



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

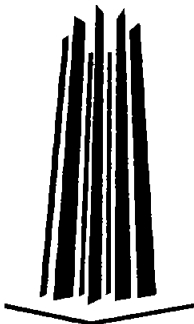
**“BREVE ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO EMERGENTE EN
EL NUEVO CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A N:
AUREA ESTHER GRIJALVA ETERNOD
VICTOR HUGO MADRID FRANCO**

ASESOR: LIC. MARÍA GRACIELA LEÓN LÓPEZ



MÉXICO

2006



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.

Autorizo a la persona que se indica a continuación de la
firma de la persona que autoriza a firmar el
contrato de trabajo en el nombre de la
empresa.

NOMBRE: Aurea Esther Grijalva

Etemod

FECHA: 26/Nov/2004

FIRMA: 

Autorizo a la persona que se indica a continuación de la
firma de la persona que autoriza a firmar el
contrato de trabajo en el nombre de la
empresa.

NOMBRE: Victor Hugo Madrid

FRANCO

FECHA: 26-NOVIEMBRE-2004

FIRMA: 

Dedico estas páginas a una de las más grandes mujeres que a pesar de su cansancio y desvelos siempre me brindó amor y cariño ejemplo de la perseverancia y esfuerzo a la cual le agradezco haberme mostrado el camino para toda mi vida. A mi madre.

A Evelyn Reyes Ferreti por que en los días mas oscuros dio seguridad a mis pasos para seguir en el camino y a quien le doy las gracias por darme la mano cada vez que caigo.

A mi hijo Emiliano Madrid Reyes Ferreti, por haber llegado en el preciso momento en que la luz casi se extingue...

A mis hermanos:

*Ramón Antonio Madrid por su ejemplo,
Orlando Madrid por su locura y entusiasmo ante la vida,
Verónica Madrid por su amor y cariño,
Juan Carlos Madrid, que ahora vive en el cielo, por enseñarme a ser libre.*

A Nadia Hernández por enseñarme el significado de la palabra amistad y seguir soportándome.

A mis amigos por estar conmigo en los peores momentos de mi vida

A la Universidad Nacional Autónoma de México así como a los profesores que han realizado mi formación y muy en especial, a la Lic. Graciela León López por haber depositado su confianza en nosotros para la culminación de éste trabajo.

VICTOR HUGO MADRID FRANCO

Dedico el presente trabajo:

A mis padres, por su amor y su sabiduría, por ser mi apoyo incondicional.

A mis hermanos, Jorge, Carlos y Pepe, por ser mis amigos y estar conmigo cuando más los necesito.

A mis profesores y en especial a la Lic. Graciela León López, por su apoyo y dirección para la realización de este trabajo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México por mi formación profesional.

GRACIAS.

Aurea Grijalva

**“BREVE ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO EMERGENTE EN EL NUEVO
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

**CAPÍTULO I
DERECHO PENAL**

1.1	Concepto	1
1.2	Derecho Penal en sentido subjetivo y en sentido objetivo	2
1.3	Importancia	3
1.4	Finalidad	4
1.5	Historia del Derecho Penal	4
	1.5.1 Antecedentes Generales	5
	1.5.2 Antecedentes en México	7
1.6	Fuentes del Derecho Penal	11
	1.6.1 Reales	12
	1.6.2 Formales	12
	1.6.3 Históricas	14
1.7	Interpretación de la ley penal	15
	1.7.1 De acuerdo a los sujetos que la realizan	16
	1.7.2 De acuerdo a los medios empleados	17
	1.7.3 De acuerdo a los resultados	17
1.8	Aplicación de la ley penal	18
	1.8.1 Ignorancia de la ley penal	20
1.9	Ámbitos de validez de la ley penal	21
	1.9.1 Material	21
	1.9.2 Espacial	22
	1.9.3 Temporal	25
	1.9.4 Personal	26

**CAPÍTULO II
TEORÍA DEL DELITO**

2.1	El Delito	29
2.2	Teorías que estudian el Delito	31
	2.2.1 Teorías Causalista y Finalista de la acción	32
	2.2.2 Teorías Psicologista y Normativista	33
	2.2.3 Teoría Sociologista	34
2.3	Presupuestos del Delito	35
	2.3.1 Sujeto Activo	35
	2.3.2 Sujeto Pasivo	36
	2.3.3 Objeto Material	36

2.3.4	Objeto Jurídico	36
2.4	Elementos Positivos y Negativos del Delito	37
2.4.1	Conducta	37
2.4.2	Aspecto negativo de la Conducta	45
2.4.3	Tipicidad	45
2.4.4	Ausencia de tipo y de tipicidad	49
2.4.5	Antijuridicidad.....	51
2.4.6	Causas de justificación	51
2.4.7	Imputabilidad	57
2.4.8	Inimputabilidad	58
2.4.9	Culpabilidad	60
2.4.10	Inculpabilidad	63
2.4.11	Punibilidad	66
2.4.12	Excusas absolutorias	67

CAPÍTULO III TEORÍA DEL DELINCUENTE

3.1	Noción de delincuente	69
3.2	Frecuencia del comportamiento delictivo	69
3.2.1	Primodelincuencia	70
3.2.2	Reincidencia	70
3.2.3	Habitualidad	72
3.2.4	Ocasionalidad	73
3.2.5	Delincuencia Profesional	73
3.3	Concurso de Personas	73
3.3.1	Autoría y Participación	76
3.3.2	Clases de Autoría	82
3.3.3	Formas de Participación	86
3.3.4	Delito Emergente	93
3.3.5	Asociación Delictuosa	93
3.3.6	Pandilla	95
3.3.7	Muchedumbre Delincuente	95
3.3.8	Secta Criminal	97

CAPÍTULO IV EL DELITO EMERGENTE

4.1	Noción de Delito Emergente	99
4.2	Breve análisis del artículo 14 del Código Penal de 1931	105
4.3	Breve análisis del artículo 25 del Código Penal vigente	110
4.4	Consideraciones	122

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Actualmente y ante el crecimiento constante de la delincuencia que se ha ido generando, es necesario, que los legisladores se aboquen a la búsqueda de nuevos conceptos y teorías que sirvan para combatir a la misma. Sin embargo, no desestimando la capacidad y el esfuerzo de algunos legisladores, es necesario que éstos, primeramente, al realizar sus funciones de creación de leyes tengan conocimiento pleno de la naturaleza de cada figura jurídica que intentan plasmar en una legislación, o bien de las figuras jurídicas que ya fueron creadas previamente, para que, al momento de crear la ley, y en especial al tratarse de leyes penales, las mismas no sean meramente semánticas, que no regulan de una manera efectiva la realidad a la que se le pretende aplicar.

Esta situación de auto limitación puede parecer, en alguna forma como implicativa de una parcial renuncia a la consecución de los fines propios del Derecho, pues, en la vida práctica de las instituciones de procuración y administración de justicia, a diario, nos encontramos con hechos reales en los que existe *la intervención de una pluralidad de personas en un hecho delictivo*; por lo que, a efecto de poder sancionarlos penalmente, se mantiene una larga disputa de interpretación entre los diversos conceptos de autor y partícipe, que se traduce en una insegura y lenta aplicación de la ley penal; por otro lado, tomando en consideración que estos conceptos, no son motivo central de este trabajo, no se debe pasar por alto, que

los mismos, se encuentran íntimamente ligados a la figura jurídica denominada *delito emergente*, que es el origen del presente estudio.

Cabe afirmar que por lo que hace a la noción del delito emergente, hasta el momento no se ha establecido un concepto acertado que lo delimite, pero durante el presente trabajo trataremos de desentrañar su naturaleza jurídica, lo que, inevitablemente, nos transporta al análisis de la figura del "dolo" la cual ha sido objeto de diversos ensayos o estudios anteriores.

Por otro lado, se debe entender que ciertos aspectos que forman parte de la figura jurídica del llamado *delito emergente*, tienen que ser desentrañados; a efecto de que permitan la exacta aplicación de su contenido a los casos en concreto, en los que haya *intervención de una pluralidad de personas en una obra*, tal es el caso de la figura del deber de garante, el cual sin un análisis adecuado fue inmerso en el artículo 25 del Código penal vigente para el Distrito Federal; por lo que consideramos que podremos demostrar que algunos de los supuestos previstos en dicho precepto podrían quedar incluidos dentro de otras figuras jurídicas, como por ejemplo, en los incisos que establecen la calidad de garante en el artículo 16 de la mencionada legislación; esto es, porque, en esencia, está en posición de garante todo aquel sobre el cual recae la obligación jurídica de impedir un resultado prohibido.

Por las pequeñas apreciaciones señaladas, se deduce pues, que el círculo que engloba al artículo, materia del presente trabajo, hace mas difícil su entendimiento y aplicación, en virtud de la falta de apreciación jurídica que entraña su naturaleza, por lo que, con el presente trabajo, sin mayores pretensiones solo intentaremos clarificar la idea impuesta en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, respecto del delito emergente.

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL

1.1 CONCEPTO

El derecho, es un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza que dispone el Estado.

“Derecho Penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene como objetivo inmediato la creación y conservación del orden social.”¹

Pertenece al derecho público, en virtud de que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, es decir, al cometerse un delito, la relación regulada por el Derecho Penal se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre el delincuente y el particular ofendido, aunado a que solo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones; es parte del derecho interno ya que es aplicable dentro de los límites jurisdiccionales del Estado, y a pesar de que existen convenios celebrados entre países para resolver cuestiones de naturaleza penal, esos tratados son actos de voluntad soberana de quienes los suscriben.

Sociológicamente, el Derecho Penal es considerado como el conjunto de reglas de conducta sancionadas con el medio específico de la pena, que son el producto de la necesidad propia del Estado, de dar a la población una disciplina coactiva y una tutela eficaz, así como de asegurar la observancia del mínimo absoluto de

¹ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 19

moralidad considerado como indispensable y suficiente para la segura y civil convivencia en un determinado momento histórico.

Hablar de Derecho Penal es hablar de violencia, toda vez, que son violentos generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho Penal y es violenta la forma en que el propio Derecho Penal soluciona estos casos. Así, puede decirse que la violencia es un ingrediente básico de la institución del Derecho Penal.

El Derecho Penal, es pues, violencia; pero no toda la violencia es Derecho Penal; es decir, la violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos; la violencia es consustancial a todo sistema de control social, incluyendo al Derecho Penal.

Lo que diferencia al Derecho Penal de otros sistemas de control social es la formalización de dicho control, que se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto, quedando fuera la espontaneidad, la sorpresa, el coyunturalismo y la subjetividad de otros sistemas de control.

Por lo que, si bien es cierto, que el Derecho Penal es parte de un sistema de control social, al que le es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de ciertos intereses, el Derecho Penal no es el todo del control social.

1.2 DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO

El Derecho Penal, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de

seguridad; conectando al delito como presupuesto y a las penas o medidas de seguridad como sus consecuencias jurídicas.

Desde el punto de vista subjetivo, el Derecho Penal corresponde al derecho de castigar (*ius puniendi*), el cual corresponde únicamente al Estado, quien es el único facultado para determinar los casos en que deben imponerse y ejecutarse las penas y las medidas de seguridad, e incluso más que un derecho, esta facultad del Estado es un deber.

1.3 IMPORTANCIA

El surgimiento del Derecho Penal, obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad. El crimen nace con el hombre, pues, aún cuando todavía no existía una sociedad organizada y por ende un orden jurídico, y mas aún, cuando el hombre todavía no articulaba palabras, ya se manifestaba el delito al inferir daño a bienes ajenos o desarrollar conductas que afectaban a otros; de ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr la convivencia pacífica.

“Junto a las primeras ideas de solidaridad humana hallamos también el crimen; como que la historia del crimen es la historia de la civilización y el hombre mismo es un amasijo de ideas y sentimientos luminosos y de oscuros instintos egoístas”.²

² CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL Y CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 15

1.4 FINALIDAD

En general, la finalidad del derecho es encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria, obteniendo paz y seguridad sociales.

Para garantizar la supervivencia del orden social, existen intereses, cuya tutela, el Estado debe asegurar a toda costa, de ahí la justificación y necesidad del Derecho Penal, debido a que éste, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

1.5 HISTORIA DEL DERECHO PENAL

En el hombre, como en el animal, un obrar que satisface sus necesidades se hace costumbre; la costumbre automatizada o mecanizada, sin trasponer los umbrales de la conciencia, se hace instinto.

Con el hecho constante de la existencia de los hombres sobre la tierra fueron naciendo los instintos de sociabilidad; dicha aproximación de la humanidad primitiva, en la cual reinaban los instintos, produjo choques y pugnas que culminaron en el predominio del más fuerte y posteriormente con el del más inteligente.

Sin embargo; sobre la fuerza y la inteligencia, vinieron los intereses generales creando fórmulas de derecho y de paz jurídica, para regular los intereses de todos y hacer posible la convivencia social; surgiendo así el Derecho Penal.

1.5.1 ANTECEDENTES GENERALES

A lo largo de la historia, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas; sin embargo, no nos proponemos hacer una historia completa del Derecho Penal, toda vez que sería inútil para los fines de este trabajo; por lo que solo nos limitaremos a analizar los cinco períodos principales o más importantes dentro del Derecho Penal, siendo los siguientes:

A) *Venganza privada*

También se conoce como época bárbara, en esta etapa por falta de protección adecuada, cada particular, familia o grupo, se protege o se hace justicia por sí mismo; es decir la función represiva se encontraba en manos de los particulares. Se dice que la primera forma y justificación de lo que hoy se denomina justicia penal debió ser la venganza (siempre que contara con la ayuda material y respaldo moral hacia el ofendido de la colectividad, ya que eso suponía el reconocimiento del derecho a ejercerla); mediante la venganza, el hombre, ante una agresión recibida, obtiene la satisfacción mediante un acto violento. Sin embargo, debido a que los vengadores en ocasiones se excedían, causando males mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza mediante la fórmula del talión "*ojo por ojo y diente por diente*", en la que ya se puede observar la existencia de un poder moderador.

B) *Venganza divina*

Debido a la organización teocrática de los pueblos, todos los problemas eran enfocados hacia la divinidad; es por ello, que en esta etapa se estima al delito como una de las causas del descontento de los dioses, por lo que jueces y tribunales juzgan, en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sentencias e

imponiendo penas para satisfacer su ira. La justicia represiva es manejada por la clase sacerdotal ya que se consideraban los "representantes" de las deidades.

C) Venganza pública

Esta etapa se genera cuando los estados comienzan a adquirir mayor solidez. Se hace la distinción entre delitos privados y públicos (según se lesione los intereses de los particulares o el orden público). El sistema probatorio fue organizándose y la pena misma se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba y aún del que la ejecutaba.

Sin embargo, a pesar de que en este período los tribunales juzgaban en nombre de la colectividad, los juzgadores abusaron de sus facultades, debido a que se encontraban al servicio de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad; se inventaron diversos suplicios y torturas, especialmente, con el fin de obtener revelaciones o confesiones. Esta fase se caracteriza por el interés primordial por castigar severamente a los pertenecientes a las clases inferiores, intimidándolos y manteniendo así intactos los privilegios reales u oligárquicos.

D) Período humanitario

"Todo el Derecho Penal, que está cubierto de sangre y que amadriga en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la humanidad".³

A la excesiva crueldad, siguió un movimiento humanizador de los sistemas penales, pretendiendo dar un giro absoluto y radical a la dureza del castigo. En este período, impulsado por diversos pensadores, se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias; se realiza la separación entre la justicia

³ JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, *La ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, pág. 32

humana y la divina; se establece que las penas, únicamente pueden ser establecidas por leyes generales y, que solo los jueces pueden determinar su violación, que las penas no deben ser atroces y entre otras cosas, que la finalidad de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos.

