo del delito.

⁶¹ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1983. Págs. 155, 156 y 159.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXVIII

Página: 366

Amparo penal en revisión 3865/27. Flores Antonio. 21 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Enrique Osorno Aguilar. La publicación no menciona el nombre del ponente.

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 58 Segunda Parte

Página: 27

Amparo directo 1724/73. José Suárez Palomares. 26 de octubre de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 86, página 186, bajo el rubro: "CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE."

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Es bien sabido que la comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y al

respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sustenta el criterio de que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger), Tratado de Derecho Penal, Primer Tomo, páginas trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XLIV

Página: 54

Amparo directo 6698/60. José Zamora Mendoza. 16 de febrero de 1961.
Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

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

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte HO

Tesis: 848

Página: 545

Amparo directo 4173/53. Héctor González Castillo. 11 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6337/45. Castañeda Esquivel J. Jesús. 15 de noviembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. 20 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2677/58. Juan Villagrana, Hernández. 26 de noviembre de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 6698/60. José Zamora Mendoza. 16 de febrero de 1961. Cinco votos*.

De todo lo anterior podemos decir que el cuerpo del delito es conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso.

Comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en un tipo penal, y esa demostración, habrá de hacerse con las pruebas que se hayan reunido en el término constitucional.

C) OBJETO, INSTRUMENTO Y EFECTOS DEL DELITO.

Una vez delimitado el concepto cuerpo del delito como una institución de carácter procesal, algunos estudiosos del tema, confunden al *corpus delicti*; con el objeto del delito, el instrumento del delito y a sus efectos del delito.

Ahora bien, dos connotaciones se asignan a este concepto: una jurídica y otra material, "el concepto tradicional identifica al objeto material del delito con la persona o cosa sobre las que recae la conducta típica y antijurídica. El objeto jurídico del delito, en cambio, está constituido por el bien que tutela la norma penal: la vida, el honor, el patrimonio. En razón de su alcance, podemos clasificar el bien jurídico en genérico: cuando se aluda al interés del Estado por salvaguardar los bienes jurídicos pertenecientes al individuo, a la sociedad o al propio Estado, que subyacen en cada uno de los tipos penales, en el concepto de que la tutela de esos intereses forma parte de las funciones del Estado, con lo que asegura la vida armónica en sociedad, pero cuando se aluda al interés de cada individuo particularmente considerado, por proteger un determinado bien tutelado por la ley, estaremos en presencia del objeto jurídico específico".⁶²

Alcala- Zamora y Levene, señala que el cuerpo del delito comprende: "a) Las cosas que constituyen los medios materiales del delito; b) Las cosas que constituyen la finalidad del delito; c) Las cosas sobre las que se ha cumplido el delito".⁶³

Siguiendo este orden de ideas, los elementos del cuerpo del delito, figura jurídica que se encuentra dada por las que se podrían denominar. a) El corpus criminis, b) Corpus Instrumentorum y c) El corpus probatorium.

a) En relación con el corpus criminis o objeto del delito; no hay que confundir el cuerpo del delito (cadáver asesinado, lesiones o el auto chocado), si bien es cierto, que el cuerpo del delito es todo aquello que sirve para comprobar la verdad de la existencia del delito; e incurriendo en un error, el primero solamente puede ser concebido como una figura objetiva, concreta, real y tangible, su real presencia no es decisiva para el existencia del delito, en tanto no se llegue a acreditar mediante la existencia de otros elementos. Sin embargo, cabe mencionar

⁶² Hernández Pilego, Julio Antonio. Ob., Cit., páginas. 344 y 345.

⁶³ Alcala-Zamora y Levene. T. II, Página 372.

que el cuerpo del delito puede existir, pese a que el objeto del delito no aparezca de manera tangible y visible.

Es indudable que la confusión radical es transfigurar el corpus delicti en corpus criminis, es decir, por ejemplo, en el delito de homicidio, en sostener que el corpus del delito es el cuerpo de la víctima, y si no existe cuerpo de la víctima no podría existir el delito de homicidio. Tal premisa es debatible en varios extremos, por un lado, en mencionar que no puede existir la comisión del delito de homicidio a pesar de la existencia del cuerpo de la víctima, por ejemplo, cuando media una causa de justificación; y por el otro, pese a que no exista cuerpo de la víctima no quiere decir que no exista la comisión del delito de homicidio, dado que el corpus criminis es un presupuesto del corpus del delicti.

El corpus criminis, integra el concepto de cuerpo del delito, pero no en forma tan esencial que su inexistencia conduzca a la inexistencia del cuerpo del delito. En el homicidio, el cuerpo de la víctima, por ejemplo, no es el cuerpo del delito, sino un elemento del cuerpo del delito.

b) Corpus instrumentorum o instrumento del delito, se puede definir como las cosas mediante las cuales se cometió o intento cometerse el hecho delictuoso.

El Diccionario para Juristas aclara que "los instrumentos del delito, son, por su parte, los elementos de que se sirven los autores de una infracción penal, para prepararla, cometerla, completarla o encubirla".⁶⁴

Visto lo anterior, en la comisión del hecho delictuoso muchas veces se requiere de instrumentos o medios (la pistola, el cuchillo, etc.) destinados a facilitar la actividad del delincuente. Aunado, a esto, mencionaremos que los instrumentos del delito son valiosos para la investigación, de ahí que el juzgador deba poner gran interés particular en la recolección y conservación de los mismos.

⁶⁴ Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo, México, 1981, Pág. 730.

c) El Corpus probatorium, puede definirse como todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.

Visto lo anterior, estos tres elementos en su conjunción formarían el ideal de la figura jurídica cuerpo del delito, si existe el cadáver de una persona, el arma que le causó la muerte, las huellas de otra persona que le esperó al amparo de las sombras, o la ausencia de dinero o los bolsillos con signos de revisión, etc., el juez no podrá dudar en la tipificación del hecho delictuoso e incluso le servirá para orientarse en la investigación para inculpar a una persona como autora del delito.

Finalmente, efecto del delito, del latín effectus, significa "lo que se sigue por virtud de una causa, de manera que efecto del delito serán las consecuencias que se producen por la comisión de éste".⁶⁵

D) CUERPO DEL DELITO EN LA CONSTITUCION POLITICA Y EN LOS CODIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES FEDERAL COMO DEL DISTRITO FEDERAL.

Comenzare diciendo que el objetivo del presente trabajo no es el análisis de la reforma constitucional en general, sino solo al cambio operado a favor de los principios de la tesis finalista, citando en este inciso, el contenido que transcribiremos de los artículos 16 y 19 Constitucionales antes y después de la reforma las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 septiembre de 1993 y entrando en vigor al día siguiente de la publicación, que son los que se ocupan de mencionar los requisitos para la orden de aprehensión y para el auto de formal prisión, respectivamente.

Primer párrafo del artículo 16 antes de la reforma.

⁶⁵ Palomar de Miguel, Juan. Ob., Cit., p. 730.

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona pueda aprender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan que aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirse un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia".⁶⁶

Primer párrafo del artículo 16 después de la reforma.

"ARTICULO 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley

⁶⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A., 108 ediciones, México 1992.

señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".⁶⁷

Análisis de la reforma al artículo 16 Constitucional.

El artículo 16 constitucional establecía con toda precisión que la autoridad judicial sólo podría librar orden de aprehensión en los siguientes supuestos:

- 1.- Que exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal;
- 2.- Que la denuncia, acusación o querrela estén apoyadas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 16 reformado del citado ordenamiento legal relativo a la orden de aprehensión, señala los siguientes requisitos para que la autoridad judicial pueda librar una orden de aprehensión:

- 1.- Que exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito;
- 2.- Que dicho delito esté sancionado cuando menos con pena privativa de libertad;
y
- 3.- Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

⁶⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A., 108 ediciones, México 1997.

Puede concluirse; en el primer numeral, hay un cambio importante, porque se aclara que para librar una orden de aprehensión solo podrá ser girada contra quien haya cometido un delito; en el segundo numeral también se habla con mayor precisión de que el delito este sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, como ya dijimos solo lo aclara, por que ya estaba previsto en el contenido del artículo anterior a la reforma. Sin embargo, lo que si es importante para los efectos de este trabajo es el numeral tres, ya que ahora no es suficiente la denuncia, acusación o querrela estén apoyadas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; ahora exige que el juez analice y valore que en la averiguación previa que consigna el Ministerio Público estén acreditados los elementos que integran el tipo penal.

Primer párrafo del artículo 19 antes de la reforma.

"ARTICULO 19. Ninguna detención podrá exceder del termino de tres días, sin que se justifiquen con un auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquel, 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, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten".⁶⁸

Primer párrafo del artículo 19 después de la reforma.

"ARTICULO 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo

⁶⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A., 108 ediciones, México 1992.

actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los **elementos del tipo penal** del delito que se impute al detenido y haga probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención al juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad".⁶⁹

Análisis de la reforma al artículo 19 constitucional.

En el artículo 19 antes de la reforma, para que el juez dictara el auto de formal prisión debía estudiar los siguientes supuestos:

- a) El delito que se impute;
- b) Los elementos que constituyen el delito;
- c) Lugar, tiempo y circunstancias de ejecución;
- d) 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.

Por otro lado, en el artículo 19 después de la reforma, para dictar el auto de formal prisión el juez debe examinar los siguientes requisitos:

- a) El conjunto de actuaciones (tanto del Ministerio Público como los que se realicen ante el juez dentro del término constitucional); y
- b) Que hayan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.

⁶⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A., 108 ediciones, México 1997.

Citado lo anterior, observamos cambios trascendentales, podemos decir que el artículo 19 antes de la reforma; en el inciso b, hablaba de los elementos del delito; en cuanto al inciso c, se refería a lugar, tiempo y circunstancias de ejecución; el nuevo artículo no se refiere a este supuesto. Por último el inciso d, de mayor importancia para el estudio del presente trabajo, antes de la reforma, lo fundamental era comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado. Después de la reforma, que hayan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. Aquí es el cambio trascendental concepto "cuerpo del delito", es sustituido por el concepto "elementos del tipo".

Por su parte, Moreno Hernández, al respecto comenta lo siguiente: "ciertamente, se clarifican los requisitos tanto para la orden de aprehensión como para el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se adopta una nomenclatura que en la doctrina penal sustantiva ha encontrado un amplio desarrollo. Pero, bien con dicho cambio se afectó de manera importante un concepto tradicional, tan fuertemente arraigado, tanto en la teoría como en la práctica procesal, queda aún por precisar los alcances de esa nueva expresión. Después de la entrada en vigor de la reforma constitucional sigue el mismo problema que ya planteaban los artículos 122 y 168 de los códigos de Procedimientos penales, distrital y federal respectivamente, los que desde 1984 fueron modificados para establecer el paralelismo o equiparación entre los contenidos del cuerpo del delito y los del tipo penal, pues, no obstante dicha reforma, se ha observado la existencia de diversos criterios den torno al concepto de tipo penal y a los elementos que lo estructuran. Lo anterior, en virtud de que tales preceptos no señalan en forma detallada cuales son los elementos del tipo penal que el Ministerio Público y el juez deben constatar para sus respectivas resoluciones. De ahí la necesidad de su mayor precisión en la legislación secundaria, para que aquellas reformas constitucionales tengan realidad en la práctica. Continúa diciendo el citado autor, mientras se plantearan las reformas a la legislación penal sustantiva y procesal, existía la necesidad de contar con

criterios de interpretación para el ejercicio de las funciones que corresponden sobre todo al Ministerio Público y al Poder Judicial, que no podían esperar a tales reformas.

a) Por lo que, por una parte, la Procuraduría General de la República emitió el 29 de septiembre de 1993 un instructivo dirigido a los ministerios públicos federales, en el que se dan criterios y lineamientos a seguir en torno a las reformas constitucionales. En dicho instructivo, al referirse a las reformas al artículo 16 Constitucional, se establece sobre el tema que nos ocupa lo siguiente:

Los "elementos que integran el tipo penal" son los contenidos en la descripción típica hecha en la ley; por tanto dicha expresión debe ser entendida como equivalente a "cuerpo del delito", en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. En otras palabras, por elementos del tipo penal se entenderán los que hasta ahora han dado contenido al cuerpo del delito, en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Realmente con lo señalado en el mencionado instructivo no se aclararon mayormente las cosas; sólo se reforzó la idea contenida ya en los artículos 122 y 168 de los códigos de procedimientos penales desde 1984, de que tales elementos son los contenidos en la descripción típica hecha en la ley y de que la expresión "elementos del tipo penal" debe ser entendida como equivalente a "cuerpo del delito". Es decir, seguía existiendo la incertidumbre respecto de cuales son los elementos del tipo penal a que ahora hacen referencia los artículos 16 y 19 constitucionales; sólo se permitió con el Instructivo que, mientras la ley secundaria no lo precisara, cada Ministerio Público siguiera manejando su criterio sobre lo que entendía por "cuerpo del delito" o por "tipo penal". Por otra parte, nada se dijo respecto de los elementos que integran la "responsabilidad".

b) En la Suprema Corte de Justicia de la Nación se realizaron en el mes de octubre de 1993, mesas redondas por magistrados de circuito y jueces de distrito, para el análisis de las reformas constitucionales en materia penal, en las que se produjeron diversos comentarios sobre los artículos 16 y 19 de la Constitución. Pero con relación a los elementos que integran el tipo penal, y la probable responsabilidad, no se dice nada que pueda darnos cierta claridad sobre cuales son esos elementos, dejándose también al criterio del Ministerio Público y del juzgador determinarlos al analizar la descripción que hace la ley.

Finalmente, termina diciendo, por razón de lo anterior, se planteaba necesaria la reforma a la legislación secundaria, con el objeto de establecer esa precisión y, consecuentemente, procurar mayor seguridad jurídica sobre este particular. A ese objeto obedece el que en los últimos meses de 1993 se haya confeccionado el proyecto de reformas, a la legislación penal, que comprendía modificaciones tanto al Código Penal Federal como al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para ajustarlos a los nuevos criterios introducidos a la Constitución Política".⁷⁰

En este orden de ideas, y en virtud de que tanto las reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, se refieren básicamente al cambio del término que tenía antes de las modificaciones, de "cuerpo del delito", por lo que ahora debe aplicarse de "tipo penal", se hace el análisis en forma conjunta.