E) Período científico

En esta etapa se comienzan a sistematizar los estudios sobre los problemas del Derecho Penal, con el fin de resolverlos convenientemente, por lo que al perseguir un fin o una verdad, en forma ordenada y sistemática, se dice que se trata ya de un conocimiento científico.

A partir de esta fase, se considera que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar al cabo un estudio de personalidad del sujeto, así como un análisis de la víctima; conocer el por qué del crimen, el tratamiento adecuado para lograr la readaptación del sujeto y la forma de prevenir la comisión de delitos.

1.5.2 ANTECEDENTES EN MÉXICO

Se considera importante describir la forma en que el Derecho se ha desarrollado en nuestro país, pues la legislación penal ha ido cambiando de acuerdo a las necesidades de la población en cada etapa de su evolución.

Como en cualquier otro país, en México, la trayectoria del Derecho Penal ha sido muy similar a la ocurrida en la historia del hombre en general, ya que inicia con el castigo más cruel hasta llegar paulatinamente a una fase más humanizada y científica, siendo las etapas más importantes las que a continuación señalaremos:

A) *Derecho Precortesiano*

Debido a la religiosidad y severa educación de los habitantes del territorio que actualmente ocupa la República Mexicana, antes de la conquista, el crimen era poco común y por lo tanto el castigo era muy severo.

No se cuenta con muchos datos precisos sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los españoles; sin embargo, se denomina Derecho Precortesiano, a todo el derecho que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés a México, siendo los tres pueblos principales encontrados por los europeos, el Maya, el Tarasco y el Azteca.

➤ Pueblo Maya

Las leyes penales se caracterizaban por su severidad, puesto que, las penas principales eran la muerte y la esclavitud, y las sentencias penales eran inapelables.

La legislación de los Mayas fue consuetudinaria. La prisión no se consideraba un castigo, sino que era el medio para retener al delincuente a fin de aplicarle después la pena impuesta.

➤ Pueblo Tarasco

De los pocos datos que se tienen de sus leyes penales, también se sabe que existía cierta crueldad en las penas e incluso en ciertos casos la pena de muerte se extendía a toda la familia del delincuente.

➤ Pueblo Azteca

El Imperio Azteca era el de mayor importancia al momento de la conquista. El orden y unión social, tenía fundamento en la religión y en la tribu; el sacerdocio y la autoridad civil se complementaban; asimismo, cada miembro de la tribu debía

contribuir a la conservación de la comunidad. Aquél que violaba el orden social, era colocado en un status de inferioridad, y el ser expulsado, significaba la muerte por las tribus enemigas, las fieras o el propio pueblo. Mientras el Derecho Civil tenía una tradición oral entre los aztecas, el Derecho Penal era escrito, toda vez que, en los códigos se encuentran claramente expresados tanto los delitos como las penas mediante escenas pintadas. “Los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, la circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.”⁴

Las penas utilizadas eran: destierro, penas infamantes, pérdida de nobleza, sustitución y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, penas corporales, penas pecuniarias y la pena de muerte principalmente.

B) Derecho Penal Colonial

Al ponerse en contacto el pueblo español con el grupo de razas aborígenes, las legislaciones indígenas no se tomaron en consideración, por lo que, la legislación de la Nueva España fue netamente europea. Debido a que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, en materia penal existía un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas. Para los indios, las leyes fueron más benévolas, porque normalmente se les señalaban como penas los trabajos personales, debiendo servir en conventos o ministerios de la Colonia.

⁴ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. cit., pág. 42

C) México Independiente

Apenas iniciado el movimiento de independencia, el 17 de Noviembre de 1810, Hidalgo decretó la abolición de la esclavitud. Como consecuencia de la crisis producida por la guerra de independencia, en esta época regía una legislación fragmentaria y dispersa, sin ningún intento de formación de un orden jurídico total; sin embargo, ya se perciben atisbos de humanitarismo en algunas penas.

Al concretarse la independencia, se hizo presente la necesidad de un cuerpo de leyes para la nueva nación, sin embargo, durante algún tiempo se siguieron aplicando las leyes de la Colonia.

D) La Codificación Penal

El primer Código Penal, se expidió en el Estado de Veracruz, por decreto de fecha 8 de Abril de 1835, siendo así Veracruz el primer Estado que contó con un Código Penal Local; en este cuerpo legal se nota una gran influencia del Código Español

En 1868, se formó una Comisión integrada por Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. De Zamacona, que tomó como modelo el código español, elaborando un proyecto que fue aprobado el día 7 de diciembre de 1871 y comenzó a regir para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California en materia común y para toda la República en materia Federal el 1 de Abril de 1872, ordenamiento que contaba con una tendencia a la Escuela Clásica, se conoce como Código de 71 y estuvo vigente hasta 1929.

En 1929, siendo Presidente de la República Emilio Portes Gil, se expidió un nuevo código, conocido como Código de Almaraz, el cual se basaba en la Escuela Positivista, este código solamente estuvo vigente del 15 de diciembre de 1929 al

16 de septiembre de 1931, pues, el mismo contaba con diversos defectos técnicos y dificultad para su aplicación.

El 17 de septiembre de 1931, entró en vigor un nuevo Código Penal que fue promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931 y publicado con el nombre de "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal", el cual, tenía una tendencia ecléctica y pragmática.

El 12 de noviembre de 2002, de nueva cuenta, entró en vigor un Código Penal para el Distrito Federal, que actualmente se encuentra vigente, el cual, contempla una tendencia que mezcla tanto la teoría causalista como la finalista.

1.6 FUENTES DEL DERECHO PENAL

La fuente de una disposición jurídica en general, es el sitio de donde la misma ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho.

Harto sabido es que, fuente se llama al lugar de donde surte o mana un líquido, y aplicado al derecho, se podrá decir que es el origen de éste.

Cuando se toma esta expresión, puede atribuírsele un significado doble: fuente de producción y fuente de conocimiento. La primera se refiere a la voluntad que dicta las normas jurídicas; la otra, a la manifestación misma de esa voluntad, a la forma que el derecho objetivo se asume en la vida social.

Cabe aclarar, que solo el Estado produce Derecho Penal, porque actualmente no emana ni de la Iglesia, ni del *pater familias*, ni de las sociedades; pues, aunque cada una de estas agrupaciones produce su derecho disciplinario, el mismo,

propiamente no puede ser considerado Derecho Penal; puesto que, este último, es público y por lo tanto solo del Estado emana.

Como veremos mas adelante, la ley es la única fuente productora de nuestra norma punitiva, por las razones que luego daremos.

Las fuentes de derecho son:

1.6.1 REALES

Por fuente real se entiende el conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas; es decir, son los motivos de conveniencia social tomados en cuenta por el legislador en un momento y lugar determinados, que constituyen la materia de la ley.

“Las fuentes reales son la causa que hace necesaria la creación de la norma; constituyen un acontecimiento que, en un momento dado, propicia el surgimiento de una norma jurídica...”⁵

1.6.2 FORMALES

Es el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas, son los procedimientos mediante los cuales se concreta y se señala la obligatoriedad de la norma jurídica; es decir, es la forma de conocer el Derecho. Las fuentes formales son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, la equidad y los principios generales del derecho.

A) Ley

Es una norma emanada del poder público, mediante el procedimiento que marca la Constitución, la cual, es obligatoria, general, abstracta y permanente, provista

⁵ AMUCHATEGUI REQUENA IRMA, Derecho Penal, Editorial Harla, México, 1997, pág. 23

de una sanción. Algunos autores consideran que la ley no debe ser considerada como fuente del derecho, porque para ellos, la misma no representa el origen sino el resultado de la actividad legislativa.

B) Costumbre

Está integrada por los usos que la colectividad considera obligatorios. Las costumbres, son reglas sociales que se van transformando en Derecho cuando quienes las practican les reconocen obligatoriedad, y que adquieren fuerza jurídica, cuando el Estado así lo declara expresa o tácitamente, por lo que su fuerza obligatoria emana de la ley.

C) Jurisprudencia

Constituye el conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los tribunales. La jurisprudencia solo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los Tribunales Colegiados de Circuito. Se forma mediante cinco ejecutorias en el mismo sentido y no interrumpidas por una en contrario, precisándose además que cada ejecutoria haya sido aprobada por lo menos por cuatro ministros tratándose de las Salas y por ocho ministros tratándose del Pleno. La jurisprudencia emanada de los Tribunales Colegiados de Circuito obliga cuando existen cinco ejecutorias en el mismo sentido sin ninguna en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de los tres magistrados integrantes de cada Tribunal.

D) Doctrina

Está formada por los estudios jurídicos llevados al cabo por hombres de ciencia. Solo es fuente del derecho cuando así lo establece la ley; de lo contrario

únicamente sirve de guía para la interpretación de las normas jurídicas por carecer de fuerza obligatoria.

E) Equidad

Es la correspondencia perfecta, ética y jurídica, entre la norma y las circunstancias del caso concreto a que se aplica. La equidad aspira a que la justicia tenga en cuenta los elementos del delito, sin olvidar el ideal de solidaridad humana.

F) Principios generales del derecho

En cuanto a los principios generales del derecho, ha habido largas polémicas sobre lo que trata de expresarse con dicha frase.

"Si en cuanto al Derecho Civil son fuente los principios generales del derecho, en materia penal sólo auxilian a la interpretación, al igual que la equidad, dado el carácter de estricta legalidad que en materia penal mantiene el art. 14 Const., al decir: ley exactamente aplicable al delito de que se trata."⁶

1.6.3 HISTÓRICAS

Son los medios materiales que permiten conocer el derecho vigente en el pasado y consisten en libros, documentos, papiros e inscripciones, entre otros, siempre que contengan el texto de una ley.

Propiamente, en el Derecho Penal, la única fuente formal, directa, inmediata y principal es la ley.

La costumbre no puede ser fuente del Derecho Penal, ya que en el artículo 14 de la Constitución Política se establece la prohibición de imponer pena alguna por

⁶ CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL Y CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL, Op. cit., pág. 177

simple analogía o mayoría de razón, si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate, por lo que, para la existencia del delito se requiere que una ley lo establezca previamente. La costumbre solo tiene una influencia refleja en la legislación penal cuando concurre en su creación.

La jurisprudencia no constituye una fuente formal del Derecho Penal, a pesar de su obligatoriedad, la misma es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; es decir es un medio de desentrañar el sentido de la propia ley.

Así, si la costumbre y la jurisprudencia no son fuente del Derecho Penal, menos aún lo es la doctrina, puesto que la ley no les confiere ningún reconocimiento y como hemos dicho, en materia penal, para la aplicación de una pena es requisito *sine qua non* la existencia de un precepto penal que describa el delito y señale la sanción.

En nuestro Derecho Penal, la equidad tampoco es fuente; sin embargo, la propia legislación la acoge, en cierto modo, para la fijación individual de las sanciones al disponer que el juez valorará los motivos determinantes del delito, tomando en consideración al sujeto activo, a la víctima y a las circunstancias del hecho.

Por cuanto hace a los principios generales del derecho, en materia penal, los mismos solo auxilian a la interpretación, y el juzgador debe tenerlos presentes cuando entra en función su arbitrio al establecer la pena.

1.7 INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

Interpretar significa explicar, aclarar y entender lo que es oscuro y confuso. La búsqueda y explicación del sentido verdadero de la norma, es decir su

interpretación, pertenece todavía a la estática, mientras que su dinámica es ya la aplicación misma.

“Suele dividirse la interpretación de la ley según diversos criterios. Por los sujetos que la realizan, es decir, según su origen, se habla de interpretación privada o doctrinal, judicial o jurisdiccional y auténtica o legislativa. Por los medios o métodos empleados, se le clasifica en gramatical y lógica o teleológica. En cuanto al resultado, se divide en declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.”⁷

1.7.1 DE ACUERDO A LOS SUJETOS QUE LA REALIZAN

A) Privada o Doctrinal

Es aquélla que realizan los particulares; se denomina doctrinal cuando es hecha por los estudiosos del derecho, ya sea mediante tratados, artículos o en la cátedra.

B) Judicial o Jurisdiccional

También es conocida como interpretación forense; la llevan al cabo los jueces y tribunales en su tarea de impartición de justicia, con el fin de aplicar la norma jurídica a los casos concretos.

C) Auténtica o Legislativa

La emite el propio legislador para precisar el sentido de las leyes que dicta. Puede ser contextual o posterior, es decir puede formular normas aclaratorias en el mismo cuerpo legal; o bien, en una ley diferente alusiva a la que se pretende desentrañar.

⁷ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. cit., pág. 85

1.7.2 DE ACUERDO A LOS MEDIOS EMPLEADOS

A) Gramatical o Filológica

Esta interpretación consiste en atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al redactar el texto legal; se esclarece la norma, según el sentido estrictamente literal de la disposición

B) Teleológica o Racional

Tiene por objeto determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, las circunstancias imperantes en el momento en que se creó la norma y el estudio de la exposición de motivos y de las actas de los trabajos preparatorios. Esta interpretación debe hacerse en forma sistemática, atendiendo a todo el ordenamiento jurídico y no solo a la norma que se interpreta, la cual forma parte de un cuerpo de leyes y éste, a su vez, del ordenamiento total.

1.7.3 DE ACUERDO A LOS RESULTADOS

A) Declarativa

Es cuando, a juicio del intérprete, las palabras usadas en el texto significan exactamente lo que su entendimiento idiomático; es cuando se establece la conformidad de la letra de la ley con la voluntad de ésta, es decir, existe identidad entre el texto literal y la intención del legislador.

B) Extensiva

Cuando las palabras empleadas en el precepto expresan menos que la voluntad de la ley y el intérprete descubre que es más amplio el ámbito de la disposición. Mediante esta interpretación, se pretende descubrir la voluntad de la ley, porque

las palabras dicen menos de lo que se pretendió expresar con ellas; se denomina extensiva, en virtud a que se extiende el texto de la ley a la voluntad de ésta.

C) Restrictiva

Es restrictiva cuando se descubre que las palabras tienen mayor amplitud de la que conviene a la intención de la ley. Con esta interpretación se reduce el alcance del precepto legal por considerar que la letra tiene un significado menor del que aparenta.

D) Progresiva

Esta interpretación consiste en adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes, ya que la misma evoluciona de acuerdo con los factores culturales y sociales aun cuando la redacción del precepto permanezca inalterada. "Una norma que no se adapta a los cambios sociales es anacrónica, obsoleta y, por tanto, ineficaz."⁸

1.8 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Aplicar la ley consiste en materializar una norma jurídica al caso concreto.

Existe la idea errónea de que en materia penal, la ley no se interpreta; sin embargo, en las leyes penales como en cualquier otra, puede ocurrir que el texto no se encuentre claramente expresado, por lo que es preciso entender, precisar y desentrañar el sentido de su contenido para poder adecuar a ellas el caso concreto.

⁸ AMUCHATEGUI REQUENA IRMA, Op. cit., pág. 26

Aunque la aplicación analógica de la ley penal está claramente prohibida por el artículo 14 de la Constitución Política, no así la interpretación analógica, porque abarcan cuestiones diferentes.

“La aplicación por analogía consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a crear delitos no establecidos por la ley, mientras que la interpretación analógica estriba en aclarar la voluntad de la norma, al comprender situaciones que, inmersas en el propósito de la ley, no se describen expresamente.”⁹

La aplicación analógica de la ley penal por un juzgador, además de encontrarse prohibida por la carta magna, equivaldría a la integración de la propia ley, lo cual, solo corresponde al legislador; en cambio, la interpretación analógica se realiza con frecuencia, con apoyo en situaciones previstas en la norma jurídica. (Vgr. Art. 321 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice “Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien: I. Por título oneroso, enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave **de cualquier otro modo**, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente....., en este caso, se está facultando al intérprete de la ley para utilizar la analogía como método de interpretación, sin que se viole alguna garantía individual).

La interpretación analógica es un medio lícito de comprensión de la ley penal, ya que una disposición oscura puede ser entendida de acuerdo con otros textos penales que regulen casos semejantes.

⁹ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. cit., págs. 88 y 89

1.8.1 IGNORANCIA DE LA LEY PENAL

A pesar de que, en el Código Civil vigente para el Distrito Federal en el artículo 21, se establece que, la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento; de acuerdo a lo previsto por los artículos 70 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el juzgador, al individualizar la pena, debe tener en cuenta diversos factores; entre los cuales se encuentran la edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del sujeto activo del delito; así como en el caso de que pertenezca a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta sus usos y costumbres; y las demás circunstancias especiales y personales en que se encontraba el agente al momento de la comisión del delito. Por otro lado, el artículo 29 fracción VII del mismo ordenamiento establece como causa de exclusión del delito que la acción u omisión se realicen bajo un error invencible: A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o **B) Respecto de la ilicitud de la conducta**, agregándose que si el error fuera vencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 83 en el que se establece que en el caso del inciso A) se impondrá la punibilidad prevista para el delito culposo y en el caso del inciso B) se impondrá una tercera parte de la correspondiente al delito de que se trate.

Por lo que, debe concluirse que en el caso de lo previsto por el artículo 29, fracción VIII, inciso B, la ignorancia de la ley, si el error no es vencible, constituye una excluyente de responsabilidad penal; sin embargo, en los demás casos, es decir cuando el error sea vencible, dicha circunstancia solo servirá para adecuar la pena dentro de los límites respectivos.

1.9 ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

Al delimitar los ámbitos de validez de la ley penal, se trata de precisar los alcances y límites de la misma. Primeramente, ante un problema concreto, se debe saber cuáles son las normas aplicables, después precisar desde qué momento y hasta cuándo está vigente la norma, luego determinar en qué demarcación geográfica o espacio tiene aplicación la norma y, por último, saber a quién o a quiénes se aplica.

1.9.1 MATERIAL

En nuestro sistema jurídico, existen delitos que afectan a la materia del sistema federal y otros delitos que se contraen a la materia reservada a los Estados. En el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que todas aquellas funciones o actividades no conferidas por la propia carta magna a los poderes federales, se entienden reservados a los Estados miembros.

Según lo establecido en la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política compete al Congreso de la Unión, definir los delitos y faltas contra la Federación, e imponer los castigos que por dichas infracciones deban imponerse; y por otra parte, cada una de las entidades federativas, cuenta con un Poder Legislativo local que dicta para su territorio las leyes aplicables, siempre respetando lo preceptuado en la Constitución Federal.

Por ende, todos los delitos son de competencia común, excepto los que el Legislativo Federal, al ejercer las facultades conferidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha creído conveniente señalar como federales;

estos delitos se encuentran enlistados en el artículo 50 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Cabe señalar, que existe una reglamentación especial para la materia militar, en relación a los delitos en contra de la disciplina del Ejército y tales infracciones no pueden considerarse dentro de la materia común, ni tampoco de la federal, ya que caen bajo la propia jurisdicción militar. El artículo 13 de la carta magna, establece que los tribunales militares, en ningún caso, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército, aún cuando se trate de un delito o falta que afecte el orden castrense. Existe una legislación especial, que es el Código de Justicia Militar, en la cual se señalan los delitos y penas correspondientes a los miembros del ejército.

1.9.2 ESPACIAL

Normalmente la función represiva del Estado, se lleva al cabo dentro de su territorio; por lo que los límites de la aplicación de sus normas jurídicas coinciden con los del Estado. Sin embargo, en situaciones ocurridas en el territorio de un país extranjero, surgen problemas en cuanto a la norma aplicable.

Debido a este problema, surge el denominado Derecho Penal Internacional, que es el conjunto de reglas de Derecho Nacional, sobre la aplicación de la ley en el espacio y las normas de auxilio para asegurar la justicia punitiva que deben prestarse entre sí los Estados.¹⁰

¹⁰ Existe controversia en cuanto si el Derecho Internacional, puede ser considerado auténtico derecho, ya que se encuentra constituido por reglas de derecho interno y para que pudiera hablarse con propiedad de un Derecho Penal Internacional, precisaría estar integrado por un conjunto de normas o tratados capaces de imponerse, aún por la fuerza, a países signatarios.

Para resolver los problemas de aplicabilidad de las leyes penales, se atiende a cuatro principios:

- Territorial: Una ley debe aplicarse únicamente dentro del territorio del Estado que la expidió, sin importar la nacionalidad de los sujetos a quienes haya de imponerse.
- Personal: Es aplicable la ley de la nación a la que pertenezca el delincuente, con independencia del lugar de realización del delito.
- Real: Este principio atiende a los intereses jurídicamente protegidos y por ello es aplicable la ley adecuada para la protección de los mismos.
- Universal: Todas las naciones tienen derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, cometidos en territorio propio o ajeno, en tanto se encuentre a su alcance el delincuente.

Aunque la ley mexicana se acoge a diversos principios, en términos generales sigue el de territorialidad. Conforme al artículo 42 de la Constitución, el Territorio de la República Mexicana, comprende el de las partes adyacentes en ambos mares, incluyendo los arrecifes, cayos, las islas de Guadalupe y Revillagigedo, la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, las aguas de los mares territoriales en la extensión fijada en el Derecho Internacional y las marítimas interiores, así como el espacio situado sobre el territorio nacional en la extensión y modalidades fijadas por el Derecho Internacional.

En materia penal, el artículo 7 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece "Este Código se aplicará en el Distrito Federal por los delitos de fuero común que se cometan en su territorio", fijando expresamente el ámbito espacial de validez de la ley penal .

Dentro del ámbito espacial, surge una figura de gran interés: la extradición.

La extradición es la entrega que hace un Estado a otro de un acusado o condenado que se ha refugiado en aquel, la cual puede ser de diversos tipos:

- a) Activa.- Es la del Estado que solicita la entrega del delincuente
- b) Pasiva.- Tiene lugar según el país que hace la entrega del delincuente, es decir, el país donde se refugió el sujeto
- c) Espontánea.- La aplica el país donde se encuentra el delincuente, sin haber sido requerido para ello
- d) Voluntaria.- Es cuando el propio delincuente se entrega a su Estado de origen
- e) De paso o de tránsito.- Es el permiso que otorga un Estado por el hecho de que el delincuente pase por su territorio, para dirigirse al Estado donde cometió un delito, en virtud de la extradición.

La extradición ocurre en el plano tanto interno o nacional como externo o internacional, pero en este último caso, se rige por los tratados internacionales.

La expulsión consiste en que un Estado puede expulsar a los extranjeros cuya permanencia en territorio nacional juzgue inconveniente. En el caso de la legislación mexicana, el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé esta situación, reservando dicha facultad al Poder Ejecutivo, quien puede ejercerla, sin la necesidad de que exista un juicio previo.

1.9.3 TEMPORAL

Las normas jurídicas deben obligar a partir del momento de la iniciación de su vigencia; por lo que la ley debe darse a conocer a los individuos que deben cumplirla.

El artículo 4 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que si la propia ley, reglamento, circular o disposición de observancia general para el Distrito Federal, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior; y por su parte el artículo 3 preceptúa que a falta de declaración expresa, la nueva ley entrará en vigor tres días después de su publicación en el Diario Oficial, y por otro lado, los artículos 9 y 10 del Código Civil establecen que la ley solo puede ser abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare, o contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, entró en vigor el día 12 de Noviembre de 2002, por lo que es aplicable sólo a partir de su vigencia, salvo algunos casos.

De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal en el que se establece "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna" y en el segundo párrafo 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", la retroactividad de cualquier precepto legal y de sus efectos, se encuentra prohibida cuando se causa perjuicio a alguna persona; no así, cuando dicho precepto o sus efectos son

benéficos. Se entiende que una ley es retroactiva cuando actúa sobre situaciones anteriores a la iniciación de su vigencia.

Por lo tanto, en materia penal, si entra en vigor una nueva ley, que sea más favorable al inculcado, entre la comisión del delito y la extensión de la pena o medida de seguridad correspondientes, se estará a lo dispuesto a la ley más favorable y si esta nueva ley, suprime el carácter de delictuoso de una conducta o hecho que en la ley anterior estaba conminado con la imposición de una pena, ya sea que se encuentra en proceso o que ya exista dictada sentencia en su contra, el procesado o sentenciado debe quedar en libertad absoluta; lo anterior de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 10 y 121 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; obligando dichos preceptos al juzgador o a la autoridad ejecutora a aplicar de oficio y retroactivamente las nuevas leyes.

1.9.4 PERSONAL

El principio de la igualdad de los hombres ante la ley, es de aplicación relativamente reciente, porque a pesar de la igualdad natural, las legislaciones los han considerado de manera desigual.

A fines del siglo XVIII, al difundir la revolución francesa las ideas de libertad y fraternidad, se consagró el principio de igualdad de los hombres ante la ley en el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre que establecía "La ley debe ser la misma para todos, así cuando protege como cuando castiga". Nuestra Constitución Política consagra la igualdad y la libertad de todos, principalmente en los artículos 1, 2, 12 y 13.

Sin embargo esta igualdad de los hombres, no impide que se tengan en consideración las diferencias de cada delito y de cada delincuente, las cuales influyen para fijar la responsabilidad y la peligrosidad en cada caso, individualizándose así los juicios y los tratamientos.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, que prohíbe las leyes privativas, los tribunales especiales y el fuero; así como a lo dispuesto en el artículo 22 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que establece las formas de autoría y participación en la comisión de los delitos, puede decirse que en el Derecho Penal Mexicano existe absoluta igualdad para todos; sin embargo, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece algunas excepciones para las personas que ocupan determinados cargos públicos, a fin de hacer posible el desempeño de sus funciones, sin peligro de ser enjuiciados por acusaciones utilizadas como medio político de ataque.

En el Título Cuarto de la carta magna, se habla de una declaración de procedencia, es decir de una previa determinación de la Cámara de Diputados para que puedan ser enjuiciados penalmente determinados servidores públicos; lo cual a nuestro parecer no se trata de otra cosa que de un fuero, ya que el fuero debe considerarse como un privilegio que tiene como finalidad preservar a un sujeto de ser enjuiciado por los tribunales ordinarios, o de que éstos, únicamente puedan juzgarlo si se llenan ciertos requisitos; no así puede decirse que se trate de inmunidad, en virtud de que ésta deja a la persona exenta de castigo por los delitos y faltas que realice.

Sobre el Derecho Penal, consideramos que el mismo forma parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que, de un modo u otro, es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de los intereses generales; por lo que dentro de nuestro estudio hemos tenido siempre en cuenta que el Derecho Penal no es todo el control social, ni siquiera su parte más importante, sino solo la superficie visible de un *iceberg*, en el cual lo que no se ve es quizá lo que realmente importa.

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DELITO

2.1 EL DELITO

La palabra delito, deriva del latín *delinquere* que significa abandonar, apartarse del buen camino o del sendero señalado por la ley.

De acuerdo a la Escuela Clásica, cuyo principal exponente es Francisco Carrara, el delito es "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."¹¹

Efectivamente, un delito es una infracción a una ley promulgada por el Estado, lo que hace que, necesariamente, tenga la característica de obligatoriedad; y por otro lado, es menester que se trate de un acto externo, positivo o negativo, lo cual excluye las simples opiniones, deseos o pensamientos, siendo un acto exclusivo del ser humano, quien es el único que puede cometerlo.

El artículo 7 del Código Penal de 1931 establecía "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Por otro lado, en el Código Penal vigente a partir del día 12 de Noviembre de 2002, no existe una definición concreta de delito; sin embargo, de lo que se desprende de los artículos 1, 2, 4, 5, 15 y 16 de dicho ordenamiento, lo podemos definir como la acción u omisión típica, antijurídica y culpable que sancionan las leyes penales.

¹¹ CARRARA FRANCISCO, Derecho Penal moderno y español, en adiciones a la traducción española del Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, vol. I, Reus, Madrid, 1992, pág. 60

Para Edmundo Mezger, el delito es “una acción típicamente antijurídica y culpable”¹², Cuello Calón añade otro elemento a esa definición, estableciendo que “es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible”¹³.

Existen autores que añaden como elemento al concepto de delito la imputabilidad, sin embargo, creemos, como se analizará mas adelante, que la imputabilidad no es un elemento del delito sino un presupuesto de la culpabilidad.

Por otro lado, también existe controversia sobre si la punibilidad es elemento conceptual del delito, pues, bien es cierto, que una actividad u omisión humana es sancionada cuando se le califica como delito, también lo es que no tiene carácter delictuoso porque se le sancione penalmente, por lo que la punibilidad no es elemento, sino consecuencia del ilícito penal; pero hay quienes sostienen que la punibilidad si es elemento e incluso condición esencial del delito, porque consideran que la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en un precepto declarativo sin eficacia alguna.

Por nuestra parte, consideramos que cuando un acto no es sancionado por cualquier circunstancia, no deja de ser delito, como en el caso de las excusas absolutorias, en donde permanece la calificación delictuosa y la pena no se aplica, y como en el caso de las infracciones administrativas, las cuales se aplican como sanción a conductas señaladas por la ley, sin que dichas conductas constituyan delitos; por lo que es de concluir que la punibilidad no es un elemento esencial del delito sino una consecuencia mas o menos ordinaria del mismo.

¹² MEZGER EDMUND, Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1955, pág. 156, t. I

¹³ CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, Barcelona, 1940, pág. 236

2.2 TEORÍAS QUE ESTUDIAN EL DELITO

La teoría del delito, es la parte más delicada y polémica del Derecho Penal; por ello, se han formulado diversas teorías respecto al delito.

La doctrina, para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones:

a) La totalizadora o unitaria:

Este tipo de pensamiento considera al delito como un todo indivisible, por lo que su esencia no está en cada elemento sino en el todo. Los que defienden esta concepción consideran que la realidad del delito se encuentra intrínseca en su unidad y no se puede dividir.

b) La analítica o atomizadora:

La concepción analítica estudia al hecho criminoso integrándolo en elementos, pero con una conexión entre sí que en conjunto forman la unidad del delito.

Por nuestra parte somos partidarios de la concepción analítica, ya que aunque el delito cuenta con una existencia conjunta, es un todo que solamente puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía, pero estudiando cada uno de sus elementos, discerniendo lo que es accidental y lo que es esencial.

Para el estudio del delito y de sus elementos, se han creado diversas corrientes doctrinarias, las cuales enseguida analizaremos.

2.2.1

TEORÍAS CAUSALISTA Y FINALISTA DE LA ACCIÓN

Para la teoría causalista, la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, siendo que dicha consecuencia puede consistir en el mero movimiento corporal o en el resultado ocasionado por dicho movimiento. Esta teoría considera a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención del sujeto al cometerla; es decir, solo importa el comportamiento movido por la voluntad y no si la voluntad iba dirigida al resultado.

"La acción es considerada como un proceder con dependencia en la existencia, como reflejo instintivo, en el que no se considera a la acción con la finalidad del movimiento, sino simplemente como voluntad de hacer el movimiento."¹⁴

Para los causalistas, existirá una conducta delictiva, si el sujeto tenía la intención de realizar dicha conducta, sin tomar en cuenta la intención de producir el resultado. El contenido de la voluntad, separado y declarado irrelevante para la acción, debe aparecer en otro lugar de los elementos del delito y no en la conducta, concretamente, consideran que el contenido de la voluntad debe estudiarse en la configuración del dolo, elemento de la culpabilidad en el delito, lo cual nos parece inadecuado puesto que no es posible formar un concepto de acción separado del contenido de la voluntad, ya que para que haya una conducta o comportamiento, debe anticiparse el resultado.

Para la teoría finalista, la acción no es solo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, es ejercicio de la actividad final. Es decir, se considera que el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y

¹⁴ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 7

realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca la aparición del delito. A diferencia de la teoría causalista, la voluntad lleva un contenido, que es la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo; sin embargo en esta doctrina no caben los delitos culposos.