Las modificaciones a los preceptos jurídicos de ambos cuerpos legales, tienen como sustento las reformas llevadas a cabo a los artículos 16 y 19 de la Constitución, las cuales fueron publicadas en el Diario oficial de la federación de fecha 3 de Septiembre de 1993.

⁷⁰ Moreno Hernández, Moisés. Política Criminal y Reforma Penal. Editorial Ius Poenale, primera edición, México, 1999. Páginas 183, 184 y 185.

Efectivamente, el 10 de enero de 1994 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales que lo prevé en su artículo 168; y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el artículo 122. Modificaciones que acatan, por una parte, la necesidad de ajustarse al nuevo contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución General.

ARTICULO 168 y 122 de los Código de Procedimientos Penales Federal como del Distrito Federal, antes de la reforma de 1994, que a la letra dicen:

"El Ministerio Público, con la intervención legal de sus auxiliares, la Policía Judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el Cuerpo del Delito y la presunta responsabilidad del Inculpado como base del ejercicio de la acción penal y del proceso penal Federal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este código.

La presunta responsabilidad del Inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado".⁷¹

ARTICULO 168 y 122 de los Código de Procedimientos Penales Federal como del Distrito Federal, después de la reforma de 1994, que a la letra dicen:

⁷¹ Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Delma S.A. de C.V., 7ª edición, México 1993. Página 65 y 66.

"El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c) el objeto material;
- d) los medios utilizados;
- e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) los elementos normativos;
- g) los elementos subjetivos específicos, y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existen acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley".⁷²

Análisis de los artículos 168 y 122 de los Códigos de Procedimientos Penales Federal como Distrital.

⁷² Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista S.A. de C.V., México 1998. Páginas 38 y 39.

Resulta importante hacer mención que los artículos 168 y 122 antes de la reforma, el Ministerio Público para efectos del ejercicio de la acción penal debería:

a) Comprobar el cuerpo del delito, y éste se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos según lo determina la ley penal;

b) y la presunta responsabilidad del inculpado.

Por otra parte, los citados artículos 168 y 122 después de la reforma, obligaba al C. Agente del Ministerio Público para efectos del ejercicio de la acción penal; acreditar en la averiguación previa:

a) Los elementos integrantes del tipo penal del delito de que se trate, dichos elementos citados anteriormente y que en este apartado tenemos por íntegramente reproducidos para evitar inútiles y ociosas repeticiones;

b) y la probable responsabilidad del inculpado.

Finalmente, el cambio trascendental de la reforma, es respecto a los conceptos "Cuerpo del delito" sustituido éste por la nomenclatura "Elementos del tipo penal", éste último, de raíz finalista, teóricamente da mayor seguridad jurídica para los gobernados, evitando abusos arbitrarios del poder, logrando un derecho penal más justo.

Capítulo III

Elementos Integrantes del Tipo Penal

A) PALABRAS INICIALES.

El Constituyente de 1917, incluye los artículos 16 y 19 a nuestra Constitución Política dándole vida a la norma fundamental a partir de este momento, tales artículos permanecieron intocables en los sustancial por mas de setenta años, hasta el año de 1993 en que fueron modificados; se suprimió la expresión "cuerpo del delito" sustituyéndola por "elementos del tipo penal", que en su oportunidad analizaremos con detenimiento.

El 10 de enero de 1994, son reformados el Código Federal de Procedimientos Penales como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; los que, por una parte, ajustándose a la nueva nomenclatura que utilizan los artículos 16 y 19 Constitucionales, sustituyen el concepto de "cuerpo del delito" por la nomenclatura de "elementos del tipo penal" y, por otra parte, señalan cuáles son dichos elementos, que deben ser acreditados por el Ministerio Público y verificados por la autoridad judicial. El Código Federal de Procedimientos Penales, lo prevé en su artículo 168; y, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo cita en su artículo 122, preceptos que antes de la reforma consideraban el concepto "cuerpo del delito".

Así, el artículo 168 y 122 de los ordenamientos legales citados con antelación, se analizan en forma conjunta por contener lo mismo, y que a la letra dicen: "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Dichos elementos son los siguientes:

Elementos indispensables.

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: los elementos eventuales.

- a) las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión;
- c) el objeto material;
- d) los medios utilizados;
- e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) los elementos normativos;
- g) los elementos subjetivos específicos, y
- h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Brevemente haremos alusión a cada uno de los elementos del tipo penal.

B) OBJETIVOS.

Son los llamados también externos o materiales, porque son manifestaciones o actividades que se pueden apreciar a través de los sentidos, así por ejemplo, si el sujeto pasivo es un hombre o una mujer, etcétera.

En la medida en que los elementos objetiva y materialmente visibles, son de más fácil comprensión por los sentidos.

I.- Conducta. Acción u omisión. (Elemento objetivo)

La acción, o la omisión, es el primer elemento que se debe acreditar, para estructurar el concepto de delito. El primero, consiste en un actuar o hacer; es un hecho positivo, un comportamiento o varios, de forma voluntaria desplegada por el sujeto que se sirve sí mismo o de otros medios para infringir la ley; en ellos se viola una ley prohibitiva. La omisión, es una inactividad, también voluntaria, del agente consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley; en ellos se viola una ley dispositiva. Así en este punto se contempla la idea, ya previsto del contenido establecido en el primer párrafo artículo 7° del código penal federal al mencionar que el delito, antes que otra cosa, es el acto o omisión que sancionan las leyes penales, y por otra parte el artículo 15° del código penal para el distrito federal establece que el delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

Por su parte, Moisés Moreno, sintetiza cabalmente a la conducta típica, en consideración a las elaboraciones teóricas que en torno a la acción o omisión han hecho a la dogmática penal, de la manera siguiente: "Para afirmar la existencia de la acción o de la omisión, es decir, de la conducta humana, habrá que analizar todo lo que le da contenido. Ese contenido, que no está expresamente señalado en la ley, se determinara según el criterio teórico que sobre el concepto de acción se adopte; es decir, dependerá del concepto de acción que se maneje, que puede ser el concepto "causal" o el "final" de acción. Conforme al primero, resaltarán la "corporalidad" y la "voluntariedad" como componentes, pero en él la voluntad sólo es tomada en su aspecto externo como "manifestación de la voluntad", es decir, en su función de "factor causal", desprovisto del contenido de la voluntad; de ahí que se diga que, según esa concepción, la acción no es más que un mero proceso causal ciego, carente de sentido. De acuerdo con el segundo, en cambio, aparte de los componentes externos, también es integrante esencial de la acción el "contenido de la voluntad", es decir, la finalidad; por lo que, según esto, la voluntad no se reduce a ser un simple factor causal, desencadenante del proceso corporal, sí no un "factor de dirección", y la acción ya no es un mero proceso causal ciego,

sino un proceso vidente, de sentido. También afirma, si la voluntad es un ingrediente esencial de la acción (y de la omisión), la falta de voluntad-ya sea como factor causal o como factor de dirección- hace que no pueda afirmarse la existencia de la conducta, esto es, de la acción o de la omisión; consecuentemente, si no hay conducta no hay delito, al menos por lo que hace a quien se le está atribuyendo el resultado típico".⁷³

La omisión, se divide en omisión simple y comisión por omisión.

Omisión simple: también conocida como omisión propia consiste en una inactividad de hacer algo ordenado, no siendo necesario para su estructura que haya un resultado material, quebrantando una ley dispositiva, por ejemplo: portación de arma prohibida, falso testimonio ante autoridad judicial, etc.

Comisión por omisión o comisión impropia; consiste en un no hacer voluntario, y por esa inacción se produce un resultado material, aquí se infringe una ley dispositiva y otra prohibitiva. Por ejemplo: prestarle auxilio a un atropellado, la madre que abandona a su hijo recién nacido, no lo amamanta produciéndose un resultado letal.

Siguiendo este orden de ideas, establece la fracción I del artículo 15 del Código penal, que el delito se excluye cuando: el hecho que se realice sin intervención de la voluntad del agente.

La lesión o peligro del bien jurídico.

La lesión o peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico; es decir, el resultado producido, es otro elemento de carácter objetivo para acreditar el tipo penal y formar la tipicidad. La lesión se entiende como el resultado consumado directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal; es

⁷³ Moreno Hernández, Moisés. Ob., Cit., Páginas. 193 y 194.

decir, se afecta el bien jurídicamente tutelado, por ejemplo: homicidio, robo, etc. Por otra parte, de Peligro no se daña directamente el bien jurídico, pero los ponen en peligro, por ejemplo: abandono de persona que requiere auxilio, disparo de arma de fuego, etc.

Fundamentalmente, en todo tipo penal existe o debe existir la protección del bien, y, afirmar la existencia de un delito, que justifique la intervención del derecho penal, para que éste pueda imponer una pena cuando se afecte el bien jurídico protegido.

II.- Forma de Intervención de los sujetos activos. (Elemento objetivo)

Es otra exigencia de carácter objetivo del tipo penal, como anteriormente hemos dicho el sujeto activo es cualquier persona que lleva a cabo la conducta al tipo penal. Aquí debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 13 del Código Penal Federal, que establece la diferenciación que doctrinariamente se hace entre los autores materiales, intelectuales y coautores (autoría) y los autores mediatos, cómplices, instigadores y encubridores (participación), el cual transcribimos para referencia:

"Artículo 13. Son autores o partícipes del delito.

I Los que acuerden o preparen su realización;

II Los que lo realicen por sí;

III Los que lo realicen conjuntamente;

IV Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado de cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad..."⁷⁴

Por otra parte, Olga Islas no completamente de acuerdo con el contenido del artículo 13 del ordenamiento legal invocado, manifiesta lo siguiente: "El análisis de los verbos usados en el artículo 13 revela que la fracción I es vacía y, por lo mismo, inaplicable. Acordar la realización de un delito es algo que no tiene relevancia en tanto no se ejecute ese delito. El mero acuerdo no puede punirse. Si alguien acuerda cometer un delito y luego lo ejecuta, será sancionado por la ejecución, no por acordar. Igualmente, cuando un sujeto acuerda la realización de un delito y posteriormente lo lleva a cabo sirviéndose de otro, la sanción se aplica no por el acuerdo sino por la ejecución por medio de otro. Asimismo, la persona que después de acordar la realización del delito determina a otro a cometerlo, es sancionado por la determinación y no por el acuerdo. Por último, quien acuerda la realización de un delito y luego ayuda o auxilia a otro en la ejecución, es sancionado no por el acuerdo sino por la ayuda o el auxilio.

Por la misma razón, es irrelevante la preparación del delito.

El solo acuerdo o preparación, sin la ejecución es, también, irrelevante porque no hay lesión ni puesta en peligro del bien jurídico. De esta forma, sancionar el solo acuerdo o la sola preparación resultaría contrario al artículo "17 Constitucional, segundo párrafo que establece: Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial..."

⁷⁴ Código Penal Federal. Editorial Sista S.A. de C.V., México, 2002.

En la fracción II, el verbo realizar es innecesario, pues la realización o ejecución ya está prevista en cada tipo legal; realiza el delito quien concretiza el verbo del tipo legal, integrándose así la figura del autor material.

En cuanto a la fracción III, el verbo es el mismo: realizar; sólo que ahora se trata de la realización o concretización conjunto del tipo, esto es, realizar en común un mismo tipo, por dos o más personas. Se trata, pues, de una regulación, innecesaria por reiterativa, de la autoría material múltiple (coautoría). Recuérdese que, en cada tipo, el verbo descriptivo de la conducta se refiere tanto a la autoría material unitaria como a la autoría material múltiple.

En cambio, el "servirse", "determinar" y "ayudar" o "auxiliar" de las fracciones IV, V, VI y VII, sí tienen contenido y son, además, necesarios.

El servirse de otro para llevar a cabo el delito consagrado en la fracción IV, es precisamente lo que la doctrina tradicional denomina autoría mediata.

El determinar dolosamente a otro a cometer un delito es tradicionalmente considerado como autoría intelectual.

En cuanto al "ayudar" o "auxiliar" dolosamente a otro para la realización del delito, en la doctrina tradicional se identifica con el nombre de complicidad. Asimismo, para la doctrina tradicional es complicidad el "auxilio" al delincuente, después de la ejecución del delito, en cumplimiento de una promesa anterior.

En resumen: de todo lo dispuesto en el artículo 13, únicamente los verbos servirse, determinar, ayudar y auxiliar tienen contenido".⁷⁵

⁷⁵ Islas de González Mariscal, Olga. Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. Páginas 34 y 35.

De lo anterior se deduce que la forma de intervención de los sujetos activos en el delito puede darse en cualquiera de las formas que establece en el artículo transcrito.

Una vez confirmada la participación de los sujetos activos- y de los pasivos- como parte integrantes del tipo penal, deben ser acreditados para efectos de afirmar la tipicidad de la conducta del individuo.

C) SUBJETIVOS.

Son aquellos en que el tipo requiere que se acredite el ánimo de la persona al realizar la acción, el fin que se persigue. Se refiere a estados de ánimo o a otros aspectos psicológicos distintos del dolo o de la culpa. Por ejemplo en el delito de fraude "engañar"; o en el delito de difamación el propósito de causar "deshonra, descrédito".

III.- La realización dolosa o culposa de la acción o omisión. (Elemento subjetivo)

Forman el tercer elemento del tipo penal, que en la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público, debe acreditar rotundamente la acción o omisión delictuosa, hayan tenido como móvil, el dolo o la culpa.

Resulta por ello conveniente, mencionar que el dolo y la culpa dejan de ser especies de la culpabilidad como tradicionalmente se les aceptó, ahora bien, pasan hacer parte del fin de la acción típica, es decir; a nivel de elementos integrantes del tipo penal. Continuando, no solo interesa la realización acción o omisión del agente al delinquir, sino la finalidad su actividad voluntaria con conocimiento dirigido a un objetivo realizando una conducta antijurídica (dolo), o bien, el no hacer o incumplir un deber de cuidado o precaución, debiendo ser previsto y evitable (culpa).

Por otro lado, entra aquí en consideración lo establecido por el artículo 9° del Código Penal Federal, que a la letra dice:

“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”⁷⁶

Acorde, a este último párrafo mencionaremos que la ley sanciona sólo los delitos culposos previstos en el artículo 60 párrafo segundo del Código Penal Federal.

Para concluir, si la acción o omisión no fueren realizados con dolo o culpa, no podrá acreditarse el tercer elemento del tipo penal y por la tanto faltando alguno de estos elementos en el tipo penal, no hay delito.

Finalmente, con éste último numeral se integran los tres elementos del tipo penal considerados como necesarios, son constantes, se dan en todos los tipos penal. Veremos ahora los elementos del tipo considerados como contingentes, aleatorios o eventuales, por que no son indispensables en todos los tipos penales, pero si en algunos. Pero si ambos son integrantes de los elementos del tipo penal esto quiere decir que deben ir colmados y en tanto deben ser acreditados por el Ministerio Público en la Averiguación Previa para así poder ejercitar acción penal; y, ser constatados por el juez al dictar Auto de Formal Prisión o librar Orden de Aprehesión.

⁷⁶ Código Penal Federal. Editorial Sista S.A. de C.V., México, 2002.

a) Calidad del sujeto activo y del sujeto pasivo. (Elemento objetivo)

El sujeto activo del delito, es quien lo realiza la acción. Sujeto pasivo de un delito es el que resiente los efectos de la acción en su persona o sus bienes.

En la práctica dentro del proceso penal comúnmente se llama sujeto activo, inculcado, indiciado, procesado, acusado, etc. Al sujeto pasivo, también recibe el nombre de "ofendido" u "víctima". En el delito de robo el sujeto activo es el ladrón y el afectado de lo robado es el sujeto pasivo. Necesariamente en todo delito debe existir sujeto activo y sujeto pasivo.

Con relación a la calidad del sujeto activo, se trata de un elemento que se analizara y afirmara solo en los casos que el tipo penal así lo requiera.

En principio, puede decirse que en el catálogo penal, la mayoría de los tipos penales, no requieren la concurrencia de una determinada calidad de sujetos activos; por lo que en esos casos, cualquiera puede ser autor de la acción descrita en el tipo penal y, por tanto, en ellos no hay necesidad de acreditar esa calidad. Si bien es cierto que hay tipos penales que para cuya integración, debe acreditarse la calidad de sujeto activo, por ejemplo: homicidio en razón del parentesco o relación, el incesto, etc.

Moisés Moreno afirma, que "también hay tipos penales que expresamente señalan que, para que pueda darse la realización de la conducta típica, es necesaria la concurrencia de un determinado "número" de sujetos activos. Tal es el caso, por ejemplo, el delito de "asociación delictuosa" y de la llamada "violación tumultuaria". En estos casos, por tanto para poder afirmar la realización típica, habrá que constatar si se da o no se da ese número mínimo de sujetos. Por otro lado, en cuanto a la calidad del sujeto pasivo, nos dice: Ese sujeto pasivo en muchos de los casos lo es un particular, es decir, una persona física; en otros, lo es la familia, y en otros, la sociedad o el Estado mismo, o incluso la humanidad;

Identificándose en ciertos casos con el objeto de la acción, llamado también objeto material, como es el caso del homicidio, de la violación, del estupro, del secuestro entre otros.

Con relación al sujeto pasivo, también puede plantearse el problema del "número" y el de la "calidad" del sujeto pasivo. Es decir, también pueden distinguirse tipos penales que señalan un determinado "número" de sujetos pasivos para que pueda afirmarse el hecho típico, como es el caso del delito de "genocidio", del homicidio culposo de dos o mas personas por personal ferroviario, aeronáutico...", y otros que no lo señalan; siendo los primeros, casos excepcionales, mientras que los últimos prevalecen en el código penal. Y por lo que hace a la "calidad", hay ciertos tipos penales que señalan una determinada calidad para ser sujeto pasivo de la acción descrita en la ley, como es el caso de la corrupción de menores o de incapaces, abuso sexual impropio, incesto, homicidio por razón del parentesco o relación, ambos delitos del Código Penal Federal, etcétera; casos en los que es necesario acreditar ese elemento típico, como lo señala el inciso a), del párrafo segundo, del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. La falta de esa calidad del sujeto pasivo en los casos en que el tipo lo exige es causa de atipicidad; en algunos casos podría configurar la tipicidad de otro delito".⁷⁷

b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión. (Elemento objetivo)

Hernández Pliego, al respecto nos dice: "Este requisito precisa de la demostración del nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, que permita atribuir éste a aquella. Por ejemplo, habrá que probar que la muerte ocurrió con motivo de la lesión causada por el inculpado o que la omisión en el actuar, fue determinante de los daños originados".⁷⁸

⁷⁷ Moreno Hernández, Molsés. Ob., Cit., páginas. 200 y 202.

⁷⁸ Hernández Pliego, Julio Antonio. Ob., Cit., página 368.

Ya vimos al analizar la primera fracción de los artículos 168 y 122 de nuestras leyes secundarias adjetivas penales, que hay delitos de lesión y hay delitos de peligro; es decir, que en la comisión del delito siempre hay un resultado; que puede ser la muerte, la herida, el deterioro del objeto, etc. Incluso en los delitos de peligro hay un resultado, que bien puede ser el mismo peligro a ser muerto, a sufrir daño en la salud, etcétera.

Por su parte, Gregorio Romero señala: que la "atribuibilidad es un concepto nuevo en nuestro Código de Procedimientos Penales, se deriva del verbo atribuir, que significa asignar, imputar; aplicar acciones o cualidades a una persona o cosa. Por consiguiente nuestro Código la utiliza como la relación de pertenencia entre la acción y el resultado; la liga inconfundible de la acción con su resultado.

Sigue afirmando: utilizando el lenguaje de los causalistas diré que la atribuibilidad es la relación de causa a efecto. La acción es la causa, el efecto es el resultado de la acción. Sólo para efectos didácticos diré que la atribuibilidad en la teoría finalista, es el nexo causal en la teoría causalista. Sólo que en ésta su esencia es naturalística y en aquella se refiere con exclusividad a la acción humana, en que interviene la voluntad. Continúa diciendo, que hay delitos y determinadas formas de comisión de un delito, en que se tiene un resultado, puede ser una persona muerta. El cadáver presenta huellas de atropellamiento, además de un orificio de entrada de proyectil de arma de fuego. Hay dos detenidos, el chofer del vehículo que dejó en el cadáver las huellas de atropellamiento, así como la persona que realizó el disparo. Hay un resultado, que la muerte de una persona; pero mientras no se profundice la investigación, no sabemos a quien debe atribuirse ese resultado, al que atropelló o al que disparó el arma.

Concluye el citado autor de la manera siguiente: De lo anterior se deduce que en ciertos tipos delictivos, es elemento necesario, acreditar que el hecho o

resultado es atribuible a determinada acción u omisión; por consiguiente el agente del Ministerio Público al realizar el ejercicio de la acción penal debe acreditar plenamente que el resultado es atribuible a la acción desplegada por el sujeto activo".⁷⁹

c) Objeto Material. (Elemento objetivo)

El objeto material, también conocido con el nombre de objeto de la acción; hay que recordar que se trata de la persona o cosa sobre las que recae directamente el daño causado por la acción descrita en el tipo penal. Así, en la comisión de ciertos delitos es identificable el objeto material requerido por el tipo penal, por tratarse de algo tangible. En alguno de esos delitos los es la "persona". Tal es el caso, por ejemplo, el cuerpo de la víctima será el objeto material del delito de homicidio, el secuestro, el genocidio, la violación, etcétera. Y en otros, el objeto material lo es la "cosa" por ejemplo: la cartera robada será objeto material en el delito de robo, daño en propiedad ajena, despojo, etcétera.

Ahora bien, en ciertos delitos no es identificable el objeto material, por no ser perceptible, como puede observarse, por ejemplo: calumnias, omisión de prestar auxilio a una persona, etcétera.

Por lo que respecta al objeto material, y desde mi punto de vista, creo que al tratarse de la "persona" ésta se identifica con el "sujeto pasivo", colmándose una misma figura en ciertos delitos.

d) Medios utilizados. (Elemento Objetivo)

Es el propio párrafo segundo de los citados artículos procesales (168 y 122), que establece que también se acreditarán, cuando el tipo lo requiera, los

⁷⁹ Romero Tequexlle, Gregorio. Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo. Editorial OGS. Tercera edición, México, 2000. Páginas. 89 y 90.

medios utilizados en la realización de la acción que produjo la lesión o el peligro del bien jurídico protegido.

Los medios utilizados son el instrumento o la actividad distinta a la conducta que se emplea para realizar dicha conducta descrita por el tipo penal.

Ahora bien, en cuanto a los medios utilizados se refiere, Moreno Hernández, de la manera siguiente: "En un gran número de delitos previstos en el código penal el tipo no limita los medios que pueden ser utilizados para la realización de la acción descrita en aquél, sino que permite la utilización de cualquier clase de medio. Así, por ejemplo, privar de la vida a otro puede hacerse por cualquier medio, que puede ser físico (arma de fuego, instrumento punzo cortante, piedra, palo, etcétera), químico (veneno, enervante, etcétera), o psicológico (hipnosis, inducción); lo propio puede decirse de las lesiones, del robo, daño en propiedad ajena, abuso de confianza, difamación, tráfico de influencia, falsificación de sellos, llaves, cuños, etcétera, en los que no hay limitación de medio.

Continúa afirmando el citado autor, en otros muchos casos, en cambio, el tipo penal restringe dichos medios, al especificar el medio a utilizar. Esa exigencia de un medio específico tiene, algunas veces, la función de hacer que la acción adquiera relevancia penal, como es el caso de la "violencia" en la violación o en el motín, o el "engaño" en el estupro, en el allanamiento de morada o en el fraude, entre otros, si en estos casos no concurre el medio exigido por el tipo, entonces la acción será atípica, precisamente por faltar un elemento del tipo atendiendo a lo que ahora establece la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal".⁸⁰

De lo anterior observamos, no hay que olvidar, que en algunos casos es necesario acreditar este elemento, de no ser así, dejará de existir el tipo.

⁸⁰ Moreno Hernández Moisés. Ob. Cit. Págs. 207 y 208.

e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. (Elemento objetivo)

Así, el párrafo segundo de los multicitados artículos procesales (168 y 122), que establece que también se acreditaran, cuando el tipo lo requiera, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión de la acción que produjo la lesión o el peligro del bien jurídico protegido.

En este sentido se entiende, que hay tipos en que hace indispensable acreditar el lugar, como por ejemplo, en el caso de robo: lugar cerrado, casa habitación, vía pública, etcétera; en allanamiento de morada: departamento, vivienda, etcétera.

Hay tipos penales que hacen referencia expresa a una circunstancia de tiempo, tal es el caso, por ejemplo, en el aborto (en cualquier momento de la preñez), retener a un individuo por más tiempo del señalado..., lesiones (tardan en sanar hasta quince días; tardan en sanar más de quince días), etcétera.

También hay tipos penales que se refieren al modo o forma en que se cometió el delito; por ejemplo: homicidio en riña, homicidio calificado, etcétera; en efecto, el modo de la comisión nos permitirá acreditar claramente la comisión del delito, por ello, es importante recordar que no todos los delitos son simples, hay agravados y atenuados.

Finalmente la ocasión, diré que es la oportunidad de tiempo o lugar que se presenta para realizar una acción o dejar de cumplir una obligación, cuando por ejemplo: el robo se comete aprovechando las condiciones de confusión, el fraude se realiza valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal, etcétera.

Resulta, por ello, conveniente precisar que el agente del Ministerio Público deberá cuidar que se acrediten las circunstancias de lugar, tiempo, modo y

ocasión, si el tipo lo requiere, pudieran darse juntas como un elemento del tipo, pero lo más común es que se de una de ellas o dos.

D) NORMATIVOS.

Son aquellos que exige la norma y requieren de una valoración cultural o jurídica para los efectos de su acreditación por parte del interprete o juzgador que ha de aplicar la ley. Así por ejemplo el tipo de estupro recoge una valoración cultural al señalar que la mujer debe ser "honesta"; en el delito de robo aparecen valoraciones jurídicas cuando se exige que el bien objeto del apoderamiento sea "ajeno" y que además sea "sin derecho".

f) Los elementos normativos.

Los elementos normativos son también son elementos del tipo penal que, conforme lo dispone el inciso f) del párrafo segundo de los artículos 168 y 122 de los Código de Procedimientos Penales, federal y distrital respectivamente, deben ser acreditados en todos aquellos casos en que tipo los requiera.

Como simple recordatorio la definición tradicional de cuerpo del delito incluía sólo elementos materiales, olvidándose que en muchos tipos también hay elementos normativos y subjetivos.

El maestro Moisés Moreno, sintetiza cabalmente la idea sobre este elemento del tipo, de la forma siguiente: "Los elementos normativos, en contraposición a los meramente "descriptivos", son aquellos datos señalados en el tipo que para su constatación requieren de un determinado juicio de valoración. Tradicionalmente, se ha considerado que los elementos normativos constituyen una tercera clase de elementos del tipo penal, junto a los "elementos subjetivos", la contraposición, sin embargo, sólo se da entre elementos objetivos y subjetivos del tipo, y es con relación a los primeros que plantea la distinción atendiendo a la

forma de su constatación entre aquellos que pueden ser constatados a través de la mera aplicación de los sentidos y los que requieren de un determinado juicio de valoración; los primeros son caracterizados como elementos objetivos "descriptivos" y los segundos como elementos objetivos "normativos". Continúa diciendo, se trata de elementos normativos cuando se dice, por ejemplo: sin causa fundada, injustificadamente, contrarias a las constancias seguidas en juicio, sin que preceda denuncia, acusación o querrela, sin cumplimiento de los requisitos legales, indebidamente, hechos falsos o leyes inexistentes, moneda alterada, documentos de crédito publico, documentos falsificados, documento publico, cheque sin fondos, servidor publico, sin consentimiento, etcétera. Los elementos normativos, según lo anterior, se relacionan casi siempre con alguno de los otros elementos objetivos del tipo ya señalados; es decir, no tiene existencia autónoma que pudiera dar origen a un grupo distinto de elementos típicos. Concluye el citado autor de la manera siguiente; como se ha dicho, se contraponen a los elementos objetivos descriptivos, en cuanto a la forma de su constatación; mientras que los descriptivos pueden ser constatados por la mera aplicación de los sentidos, los normativos, requieren de un juicio de valoración".⁸¹

g) Los elementos subjetivos específicos. (Elemento subjetivo)

Al analizar la fracción III de los artículos 168 y 122, del Código de Procedimientos Penales, federal y distrital respectivamente, hablamos sobre elementos subjetivos y dijimos que ellos son el dolo y la culpa; sin embargo en el inciso en comento del mismo ordenamiento, se habla de elementos subjetivos específicos, lo que quiere decir que son distintos a aquellos y que éstos no son elementos necesarios para todos los tipos penales sólo en algunos, analicemos al respecto.