La teoría finalista, es criticable en cuanto a los delitos en donde no existe intención encaminada a la producción del resultado (delitos culposos), ya que pueden darse hechos finales no dolosos; es decir aunque exista una acción final, irrelevante para el tipo, por un descuido se causa el resultado típico.

Para los finalistas toda acción delictiva lleva la intención de cometer dicho acto, dejando fuera los delitos culposos, que son cometidos por imprudencia y no en forma intencional.

2.2.2 TEORÍAS PSICOLOGISTA Y NORMATIVISTA

Para el estudio de la culpabilidad, se han creado dos criterios la teoría psicologista y la teoría normativista.

De acuerdo a la base psicológica, la culpabilidad consiste en un nexo entre el sujeto y su conducta o el resultado material, según se trate de un delito de mera conducta o de resultado material. En el caso de los delitos de mera conducta, se requiere solo un nexo, mientras que en los que requieren resultado material, se necesitan dos nexos, ya que además se requiere el nexo entre el sujeto y el resultado material; por lo que la culpabilidad se origina en cuanto existe el nexo psicológico.

Así el vínculo psicológico que une a un evento y a su agente, puede ser doloso o culposo, de acuerdo a si fue previsto y querido o a si no queriéndolo fue previsto o

era previsible. Sin embargo, existen autores que sostienen que en cuanto a la culpa, específicamente en el caso de la culpa inconsciente o sin representación, no se puede establecer una conexión psicológica en la voluntad del autor y el resultado de su acción.

Para la teoría normativista, la reprochabilidad de la conducta tiene existencia en tanto al sujeto se le pueda exigir una conducta distinta a la realizada, es decir, es culpable en tanto no obró conforme a derecho pudiéndolo hacer. En la teoría normativa, el dolo y la culpa vienen a constituir un elemento de la culpabilidad.

La inculpabilidad en el psicologismo se presentará cuando se anule el hecho psicológico, y en el normativismo, se presentará aún sin afectar el hecho psicológico, porque no le es reprochable.

2.2.3 TEORÍA SOCIOLOGISTA

Esta concepción proviene de la Escuela Positivista. Algunos autores la consideran una posición intermedia entre la teoría causalista y la teoría finalista, ya que se basa en que solo las acciones que tienen sentido social pueden ser prohibidas por el Derecho Penal, porque únicamente pueden ser objeto de éste aquellas acciones que trascienden a terceros y no así las trascendentes en el ámbito individual.

Los sociologistas definen a la acción como el comportamiento humano socialmente relevante, y consideran que será socialmente relevante cuando sus consecuencias alcancen a afectar a la sociedad.

Esta teoría representa una limitante para nuestra legislación, ya que deja fuera algunas figuras delictivas.

2.3 PRESUPUESTOS DEL DELITO

Son aquellas circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito.

"Podemos definir a los presupuestos del delito como aquellos antecedentes jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal, de cuya existencia depende el delito."¹⁵

Los presupuestos del delito son los siguientes:

2.3.1 SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del delito, es la persona física que comete el delito.

Como señalaremos más adelante solamente el ser humano puede ser sujeto activo del delito, puesto que, la capacidad de delinquir sólo reside en los seres racionales, pues no es posible hablar de delincuencia y culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, facultades exclusivas del hombre.

El hombre es sujeto activo, cuando realiza la conducta, o el hecho típico, antijurídico y culpable; o bien cuando participa en la comisión del delito, contribuyendo a su ejecución.

En ocasiones el propio tipo penal, exige una cierta calidad del sujeto activo para poder ser autor del delito y poder integrarse el mismo, originándose así los llamados delitos especiales o exclusivos.

¹⁵ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO, Op. cit., pág. 33

2.3.2 SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y el cual se encuentra jurídicamente protegido por la norma penal; por su parte, el ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.

Es menester señalar que, aunque generalmente el sujeto pasivo y el ofendido son la misma persona, en ocasiones esto no es así, como en el delito de homicidio donde el sujeto pasivo es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras que los ofendidos son sus familiares.

Al contrario del sujeto activo del delito, tanto las personas físicas como las morales o jurídicas e incluso el Estado y la sociedad pueden ser sujetos pasivos del delito.

2.3.3 OBJETO MATERIAL

El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien se concreta la acción delictuosa o sobre quien recae el daño o peligro.

Cuando se trata de una persona, ésta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto material. Por el contrario, cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada.

2.3.4 OBJETO JURÍDICO

Es la institución o el bien protegidos por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan, tales como la vida, el patrimonio, la libertad sexual, entre otros. Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido, e incluso en el Código Penal para el

Distrito Federal, los delitos se encuentran clasificados en orden al bien jurídicamente tutelado.

2.4 ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo.

Los elementos del delito son las partes que lo integran, a cada uno de los cuales corresponde otro elemento, que llega a ser su negación, y que lo anula o lo deja sin existencia, eliminando por lo tanto, también al delito.

Aunque existen diversas corrientes en cuanto al número de elementos del delito, en este caso, abordaremos los seis elementos principales del delito que son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad y punibilidad, así como los aspectos negativos de los mismos, para una mejor comprensión del delito.

2.4.1 CONDUCTA

Dentro del concepto de conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; en otras palabras, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

“La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.”¹⁶

El acto u omisión, como lo mencionamos anteriormente, deben corresponder al hombre, ya que solo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, y solamente el ser humano es capaz de voluntariedad, por lo que solo el puede ser sujeto activo de las infracciones penales. Así, las personas morales o jurídicas

¹⁶ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. cit., pág. 149

tampoco pueden ser sujetos activos del delito, por carecer de voluntad propia independiente de la de sus miembros. Es decir, un miembro o representante de una persona jurídica, aún cuando actúe en nombre o en beneficio de la sociedad que representa, puede ser responsable de alguna conducta delictiva, realizando él mismo la conducta y no la persona moral en sí; y si se diera el caso de que varios o todos los socios que integran o representan una persona jurídica convinieran en cometer algún delito, se estaría en el supuesto de una participación o de una asociación delictuosa. Más, existen autores que sostienen que las personas morales o jurídicas si tienen responsabilidad penal, ya que prestan auxilio o cooperación a sus miembros en la comisión de un delito y además se aprovechan de ello, y, por otro lado, en nuestro Derecho Penal, no solo los autores materiales e intelectuales son sancionados, sino también quienes prestan auxilio o cooperación de cualquier especie.

Nosotros consideramos que únicamente las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito, ya que a pesar de que existen sanciones legales establecidas para las personas jurídicas o morales, éstas más que penas son medidas de seguridad preventivas de nuevas actividades criminales.

Existen delitos en los que la mera conducta (acción u omisión) llena el tipo penal descrito por la ley, ya que no es necesario un resultado material, por lo que se dice que en estos casos la conducta es el elemento objetivo del delito y no se requiere un nexo causal; sin embargo existen otros delitos en donde el tipo penal requiere un resultado material y un nexo causal entre la conducta humana y dicho resultado, y en este caso, diversos autores distinguen la conducta del hecho, ya que sostienen que la conducta es un elemento del hecho; mientras que la

mutación en el mundo exterior, es decir, el resultado material, constituye el elemento objetivo del delito. En otras palabras, la conducta no incluye un resultado material y el hecho abarca tanto a la conducta como al resultado y al nexo de causalidad cuando el tipo requiere una mutación en el mundo exterior.

Ante el Derecho Penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: acción y omisión.

A) *Acción*

"La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas".¹⁷

En sentido estricto es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación, aún cuando sea ligera o imperceptible.

Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad o nexo causal.

➤ *Voluntad*

Es el querer, por parte del sujeto activo, cometer el delito; propiamente es la intención, exceptuando el caso de los delitos culposos.

La voluntad es el aspecto subjetivo de la acción; es la facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libre y conscientemente sus actos externos e internos.

¹⁷ AMUCHATEGUI REQUENA IRMA, Op. cit., pág. 49

➤ Actividad

Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

El movimiento corporal es la parte externa de la acción y consiste en un cambio de posición del cuerpo o parte de él, que realiza el sujeto, dirigido por su voluntad, mediante el cual comete el acto típico, antijurídico y culpable. En el caso de los delitos culposos, se prohíbe la conducta atendiendo a la forma de seleccionar los medios para obtener un resultado, y no al resultado mismo; ya que la selección de los medios para obtener un fin debe hacerse de acuerdo a un cierto deber de cuidado; por lo que queda claro que también en este caso el tipo prohíbe una conducta final, solo que en lugar de prohibirla por el fin, lo hace por la forma defectuosa en que ese fin se procura.

➤ Resultado

Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal como delito.

El resultado alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la ley considera decisivo para la realización del delito.

➤ Nexo causal

Es la relación que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material; es el nexo que une a la causa con el efecto, y sin este último no puede atribuirse el mismo a la causa.

Para precisar cuales son las conductas que causan el resultado, se han elaborado diversas teorías.

- Teoría de la equivalencia de las condiciones o generalizadora: Se conoce como la teoría de la "*conditio sine qua non*", la cual señala que todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes, y por lo tanto todas son su causa. Los autores explican que si se suprimiera una de las condiciones, el resultado no se produciría, es decir, no se concibe al resultado sin la participación de todas las condiciones.
- Teoría de la última condición: También conocida como teoría de la causa próxima o inmediata, esta teoría parte de un criterio temporal, ya que se considera que la causa más cercana al resultado es la que lo origina.
- Teoría de la condición mas eficaz: Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga eficacia preponderante, es decir, la que más contribuyó al resultado.
- Teoría de la adecuación: Se le llama teoría de la causalidad adecuada, consiste en afirmar que la causa del resultado será la mas adecuada o idónea para producirlo.

Consideramos que en la práctica, deben tenerse en cuenta las condiciones o circunstancias en que se manifestó la conducta y se produjo el resultado en cada caso concreto, a fin de comprobar indubitablemente el nexo causal.

Respecto al nexo causal en los delitos de omisión entre el acto y el resultado, la doctrina se encuentra dividida entre los que pugnan por su existencia y quienes niegan que pueda haber dicha relación causal.

Nosotros afirmamos que la relación causal en los delitos de omisión debe hallarse en la omisión misma, es decir, que si el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), y por lo tanto la acción esperada es además exigida, y si

además de haberse llevado a cabo tal acción, el resultado no se hubiera producido, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido.

B) *Omisión*

La omisión radica en una abstención de obrar, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar, constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

De acuerdo al artículo 16 Del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si es garante del bien jurídico; si de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y, si su actividad, es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Mientras que en los delitos de acción se hace lo prohibido, es decir, se infringe una ley prohibitiva; en los delitos de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, violando una ley dispositiva.

Existen dos tipos de omisión, la omisión simple también llamada omisión propia y la comisión por omisión u omisión impropia.

➤ Omisión simple

Consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, es decir se produce un resultado típico, aunque no haya un resultado material, infringiendo así una norma preceptiva.

Los elementos de la omisión simple son a) Manifestación de la voluntad, b) Inactividad y c) Deber jurídico de obrar, siendo la consecuencia un resultado

típico; es decir es un no hacer, voluntario o culposo, que viola una norma preceptiva, produciendo un resultado típico.

No decimos que en el caso de la omisión simple u omisión propia, se causa un resultado material, en virtud de que en el caso de que exista un resultado material externo, éste no es el verdadero efecto de la omisión simple, aunado a que los delitos propios de omisión están constituidos por pura inactividad, es decir, se agotan con la simple no ejecución de un obrar determinado, sin que sea necesaria añadir para su punibilidad ningún efecto externo especial ni alteración alguna en el mundo exterior, en suma, no es necesario acreditar el nexo causal entre la inactividad o desobediencia y el resultado en el mundo externo.

➤ Comisión por omisión

El que hechos de comisión puedan ser perpetrados también por medio de una abstención, es la idea que da origen a su nombre “delitos de comisión por omisión”.

En la comisión por omisión, también llamada omisión impropia, hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, esto es, se infringen dos normas, una preceptiva y una prohibitiva, ya sea voluntaria o culposamente, produciendo a su vez un resultado típico y material, infringiendo una norma preceptiva y otra prohibitiva.

Para que haya delito impropio de omisión, es necesario que el resultado externo haya podido existir únicamente porque un sujeto cualificado (garante) no cumplió con una obligación concreta de impedir ese resultado, repudiado por una norma prohibitiva.

La calidad de garante se encuentra prevista en nuestro actual Código Penal en la segunda parte del artículo 16 que dice:

“Artículo 16.-

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.”

La diferencia fundamental entre la omisión propia y la omisión impropia, es que en la omisión simple no se requiere resultado material alguno, solo jurídico y en la comisión por omisión es necesaria una mutación del mundo exterior al no hacer lo que el derecho ordena, se requiere un resultado material y un resultado jurídico; es decir en la omisión propia el elemento objetivo del delito es la conducta y en la comisión por omisión es el hecho (conducta, resultado material y nexo causal).

La omisión impropia supone siempre lo siguiente: a) un tipo penal que contemple un resultado lesivo de un bien jurídico; b) un omitente obligado a proteger activamente ese determinado bien jurídico y c) la no realización por ese omitente de movimientos corporales que habrían permitido impedir la lesión de ese bien jurídico.

2.4.2 ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA

Evidentemente el aspecto negativo de la conducta es la ausencia de la misma. Si la conducta está ausente no habrá delito a pesar de las apariencias. La conducta que no existe da lugar a la inexistencia del delito.

Esta causa de exclusión de delito se encuentra prevista en el artículo 29 fracción I del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice: "La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente".

Son eliminitorios de la conducta: la "*vis maior*" (fuerza irresistible que deriva de la naturaleza), la "*vis absoluta*" (fuerza irresistible que deriva del hombre) y los movimientos reflejos; en los cuales se carece de elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta, pues estos movimientos consisten en excitaciones no percibidas por la conciencia por trasmisión nerviosa a un centro, y de éste a un nervio periférico.

Existen autores que señalan como aspectos negativos de la conducta, fenómenos psíquicos, tales como el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo; sin embargo, existe otra opinión, con la cual coincidimos, en la que se advierte que en dichas situaciones si existe una conducta, más, lo que falta es la conciencia que corresponda a la realidad y por lo tanto más que una ausencia de conducta, constituyen una causa de inimputabilidad.

2.4.3 TIPICIDAD

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice "En los juicios del orden criminal

queda prohibido imponer, por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, por lo que es de concluir que no existe delito sin tipicidad.

No es lo mismo tipo que tipicidad. El tipo es la descripción de una conducta que hace el legislador en los preceptos penales, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva; mientras que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta a esa descripción legal que se encuentra formulada abstractamente.

La tipicidad es la adecuación o encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal.

“... la acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito.”¹⁸

A) Elementos objetivos del tipo

Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo.

Al referirnos al elemento objetivo del tipo penal, estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo. El elemento objetivo se identificará con la manifestación de la voluntad en el mundo físico requerida por el tipo penal.

B) Elementos subjetivos del tipo

Estos existen si la descripción legal contiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto.

¹⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL Y CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL, Op. cit., pág. 422

Los elementos subjetivos del tipo penal, van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.

El elemento subjetivo puede radicar en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de las cosas. Otras veces, este elemento estará en un determinado deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica.

C) Elementos normativos del tipo

Se dice que un tipo penal, requiere elementos normativos cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente.