La fracción II del artículo 356 del Código Penal Federal que se refiere al delito de calumnia: "al que presente denuncias, quejas o acusaciones

⁸¹ Idem, páginas. 211, 212 y 213.

calumniosas, entendiéndose por tales aquellas que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que esta es inocente, o que aquel no se ha cometido; y...". El término "sabiendo que ésta es inocente" constituye un elemento subjetivo específico, porque corresponde exclusivamente al que realiza la acción delictuosa.

h) Las demás circunstancias que la ley prevea. (Elemento objetivo)

Para concluir, este breve análisis, es difícil que pueda presentarse en el tipo penal un elemento muy especial, de los referidos por los artículos 168 y 122 de los ordenamientos legales citados.

Dice, Hernández Pliego: "entre estos elementos, destacados por las modernas elaboraciones teóricas que aporta la sistemática finalista en relación con la estructura del tipo penal, aparecen unos de carácter puramente objetivo, descriptivo o normativos, es decir, aquellos que pueden ser demostrados por su mera apreciación por los sentidos o a través de una valoración de orden jurídico o cultural y otros de carácter subjetivo comprensivos del dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos del autor, como las intenciones, ánimos, propósitos, deseos, cuando éstos sean exigidos por el tipo penal".⁸²

Finalmente, el Ministerio Público como autoridad de buena fe, al ejercitar la acción penal solo consignaba hechos. Sin embargo, por exigencia jurídica, ésta autoridad debe ser un órgano técnico, que investigue con eficacia, acreditando en cada caso los elementos que exige el tipo penal así como la probable responsabilidad del inculcado.

⁸² Hernández Pliego, Julio Antonio. Ob. Cit. Pág. 369.

CAPITULO IV.

EL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL.

A) EL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Recordando la reforma de fines de 93, donde no se hablo de cuerpo del delito sino de acción típica, ahora en la nueva reforma del 99 volvemos a hablar de cuerpo del delito; ahora es, la comprobación de los elementos materiales necesarios para integrar la infracción punitiva.

En la exposición de motivos enviada por el Presidente de la Republica a la Cámara de Senadores aceptada por ésta, así como por la de Diputados, se señala lo siguiente:

"La delincuencia ha venido aumentado a índices alarmantes, siendo diversas las causas del fenómeno delictivo, citándose entre otras: el desempleo o subempleo derivado del período de crisis y austeridad económica, el crecimiento de la población, la corrupción de los elementos que integran los cuerpos de seguridad, la impunidad de quienes delinquen y el rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia.

El estado requiere de mejores herramientas jurídicas para actuar oportunamente.

Desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no había sufrido modificación alguna. En 1993, se transformó sustantivamente, imponiéndose a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial, el libramiento de órdenes de aprehensión.

Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano.

Antes de 1993, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma, se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal-objetivos, subjetivos y normativos-, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evada la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento.

Lo anterior muestra que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público desde la averiguación previa evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad.

La iniciativa que sometemos a la consideración de esa Soberanía, propone flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión. Se sugiere sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado. Esta media conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en

las garantías individuales, y permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

La reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del Juez, durante la fase de pre-instrucción, - antes del proceso legal- sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario.

Las modificaciones permitirán que tanto a nivel federal como estatal, se adopten medidas legales que permitan dotar a los órganos encargados de procurar justicia de mayores y mejores instrumentos para combatir eficazmente a la delincuencia".⁸³

Por su lado, Gregorio Romero hace el siguiente comentario: "La iniciativa de reforma al artículo 16, representa un retroceso en materia de seguridad jurídica, por las siguientes razones: En primer lugar, la reforma de 1993, al exigir a la autoridad investigadora que para ejercitar la acción penal, debía acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad, daba al gobernado la garantía de seguridad de no ser encarcelado injustamente, quitar esta obligación y decir en la iniciativa que "sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad", significa dar dos pasos atrás, pues ni siquiera se detiene en exigir cuando menos la acreditación de los elementos objetivos, eliminando los normativos y los subjetivos, que son los que causan dolor de cabeza al Agente de Ministerio Público, sino que pretende que solo se acredite la probable existencia de los elementos objetivos. Esto según mi modesta experiencia como Agente del Ministerio Público y como litigante, deja al inculcado, en un notorio estado de inseguridad. Y lo grave no es para el auténtico inculcado, sino para el ciudadano normal que por circunstancias de la vida o por algunas apariencias, puede, por

⁸³ Texto de la Iniciativa del titular del Poder Ejecutivo, justificación a la reforma al artículo 16 Constitucional.

simples probabilidades, se privado de su libertad, con toda la cauda de perjuicios y consecuencias de tipo económico, social y familiar para el injustamente inculpado. Esta propuesta trastoca el principio de que "es preferible un culpable absuelto que un inocente en la cárcel", e impone el siguiente: "Es preferible un inocente en la cárcel, que un delincuente absuelto".

Vista con seriedad, la iniciativa de reforma al artículo 16 Constitucional, se da uno cuenta lo difícil que sería para un "aparente inculpado" defenderse en esta situaciones, pues el agente del Ministerio Público no tendría la obligación de acreditar plenamente nada, se iría con puras probabilidades, y eso, ya sabemos que es fácil fabricarlas; luego un juez de esos que nunca niegan una orden de aprehensión o un auto de formal prisión; pondría lo suficiente para mantener a un inocente en la cárcel; es cierto, pero el amparo se tarda de tres a seis meses; y si éste se concede, casi por costumbre el juez interpone el recurso de revisión, lo que impide que el inculpado alcance su libertad; tendrá que esperar otros tres a seis meses para que el Tribunal Colegiado de Circuito, conozca y resuelva el recurso, confirmando el amparo y protección de la justicia de la Unión; para esto ya han pasado mas de seis meses. Quién restaura lo dañado al inculpado. A quien no solo le duele haber sufrido vejaciones y la pérdida de su libertad quizá ha perdido hasta su familia, sus negocios y su honor. Por todo esto, no me parece correcta la iniciativa de reforma a este artículo".⁸⁴

Es importante citar el artículo 16 de nuestra Constitución General, precepto por demás importante al que retorna nuevamente la figura jurídica de El Cuerpo del Delito, cuyo texto hasta antes de las reformas del 8 de marzo de 1999 publicadas en el Diario Oficial de la Federación señalaba:

"Artículo 16. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y

⁸⁴ Romero Tequextle, Gregorio. Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo. Páginas. 218, 219 y 220.

existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado..."

Dicho párrafo fue objeto de reforma el 8 de marzo de 1999. El primer cambio es la eliminación en la figura de la Acusación, por haber caído en desuso y no encontrar una aplicación práctica; dejando solo las figuras de la denuncia y la querrela como requisitos de procedibilidad para el inicio de la cometida a un proceso penal. Así mismo, y por demás discutido es el cambio que se da en cuanto a los requisitos para librar la orden de aprehensión, que anteriormente era la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Al señalar el Art. 16º la exigencia de estos requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión, tenía repercusión en el ejercicio de la acción penal, cuyo titular es el Ministerio Público, quien debía satisfacer los requisitos señalados para ejercitarla.

Según los legisladores en cuanto al esquema planteado en el Diario de Debates en la reforma de 1999 se decidió cambiar con dos argumentos fundamentales:

"...Era necesario disminuir la carga probatoria que tenía el Ministerio Público par ejercitar la acción penal, y como consecuencia era necesario que no se le exigiera al Ministerio Público la acreditación de todos los elementos del tipo penal por que ello obligaba que en la averiguación previa se realizara un proceso, así el Ministerio Público realizaba la función de juez con lo que se desnaturalizaba todo el procedimiento.

Había una lucha entre el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional. La corte hizo indebidamente una interpretación sobre la exigencia de los elementos del tipo, lo que provocó que los jueces le exigieran al Ministerio Público la acreditación plena de los elementos del tipo; esa exigencia trajo como

consecuencia que en muchos casos a juicio de los jueces no se tuvieran por acreditadas plenamente los elementos del tipo por lo que negaba la orden de aprehensión o que en su momento se decretara la libertad a los detenidos...". Por ello esto se dijo, que era excesiva la carga probatoria para el Ministerio Público.

"La iniciativa de reforma del artículo 16, al referirse que sea suficiente "la acreditación de la probable existencias de los elementos objetivos del tipo penal así como a la probable responsabilidad del indiciado" para girar la orden de aprehensión, rompía con el principio de seguridad jurídica para garantizar la libertad del gobernado; el dictamen de la comisión, modifica la reforma y pone:

"...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado..."; con esto se está obligando al agente del Ministerio Público que para consignar, debe tener en su averiguación previa los datos suficientes para acreditar el cuerpo del delito, es decir: acreditar como mínimo los elementos materiales u objetivos del tipo penal. Está claro, ya no serán todos los elementos, solo los objetivos, quedando los subjetivos y los normativos pendientes de acreditarse en el proceso correspondiente. Esto quiere decir en pocas palabras, que el dolo, regresa a su lugar de origen: la culpabilidad. Menos carga para el ministerio público y no se deteriora la seguridad del gobernado, porque el juez para dictar la orden de aprehensión deberá tener también cuidado para estar seguro que están debidamente probados en la averiguación previa los elementos materiales del tipo y la probable responsabilidad del inculcado, es decir: Está probada la existencia material del delito y existen datos que hacen probable la participación del inculcado en la ejecución del delito que se le imputa".⁸⁵

Ahora bien, actualmente y con las reformas del 8 de marzo de 1999 el texto en su segundo párrafo quedó integrado de la siguiente manera "...No podrá

⁸⁵ Romero Tequextle, Gregorio. Ob., Cit., páginas. 251 y 252.

libarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado..."

Así el Art. 16º, establece como requisitos para librar la orden de aprehensión: La Comprobación del cuerpo del delito y la Acreditación de la probable responsabilidad penal.

Con esta reforma se busca disminuir la carga probatoria del Ministerio Público, ya que la acreditación del cuerpo del delito solo se refiere a los elementos objetivos y a los elementos normativos. Por consiguiente, al Ministerio Público se le elimina la obligación de acreditar los elementos subjetivos del tipo penal, por lo menos a nivel de cuerpo del delito.

Por lo que toca al artículo 19 la iniciativa de reforma del Poder Ejecutivo dice: "Ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad". El dictamen del Senado modificó y propuso lo siguiente: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: El delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado".

El día martes 18 de mayo de 1999, en el Diario Oficial de la Federación se publicaron las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, para adecuar esta ley a lo establecido en los artículos 16 y 19 Constitucionales, principalmente en lo que se refiere al concepto de "cuerpo del delito" y a sus relaciones con el concepto "elementos del tipo".

Romero Tequextle comenta respecto a la definición de cuerpo del delito manifestando lo siguiente: "pues si bien es cierto que el Senado de la República en el dictamen correspondiente había recomendado que el legislador secundario tomase el concepto de cuerpo del delito emitido por la jurisprudencia, éste no se ajustó a lo recomendado, por el contrario, consciente del problema que representaría integrar el cuerpo del delito sólo con elementos objetivos, resolvió tomar en cuenta la realidad jurídica e incluir en el cuerpo del delito también los elementos normativos y como adelante veremos, en algunos casos hasta los elementos subjetivos específicos".⁸⁶

En seguida se transcribiremos dos artículos, que son parte de dicha reforma y fundamentales para la comprensión de este tema.

Artículo 134 antes de la reforma de 1999.

"En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante los tribunales; los que para el libramiento de orden de aprehensión, se ajustarán a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código..."

Artículo 134 después de la reforma de 1999.

⁸⁶ Idem, página 297.

"En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la Fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustaran a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código".

Artículo 168 antes de la reforma.

"El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c) el objeto material;
- d) los medios utilizados;
- e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) los elementos normativos;
- g) los elementos subjetivos específicos, y
- h) las demás circunstancias que la ley prevea".

Artículo 168 después de la reforma.

"El Ministerio Público acreditara el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."

Como podemos observar el objetivo principal de dicha reforma es el cambio de "elementos del tipo", por el concepto "el cuerpo del delito".

Por otro lado, del contenido del artículo se deduce como concepto cuerpo del delito "conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera"; sin embargo, hay que relacionarlo con el artículo 134 arriba transcrito que señala "el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea".

Siguiendo este orden de ideas, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de mayo de 1999, señala:

"El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo, para la comprobación del cuerpo del delito".

Hoy en día con las presentes reformas hechas a los artículos 16 y 19 Constitucional, así como a los artículos 168 y 122 de los Códigos Adjetivos Federal y Distrital, que sustituyen el concepto "elementos integrantes del tipo penal" por la expresión "cuerpo del delito" y, éste último, se compone de los siguientes elementos:

Elementos Objetivos.

Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos.

1) Conducta. Manifiesta Castellanos Tena, que "la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".

Concepto que sigue nuestra legislación en su artículo 15 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal al señalar que "El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión"; por consiguiente, el delito únicamente se puede consumir mediante una conducta en sus especies de acción u omisión y la variante de ésta que es comisión por omisión.

a) **Acción.** El acto o la acción, "estricto sensu", es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación; violando con dicha acción una norma prohibitiva.

b) **Omisión.-** Parte de una abstención de obrar, simplemente es una abstención; en dejar de ejecutar, es decir no se realiza el movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa.

c) **Comisión por Omisión.-** El artículo 16 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece: "En los delitos de resultado material será atribuible el resultado

típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si..."

Así, el artículo 17 del citado Código Penal establece: "El delito puede ser:

I.- Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal. Por ejemplo, el homicidio.

II.- Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo. Por ejemplo, la privación ilegal de la libertad.

III.- Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal". Por ejemplo, el robo hormiga.

d) Por otro lado, el Concurso de delitos.- Es importante puntualizar que en sentido estricto el concurso de delitos no es un elemento objetivo del cuerpo del delito, sin embargo en la práctica surgen conductas que pueden traer como consecuencia más de un resultado típico.

El artículo 28 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece: "Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos.

Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.

No hay concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado".

Aspecto Negativo de la Conducta.

De acuerdo a la doctrina, es la ausencia de la conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico. Tal como, por ejemplo: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

El artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal contempla las excluyentes del delito, en sus fracciones I y IX, se establecen las hipótesis de los aspectos negativos de la conducta:

I.- "(Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente".

IX.- "(Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Tal es, como, los movimientos reflejos son reacciones corporales involuntarias a estímulos del exterior que excitan a algún órgano receptor; la vis absoluta y la vis mayor son fuerzas físicas; la primera humana y la segunda no humana".

2.- Lesión y Puesta en Peligro del Bien Jurídico.

Los tipos penales protegen bienes jurídicos, que son los intereses particulares o colectivos que le interesan proteger al legislador y por tanto el bien jurídico protegido es la razón de ser de los tipos, su justificación.

Lesión del bien Jurídico.- Es la destrucción del bien jurídico tutelado que se lleva a cabo con la conducta delictiva.

Puesta en peligro del bien jurídico tutelado.- Por el contrario, en los delitos de tentativa sólo existe la posibilidad de una destrucción, compresión o disminución del bien jurídico tutelado, ya que la conducta no se consuma y por tanto solamente se pone en peligro dicho bien.

El Artículo 20 del Citado Código Penal establece: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado".

3.- Resultado

Es la consecuencia de la conducta positiva o negativa del sujeto activo del delito.

a) **Resultado Material.-** Es la mutación en el mundo exterior, causado por la conducta y la cual se encuentre implícita en el tipo penal.}

b) **Resultado Formal.-** En este caso no existe una mutación en el mundo exterior, es suficiente la realización de la conducta descrita en el tipo penal.

4.- Nexa Causal.

Es la relación de causa-efecto que existe entre la conducta del sujeto activo y el resultado material que se produce.

Sólo es propio hablar de nexo causal en aquellas conductas que tengan un resultado material, pues únicamente en el mundo naturalístico y no en el jurídico tiene lugar este fenómeno.

5.- Sujetos.

a) **Sujeto Activo.-** Es la persona física (ser humano) que lleva acabo la conducta descrita en el tipo penal. Ya que éste tiene la capacidad de conciencia y voluntad de delinquir.

De acuerdo a nuestra legislación el artículo 22 de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala: (Forma de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

Calidad específica.- Es el conjunto de características que definen y delimitan a las personas que pueden realizar la conducta descrita en el tipo penal.

Calidad de Garante.- Es la circunstancia específica en que se coloca una persona y que por tanto tiene el deber jurídico de evitar el resultado den los delitos de omisión.

b) **Sujeto Pasivo.-** Es la persona física o moral, que resiente la conducta realizada por el sujeto activo.

Calidad Específica.- Es el conjunto de características que definen y delimitan al titular del bien jurídico tutelado, es decir a las personas que pueden ser sujeto pasivo del delito.

6.- Objetos.

a) Objeto Material.- Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido.

b) Objeto Jurídico.- Es el bien jurídicamente tutelado, es decir, el bien o el derecho que protege la ley penal.

7.- Medios utilizados.

Son los instrumentos o la actividad distinta a la conducta que se emplea para realizar dicha conducta prevista por el tipo penal.

8.- Circunstancias

Son las situaciones específicas que describen los tipos penales y que deben actualizarse el momento de la realización de la conducta para que esta sea típica.

Circunstancias de lugar.- Es el espacio físico determinado en que debe realizarse el hecho delictivo.

Circunstancias de tiempo.- Son las referencias temporales, dentro de las cuales ha de realizarse o prolongarse la conducta o que se relacionan con el resultado material.

Circunstancias de modo.- Son los medios utilizados.

Circunstancias de ocasión.- Es la situación especial, que exige el tipo penal generador de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir un resultado.

Elementos Subjetivos y Normativos

a) Elementos Normativos.- Son aquellos que requieren de una valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley.

b) Elementos Subjetivos.- Son aquellos que hacen alusión al estado psíquico o anímico del sujeto activo.

Aspecto Negativo de la Tipicidad.

Podemos decir, es cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado Atipicidad. En otras palabras, existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

Será la no adecuación de la conducta al tipo.

La fracción II, del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala: "(Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito que se trate..."; es decir, cuando falta algún elemento del cuerpo del delito, ya sea un elemento objetivo o externo, subjetivo o normativo.

Probable Responsabilidad.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su último párrafo establece:

"La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito".

1.- Antijuridicidad.- El estado, como ente representativo de la sociedad y de los intereses preponderantes de ésta crea los tipos penales cuya función es la de

describir de manera objetiva y concreta las conductas prohibidas, por lo que cuando una conducta es típica, en un primer momento podemos afirmar que por ser típica es antinormativa, al vulnerar esos valores preponderantemente sociales que se encuentran salvaguardados por el tipo penal, sin embargo, esta premisa de la conducta típica y antinormativa no autoriza a concluir que la misma sea antijurídica, en virtud de que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de normas prohibitivas, sino también de normas permisivas, por tanto, se dice que la conducta es antijurídica cuando siendo típica y antinormativa no está amparada por ninguna norma permisiva, y por tanto se dice que lo antijurídico es lo contrario a derecho.

Aspectos Negativos de la Antijuridicidad.

Insistimos en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si existe un aspecto negativo de la antijuridicidad no habrá delito a pesar de las apariencias.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación.

El artículo 29 del Nuevo Código de Penal para el Distrito Federal señala las causas de exclusión del delito, entre las que se encuentran los aspectos negativos de la antijuridicidad en las siguientes fracciones:

III.- "(Consentimiento del titular) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento".

IV.- "(Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión".

Los elementos de la legítima defensa:

-Repeler. Es rechazar, evitar algo, no permitir que algo ocurra. Implica que la agresión ejercida, sin que se haya provocado, se rechace, quedando protegido por la legítima defensa.

-Agresión. Es atacar, es llevar a cabo un acto para dañar o pretender dañar a alguien, o actuar en contra de una persona con la intención de afectarla.

-Agresión real. Quiere decir que sea cierta, no imaginada; o sea que no se trate de una simple suposición o presentimiento.

-Agresión actual. Esta debe de ocurrir en el mismo instante de repelerla, o sea la agresión y su respuesta deben ser en el mismo momento.

-Agresión inminente. Debe ser próxima o cercana, a punto de ocurrir.

-Sin derecho. La agresión debe carecer de derecho, porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad.

-En protección de bienes jurídicos propios o ajenos. La repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, ya que la ley así lo exige. Por ejemplo: la vida, integridad corporal y en su libertad física o sexual.

-Necesidad racional de la defensa empleada y respecto a la amenaza. No es otra cosa que nuestra acción realizada en defensa de los bienes jurídicos sea la necesaria, debiendo ser proporcional al posible daño o amenaza que se pretendía causar con la agresión injusta.

-Que no medie provocación. El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero al que se defiende deberá haber dado causa para ello.

Como observamos de lo anterior estos son los elementos necesarios para que exista la legítima defensa, y en caso, exceso en la defensa (innecesaria intensificación de la reacción defensiva; el justamente agredido rebasa los límites de un comportamiento legitimado, colocándose en el ámbito de lo antijurídico). Se sanciona como delito culposos.

V.- "(Estado de necesidad). Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado

dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”;

El estado de necesidad se actualiza por la situación en que se haya el sujeto activo en un determinado momento, mismo que requiere como medio necesario, para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios o ajenos lesionar un bien jurídico extraño, estimándose que el bien que se salva debe ser de mayor valor que el que se sacrifica, excepto en el supuesto en el cual la colisión de bienes se refiere a la salud o la vida en cuyo caso, aunque sean de igual importancia se justifica sacrificar el ajeno. Así pues, el estado de necesidad representa una cuestión de peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente y además que este no tuviere el deber jurídico de afrontarlo, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal, se regula un caso específico, como es:

1.- Aborto terapéutico.- Conocido en la practica como aborto necesario, señalado en la fracción II, del artículo 148 del citado Código Penal, que señala: “No se impondrá sanción:

II.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra el peligro de afectación grave a su salud a juicio del medio que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no se peligrosa la demora;

En esta premisa, el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien que en el presente caso lo es la vida del producto de la concepción, para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro, y en este caso concreto entraríamos a la discusión de cual de los dos bienes es el de mayor valor, ya que habrá quien diga que es de mayor valor la vida de la madre que la del producto,

otros dirán que ambas son de igual valor y habrá quienes opinen que el bien superior es la vida del producto.

VI.- "(Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo";

El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista la necesidad racional del medio empleado, la fracción antes descrita contempla esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho.

El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades, ejemplo: "El médico que le amputa una pierna a una persona para que no avance la gangrena, con lo cual se le causa al paciente una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de ser típica, no es antijurídica porque actúa en cumplimiento de un deber".

El ejercicio de un derecho, es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta exigencia, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión de una relación familiar.

2.-Culpabilidad.

Porte Petit define "la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".

Es el juicio de reproche que se le hace al actor de una conducta antijurídica, por consiguiente para que proceda el juicio de reproche habrá que analizar si dicho sujeto es imputable, ya que este es un presupuesto de la culpabilidad, de conformidad con los artículos 18 y 19 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa

a) Imputabilidad.

Como presupuesto de la forma de la culpabilidad (dolo y culpa), es necesario estudiar la capacidad psíquica del delincuente. Podemos definir a la imputabilidad como la capacidad de entender y capacidad de querer, lo que conlleva a establecer que el sujeto es capaz de ser culpable, ya que se le puede formular un juicio de reproche.

Castellanos Tena, dice lo siguiente: "La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama *liberae in causa* (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad- dice Cuello Calón-, es sujeto era imputable.

Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el

resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena".⁸⁷

Aspectos Negativos de la Imputabilidad.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

El artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal contempla dicho aspecto negativo en su fracción:

VII.- "(Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código".

b) Dolo.

Es el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico.

Elementos del dolo: Por un lado, el elemento intelectual.- consiste en que el sujeto de la acción debe saber que es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción; y por otro lado, el elemento volitivo.- se puede definir como el querer realizar la acción, independientemente de que tiene conocimiento de los elementos objetivos del tipo.

⁸⁷ Castellanos Tena, Fernando. Ob., Cit., Páginas 221 y 222.

Clases de Dolo.

El dolo directo.- es aquel en que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Por ejemplo: privar de la vida a otro y lo mata.

El dolo eventual.- existe cuando el sujeto se representa como posible un resultado delictuoso. Por ejemplo: cuando el que roba un banco mata al cajero para obtener dinero.

c) Culpa.

Edmundo Mezger, define a la culpa de la manera siguiente: "actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever".

Elementos de la Culpa.- Por se necesaria la conducta humana para que exista el delito, ella constituye:

El primer elemento (un actuar voluntario, es decir positivo o negativo).

El segundo elemento, se requiere que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado.

El tercero, los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente.

El cuarto, precisar una relación de causalidad.

Clases de Culpa.

1.-Culpa Consciente, con Previsión o Representación.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 18 párrafo segundo nos proporciona una definición al mencionar, "obra culposamente el que produce el resultado típico,...que previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar".

En otras palabras, el sujeto activo se representa el resultado y tiene la esperanza que no se produzca. Por ejemplo; el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente; no obstante representa la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruzará en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

2.- Culpa Inconsciente, sin Previsión o sin Representación.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 18 párrafo segundo nos proporciona una definición al mencionar, "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible...confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar".

Es decir, aquí el sujeto activo no se representa el resultado, sin embargo ese resultado sí era previsible y por tanto al no preverlo se viola un deber de cuidado. Por ejemplo: en el caso de quien limpia un arma de fuego en presencia de varias personas, sin medir el alcance de su conducta, se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en ese lugar.

De acuerdo a la doctrina a la Culpa Inconsciente, sin Previsión o sin Representación; solfa clasificársele en lata, leve y levísima. La culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por algulen cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes.

Aspectos Negativos de la Culpabilidad.

La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad. Es decir, la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.

VIII.- "(Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a) Sobre alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren loas incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código".

Esta fracción regula lo que se conoce como error de tipo y error de prohibición, excluyentes que requieren en el primero que el agente tenga una falsa noción de los componentes de la descripción típica, y en la segunda el agente tenga esa falsa noción del significado legal de su conducta.

Error de tipo, este se encuentra en el inciso a) descrito con anterioridad, por lo que debemos de partir de que el dolo se manifiesta como entendimiento de los elementos del tipo objetivo, el cual se integra tanto de partes descriptivas (que se

perciben por medio de los sentidos), como normativas (que requieren de una valoración cultural o jurídica). Significando el dolo, el conocer y el querer los elementos pertenecientes a la descripción legal, el error de tipo se produce en el momento intelectual de aquel señalado como el conocer, por lo que si falta el conocimiento de las circunstancias pertenecientes a dicho tipo se excluye el dolo, el cual para que pueda existir, requiere de dichas circunstancias; si no se da el conocer sobre la integración típica, menos se producirá el querer su realización. En consecuencia, una equivocada percepción del hecho punible, elimina el dolo: esto es lo que constituye un error de tipo.

La Ignorancia o el desconocimiento insuperable de alguna particularidad objetiva del hecho, de carácter descriptivo o normativo, perteneciente al tipo legal, hace que se carezca de dolo; cuando el agente desconoce los componentes a que debe corresponder su dolo sobre la conformación del tipo, es cuando se produce el error de tipo precisamente por la falta de entendimiento sobre el contenido de representación exigido para el dolo; por lo tanto, el error se origina cuando en la comisión del hecho el autor de manera invencible desconoce alguna circunstancia esencial perteneciente al tipo legal.