“Los elementos normativos ofrecen una mayor libertad al juez, ya que requieren una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado. En este caso, el legislador no espera que el juez justiprecie, según su criterio, sino debe exponer en sus sentencias, las evaluaciones que existen en la sociedad.”¹⁹

D) Clasificación de los tipos penales

Respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, se han dado distintas clasificaciones por los diferentes autores; las siguientes son las que consideramos de mayor importancia.

a. Normales y anormales

Es un tipo normal cuando las palabras empleadas en él son puramente objetivas, como en el caso del delito de homicidio y es anormal cuando describe situaciones

¹⁹ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO, Op. cit., pág. 121

valoradas y subjetivas como en el caso del estupro, es decir, cuando el tipo exige elementos subjetivos o normativos para la integración del delito.

b. Básicos

Para algunos autores, como Luis Jiménez de Asúa²⁰, el tipo es básico cuando tiene plena independencia y para otros tratadistas los tipos básicos son los que integran la espina dorsal del sistema en la parte especial del Código Penal, como en el caso de delitos contra la vida el tipo básico se encuentra en el delito de homicidio, descrito en el artículo 123 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

c. Especiales

Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos al tipo especial.

d. Complementados

Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta. Mientras que en los tipos especiales se excluye la aplicación del tipo básico, en los complementados se presupone su presencia, ya que al tipo básico se agrega la norma en donde se contiene la circunstancia suplementaria.

Tanto en los tipos especiales como en los complementados puede darse un agravante o atenuante de la pena prevista para el tipo básico.

e. De formulación causística

Son aquellos en los que el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Pueden ser alternativamente formados o

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, Op. Cit.

acumulativamente formados; en los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas, y el delito se colma con cualquiera de ellas, en los segundos se requiere el concurso de todas las hipótesis.

f. De formulación amplia o libre

En estos tipos, se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución.

g. De daño y de peligro

El tipo es de daño cuando tutela bienes frente a su destrucción o disminución, y es de peligro cuando protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

2.4.4 AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo; si la conducta no es típica no puede ser delictuosa.

La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero la conducta no se amolda a él.

Nosotros llegamos a la conclusión de que para que exista tipicidad debe haber falta de tipo, esto es debido a que si una conducta o hecho específicos no se adecuan exactamente a lo descrito en la ley, esto quiere decir que respecto a esa conducta o hecho, no existe tipo o descripción dentro de la legislación penal vigente.

La atipicidad se encuentra prevista en la legislación penal para el Distrito Federal como causa de exclusión del delito en el artículo 29 fracción II que a la letra dice:

“Falte alguno de los elementos que integra la descripción legal del delito de que se trate”.

Las causas principales de atipicidad son las siguientes:

- a) Ausencia de calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo o pasivo, como en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo debe ser servidor público.
- b) Ausencia del objeto material o del objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales, o en el caso de que se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene.
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; por ejemplo cuando el tipo exige que sea por medio de la violencia.
- e) Si faltan los elementos subjetivos en caso de que el tipo penal los requiera; como es el caso de las frases “intencionalmente”, “a sabiendas”, “con el propósito”, etc.
- f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial; por ejemplo en el caso de cuando el tipo utiliza las frases “sin motivo justificado”, “fuera de los casos en que la ley lo permita”. Por lo que al actuar con la permisión legal no se colma el tipo penal, y las causas que en otros delitos serían causas de justificación, es decir el elemento opuesto a la antijuridicidad, en este caso se convierten en causas de atipicidad.

2.4.5 ANTIJURIDICIDAD

En general se llama antijurídico a lo que es contrario a derecho. Sin embargo en el tema en estudio, un hecho, además de encontrarse encuadrado en un tipo penal, debe constituir una violación al Derecho, entendido en su totalidad como un organismo unitario.

Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación; para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica se requiere emitir un juicio de valor entre esa conducta y los valores del Estado.

2.4.6 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Una conducta puede no ser antijurídica, por mediar alguna causa de justificación en su oposición aparente al derecho; por lo que las causas de justificación son el elemento negativo de la antijuridicidad.

“Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.”²¹

“El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa”.²²

En nuestra legislación, las causas de justificación, se encuentran previstas en el artículo 29 fracciones III, IV, V y VI del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

²¹ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. cit., pág. 183

²² AMUCHATEGUI REQUENA IRMA, Op. cit., pág. 69

Las causas de justificación, suelen confundirse con otras eximentes de delito; por lo que una forma de evitarlo es hacer la distinción de que las mismas recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto y otras eximentes son de naturaleza subjetiva, es decir, miran el aspecto personal del autor.

Dado al carácter material y formal de la antijuridicidad, este elemento, solo puede ser eliminado por una declaración expresa del legislador.

Las causas de justificación son:

A) Legítima defensa (art. 29 fracción IV):

Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

Sin duda en la legítima defensa existe una preponderancia de intereses, lo cual justifica la conducta; sin embargo no debe realizarse la comparación entre los bienes o intereses individuales, sino sobre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la disciplina social frente al interés público por mantener intangible y seguro al individuo trasgresor de la ley y amenaza pública.

Los elementos de la legítima defensa son:

- Una agresión injusta; es decir antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado; por ello no opera esta justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra un abuso de dicha autoridad, lo cual constituye un delito.

- Un peligro actual o inminente de daño, derivado de la agresión, jurídicamente tutelado; es decir, la agresión no debe ser hipotética o imaginaria, sino presente o muy próxima, la agresión no debe ser consumada, de lo contrario se estaría violando lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que el agredido estaría haciendo justicia por sí mismo.
- Repulsa de dicha agresión; es decir que se evite, impida o rechace esa agresión, lo cual implica la racionalidad de los medios empleados y la no provocación dolosa insuficiente e inmediata.

En el artículo 29 fracción IV párrafo segundo, se establece “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.”

Las presunciones de legítima defensa admiten prueba en contrario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho y por lo tanto, será al Ministerio Público a quien corresponda aportar los elementos necesarios para demostrar que no se obró con legítima defensa.

La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico, es decir, porque la ley no precisa ni excluye ninguno y debido al principio que dice "donde la ley no distingue no se debe distinguir", se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por legítima defensa.

B) Estado de necesidad (art. 29 fracción V)

Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

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.

En el caso del estado de necesidad, también se aplica el principio de la preponderancia de intereses, pero en este caso la comparación se realiza entre los intereses particulares; por lo que si el bien o interés sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura.

A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto que la defensa es reacción a un ataque.

Los elementos del estado de necesidad son: 1.- una situación de peligro, real, actual o inminente; 2.- que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; 3.- que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado propio o ajeno; 4.- un ataque por quien se encuentra en estado necesario;

- 5.- que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente;
- 6.- que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar dicho estado de necesidad.

Por otro lado los casos específicos de estado de necesidad son:

- Aborto terapéutico.- El artículo 148 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, prevé cuatro situaciones en las que el aborto no es sancionable, lo cual a nuestro juicio es erróneo, pues, aunque las fracciones II y III evidentemente se refieren a un estado de necesidad, los casos previstos en estas fracciones, se encuentran inmersos en la amplia fórmula prevista en el artículo 29 fracción V, por lo que no era necesaria una redacción específica y aparte; mientras que la fracción I del artículo 148 no constituye un estado de necesidad sino una inexigibilidad de otra conducta prevista en el artículo 29 fracción IX del mismo ordenamiento (causa de inculpabilidad); y, por su parte, la fracción IV constituye una excusa absolutoria, elemento negativo de la punibilidad, en donde subsiste el delito y la pena no se aplica.

Las fracciones II y III del artículo 148, constituyen un estado de necesidad ya que ocurren en función de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro.

- Robo de famélico o de indigente.- El robo de famélico, se refiere a la conducta que realiza una persona para apoderarse de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. El robo de famélico o robo de indigente se encontraba previsto con anterioridad en el artículo 379 del Código Penal de

1931, siendo que dicha figura específica se encuentra actualmente suprimida en nuestra legislación penal local vigente, lo cual nos parece adecuado, toda vez que resultaba redundante su establecimiento en forma específica ya que dicha conducta se encuadra en la fórmula general del estado de necesidad; aunado a que en la redacción del artículo 379, la conducta se limitaba a una sola vez, siendo que el hambre o las necesidades apremiantes, vitales, pueden repetirse; por lo que afortunadamente todos los casos caben en el artículo 29 fracción V, del Código Penal vigente para el Distrito Federal; quedando obviamente excluidos los casos en que se finge necesidad para justificar malvivencia habitual.

C) Cumplimiento de un deber (art. 29 fracción VI)

Consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

D) Ejercicio de un derecho (art. 29 fracción VI)

Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, y racionalidad del medio empleado. .

El ejemplo clásico de esta causa de justificación, son las lesiones que se confieren entre los pugilistas, a quienes les es permitido lesionar a su adversario para vencerlo por la superioridad de sus golpes o incluso ponerlo fuera de combate en estado conmocional, actuando dichos deportistas en ejercicio de un derecho concedido por el Estado, ya que el mismo autoriza su práctica e incluso fomenta su enseñanza en algunos institutos oficiales y por otro lado otorga el permiso para la realización de los encuentros.

Tanto en el caso de cumplimiento de un deber como de ejercicio de un derecho, al igual que en la legítima defensa, la ley exige racionalidad de los medios empleados.

E) *Consentimiento del titular del bien jurídico afectado (art. 29 fracción III)*

Esta circunstancia en ocasiones constituye una causa de atipicidad y en otras ocasiones una causa de justificación. En el caso de que el tipo penal exija que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; y cuando el tipo no alude de forma expresa a tal circunstancia, se está en presencia de una causa de justificación.

2.4.7 IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad, pues, para que un sujeto pueda considerarse culpable, se precisa que antes sea imputable, es decir, si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades; por lo anterior, algunos estudiosos del derecho consideran a la imputabilidad un soporte o cimiento de la culpabilidad y no un elemento del delito.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar, según el justo conocimiento del deber existente. Es "la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal."²³

²³ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. cit., pág. 218

Para ser imputable, el sujeto debe contar, al momento del acto típico antijurídico, con el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales, que lo capaciten para responder por el mismo.

Comúnmente se confunde el concepto de imputabilidad con el de responsabilidad; sin embargo, la responsabilidad es la relación que surge entre el sujeto y el Estado, en la que éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; sin embargo, en ocasiones el sujeto activo del delito, antes de actuar, se coloca en una situación inimputable y en esa condición ejecuta el delito, lo cual hace voluntaria o involuntariamente. Este tipo de acciones son denominadas libres en su causa (*liberae in causa*). En estos casos, aunque al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, existió un actuar precedente realizado por él mismo, en el que sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad, por lo que el resultado le es imputable.

2.4.8 INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal. Las causas de la inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, lo cual tiene como consecuencia que el sujeto carezca de aptitud psicológica para la delictuosidad.

La inimputabilidad se encuentra prevista como causa de exclusión del delito por nuestra legislación penal vigente en el artículo 29, fracción VII, que a la letra dice "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."

En esta fórmula se abarcan dos hipótesis:

A) Trastorno mental

Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, la cual puede ser transitoria o permanente, siempre y cuando impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión.

B) Desarrollo intelectual retardado

Es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.

Es común, que se afirme que los menores de 18 años son inimputables; sin embargo los mismos, si no cuentan con un inadecuado desarrollo mental o sufran alguna enfermedad que altere sus facultades, son plenamente capaces, es decir, cuentan con capacidad de querer y entender; sin embargo la ley fija como límite los 18 años de edad, por considerar a los menores de esa edad susceptibles de corrección.

2.4.9 CULPABILIDAD

Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto; no consideramos que la culpabilidad sea el nexo que liga al sujeto con el resultado de su acto, pues eso solo sería dable para el caso de los delitos dolosos, en los que se quiere el resultado.

“En el más amplio sentido, puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.²⁴

La teoría psicológica funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo, por lo que el adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace al elemento volitivo; mientras que según la teoría normativa, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad de obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche, excluyendo así a los inimputables.

La culpabilidad es el desprecio del sujeto por el orden jurídico, el cual se manifiesta ya sea por franca oposición (dolo) o indirectamente por desatención nacida por desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos (culpa).

La culpabilidad, como ya dijimos, tiene dos formas: el dolo y la culpa, según si el sujeto dirige su voluntad consciente a la ejecución del delito o causa el mismo resultado por medio de su negligencia o imprudencia; es decir teniendo una determinada intención delictuosa o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria.

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, Op. Cit., pág. 352

A) *Dolo*

“El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho.”²⁵

Cuando existe dolo, el sujeto aún conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. El dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho tipificado en la ley como delito.

El dolo contiene un elemento ético (conciencia de que se quebranta el deber) y un elemento volitivo o emocional (voluntad de realizar el hecho delictuoso).

Existen diversos tipos de dolo:

- **Directo:** El sujeto se representa el resultado tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado, el resultado coincide con el querer del agente.
- **Indirecto:** También es conocido como dolo de consecuencia necesaria y se presenta cuando el sujeto actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su acaecimiento ejecuta el hecho. El sujeto se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.
- **Eventual:** Existe cuando el sujeto se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando así sus consecuencias. Hay voluntariedad en la conducta y representación de la posibilidad del resultado, el cual no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer.

²⁵ AMUCHATEGUI REQUENA IRMA, Op. cit., pág. 83

- Indeterminado: Existe por parte del agente, una intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial.

En el Código Penal vigente para el Distrito Federal, el dolo se encuentra previsto en el artículo 18, párrafo segundo, en el que se establece “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.”

B) Culpa

La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa el resultado sin intención de producirlo por la imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible o evitable. Se dice que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando así un resultado típico y antijurídico.

“... existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.”²⁶

Los elementos de la culpa son: un actuar voluntario (positivo o negativo); que ese actuar se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; que los resultados del acto sean previsibles, evitables y tipificados penalmente; y por último, que exista una relación de causalidad entre el hacer o no hacer inicial y el resultado no querido; puesto que, si el resultado es querido o aceptado, ya sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la culpabilidad dolosa.

²⁶ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. cit., pág. 246

Existen dos principales tipos de culpa:

- Culpa consciente (con previsión o con representación): Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que tiene la esperanza de que no ocurrirá.

Hay voluntad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado, pero se tiene la esperanza de su no producción.

- Culpa inconsciente (sin previsión o sin representación): En este caso no se prevé un resultado previsible el cual se encuentra penalmente tipificado.

Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

Debido a la similitud de circunstancias, puede haber confusiones entre la culpa consciente y el dolo eventual, en ambas hay voluntariedad de la conducta y representación del resultado típico; pero la diferencia estriba en que mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, en la culpa con previsión no se quiere, e incluso se abriga la esperanza de que no se producirá.

Es menester señalar que no todos los delitos admiten la forma culposa, muchos tipos requieren necesariamente una ejecución dolosa; el artículo 76, párrafo tercero del Código Penal vigente para el Distrito Federal, señala los delitos que pueden sancionarse como culposos.

2.4.10 INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, la cual opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. La inculpabilidad significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal.

Aunque en estricto derecho, la ley penal vigente solamente prevé como causas de inculpabilidad el error de tipo y de prohibición y la inexigibilidad de otra conducta, en el artículo 29 fracciones VIII y IX; consideramos que toda causa eliminadora de los elementos intelectual y volitivo, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

En el artículo 29 fracción VIII, de la legislación penal vigente para el Distrito Federal, se establecen como excluyentes de delito el error de tipo y el error de prohibición.

El inciso a) de la mencionada fracción que establece “alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate”, constituye el error de tipo y el inciso b) que a la letra dice “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”, lo cual además de un error de prohibición, acoge un error de permisión.

Como se señaló en párrafos anteriores, no todas las causas de inculpabilidad se encuentran específicamente descritas en la legislación penal.

A todas las situaciones, descritas específicamente en la ley o que se desprendan de la redacción de la misma, en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable, cree fundadamente al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo, se les conoce como eximentes putativas; y éstas incluyen todos los casos en los que el sujeto cree hallarse ante una causa de justificación (elemento negativo de la antijuridicidad), pero al no existir realmente la causa de justificación, se está ante una causa de inculpabilidad.

- Legítima defensa putativa: Existe, cuando el sujeto cree fundadamente que se encuentra en una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión. Aunque la conducta es antijurídica, toda vez que no existe realmente una causa de licitud que la justifique, la misma no es culpable por existir ausencia de la rebeldía subjetiva con el orden jurídico.
- Estado necesario putativo: Como en todos los casos de inculpabilidad el error debe ser invencible y fundado en razones suficientes, .
- Deber y derecho legales putativos: Es el caso de la conducta contraria al orden jurídico en la que su autor supone, por error, pero fundadamente actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente.
- La no exigibilidad de otra conducta: Esta situación se encuentra prevista específicamente en el Código Penal vigente en el artículo 29 fracción IX; en este caso la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especial que hace excusable dicho comportamiento.

Aunque existen doctrinarios de derecho que consideran a la no exigibilidad de otra conducta como una causa de inculpabilidad, consideramos que no es así, toda vez que no se elimina ninguno de los elementos de la misma, no se afecta al conocimiento o al elemento volitivo; por lo que consideramos que se trata de una excusa absolutoria más que de una causa de inculpabilidad.

2.4.11 PUNIBILIDAD

Para delimitar el concepto de punibilidad, es necesario establecer su distinción con otros conceptos tales como punición, pena y sanción

La punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto; la pena es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito; y la sanción corresponde a otras ramas del derecho y llega a ser un castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta una disposición no penal.

La punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma; y como elemento del delito consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Existe controversia doctrinal para establecer si la punibilidad es o no un elemento esencial del delito.

Por nuestra parte, ya mencionamos, al principio de este capítulo, que consideramos que la punibilidad no es un elemento esencial del delito, sino una consecuencia del mismo, porque cuando un acto no es sancionado por cualquier circunstancia, no por ello deja de ser delito.

"La punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal".²⁷

²⁷ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO, Op. cit., pág. 253

2.4.12 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En función de las excusas absolutorias, no es posible la aplicación de la pena. Son aquellas causas que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena; es decir los elementos esenciales del delito permanecen inalterables, y solo se excluye la posibilidad de punición.

Las excusas absolutorias de mayor importancia son:

- a) Excusa en razón de mínima temibilidad: Esta excusa absoluta ya no se encuentra prevista en la legislación penal vigente; el Código Penal de 1931, establecía en el artículo 375 que “cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia”. La razón de esta excusa estribaba en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.
- b) Excusa en razón de la maternidad consciente: En el artículo 148, se establecen los casos de aborto en los que no se impondrá sanción. Como ya establecimos con anterioridad, consideramos que solamente las fracciones I y IV, que establecen los casos en que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada y en que el embarazo sea resultado de una violación, constituyen excusas absolutorias; esto es, aunque la redacción de dicho artículo comienza con la frase “no se impondrá sanción”, la fracción I, constituye una causa de no exigibilidad de otra conducta, lo cual como acabamos de referir, es una excusa absoluta

mas que una causa de inculpabilidad y las fracciones II y III constituyen un estado de necesidad.

- c) Excusa por innecesariedad de la pena: Esta excusa es aquella que se presenta cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona o presenta un precario estado de salud o de senilidad que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena; esta excusa se encontraba prevista en el artículo 55 del Código Penal de 1931; sin embargo, en el actual Código Penal para el Distrito Federal, ya no se encuentra prevista.

Creemos que la teoría del delito, que es la base de nuestra legislación debe estar atenta a los desarrollos de la dogmática y de la propia sociedad, ciertamente, y no atenerse apenas a soluciones tradicionales que pudieran ser inadecuadas para este tiempo.

Es necesario que las teorías sean innovadoras en el mejor de los sentidos para que pueda realizarse la debida encuadración de las conductas antisociales a los tipos penales, pero también es absolutamente indispensable que satisfagan las exigencias, por cierto indeclinables, de la sociedad tanto política como jurídicamente, llegando así incluso a fortalecer el sistema de la democracia.

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL DELINCUENTE

3.1 NOCIÓN DE DELINCUENTE

La palabra delincuente, puede ser definida como la persona física que lleva a cabo la conducta delictiva.

Insistimos que se trata de una persona física, pues, como lo establecimos en los capítulos anteriores, las personas jurídicas o morales no pueden ser delincuentes y los animales no pueden ser responsables. Asimismo, es necesario reafirmar que el inimputable, por su especial incapacidad queda al margen del derecho penal, por lo que resultaría impropio llamarlo delincuente.

Dentro del Derecho Penal, desde la propia legislación, hasta la doctrina, el delincuente tiene diversas denominaciones, también puede ser conocido como sujeto activo, agente, criminal, antisocial, indiciado, probable responsable, inculgado, procesado, sentenciado y reo, entre otras denominaciones; lo cual principalmente atiende a la fase del procedimiento o proceso penal en que se habla del delincuente.

3.2 FRECUENCIA DEL COMPORTAMIENTO DELICTIVO

Un hombre puede cometer varios delitos; ya sea que un mismo propósito los ligue; o bien, porque uno de ellos sea el medio para cometer el otro; o incluso, porque los delitos se hallan relacionados entre sí como antecedente a consiguiente. Mas, en otros casos, el individuo delinque varias veces sucesivas, recayendo así en la comisión de delitos.

Al hablar de frecuencia del comportamiento delictivo, nos referimos a la periodicidad y número de ocasiones en que el delincuente infringe la ley.

3.2.1 PRIMODELINCUENCIA

Como su propio nombre lo indica, en esta situación se encuentran los sujetos que por primera vez han cometido un delito; el juez debe tener en cuenta esta circunstancia para la aplicación de la pena.

3.2.2 REINCIDENCIA

Etimológicamente, reincidencia quiere decir recaída. En el lenguaje jurídico-penal, la palabra reincidencia se aplica para significar que un sujeto ya sentenciado, ha vuelto a delinquir.

La reincidencia se presenta cuando un sujeto delinque por segunda vez, siempre que haya sido sentenciado por el primer delito.

Doctrinalmente, hay diversas corrientes en orden a los efectos que ha de producir la cualidad de reincidente, las cuales pueden reducirse a las siguientes:

➤ **Efectos agravantes de la pena:**

Es el criterio más extendido; en este caso, el legislador ve en el reincidente un caso de culpabilidad especial, a la vez moral y política, puesto que el delincuente, al repetir las infracciones, se revela como tenaz menospreciador del orden jurídico.

Se considera que la reincidencia demuestra la inutilidad de la pena, lo que lleva a la conclusión de tener que estimarla como una agravante del castigo; se dice que hay una insuficiencia relativa a la pena, demostrada por el reo con la rotunda prueba de su desprecio por la primera pena.

➤ Improcedencia de la agravante:

Existen diversos doctrinarios que consideran la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia, por no encontrar en esta circunstancia, un aumento de daño material, moral o político del delito. Sostienen que castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena ya ha sido cumplida, constituiría una grave injusticia e incluso un quebrantamiento de la máxima "*non bis in idem*", o que apreciar la recaída con efectos jurídicos sería mezclar la moral y el derecho, que tienen áreas propias, puesto que es justo que la pena siga a la manifestación de la voluntad criminal, pero no debe recaer sobre la general inmoralidad del individuo.

➤ Efectos atenuantes de la pena:

Por su parte existen otros autores que consideran que la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse; y, por lo tanto, menor imputabilidad en el agente, concluyendo así que la pena, lejos de agravarse con la recaída en el nuevo delito, debe aminorarse. Sostienen que la sociedad es la culpable del aumento de la reincidencia, por creer que el ambiente social y familiar de vicio y corrupción, escasez de trabajo, mala distribución de la riqueza, y sobre todo, la defectuosísima organización penal y penitenciaria, son culpables de que los delincuentes, víctimas de las circunstancias que les rodean, se encuentren en situación propicia para recaer en el delito.

➤ Criterio moderno:

A través de los tiempos, se ha observado el pésimo efecto de las penas cortas de privación de libertad, esto es porque al poner en contacto a un delincuente primario con los profesionales del crimen, pervierten al primero y lo hacen

reincidente; por ello se considera que más que castigar, es preciso robustecer la voluntad de los delincuentes para que no recaigan.

Existen dos tipos de reincidencia: reincidencia genérica y reincidencia específica.

A) Reincidencia genérica

Se produce cuando el agente delinque por segunda vez, al cometer un delito de naturaleza diferente de la del primero.

B) Reincidencia específica

Se presenta cuando el primero y el segundo delitos son de la misma naturaleza, especie o índole; o que se encuentran comprendidos en el mismo título del Código Penal; siendo requisito que el sujeto ya haya sido condenado por el primer delito.

3.2.3 HABITUALIDAD

La habitualidad existe cuando el sujeto reincide en cometer más de dos veces un delito de la misma naturaleza, procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, siempre que no exceda de un período de diez años en cometer los tres delitos.

La delincuencia es habitual, cuando el sujeto hace de su conducta delictiva una forma habitual de actividad.

La habitualidad es más y menos que la reincidencia. Es más porque no basta con la repetición de infracciones, es preciso que esta insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es menos, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia o sea la condena ejecutoria, sino que aquella puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituyen el concurso real de delitos.

3.2.4 OCASIONALIDAD

La ocasionalidad se produce cuando el sujeto comete el delito en función de habersele presentado la ocasión. Puede tratarse de un delincuente primario o reincidente.

3.2.5 DELINCUENCIA PROFESIONAL

Es una especie de la habitualidad; en este caso el sujeto trata de desarrollar su comportamiento como una profesión, es decir trata de perfeccionarse y llega a adquirir especialidades en la comisión de delitos de cierta naturaleza. Para ello, el agente requiere de una capacidad intelectual superior a la común, e incluso puede llegar a formar una organización.

Aquí la costumbre va unida al lucro y constituye un modo de vida, un oficio que se ejerce previo aprendizaje; son profesiones regularmente desempeñadas contra las cuales ha sido impotente hasta ahora la ley penal.

3.3 CONCURSO DE PERSONAS

A veces el delito no es la obra de una sola persona; varias suman sus fuerzas para realizarlo participando en él.

“El delito suele ser conducta de un solo hombre, mas, con frecuencia, aparecen varios cooperando a la ejecución de acciones criminales que el tipo legal no requiere.”²⁸

²⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, Op. Cit., pág. 495

Al igual que en el delito, respecto a las personas que infringen la ley, también puede ocurrir el fenómeno de la concurrencia, esto es, la reunión de dos o más personas como sujetos activos del delito.

Hay dos clases de concurso personal:

- a) El necesario, que corresponde a los delitos denominados plurisubjetivos, que por su naturaleza no pueden cometerse por un solo sujeto; es decir el propio tipo penal exige la concurrencia de dos o más sujetos.
- b) El eventual, que corresponde propiamente a la participación criminal, caso en el cual el delito podría cometerse por un solo sujeto; pero para mejor éxito del designio criminal, suman sus fuerzas dos o mas sujetos.

La codelincuencia es una modalidad especial del reparto de trabajo, concretamente, de un reparto de trabajo que vincula en vez de aislar. El reparto de trabajo normalmente se produce de tal manera que una persona debe aportar una determinada prestación a otra, debiéndose ocupar sólo de cumplir con los requisitos de esa prestación, lo cual acontece en la vida diaria, por ejemplo en el caso del vendedor de un automóvil, el mismo responde de la calidad del vehículo que vendió, mas no de la conducción a velocidad superior a la permitida realizada por el adquirente, por lo que generalmente el reparto de trabajo queda limitado al intercambio de prestaciones con una definición fija, pero las personas siguen aisladas. Por otro lado, en el caso de la codelincuencia, el reparto de trabajo produce una vinculación, ya que los intervinientes no solo han de responder de sus prestaciones, sino también del ulterior desarrollo de los acontecimientos.

A la codelincuencia a la que vamos a referirnos no es a la de índole necesaria, sino a la que no es requerida por la definición legal de ciertas figuras delictivas es decir a la eventual.

Para abordar el tema de la codelincuencia o concurso de personas se han desarrollado dos teorías:

- **Doctrina tradicional:** Considera en la codelincuencia un delito único, con tantas responsabilidades como partícipes; existe una unidad de delito con pluralidad de agentes. La teoría tradicional, no solo declara la unidad del delito, sino que liga estrechamente las responsabilidades de los codelincuentes, haciendo depender las accesorias de las principales. Dentro de esta doctrina, queda rechazada la distinción entre delincuente accesorio y delincuente principal y la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado. A nuestro parecer, si esta doctrina se llevara a su mayor rigor, se producirían consecuencias notoriamente injustas; por ejemplo un autor intelectual no sería castigado, si el ejecutor material desiste de cometer el delito; o, si por el contrario, el autor material, se excede en la ejecución, el inductor respondería por actos que se encontraban fuera de su voluntad.
- **Doctrina de la equivalencia de la participación:** En ésta, se considera la acción realizada por cada uno de los participantes, a la que cada uno responde equitativamente; se admite la disminución de la pena para aquel, cuya participación tuvo escasa importancia.

3.3.1 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Tradicionalmente se ha establecido una diferencia entre autoría y participación.

La autoría comprende la directa, la mediata y la coautoría y la participación se finca en la instigación y la complicidad; por lo tanto, de acuerdo a esta diferenciación, el autor es aquel que se encuentra definido concretamente en el tipo penal.

Nosotros diferimos de esta concepción, puesto que consideramos que partícipe es quien pone culpablemente una condición del resultado; entendiéndose por dicha condición, un comportamiento físico o psíquico que trasciende al delito y que de no haberse dado o existido, tampoco se hubiere dado la comisión delictiva; siendo así que tanto la cooperación del autor como la del cómplice causan pues igualmente, un resultado "total".

Por lo que, consideramos que ante la realidad de que el delito puede ser cometido con la intervención de varios sujetos en calidad de activos, al suscitarse el evento en tales características, estamos en presencia de la institución penal que se conoce bajo el nombre de participación.

La participación en sentido amplio es la intervención de dos o más sujetos, cualquiera que sea su forma de intervención, en la ejecución de un delito, sin que lo exija la norma. El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también su intervención.

La participación tiene dos sentidos diferentes: en sentido amplio, participación es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; y, en sentido estricto o limitado, se entiende por participación el

fenómeno por el que una o más personas toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes solo los cómplices, los encubridores y los instigadores, con exclusión de los autores.

La participación ha sido tratada por diversas teorías con el fin de explicar su naturaleza, siendo las principales las siguientes:

➤ Teoría de la causalidad.-

Trata de resolver la naturaleza de la participación de acuerdo con la causalidad; es decir, quienes coadyuvan con su unión en causar el resultado típico, son coautores o partícipes.

➤ Teoría de la accesoriedad.-

Es autor quien realiza el acto delictivo o la conducta típica, por lo que existe una conducta principal, que es la que realiza el autor, y las conductas accesorias que corresponden a los partícipes.

➤ Teoría de la autonomía.-

Sostiene que cada sujeto realiza una conducta autónoma, por lo cual se producen varios delitos, y por ello, respecto de sus conductas, existe autonomía. Para esta corriente, el delito producido por varios individuos pierde su unidad, al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos; cada uno de ellos con vida propia.

➤ Teoría del dominio del hecho.-

En el proceso teórico evolutivo para separar los autores de los partícipes, se ha ido imponiendo gradualmente, no sin algunas resistencias, esta teoría, en la que

se considera que el autor del delito es aquel que, en principal o menor medida, tiene dominio del curso del delito. La precisión permite incluir en el concepto, tanto a los autores mediatos como a los coautores, puesto que unos y otros hacen un aporte objetivo que es determinante para el resultado. El dominio del hecho siempre se presenta en forma concreta, que puede ser la de dominio de la acción, de dominio funcional del hecho o de dominio de la voluntad. El dominio de la acción es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano; el dominio funcional del hecho es la idea central de la coautoría, cuando se presenta en la forma de división de tareas ejecutivas; y, el dominio de la voluntad es la idea decisiva de la autoría mediata, y es el que tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, sea por necesidad o por error.