En este orden de ideas, por lo que respecta al inciso b) , esta se refiere al error de prohibición del sujeto activo por estimar que su conducta se encuentra apegada a derecho, por ignorar la existencia de la ley, por desconocer el significado de la misma, o bien por considerar que se encuentra protegido por una causa de justificación. En estos supuestos el error no se produce sobre la base de datos pertenecientes al tipo objetivo o al hecho típico, sino, recaen en la supuesta licitud de realización de este hecho, produciéndose así el aludido error, por lo mismo, éste, aquí, no proviene de la ignorancia de los elementos del tipo objetivo, mismos que no necesariamente debe desconocer el activo, sino de la licitud de la conducta realizada por éste. Se entiende que la culpabilidad, para ser reprochable, necesita la existencia de posibilidad de que el sujeto activo pueda comportarse de conformidad con el derecho, situación tal que únicamente es dable cuando éste

tiene conciencia de la ilegalidad de sus actos o ha podido tenerla. De establecer como condición para el reproche de culpabilidad la circunstancia de que el agente se encuentre en condiciones de conocer la antijuridicidad de su acción, surge el establecimiento del error de prohibición al ignorar aquél que su obrar no es ilícito, es decir, piensa equívocamente que su conducta es irrelevante para el derecho penal, por desconocer la existencia de la prohibición. El error de prohibición, para proceder, necesita ser invencible, o sea que no hubiera habido posibilidad para el sujeto, de acuerdo a su situación personal, de cerciorarse o enterarse de la ilicitud de su conducta, pues si el error fuera vencible para él, no se excluye su responsabilidad.

IX.- "(In)exigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho".

Se establece como causa de exclusión del delito la no exigibilidad de otra conducta, que es, cuando por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

Por lo que se dice que el miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente grave. Es algo de naturaleza interna, mientras que el temor fundado, tiene su origen en algo externo, siendo este una causa de inculpaibilidad.

Es conveniente, hacer mención del resultado que se produce por caso fortuito éste se puede definir como un suceso que se presenta de manera inesperada o imprevisible, cuando el agente que lo sufre está efectuando un obrar legítimo con todas las precauciones y diligencias debidas, produciendo un resultado por mero accidente.

Esta figura tiene una relación estrecha tanto con la fuerza mayor, como con la fuerza física de procedencia humana irresistible y con la culpa, pero se distingue porque la fuerza física debe proceder del hombre, no así en el caso fortuito que se distingue de la culpa ya que en esta el agente al efectuar un comportamiento desatiende un deber de cuidado que personalmente le incumbe y previendo o no el resultado, es responsable de las consecuencias que se produzcan, lo que no sucede en el caso fortuito, porque debido a la forma en que se presenta el suceso, no es posible atribuirle responsabilidad alguna por el mismo.

B) PROBLEMAS QUE PRESENTA EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El maestro Hernández Pliego dice: "el legislador secundario en el orden común, desacatando la sugerencia contenida en el dictamen de referencia, a la vista de los avances que la categoría cuerpo del delito ha suscitado en su recorrido histórico en México, prefirió aludir al conjunto de elementos integrantes del tipo penal, o sea, los materiales u objetivos, pero de requerirlos la figura típica, deberán probarse también los subjetivos y los normativos, lo cual, en buen castizo y para decirlo en dos palabras, significa que la diferencia con la disposición anterior se finca en que ahora el dolo y la culpa se trasladaron a la probable responsabilidad que se tendrá por demostrada, según adelante veremos, cuando del material probatorio se deduzca la conducta dolosa o culposa del inculpado en el delito que se le imputa, sin que exista en su favor alguna causa de exclusión del delito.

El Código Federal Adjetivo, en cambio, sólo menciona, en una primera instancia, como integrantes del corpus delicti, al conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo

requiera, como si los elementos objetivos del tipo, encontraran su antagonista no en los elementos subjetivos, sino en los normativos.

Efectivamente, los elementos objetivos serán descriptivos como llevamos visto, si pueden captarse sólo por los sentidos, es decir, si para su constatación es suficiente con la mera aplicación de los sentidos, mientras que los normativos precisan de un determinado juicio de valoración para su demostración.

El citado maestro, sigue afirmando, al suprimirse la comprobación de los elementos del tipo penal del delito que se trate, estableciéndose nuevamente en su lugar, la comprobación de los elementos objetivos y si acaso los normativos, sin exigir la prueba de los elementos subjetivos del tipo penal, y por otro lado, al conservarse el concepto legal de responsabilidad penal, como si se tratara lo mismo de culpabilidad normativa, el Código Federal de Procedimientos Penales, al parecer deja otra vez al criterio de cada juez o agente del Ministerio Público, como en épocas anteriores, la integración de los contenidos del corpus delicti y la probable responsabilidad, manejando indistintamente elementos cuya ubicación sistemática no se define, y generando inseguridad jurídica por la merma de los derechos humanos del inculgado, al comprimirse exiguamente, las condiciones legales para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de procesamiento.

Continua, parece no haber problema al afirmar ahora que en materia federal y distrital, las reformas constitucionales y legales, importan un divorcio entre la dogmática causal y la teoría final de la acción, ya que para la comprobación del cuerpo del delito, los contenidos de los elementos del tipo penal del delito de que se trate, postulados por el finalismo, no corresponden a los que recoge la reforma, pues acorde con la legislación procesal penal vigente, en el auto de formal procesamiento resulta innecesario acreditar el dolo o la culpa para dar por comprobado el corpus delicti, porque ahora, (como en 1984 y hasta 1993) estos elementos habrán de acreditarse dentro del concepto de la probable responsabilidad.

Concluye de la manera siguiente: Hay que acentuar de paso, que en el orden federal, se emplea la expresión "Integración del cuerpo del delito" que plantea una idea diversa a su mera comprobación, utilizada en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Efectivamente, integrar, del latín integrare, quiere decir formar las partes de un todo o completar un todo con las partes que faltaban; en tanto que comprobar, del latín comprobare, de cum, con y probare, probar, significa verificar, confirmar algo, cotejándolo con otra cosa o bien repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta".⁸⁸

Romero Tequextle comenta lo siguiente: "esto nos regresa al problema que sirvió de base para justificar la reforma a la Constitución, evitarle problemas al Ministerio Público para acreditar los elementos del tipo; por ello, el Senado adopta el concepto cuerpo del delito y recomienda que se acepte como definición del mismo, el ya establecido en la jurisprudencia mexicana (sólo como un conjunto de elementos materiales); sin embargo ahora como lo señalado en el Código de Procedimientos penales, el agente del Ministerio Público no se libró de los elementos normativos, porque según la definición del Código forman parte del cuerpo del delito y además se le siguen cargando la mano en el artículo 134, porque ahí también le obliga a que, además del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, tiene que acreditar en forma probable al existencia de los elementos subjetivos específicos; no plenamente pero sí tendrá que acreditarlos entonces, en la medida que lo hace con la probable responsabilidad. Y el dolo y la culpa –se preguntarán–, donde quedaron?; pues ya no como elementos del tipo, pero sí como elementos de la probable responsabilidad.

Según el criterio de las escuelas penales, el dolo y la culpa juegan aquí un papel importante, pues este Código lo saca del tipo y lo regresa a la culpabilidad, es decir que caemos nuevamente en el causalismo; sin embargo por los efectos del trabajo del agente del Ministerio Público y del juez, el dolo y la culpa sólo

⁸⁸ Hernández Pliego, Julio Antonio. Ob., Cit., páginas 375, 376, 377, 378.

cambian de lugar, no será necesario acreditarlos como elementos del tipo pero si acreditarlos como elementos de la probable responsabilidad; y como el artículo 168 obliga a que para dictar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, necesariamente el agente del Ministerio Público en su consignación y el juez en su orden de aprehensión o en su auto de formal prisión deberá cerciorarse de que están debidamente acreditados en autos.

En conclusión, cuál es la diferencia entre lo que hacen y lo que deberán hacer el agente del Ministerio Público y el juez en las citadas resoluciones:

Antes, deberían acreditarse los elementos objetivos, subjetivos y normativos.

Ahora deberán acreditarse los elementos objetivos y normativos plenamente y los subjetivos específicos sólo probablemente. El dolo y la culpa, aunque ya no como elementos del cuerpo del delito, sí tendrá que acreditarlos al nivel de probables, dentro de lo que se denomina "probable responsabilidad".

El saldo a favor de agente del Ministerio Público y del juez, es que los elementos subjetivos específicos y el dolo o la culpa, no es necesario que estén plenamente acreditados para consignar, dictar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

Termina afirmando el citado maestro, ahora bien, eso de que no estén acreditados plenamente no quiere decir que no haya ninguna prueba. Lo probable como dice la Suprema Corte de Justicia de la Nación, probable proviene del latín "probabilis" y significa aquello de que hay buenas razones para creer, lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente; esto es, lo probable es un posible que más fácilmente puede ser que no ser".⁸⁹

⁸⁹ Romero Tequextle, Gregorio. Ob., Cit., páginas 300, 301 y 302.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente establece, por una parte, el cuerpo del delito que está compuesto por los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, y en los casos en que la ley incorpore elementos subjetivos o normativos será necesaria la acreditación del mismo; y los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera, (el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Es importante puntualizar que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala que el cuerpo del delito está constituido por los elementos:

- a) Objetivos,
- b) Normativos, y
- c) Subjetivos, del hecho que la ley señale como delito.

Por su lado, el Código Federal de Procedimientos Penales, únicamente habla de los elementos:

- a) Objetivos, y
- b) Normativos, como necesarios para acreditar el cuerpo del delito.

De lo anterior se desprende que para el Código Federal de Procedimientos Penales, si existieran elementos subjetivos en el tipo penal que es la descripción del hecho delictivo que hace el legislador, tales elementos subjetivos, tendrían que ser analizados en la probable responsabilidad del indiciado, esto es en la culpabilidad, que puede realizarse mediante dolo o culpa.

C) VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL MANEJO DEL CONCEPTO ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO PENAL.

Clasificaremos las ventajas y desventajas del polémico concepto "elementos integrantes del tipo penal" de la siguiente forma:

1.-Ventajas

-Antes que otra cosa hay que recordar que los elementos del tipo pueden ser de naturaleza objetiva, normativa y subjetiva.

-Obliga al Agente Ministerio Público que para ejercitar acción penal, acreditara en la averiguación previa los elementos del tipo penal y el Juez cerciorarse de que estos estuviesen aprobados para girar la correspondiente orden de aprehensión; y en este orden de ideas, la obligación del Juez de que para dictar un auto de formal prisión analizará con mayor cuidado, si estaban acreditados los elementos del tipo penal, aunado a esto, cumpliendo con lo establecido en los artículos 16 y 19 Constitucionales, respectivamente.

-La existencia de la garantía constitucional de que gozaba el gobernado de que no sería molestado por un acto de la autoridad judicial que ordenara su aprehensión si no se reunía la totalidad de los elementos que integran el tipo penal, obedeciendo sin duda al "principio de legalidad" consagrado en el artículo 14 Constitucional que a la letra dice: "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...".

-Al hablar de tipo penal, lo relacionamos inmediatamente con uno de los elementos principales de la definición secuencial del delito; es decir, los elementos

positivos de los tipos penales convierten la conducta en típica, de lo contrario a falta de cualquiera de ellos estaremos ante el supuesto de atipicidad.

-El tipo penal es considerado un elemento dogmático perteneciente al derecho sustantivo.

-Existencia de un verdadero orden jurídico.

-Hay una sistematización jurídica en el pliego de consignaciones y sentencias por parte del Ministerio Público o del Juez, respectivamente.

-Da la seguridad de consignar por el delito correcto, y en contra del inculpado que se acredite la probable responsabilidad.

-Por último, la existencia de un gran dolor de cabeza de parte del Ministerio Público y del Juez, por que realmente con esta figura sustantiva de corriente finalista, incoa un verdadero análisis teórico-jurídico. En otras palabras, es verdaderamente donde se impone estudiar a nuestras autoridades judiciales.

2.-Desventajas.

-Es oportuno tomar como punto de referencia la exposición de motivos de la iniciativa de 1997 que modificó nuevamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende, entre otros argumentos lo siguiente: "la exigencia constitucional de comprobar los elementos del tipo no corresponden plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano, y su inclusión como requisito para girar una orden de aprehensión o para decretar un auto de formal prisión evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad".

-Ocasiona "dolor de cabeza" a los Agentes del Ministerio Público, no por no saberlo, sino porque exige mayor trabajo y capacidad; ir relacionando los hechos y las pruebas para acreditar cada uno de los elementos que integran del tipo penal, de lo contrario en ausencia de alguno de ellos que no pudiera acreditarse o motivarse, estaríamos en el caso de falta de tipicidad, de manera que no habría justificación legal para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

-Da fin a la amenaza penal por parte de las autoridades judiciales encargadas de la administración e impartición de justicia.

-Es la agonía de la Anarquía Jurídica.

Podemos observar de lo expuesto, sin perder de vista el concepto "elementos integrantes del tipo penal", el cual reviste seguridad y legalidad jurídica a los individuos destinatarios de la norma jurídica; logrando el desarrollo de la democracia y garantizando el Estado de Derecho de cada persona.

D) PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO.

No queda duda que existen diversidades de definiciones acerca del concepto de cuerpo del delito, sin embargo el problema de la naturaleza jurídica de la figura citada consiste en determinar qué es el cuerpo del delito.

Para Manzini el cuerpo del delito es un indicio: "El cuerpo del delito, de ordinario, es de suyo un indicio inerte que debe ser analizado e interpretado mediante la observación judicial".⁹⁰

⁹⁰ V. Manzini. Tratado de Derecho Procesal Penal. Trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1952, t. III, p. 502.