En nuestra legislación, la autoría y la participación, se encuentran previstas en el artículo 22 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en el que se establece:

"Artículo 22.(Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y
- VI. Con posterioridad a su ejecución, auxilien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.”

Podemos observar que en el precepto en comento, se contempla la figura de la autoría directa en su fracción I, la de la coautoría en la fracción II y la de la autoría mediata en la fracción III; es decir, las tres primeras fracciones se refieren propiamente a la autoría; mientras que las fracciones IV, V y VI, se refieren a la participación en su sentido estricto, es decir a una forma accesoria de conducta en donde caben los demás posibles intervinientes, e incluso tienen una penalidad especial, ya que el artículo 81 del mismo ordenamiento prevé:

“Artículo 81.- (Punibilidad de la complicidad). Para los casos a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 22 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva.”

“Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables y las importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con los legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que

una cosa es lo que, a efectos de pena, el Código Penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales. No toda conducta de participación en el delito puede considerarse como autoría del mismo, aunque sí pueda castigarse con la misma pena, en los casos en que la participación tenga la misma gravedad, aunque distinta entidad conceptual que la autoría. La complicidad no sólo es una forma de intervención en el delito menos grave que la autoría, sino también conceptualmente distinta. La inducción y determinadas formas de cooperación necesaria también son conceptualmente distintas de la autoría aunque puedan tener la misma gravedad. Todas ellas son formas de participación que deben diferenciarse de la verdadera y auténtica autoría.²⁹

La diferenciación entre la autoría y las formas de participación accesoria responde a los llamados sistemas diferenciadores, frente a los sistemas unitarios que, renunciando al principio de accesoriedad, afirman la responsabilidad autónoma, como autores, de todos los intervinientes en el hecho punible.

Aunque la participación, como ya dijimos, es la intervención de dos o más sujetos en la ejecución de un delito; la palabra participación, usada en la rúbrica del Código Penal, tiene dos sentidos diferentes: en sentido amplio, el cual hemos venido manejando, siendo el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; y en sentido limitado, se entiende por participación el fenómeno por el que una o mas personas toman parte en el

²⁹ MUÑOZ CONDE FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN MERCEDES, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 445 y 446

delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores.

Por lo que, el autor, es aquel que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y en el caso de que sean varios los que le den vida al delito, es decir que existan varios autores, se hablará de ellos como una forma de participación en sentido amplio, siempre que tomen parte directa en la ejecución del hecho; todos los demás que intervienen en la comisión del delito, son delincuentes accesorios o partícipes en sentido estricto.

La pena debe corresponder a la actividad de cada uno, siendo más grave para los directores, jefes o promotores y ejecutores del hecho, que para los asociados subordinados o cómplices.

Dentro del concepto de autor que ofrece el Código Penal en su artículo 22 en sus fracciones I, II y III, al no utilizar el verbo "ejecutar", sino el verbo "realizar" cuya trascendencia es mas amplia, es posible incluir a los sujetos que, sin ejecutar materialmente el delito, contribuyen al mismo de forma esencial en su fase de ejecución, esto es, quienes ostentan un dominio funcional del hecho.

Por lo que hace a los delitos culposos, en nuestra legislación penal en el artículo 22 párrafo tercero, se establece que las figuras de partícipes previstas en sus fracciones IV y V, solamente pueden admitirse en el caso de los delitos dolosos; desprendiéndose a "*contrario sensu*", que los demás casos de participación pueden admitirse en los delitos culposos y en los delitos dolosos.

Aunque la opinión dominante niega que pueda haber partícipes accesorios en un delito cometido por culpa, nosotros afirmamos que tal forma de participación puede ser poco probable pero no imposible. La doctrina contemporánea considera

que no hay obstáculo conceptual alguno para que la coautoría y la complicidad puedan configurarse en los delitos culposos; por cuanto se refiere a la coautoría, es incontrovertible que dos o mas personas pueden conjuntamente actuar con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado; y por cuanto con la complicidad se relaciona, obvio es que coopera en la realización de un acto que causa igual daño que un delito intencional, quien conociendo las graves fallas mecánicas de su automóvil, consiente en alquilárselo a otro que conoce sus fallas y quien atropella a un tercero por no poder controlar el vehículo a causa de dichos defectos mecánicos; el que alquila su automóvil en tales condiciones, no es autor de la muerte que su conductor origina al conducirlo, pero coopera en el actuar culposo que dicho efecto mortal produce.

3.3.2 CLASES DE AUTORÍA

En nuestra legislación penal vigente, la autoría propiamente, se encuentra prevista de las fracciones I a III del artículo 22.

Suele definírseles como los que toman parte directa en la realización del hecho. Autor es quien realiza la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito; es quien en forma personal y directa realiza el comportamiento mediante el cual se surten los elementos del tipo.

Bajo esta concepción y como activos del delito, se abarca no sólo a los ejecutores física y materialmente hablando, en su actuar causalista para el resultado, sino también, a los intervencionistas en el plano de ideación que dan inicio al proyecto y preparación del ilícito, cuya consumación o puesta en peligro a la postre se lleva

a cabo, comprendiendo así mismo al agente que actualiza el delito a través de otra persona utilizada como instrumento.

La figura del autor se encuentra prevista en nuestra legislación penal dentro del artículo 22 en las fracciones I y II; a estos autores, en la doctrina se les denomina **autores inmediatos**; en el caso de un coautor, es aquel que coopera con otro u otros autores; siendo que todos los coautores, son en verdad, autores, por lo que todos son responsables en la misma forma.

En el caso de los coautores, no existe accesoriedad como en el caso de los partícipes en sentido estricto, ya que su responsabilidad no depende de la del otro coautor; es decir, si se suprimiera la existencia de los otros colaboradores, seguiría siendo autor, ya que realizó actos típicos y consumativos. Será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada; cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva, el plan se hubiese frustrado, allí tenemos a un coautor.

Existen tres tipos de coautoría, la coautoría ejecutiva directa en la que todos los coautores realizan todos los actos ejecutivos; coautoría ejecutiva parcial en la que se produce un reparto de tareas ejecutivas y la coautoría no ejecutiva, en la que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución.

No debe entenderse, que basta un acuerdo previo en la realización del delito para que todos los que contraigan ese acuerdo sean ya por eso coautores del delito; el simple acuerdo de voluntades no basta; es necesario además, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente con actos

ejecutivos), de tal manera que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo.

Por otro lado, puede darse el caso de que también se denomine autor al que produce un resultado típicamente antijurídico, con dolo o culpa, valiéndose de otro sujeto que no es autor o no es culpable, ya sea mediante la violencia o mediante la inducción al error o incluso valiéndose de una persona que es inimputable; en tal situación se está en presencia de **autores mediatos**, lo cual se encuentra previsto en la fracción III del artículo en mención; y en tal supuesto, el responsable será quien causó la fuerza física sobre el sujeto aludido, en virtud de que el “hombre de atrás”, como también se le ha denominado, tiene el dominio del hecho y el otro, el instrumento, tiene una posición subordinada respecto de aquél, originada en violencia, error o inimputabilidad.

“En la autoría mediata, el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, lo que supone normalmente la ausencia de acción en el instrumento humano del que se sirve. En estos casos no se puede hablar de participación, porque la persona, instrumento de la que se sirve el autor mediato, ni siquiera actúa típicamente.”³⁰

También puede existir autoría mediata en el caso en que el instrumento no actúa típicamente porque falta en él una especial cualificación o un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo, como es el caso del funcionario que se sirve de un tercero, como persona intermedia para recibir dinero, resultando así autor mediato de cohecho. Así también existe autoría mediata, cuando el instrumento actúa justificadamente, siendo un ejemplo, quien azuza a un perro a atacar a otra

³⁰ MUÑOZ CONDE FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN MERCEDES, Op. cit., pág. 451

persona, responderá por el delito de daño a la propiedad, si la persona atacada mata al perro.

Es menester señalar que la figura del autor, tanto inmediato como mediato, por sí solo, no constituye codelincuencia o participación delictiva; al contrario es su negación, ya que la participación o codelincuencia solamente existe en el caso de que el autor actúe con otro sujeto, ya sea como coautor, cooperador, instigador o cómplice.

"Diversos grados de responsabilidad por un mismo delito pueden ofrecerse. El primero es el de autor: la persona que sola o conjuntamente con otra u otras lo ejecuta todo entero y de propia mano, o bien, que determina a otro, imputable y culpable o no, para que aquella lo ejecute. Si son varios sujetos los que han ejecutado entre todos un mismo hecho lesivo y son todos plenamente responsables, entonces son coautores.

Por tanto el autor o ejecutor material puede ser uno y el intelectual o moral otro; en este caso los morales son también coautores."³¹

Hay ánimo de autor cuando el individuo quiere el hecho como propio; ánimo de socio, cuando entiende cooperar en el hecho ajeno, o, en otras palabras, cuando interviene bajo condición.

En suma, los autores, son aquellos que conciben, preparan o ejecutan el acto físico en que consiste la consumación del delito; todos los demás son delincuentes accesorios o partícipes en sentido estricto.

³¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL Y CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL, Op. Cit., pág. 674

3.3.3 FORMAS DE PARTICIPACIÓN

La participación es en sentido estricto, la responsabilidad accesoria de un acto principal, de la autoría; pero el partícipe accesorio, es solo culpable de la propia culpabilidad, porque a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena.

La participación en "*strictu sensu*", no es nada en sí misma, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. Es decir, aunque, por ejemplo, el inductor y el inducido puedan merecer la misma pena, es evidente que la responsabilidad de aquél viene condicionada por los actos realizados por éste y que no hay inducción en sí, sin la inducción a un hecho realizado por otro, que es el que sirve de base para determinar la responsabilidad del inductor.

No es preciso que el autor sea culpable para que exista responsabilidad del partícipe accesorio, pues la culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada interviniente en el delito e incluso faltar en alguno de ellos; así por ejemplo el autor puede ser menor o enfermo mental, sin que ello afecte para nada a la responsabilidad del partícipe que le ha inducido a cometer el delito.

Una vez delimitada la autoría de la participación accesoria, está claro que todas las formas de intervención en el delito que no supongan realización directa del hecho o dominio de la misma, deben ser calificadas de participación en sentido estricto, siendo las siguientes las diversas formas de participación:

A) *Instigador*

El instigador o inductor, es aquel que induce o determina a otro a cometer el hecho delictivo; es quien realiza actos o actividades de tal naturaleza, que influyen

de manera trascendente y necesaria en la determinación de otro, a grado tal de hacerlo incurrir en un hecho delictuoso.

La actividad del instigador consiste en determinar a otro, es decir, en mover su voluntad.

La inducción puede hacerse de palabra o por escrito, mediante muchos medios como regalos, amenazas, coacciones, etc.; y el inductor debe actuar dolosamente, instigando al inducido a que cometa un delito en específico.

Inducir es mucho mas que aconsejar, es mover el ánimo de otro hasta hacer que se convierta en autor de un delito. El consejo, como las instrucciones o reforzamiento de la voluntad ajena, son actos accesorios que no entran ni en los actos ejecutivos del tipo ni en la consumación.

La instigación ha de ser con intención de que se ejecute el hecho; por lo que se excluye al llamado agente provocador, quien, al inducir a otro a realizar un acto que de ser real constituiría un delito, a fin de que sea descubierto por la policía, no dirige su actividad al propósito de que se ejecute un crimen, sino a descubrir al viejo delincuente o al que está proclive a cometer un delito; por lo que en este caso no hay infracción, en virtud de que todo es irreal; todo el supuesto delito es un armazón para sorprender al sospechado delincuente.

En nuestra legislación penal, la figura del instigador se encuentra descrita en la fracción IV del artículo 22 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice "IV.- Determinen dolosamente al autor a cometerlo"; sin embargo, la penalidad prevista para la persona que actualiza dicha hipótesis es la misma que para los autores, es decir no tiene sanción especial, por lo que aunque legalmente

entra dentro de la categoría de los autores, diversos doctrinarios consideran al instigador como un partícipe accesorio.

Nosotros consideramos que aún cuando, por su entidad cualitativa el legislador, a efectos de la pena, la equipara a la autoría, la inducción es una forma más de participación accesorio e incluso creemos que la conducta del inductor no merece la misma valoración que la actuación de quien ejecuta materialmente el acto.

Por otro lado, creemos menester señalar, que aún cuando el legislador ha utilizado el verbo “determinar”, consideramos que el verbo correcto a utilizar es “instigar”, pues el primero de ellos se presta a confusiones, porque si bien es cierto el instigador determina a otro, no lo es que todo el que determina a otro sea instigador; la instigación es una forma de determinación, pero no es la única.

Es autor el sujeto que determina a otro al hecho, pero que conserva el dominio del mismo, puesto que si lo pierde, ya no es autor sino instigador.

El instigador no es en modo alguno autor mediato; como se señaló anteriormente los autores mediatos son responsables por el hecho delictivo, en virtud de que la persona de la cual se valieron no es actora, no es culpable, o es inimputable; en cambio, el instigador demanda al autor propiamente dicho, es una causa de extensión del tipo y de la pena, y por lo tanto una forma de participación. El instigado o inducido es quien finalmente decide y domina la realización del hecho delictuoso, en caso contrario, el inductor sería un auténtico autor mediato.

El inductor solo debe responder en la medida en la que el hecho principal concuerde con su dolo. Si el autor principal, por el contrario, hace más de lo querido por el inductor, es decir, si comete un exceso; éste únicamente es responsable hasta el límite de su dolo de inducir.

Aún cuando en la fracción IV del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, no se establece expresamente que la inducción debe ser directa, del análisis de dicha fracción se desprende dicho requisito, es decir, debe haber una relación personal e inmediata entre el inductor y el destinatario de la incitación. Esta exigencia impide la apreciación de la que se conoce como "inducción en cadena", en la que el inductor inicial incita a otro sujeto para que éste a su vez induzca a un tercero a delinquir.

B) Cómplice

Como hemos visto, los casos de cooperación necesaria en que la ayuda prestada es de tal entidad que puede afirmarse que el sujeto que la presta también domina funcionalmente el hecho, constituyen coautoría. No obstante, hay casos en los que la contribución, aún siendo necesaria, al no estar integrada en el acuerdo o plan de realización, no puede entenderse como una verdadera autoría. No existe pues, un dominio funcional del hecho, un reparto de papeles para la realización de las diversas tareas que condicionan la ejecución del delito, ni un plan o acuerdo previo.

Doctrinalmente, algunos autores, establecen diferenciación entre la cooperación necesaria y la mera complicidad, equiparando la pena de la primera de ellas a la autoría; sin embargo, ellos mismos sostienen que en la práctica no es posible saber cuando una contribución ha sido necesaria o no para la realización del hecho delictivo, pues si se entiende que es necesaria la aportación sin la que el delito no se hubiera cometido tal y como se cometió, probablemente toda contribución sería considerada como necesaria; y, por otro lado, si se entendiera

que la aportación es necesaria cuando, sin ella, el delito no se hubiera podido realizar de ningún modo, entonces ninguna sería necesaria.

En nuestra legislación penal no se encuentra prevista la distinción de la cooperación necesaria y de la complicidad, encontrándose únicamente prevista esta última, motivo por el cual solo nos enfocaremos a la complicidad.

La complicidad tiene en común con todas las formas de participación, que se trata de una contribución a la realización del delito con actos anteriores o simultáneos a la misma, que no pueden ser considerados autoría en ningún caso; sin embargo, lo que la distingue de las demás formas de participación, es su menor entidad material, de tal forma que la calificación de complicidad hace que la cooperación se castigue automáticamente con una pena inferior en grado a la que merezcan los autores del delito.

El cómplice es, quien sin ser autor o coautor en la ejecución de los hechos en sí, coadyuva previa o simultáneamente con los mismos, por acuerdo tomado antes del cometimiento, proporcionando equipamiento indispensable para la ejecución del delito.