Por su parte, Jiménez Asenjo también incorpora la noción del cuerpo del delito dentro de una temática probatoria: "Posee (el cuerpo del delito) un carácter procesal doble: es inspección judicial y simultáneamente pericial con predominio de uno u otro según su naturaleza".⁹¹

Anibal Díaz opina lo siguiente: Al atribuir al cuerpo del delito naturaleza probatoria, como hacen Manzini y Jiménez Asenjo, puede constituir una peligrosa confusión del problema mismo. El cuerpo del delito no se autoconstata, es decir, no se prueba a sí mismo, sino que debe ser probado por cualquiera de los medios autorizados por la ley; la inspección ocular, el dictamen pericial o la declaración testimonial son elementos probatorios destinados a verificar la existencia de un hecho delictuoso, id est. El cuerpo del delito; éste será objeto de prueba, es decir un extremo que debe ser probado por cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley".⁹²

En principio, la prueba del "cuerpo del delito" puede realizarse por cualquier medio de prueba.

Ahora bien, citemos una tesis jurisprudencial que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido sobre el tema:

"CUERPO DEL DELITO, MEDIOS PARA COMPROBARLO. La autoridad judicial goza, en principio, del más amplio criterio para estimar los elementos conducentes a la comprobación de un hecho delictuoso, aun cuando no sean de los que define y detalla la ley, si no están reprobados por la misma de tal manera que, aun cuando alguno de los medios que la ley señala para comprobar el cuerpo del delito, no se hayan usado o se hayan usado deficientemente, si con los demás que la ley proporciona, se llega a la comprobación del hecho criminoso, ello es bastante para que no se puedan tener por conculcadas las garantías individuales".

⁹¹ Jiménez Asenjo, Derecho Procesal Penal. Madrid, s/f., t. I, p. 441.

⁹² Anibal Díaz, Clemente. El Cuerpo del Delito. Editorial Abeledo- Perrot, edición Homenaje, Buenos Aires 1987. Páginas 55 y 56.

Por otro lado, creemos que es conveniente citar el párrafo final del artículo 168 del Código Adjetivo Penal Federal que a la letra dice: "El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley".

De igual manera sin dejar de observar lo señalado en el artículo 124 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal que textualmente establece: "Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público y el Juez gozarán de la acción mas amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta".

Para Hernández Pliego, "comprobar quiere decir evidenciar una cosa cotejándola con otra; por eso, cuando referimos este pensamiento directamente al cuerpo del delito y a la responsabilidad probable, debemos entender que su demostración equivale a la determinación de si el hecho delictivo ocurrido en el mundo fáctico, en el mundo de los fenómenos, se ajusta a la hipótesis descrita en la norma jurídico penal, y si en su comisión de modo presuntivo participó culpablemente el inculpado.

Si la respuesta es afirmativa, no quedará duda acerca de la comprobación del corpus delicti y la probable responsabilidad; en otro caso, estaremos ante la indemostración del delito, lo que normalmente conduce a la conclusión del juicio, por carecer de base de sustentación.

Termina el citado maestro, al afirmar que se puede acreditar el cuerpo del delito por cualquier medio, significa que hay libertad en la elección de la prueba, pero no que el juez, al valorar los distintos medios probatorios, se pronuncie por la existencia del cuerpo del delito por un simple estado de conciencia, sino tiene

obligación de analizar razonablemente la prueba, y emitir un juicio lógico conforme a dicho razonamiento, para fundar su decisión en pruebas que realmente figuren en el proceso y sobre hechos sometidos a su consideración".⁹³

En este orden de ideas, es menester hacer mención que en el proceso penal, la garantía individual de libertad excluye del medio probatorio cualquier género de coacción jurídica tendiente a obtener una confesión; es decir, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

Ahora bien existen medios de prueba con sus sistemas de apreciación los cuales son:

- 1.- El libre: la facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines, y valorarlos de su conciencia;
- 2.- El tasado: se dispone de los medios establecidos en ley y para su valoración el juez está sujeto a determinadas reglas;
- 3.- El mixto: es una combinación de las anteriores, las pruebas son señaladas en la ley, empero el funcionario puede aceptar todo elemento que se le presente, para algunos medios de prueba atiende a reglas prefijadas y en otros tiene libertad de decisión.

Por su parte Colín Sánchez "...el libre.-...facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba, valorados conforme a los dictados de su conciencia...libertad de medios de prueba...libertad de valoración; Tasado.-...de las pruebas legales...se dispone solo de los medios de probatorios establecidos en la ley; Mixto.-...una combinación de las anteriores...las pruebas son señaladas en la ley... pero el funcionario puede aceptar todo elemento que se presente..."⁹⁴

⁹³ Hernández Pliego, Julio Antonio. Ob., Cit., páginas 382 y 383.

⁹⁴ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1998.

La Ley reconoce como medios de prueba:

- I.- La confesión;
- II.- Los documentos públicos y los privados;
- III.- Los dictámenes de peritos;
- IV.- La Inspección ministerial y la judicial;
- V.- Las declaraciones de testigos; y
- VI.- Las presunciones.

Así el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: "Se admitirá como prueba... todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia..."

En conclusión, podría afirmarse que en nuestro sistema penal en cuanto al valor de apreciación de la pruebas, es mixto, ya que como señalamos, las pruebas están establecidas en la ley, empero el funcionario puede aceptar todo elemento que se le presente. Para algunos medios de prueba atiende a reglas prefijadas y en otros tiene libertad de disponer.

Para mayor claridad citemos enseguida algunas de las pruebas a que hace referencia nuestra ley.

La Confesión.- la ley la define como, "es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... La confesión es admisible en cualquier estado del proceso hasta antes de pronunciarse la sentencia definitiva". Artículo 136 y 137 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal, respectivamente.

Efectivamente, para que la confesión pueda ser un medio de prueba que valore el juzgador: debe ser espontánea, libre y sin coacción, emitida ante autoridad competente, es decir, Ministerio Público o Juez.

La pericial.- Como sabemos, las pruebas periciales son realizadas por Peritos, personas generalmente profesionista, con vastos conocimientos sobre una materia en particular, esto es un especialista sobre una rama o materia determinada, en cualquier área del conocimiento, se en las artes, las ciencias, etc. Por consiguiente, son requeridos en materia penal, "...ya que un perito es un magnifico auxiliar en la procuración de justicia...Existe gran diversidad de especialidades en materia penal, y casi en el cien por ciento de las averiguaciones previas es importante la presencia de los peritos y como consecuencia de sus dictámenes..."⁹⁵

El artículo 162 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal señala que: "Cuando para el examen de alguna persona u objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos...Cuando por alguna circunstancia no le sea posible contar con un perito, o no tenga los medios económicos para cubrir los gastos que esto implique, de oficio o a petición de parte, nombrará un perito oficial de alguna institución pública, a fin de no dejar en estado de indefensión al inculpado".

La inspección.- "...en su sentido etimológico, inspección proviene del latín inspectio-tionis, que significa acción y efecto de inspeccionar y esta a su vez equivale a inspeccionar..."⁹⁶

Por lo que respecta la inspección según dispone la ley: "puede practicarse de oficio o a petición de parte, pudiendo concurrir a ella los interesados y hacer las

⁹⁵ Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. Editorial. Mc Graw Hill. Segunda Edición. México, 1999, pagina 418.

⁹⁶ Barragán Salvatierra, Carlos. Ob., Cit., p. 418.

observaciones que estimen oportunas". Artículo 139 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal.

"...Para practicar ésta, el personal del Ministerio Público o del juzgado se trasladará al lugar de los hechos juntamente con las personas que deban concurrir; tomará a testigos y peritos la protesta de producirse con verdad; designará a la persona o personas que sustituyan a los agentes del delito que no estén presentes, y dará fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con éste. En seguida leerá la declaración del inculcado y hará que éste explique prácticamente las circunstancias del lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos. Lo mismo se hará con cada uno de los testigos presentes. Entonces los peritos emitirán su opinión en vista de las declaraciones rendidas y de las huellas o indicios existentes, atendiendo a las indicaciones y preguntas que haga el Ministerio Público o el Juez, los que procurarán que los dictámenes versen sobre puntos precisos..." Artículo 150 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal.

"...La Inspección podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos y tendrá por objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado; se practicará dentro de la averiguación previa únicamente cuando el Ministerio Público que practique las diligencias lo estime necesario; en todo caso, deberá practicarse cuando ya esté terminada la instrucción, siempre que la naturaleza del hecho delictuoso cometido y las pruebas rendidas así lo exijan, a juicio del juez o tribunal. También podrá practicarse durante la vista del proceso o la audiencia del jurado, cuando el juez o tribunal lo estimen necesario, aun cuando no se hayan practicado en la instrucción..." Artículo 144 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal.

"...Esta diligencia deberá practicarse precisamente, en el lugar en que se cometió el delito, cuando el sitio tenga influencia en el desarrollo de los hechos

que se reconstruyan, y, en caso contrario, podrán practicarse en cualquier otro lugar...Cuando alguna de las partes solicite la reconstrucción, deberá precisar cuáles son los hechos y circunstancias que desea esclarecer, pudiéndose repetir la diligencia cuantas veces sea necesario, a juicio del inculpado, de su defensor, del Ministerio Público, del juez o del Tribunal". Artículo 145 y 151 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, respectivamente.

El maestro Barragán Salvatierra, en su obra de Derecho Procesal Penal señala que: "...en términos generales, existen dos tipos de Inspección, la extrajudicial y la judicial. La extrajudicial es la que hace el Ministerio Público durante la averiguación previa...La judicial es la que realiza el juez de la causa durante la instrucción..."⁹⁷

Las Presunciones.- Algunos autores la señalan como prueba circunstancial, esta según Gonzáles Bustamante en su obra tratado de pruebas judiciales dice: "...se forma por el análisis de los hechos que encontramos comprobados y que llegan a nuestro conocimiento de una manera directa o indirecta, por el concurso de circunstancias que se encadenan y que permiten sostener una opinión fundada..."⁹⁸

La presunción es confundida por el legislador, y en la ley la señala como sinónimo de indicio: "la presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, tendiendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados". Artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Siguiendo este orden de ideas, el indicio difiere de la presunción. El indicio, "proviene de latín *indicium*, que significa signo aparente y probable de que existe alguna cosa y a su vez es sinónimo se señal...todo objeto, instrumento, huella,

⁹⁷ Idem, p. 418.

⁹⁸ Colln Sánchez. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.

marca, rastro, señal o vestigio que se usa y se produce en un hecho posiblemente delictuosos, cuyo estudio permitirá establecer si existió o no".⁹⁹

Por su parte Alberto Raúl Prosali dice: "los indicios son elementos o notas de los cuales se puede inducir la posibilidad acerca de algún otro elemento". Por otro lado, la presunción según definida por el autor Jiménez Asenjo son "circunstancias o juicios lógicos, normalmente admitidos como ciertos en la cadena de la casualidad, y sobre los cuales podemos deducir racionalmente la existencias de hechos que no son desconocidos o dudosos".

La testimonial.- "En términos etimológicos, la palabra testigo viene de testando, declarar, referir o explicar, o bien de detestibus dar fe a favor de otro. Testigo es la persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hechos que se investigan".¹⁰⁰

Es importante puntualizar, que todo individuo que presencie hechos o conductas que puedan en un momento dado constituirse como un delito, tiene el deber de manifestarlo a las autoridades.

Gómez Lara señala que: "esta prueba consiste en declaraciones de terceros a los que constan los hechos que se examinan...esto a través de preguntas contenidas en interrogatorios que formula la parte que ofrece al testigo".

Así, el Ministerio Público como el Juez deben ser cuidadosos tanto en el desahogo como en la valoración de la prueba testimonial, pues es frecuente que el testigo presentado no haya presenciado realmente los hechos, y llegue instruido para actuar en el proceso y con la única finalidad de ayudar al indiciado.

⁹⁹ Nando Lefort, Víctor M. Diccionario Terminológico de Ciencias Forenses. Edit. Trillas México, 1998. Página 61.

¹⁰⁰ Barragán Salvaterra, Carlos. Derecho Procesal Penal. Edit. Mc Graw Hill. Segunda Edición México, 1999.

Ahora bien, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece la regla general para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los delitos, sin embargo las excepciones a dicha regla, las encontramos en el propio Código citado en los siguientes artículos por mencionar algunos:

"Artículo 105.- Cuando se trate de homicidio, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, la harán también dos peritos que practicarán la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarda y las causas que originaron la muerte. Sólo podrán dejarse de hacer la autopsia cuando el Juez lo acuerde, previo dictamen de los peritos médicos".

"Artículo 106.- Los cadáveres deberán ser siempre identificados por medio de testigos, y si esto no fuere posible, se harán fotografías, agregando a la averiguación un ejemplar y poniendo otros en los lugares públicos con todos los datos que puedan servir para que sean reconocidos aquéllos, y exhortándose a todos los que los conocieren a que se presenten ante el juez a declararlo.

Los vestidos se describirán minuciosamente en la causa, y se conservarán en depósito seguro para que puedan ser presentados a los testigos de identidad".

"Artículo 107.- Cuando el cadáver no pueda ser encontrado, se comprobará su existencia por medio de testigos, quienes harán la descripción de aquél y expresarán el número de lesiones o huellas exteriores de violencia que presentaba, lugares en que estaban situadas, sus dimensiones y el arma con que crean fueron causadas. También se les interrogara si lo conocieron en vida, sobre los hábitos y costumbres del difunto, y sobre las enfermedades que hubiere padecido.

Estos datos se darán a los peritos para que emitan su dictamen sobre las causas de la muerte, bastando entonces la opinión de aquéllos, de que la muerte fue resultado de un delito, para que se tenga como existente el requisito que exige el artículo 303 del Código Penal Federal y, 124 del Código Penal para el Distrito Federal".

E) NUESTRA OPINION.

El sistema jurídico en épocas pasadas y modernas, de forma constante sufre modificaciones y adhesiones en torno al cambio social que se presenta día con día; es decir, que las leyes deben estar a la altura de los acontecimientos de nuestro tiempo creando y modificando de manera dinámica, adecuada y certera ante la presencia de situaciones nuevas que nos rodean.

Sin duda, la transformación social es el punto medular, donde nuestro orden jurídico positivo, no es algo quieto y estático, al contrario, sufre modificaciones de manera constante alcanzando su perfección, pero sin olvidar los principios básicos del pacto social, que son: el derecho a la vida, libertad y la dignidad de ser humano.

La presencia de modificaciones en nuestra regulación normativa, y más que modificaciones o reformas, es lograr la perfecta adecuación de éstas, de acuerdo a la conducta del ser humano, dado a la transformación social, avance tecnológico y científico, y mas aún, la inseguridad y la administración de justicia que superan en mucho las vigentes disposiciones legales.

Antes, de la reforma del 99 era necesario que el C. Agente del Ministerio Público y el Juez acreditaran los elementos integrantes del tipo penal, es decir, los elementos objetivos, los subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, respectivamente.

Del anterior párrafo, observamos mayor grado de seguridad jurídica para los gobernados protegiendo con mayor esmero que no se vieses perseguidos o daños en su libertad, por simples presunciones, conjeturas, etc. de la autoridad investigadora o Juez.

Hoy nuevamente con la reforma del 8 de marzo de 1999, en cuanto para solicitar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, el C. Agente del Ministerio Público o el Juez, respectivamente; deben cumplir ciertas formalidades que establece el artículo 16 y 19 Constitucional.

Artículo 16.-"...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado..."

Artículo 19.-"...Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: El delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado..."

Creemos injusto el hecho de regresar al ambiguo concepto de cuerpo del delito, una reforma debe traer como consecuencia una mejor procuración y administración de justicia y de ninguna manera debe implicar un retroceso, pues entonces no se justifica.

Ahora, deberán acreditarse los elementos objetivos y normativos plenamente y los subjetivos específicos solo probablemente. El dolo y la culpa,

cambian solo de lugar, ya no es necesario acreditarlos como elementos del tipo, pero si acreditarlos a nivel de probables, dentro de lo que se denomina "probable responsabilidad".

Dado lo anterior, consideramos necesario citar al ilustre doctor Moisés Moreno que al respecto comenta: "Difiero, por supuesto, de quienes han opinado y opinan que las reformas constitucionales de 1993, que sustituyeron la expresión "cuerpo del delito" por la de "elementos del tipo penal", hayan constituido un yerro garrafal, que ha entorpecido el quehacer del Ministerio Público y los tribunales y que la reforma de 1998 lo pretende corregir. Muy por el contrario: la reforma constitucional de 1993 implicó la terminación de una situación caótica en la interpretación y aplicación de la ley a los casos concretos, provocada por el uso de la categoría procesal "cuerpo del delito", respecto de cuyo contenido no había claridad ni en la jurisprudencia ni en la doctrina procesal; cada juez o cada agente del Ministerio Público tenía su propia concepción de cuerpo del delito".¹⁰¹

El "cuerpo del delito" se entiende como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho descrito en la ley penal.

Podemos señalar que la situación del inculpado ante la reforma ("suprime garantías y facilita extraordinariamente la persecución"), probablemente aumente la arbitrariedad del Ministerio Público al ejercitar acción penal y solicitar una orden de aprehensión o el Juez dictar un auto de formal prisión, si el primero sólo toma en cuenta en consideración los elementos de carácter objetivo, sin tomar en cuenta los elementos de carácter subjetivo que el propio tipo exige; reduciendo las posibilidades de defensa del individuo. Ante tal situación se genera inseguridad y duda violentando la tranquilidad convirtiéndose en una desagradable intranquilidad ahogando al gobernado provocándole incertidumbre que en cualquier momento puede ser molestado por un acto de una autoridad judicial.

¹⁰¹ Moreno Hernández, Moisés. Ob., Cit., páginas 233 y 234.

La constitución consagra derechos y valores de índole prioritaria en un plano de igualdad, sin embargo, forma una escala de los mismos, salvaguardando principalmente la vida, la libertad y, posteriormente la seguridad jurídica que hoy en día tanta preocupación nos genera a quienes no vemos atropellados de forma autoritaria y totalitaria por la amenaza penal.

La mayor preocupación de las personas es la libertad y seguridad jurídica, principal inquietud que nos impulsa para proponer solucionar un problema de tal naturaleza.

El concepto cuerpo del delito, es considerado por algunos estudiosos del derecho como violatorio a las garantías individuales de toda persona, y específicamente a la de seguridad jurídica en relación a la libertad.

La expresión cuerpo del delito de matiz netamente gramatical, encierra antes que otra cosa una confusión jurídica dejando al libre arbitrio por parte del C. Agente del Ministerio Público al ejercitar acción penal y solicitar una orden de aprehensión, o el Juez al dictar un auto de formal prisión o dictar resoluciones; es decir, realmente no se funda y motiva la consignación o resolución por el delito que se cometió, esto es, por carecer de sistematización jurídica de parte del C. Agente del Ministerio Público y del Juzgador.

Creemos oportuno proponer el regreso del concepto "tipo penal", toda vez, que es una expresión técnica jurídica que realmente va unificar el criterio a nivel nacional, partiendo de un gran estudio o análisis por parte de la autoridades judiciales encargadas de la administración de justicia, logrando un orden jurídico y principalmente una sistematización adecuada, al ejercitar acción penal y solicitar una orden de aprehensión, o dictar un auto de formal prisión o una resolución, por parte del C. Agente del Ministerio Público o del Órgano Jurisdiccional, respectivamente.

Dado lo anterior, creemos conveniente hacer mención que el Código Sustantivo Penal lo que contempla son **tipos penales** (es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene como función la individualización de conductas humanas penalmente relevante), estructurado por elementos que integran el mismo tipo. Pueden ser de naturaleza objetiva, normativa y subjetiva.

Observamos de lo anterior, que los tipos incardinan múltiples funciones, ya que de una parte selecciona los comportamientos típicos de trascendencia penal, y de otra, limita a estos comportamientos la intervención punitiva, cuya finalidad es la tutela de los bienes jurídicos con lo que cumple una función de protección.

Si bien es cierto que la ley debe ser entendible y clara; por lo que, a nuestra opinión el texto más adecuado para nuestros artículos 16 y 19 Constitucionales; deben quedar de la siguiente forma:

ARTICULO 16.- "...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el **tipo penal** y la probable responsabilidad del indiciado...".¹⁰²

ARTICULO 19.- "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el **tipo penal del delito** que se impute al detenido y haga probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de forma prisión dentro del

¹⁰² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A., 108 ediciones, México 1997.

plazo antes señalado, deberán llamar la atención al juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad...¹⁰³

Sin duda, creemos que existen otros medios para reintegrar la seguridad jurídica de la personas en relación con la libertad, sin embargo, con el temor de no tener suficiente experiencia del estudiante quien desarrolla el presente trabajo como requisito académico, aportamos una propuesta que consideramos puede ser parte de algunas de las posibles soluciones del problema que tratamos en nuestro trabajo.

¹⁰³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A., 108 ediciones, México 1997.

CONCLUSIONES

Primera.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece garantías para los particulares, entre ellas, esta consagrada la de darles seguridad jurídica a éstos, y como en la actualidad, se contempla en los artículos 16 y 19 Constitucional el concepto de "cuerpo del delito", es menester cambiar dicha figura procesal por el llamado "elementos integrantes del tipo penal".

Segunda.- Las reformas a los artículos 16 y 19 de la ley suprema, de 1993, al sustituir el concepto "cuerpo del delito" por la figura "elementos integrantes del tipo penal", incoa indiscutiblemente una discrepancia al introducir en la legislación penal los principios de la Escuela Finalista, desplazando los principios del Causalismo.

Tercera.- El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 122 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, sustituyen la expresión "cuerpo del delito" por la figura sustantiva "elementos integrantes del tipo penal", ajustándose a la nueva nomenclatura que utilizan los artículos 16 y 19 Constitucional.

Cuarta.- Más de 60 años de práctica Jurisdiccional siguiendo la doctrina causalista, quebrantando la seguridad jurídica y el principio de legalidad, al fundamentar su pliego de consignaciones y solicitar orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión el C. agente del Ministerio Público o el Juez, respectivamente; principalmente el primero, estaba acostumbrado solo a consignar hechos sin relacionar las pruebas y actuaciones que se desprendía del delito en particular que exige el tipo; por consiguiente, el segundo por falta de responsabilidad al no estudiar la consignación giraba la orden de aprehensión o dicta un auto de formal prisión, resoluciones que violan el principio de legalidad establecido en el "artículo 16 Constitucional, ...que funde y motive la causa legal del procedimiento..." .

Quinta.- Con el concepto de elementos integrantes del tipo existe realmente una seguridad jurídica y obliga al C. Agente del Ministerio Público adecuar o llenar los moldes que exige el tipo y de no lograr acreditar o rellenar uno de los moldes requeridos, estaríamos en el caso de falta de tipicidad.

Sexta.- Insisto que con la reforma del 94, al plasmarse la figura "elementos integrantes del tipo penal" sustituyendo el concepto "cuerpo del delito" consagrado en los artículos 16 y 19 constitucional, aquí es donde nace la seguridad jurídica de quienes nos vemos inmersos los ciudadanos por atropellos de las autoridades judiciales, concepto que parte de un estudio atomizador o analítico (elementos), y no de forma unitaria o totalizador (Unidad) el delito.

Séptima.- Hoy nuevamente con la reforma del 99, regresamos a la discutible y ambigua expresión "cuerpo del delito", rompiendo la unificación de criterios, así como, volver a la anarquía jurídica; la cual ya se había superado.

Octava.- Sin lugar a dudas, el criterio de algunos doctrinarios en querer equiparar la figura "cuerpo del delito" con la expresión "elementos integrantes del tipo penal", se enfoca principalmente en los elementos normativos y subjetivos; toda vez que éstos revisten mayor dificultad para su acreditación.

Novena.- Del anterior numeral, se desprende que los elementos normativos la dificultad desaparece, si buscamos el contenido de la norma violada (antijuridicidad de la conducta) y lo acreditamos debidamente. Por lo que toca, a los elementos subjetivos, existe gran dificultad, dado que no hemos superado la etapa de querer acreditar todo con la confesional, testimonial y pericial, sin valorar el ánimo de la persona al realizar la acción.

Décima.- Es necesario, que el C. Agente del Ministerio Público sepa los alcances de esa representación social que tiene, y que no se dedique a solo lograr a como de lugar, se impongan penas a los relacionados con un ilícito, si bien, es cierto que

la obligación y función del Ministerio Público es encontrar la VERDAD HISTORICA DE LOS HECHOS QUE SE LE DEUNCIAN, ello no da lugar que al ejercer acción penal y solicitar una orden de aprehensión solo consigne hechos sin relacionar la pruebas y actuaciones que exige el tipo penal del delito que se trate. Razón por la cual proponemos sean modificados los artículos 16 y 19 constitucional, por la expresión "tipo penal", el cual lleva implícito los elementos que requiere un delito en particular; obteniendo así la seguridad jurídica que se busca.

BIBLIOGRAFÍA

Adato Green, Victoria. Conferencia publicadas en el libro Dinámica del Derecho Mexicano. Edición de la Procuraduría General de Justicia, 1973.

Amuchategul Requena, Irma G. Derecho Penal. Editorial Harla, México, 1997.

Anibal Díaz, Clemente. El Cuerpo del Delito. Editorial Abeledo- Perrot, edición Homenaje, Buenos Aires 1987.

Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. Editorial. Mc Graw Hill. Segunda Edición. México, 1999.

Carrara, Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal. Parte General, Vol. 1, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1971.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1994.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1998.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte General. 8ª edición, Barcelona, 1947.

García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, La Reforma de 1993-1994, Porrúa, México, 1994, pág. 45., id... Curso de Derecho Procesal Penal, tercera edición, Porrúa, México, 1980.

González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México.

Hernández Pliego, Julio Antonio. El Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa, 1ª edición, México, 2002.

Islas de González Mariscal, Olga. Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. Editorial Trillas, edición Cuarta, México, 1998.

Jeschek. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

Jiménez, Asenjo. Derecho Procesal Penal. Madrid, 1940.

Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y El Delito. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, ed. Cuarta, México, 2001.

Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 2ª Edición, Madrid.

Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Cárdenas Editor, México, 1980.

Moreno Hernández, Moisés. Política Criminal y Reforma Penal. Editorial Ius Poenale. Primera edición. México, 1999.

Nando Lefort, Víctor M. Diccionario Terminológico de Ciencias Forenses. Edit. Trillas México, 1998.

Novoa, Monreal Eduardo. Causalismo y Finalismo en Derecho Penal. Segunda ed. Ed. Themis, Bogota, Colombia, 1982.

Orellana Wiarco, Octavio. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, México, 2001.

Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Mayo ediciones, México, 1981.

Porte Petit Candaudap, Celestino. Importancia de la dogmática jurídico-penal. México, 1954.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1983.

Romero Tequextle, Gregorio. Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo. Edición Tercera, Editorial OGS S.A. de C.V., México, 2000.

V. Manzini. Tratado de Derecho Procesal Penal. Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1952.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1983.

Welzel, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Traducción de José Cerezo Mir, Ariel, 4ª. Edición, 1964.

Welzel, Hans. La Teoría de la Acción Finalista. Ed. Depalma, Buenos Aires 1951.

Zaffaroni Eugenio, Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985.

Zaffaroni Eugenio, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición 1998.

Zamora Jiménez, Arturo. Cuerpo del Delito y Tipo Penal. Ángel Editor, Cuarta Reimpresión, México, 2001.

Leyes y Códigos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, 139ª edición, México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, 108ª edición, México, 1997.

Código Penal. Para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la Republica en Materia Federal. Editorial Sista. S.A. de C.V., México, 1998.

Código Penal Federal. Editorial Sista. S.A. de C.V., México, 2002.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista. S.A. de C.V., Mexico 2002.

Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista. S.A. de C.V., México, 1998.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Sista. S.A. de C.V., México, 1998.

Otras Fuentes.

Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, Todos los Derechos Reservados. DJ2K – 431

Instituto de Formación Profesional. Curso de Promoción de Oficial Secretario a Agente del Ministerio Público, La Consignación. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Septiembre del 2001.

Exposición de Motivos del Titular del Poder Ejecutivo, justificación a la reforma de los artículos 16 y 19 Constitucionales.

Jurisprudencia.

CD ROM de la Suprema Corte de Justicia. Jurisprudencia y Tesis Aisladas, junio 1917- abril 2002.