La complicidad se refiere a los sujetos que dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para la comisión del delito. Estamos así, en presencia de una colaboración o cooperación, que puede ser psicológica (asesoramiento técnico o reforzamiento de la decisión del autor), o física, mediante la cual se favorece la comisión del delito.

La complicidad, desde el punto de vista objetivo, es la participación en el resultado del delito; y desde el punto de vista subjetivo, es la cooperación con voluntad al hecho principal.

De acuerdo a lo anterior, no existen diferencias subjetivas entre auxiliadores o encubridores y cómplices; sin embargo objetivamente, la diferencia estriba en que cómplice es el que presta al autor una cooperación secundaria, a sabiendas de que favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario; mientras que, el encubridor es aquel que participa prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido el delito.

La conducta del cómplice ha de ser peligrosa, de manera que, desde una perspectiva anterior, represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor y, con ello, las de puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Ello ocurrirá cuando, en el momento previo a la acción del cómplice, sea previsible que, con su aportación, la comisión del delito sea más rápida, más segura o más fácil, o el resultado lesivo más intenso que sin ella.

Para que una conducta sea considerada como complicidad, además de la peligrosidad de la acción, será preciso, que la misma realmente haya acelerado, asegurado o facilitado la ejecución del hecho, o intensificado el resultado del delito en la forma en que era previsible.

Es posible la complicidad en comisión por omisión, siempre que exista una posición de garante y quepa afirmar que la omisión contribuyó, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación del delito por el autor; por ejemplo la madre que, pudiendo hacerlo, no impide ni dificulta el abuso sexual de su marido a su hija.

C) Encubridor

El encubrimiento es el auxilio posterior que se da al delincuente; aunque propiamente no hay participación en el delito, sino ayuda posterior a él para evitar

la acción de la justicia, en nuestra legislación penal se encuentra previsto como una forma de participación accesoria en la fracción VI del artículo 22, siempre que exista una promesa anterior. Por lo que pueden darse dos situaciones:

- Encubrimiento como delito autónomo.- En este caso, al no existir previa promesa, solamente se actualizaría la hipótesis del delito de encubrimiento por favorecimiento, previsto en nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo 320. El encubridor recepta los objetos, los oculta, favorece la huída, pero si no hay una promesa anterior, no contribuye a la producción del tipo legal que liga a los autores con los cómplices y por lo tanto no constituye un grado de participación en el delito cometido.
- Encubrimiento de otro delito.- Consiste en la ayuda posterior a la ejecución del delito que se da al delincuente, previa promesa de hacerlo, por lo que en este caso existe responsabilidad de quien ayuda respecto del delito cometido como participe. Estos encubridores son denominados doctrinalmente como auxiliares "*sub-sequens*", ya que prometen auxilio para después de cometido el delito.

En nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, se encuentran previstas las figuras de encubridor y los cómplice en las fracciones V y VI del artículo 22, teniendo ambas figuras una sanción especial, atenuante de la pena del ilícito cometido.

3.3.4 DELITO EMERGENTE

El artículo 25 del Código Penal para el Distrito Federal, prevé el delito emergente, en cuyo caso también existe un concurso de personas, con una regla especial de participación. Sin embargo, por ser el tema principal de nuestro estudio lo analizaremos en un capítulo por separado.

3.3.5 ASOCIACIÓN DELICTUOSA

La asociación delictuosa se integra por un grupo o banda de tres o más personas que se organizan para delinquir; se castiga por el simple hecho de ser miembro de dicha asociación.

Numerosos delitos son concebidos, preparados y ejecutados con el concurso organizado de varias voluntades. Las asociaciones para delinquir, representan en sus componentes una temibilidad agravada por razón del concurso.

Los elementos constitutivos del delito de asociación delictuosa son:

- a) Existencia de una asociación o banda, es decir, de un grupo de individuos que se asocian no transitoria ni ocasionalmente, sino de modo más o menos permanente, con conciencia de grupo.
- b) Que esa asociación o banda esté integrada por tres o más individuos.
- c) Que esté organizada para delinquir, es decir, que adopte conscientemente una disposición o método para ejecutar hechos delictuosos.
- d) Que los acusados pertenezcan a ese grupo.
- e) Que entre los miembros de la asociación o banda haya una estructura apropiada para los fines que se proponen y normas que la rijan, una disciplina y una jerarquía.

Aunque diversos teóricos consideran a la figura de la asociación delictuosa como un tipo de participación, nosotros consideramos que entre ellas existen grandes diferencias.

La diferencia básica entre la participación múltiple y la asociación delictuosa radica en que en esta última el motor de la relación es la ejecución delictiva para la ejecución de más de un delito; en cambio, en la participación múltiple, ya sea por concierto previo o por adherencia, la relación será en función de un delito único. Por otro lado, los miembros de una asociación delictuosa pueden ser condenados tan sólo por el hecho de serlos, aún cuando no hayan sido partícipes en el delito cometido e incluso cuando no se haya cometido delito alguno; en cambio el partícipe puede ser condenado tan solo en cuanto haya puesto una condición del resultado.

En suma, mientras que en la participación los activos lo son en relación con un delito precisado de antemano, en la asociación están dispuestos a participar en delitos aún no determinados específicamente.

De no aceptarse el criterio de que la asociación no puede ser un tipo de participación, toda participación de más de tres personas en la ejecución de un delito que requiere de acciones múltiples, sería también constitutiva de asociación delictuosa.

3.3.6 PANDILLA

La pandilla es la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que, sin estar organizadas con propósito de cometer delitos, cometen en común alguno. El pertenecer a una pandilla no es un delito, sino una circunstancia agravante del delito o delitos que se cometan mediante ella.

En su acepción estricta una pandilla es la liga o unión de personas, especialmente la que se forma con el objeto de divertirse. Pero en sentido lato es esa unión o liga para engañar a otros o para causarles algún daño. Su etimología es la misma que la de banda o partido, vocablos que derivan del gótico *banwa* o del sajón *ban*, que significan liga, vínculo, alianza o lazo.

La definición legal de pandilla figura en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 252, segundo párrafo que a la letra dice: "artículo 252.- Se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos".

3.3.7 MUCHEDUMBRE DELINCUENTE

La muchedumbre delincuente es la reunión de individuos en forma desorganizada y transitoria que, en ciertas condiciones, comete algún delito.

Las muchedumbres delincuentes actúan espontáneamente, carecen de organización y se integran de modo heterogéneo; en ellas, los individuos particulares obran impulsados por el todo inorgánico y tumultuario de que forman parte; los sentimientos buenos desaparecen y quedan dominados por los

perversos y antisociales; se produce un proceso de sugestión de miembro a miembro, por el que la idea del delito termina por triunfar.

“El problema de la responsabilidad penal, es relativamente sencillo cuando el autor del delito es una sola persona; se complica cuando en un delito participan varios, y es de difícilísima solución cuando los autores del delito no son dos o tres, sino un número grandísimo de individuos que escapa a toda precisa determinación; en una palabra: cuando el delito es obra de una muchedumbre, la represión jurídica, asume una imposibilidad casi absoluta de solución, ya que no se suelen encontrar, y por ello no se puede castigar, a los verdaderos culpables.”³²

Sin embargo, de acuerdo al artículo 26 en relación con el artículo 82 de nuestra legislación penal local vigente, cuando varios sujetos intervengan en la comisión de un delito y no pueda precisarse el daño que cada quien produjo, la penalidad aplicable será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad correspondientes para el delito cometido, según su modalidad.

Lo cual consideramos que se debe a la selección de la penalidad más favorable para el inculcado, en cuanto se toma la de los cómplices y no la de los autores o ejecutores del delito, por lo que doctrinalmente a dicha aplicación se le denomina complicidad correspectiva.

Es indispensable señalar que la complicidad correspectiva comprende el caso de activos múltiples, principalmente en los delitos de lesiones y homicidio, pero requiere indispensablemente la falta de preordenación, lo cual justifica la disminución en la penalidad; de no atenderse a este criterio, cualquier delito de

³² JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, Op. cit., pág. 514

homicidio o lesiones calificadas por el número de agresores, sería una complicidad correspectiva en caso de ignorarse cual de los activos infirió la lesión mortal.

Por lo anterior, es de concluirse que no basta que existan activos múltiples y que se desconozca el resultado específico de la actividad de cada uno de los que intervienen, sino que es indispensable la ausencia de preordenación, pues si la hubiera se estaría dentro del supuesto de la participación general que contempla el artículo 22 del Código Penal.

3.3.8 SECTA CRIMINAL

Es una especie de muchedumbre delincuente, pero en su forma crónica. Sus integrantes comparten creencias y propósitos, por lo que actúan para lograr el fin que persiguen, el cual consideran que es social y altruista, pero para ello cometen algún delito.

La cuestión de como debe procederse, con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social, dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad, conforma el objeto principal de la teoría del delincuente.

Ésta se encuentra en un punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica. Por una parte, se basa como ciencia en los conocimientos objetivos del delito en sus formas de manifestación empírica y jurídica; por otra parte quiere como una forma de la doctrina, establecer determinadas ideas o intereses y trata como teoría de desarrollar una estrategia definitiva de la lucha contra el delito.

Por otro lado, debido a que la finalidad del Derecho Penal es la aplicación de la justicia, es necesario que exista una debida delimitación de la intervención de los agentes de los delitos, para así poder realizar una adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad señaladas en la propia ley.

CAPÍTULO IV

EL DELITO EMERGENTE

4.1 NOCIÓN DE DELITO EMERGENTE

Para entender la naturaleza del delito emergente es necesario remarcar, como quedó asentado en los apartados anteriores, que la palabra delito, “deriva del latín *delinquere* que significa abandonar, apartarse del buen camino o del sendero señalado por la ley.”³³

Ahora bien, los autores que abordan el presente tema, no han conseguido ponerse de acuerdo ni en el género próximo ni en la diferencia específica del concepto, lo que explica el número increíble de definiciones reinantes en la materia.

La palabra emergente, se encuentra fuertemente ligada al presente trabajo, por lo que es necesario desentrañar su significado.

Emergente, deriva del latín *emergere* que significa brotar, salir de la superficie del agua u otro líquido. Por lo tanto, emergente significa aquello que nace, sale y tiene principio de otra cosa.

Hasta el momento, no existe algún concepto que nos detalle con toda precisión que es el delito emergente en sí; sin embargo, en el Código Penal de 1931, dicha figura jurídica ya se encontraba prevista en su artículo 14 en el que se establecía:

“Artículo 14.- Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado, y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo de los

³³ UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1988, pág. 1186

otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurren los siguientes casos:

- I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
- III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y
- IV.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo”.

Asimismo, en algunos estados de la República Mexicana, el delito emergente se encuentra tipificado de la siguiente manera:

1.- Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza, el cual en relación al delito emergente lo tipifica en su artículo 21 que a la letra dice:

“Artículo 21.- Intervención en delito emergente, si varias personas toman parte en un delito y por tal motivo una o más de ellas cometen otro distinto, sin previo acuerdo con los otros; a todos se les sancionará con la penalidad del autor por el delito emergente que se cometió, si concurre cualquiera de los supuestos siguientes:

- I. Adherencia tácita al delito emergente como medio principal. Que el delito emergente sirva de medio necesario u ordinario para cometer el principal.
- II. Adherencia tácita al delito emergente como consecuencia principal o de los medios que se concertaron. Que el delito emergente sea consecuencia necesaria o natural u ordinaria; o de los medios que se concertaron para cometerlo.

III. Adherencia tácita al delito emergente, si indebidamente se omite impedirlo. Que al estar presentes en la ejecución del delito emergente omitan impedirlo; siempre y cuando puedan hacerlo y sin correr riesgo grave e inmediato en su persona.”

2.- Código Penal para el Estado de Chihuahua, el cual en relación al delito emergente lo tipifica en su artículo 19 que a la letra dice:

“Artículo 19. Si varios individuos toman parte en la comisión de un delito determinado, y alguno de ellos comete uno distinto sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables del nuevo delito, cuando éste sirva de medio adecuado para cometer el principal o sea consecuencia necesaria o natural del mismo o de los medios concertados para cometerlo.

No son responsables del nuevo delito quienes no hayan estado presentes en su ejecución, salvo que concurren alguna de las condiciones a que se refiere el párrafo anterior, o cuando habiéndolo estado, hubiesen hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.”

3.- Código Penal para el Estado de Durango, el cual en relación al delito emergente lo tipifica en su artículo 15 que a la letra dice:

“Artículo 15. Si varias personas convienen en ejecutar un delito determinado y alguna o algunas de ellas cometen un delito distinto, todas responderán de la comisión del nuevo delito siempre que concurren las circunstancias siguientes:

I. Que el nuevo delito sea una consecuencia necesaria del primeramente convenido o sirva de medio para cometerlo; y

II. Que el nuevo delito debiera ser previsto racionalmente por los que convinieron en ejecutar el primero

No responderán del nuevo delito quienes hubieran tratado de impedir su ejecución.”

4.- Código Penal para el Estado de Sinaloa, el cual en relación al delito emergente lo tipifica en su artículo 20 que a la letra dice:

“Artículo 20. Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguna de ellas comete un delito distinto sin previo acuerdo con las otras, todas serán responsables del nuevo delito, según su propia culpabilidad, cuando éste sirva como medio adecuado para cometer el principal o sea consecuencia necesaria y natural del mismo o de los medios concertados para cometerlos.

No son responsables del nuevo delito quienes hayan estado ausentes al momento de su ejecución, ni quienes no hayan sabido antes que se iba a cometer y hubiesen hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.”

5.- Código Penal para el Estado de México, el cual en relación al delito emergente lo tipifica en su artículo 14 que a la letra dice:

“Artículo 14.- Si varias personas convienen en ejecutar un delito determinado y alguna o algunas de ellas cometen un delito distinto. Todas responderán de la comisión del nuevo delito siempre que concurren las circunstancias siguientes:

I. Que el nuevo delito sea una consecuencia necesaria del primeramente convenido o sirva de medio para cometerlo; y

II. Que el nuevo delito debiera ser previsto racionalmente por los que convinieron en ejecutar el primero.”

De los anteriores preceptos, consideramos que hasta el momento, no existe un criterio uniforme, acerca de la naturaleza jurídica del delito motivo de este estudio, pues, dentro de los Códigos Penales de los estados de Coahuila de Zaragoza, Durango y Estado de México, se desprende que los legisladores estatales, utilizan la palabra “personas”, al referirse a los responsables de un delito emergente, siendo que a nuestro criterio dichas personas, al cometer un ilícito previo, deben ser denominados “delincuentes”, en virtud de que han transgredido una norma previamente señalada por el Estado, para la protección de los intereses de la colectividad, como acertadamente lo establecía el Código Penal de 1931 en su artículo 14.

Por otro lado, los estados de Coahuila de Zaragoza, Chihuahua, Durango y Sinaloa, innecesariamente señalan un deber específico de garante, dentro de la figura jurídica del delito emergente, toda vez que, si bien es cierto, los responsables de un delito emergente, son omitentes al evitar el resultado del segundo delito, cuando deberían asumir el riesgo que originaron con su propio actuar precedente, también lo es, que dicha responsabilidad emana del deber de garante en el que ellos mismos se colocaron, siendo que dicha figura jurídica, ya se encuentra prevista en otro precepto por separado; a diferencia de la legislación penal del Estado de México, en la que los legisladores omitieron tocar dicho punto, por ser una forma de responsabilidad prevista en otro artículo.

No se pasa por alto, que, en los estados de Durango y Estado de México, se señala en su legislación penal, la frase "si varias personas convienen en ejecutar un delito determinado", lo cual consideramos que no es correcto, toda vez que para que exista el delito emergente, debe existir un primer delito consumado, aunado a que el simple acuerdo en la realización de un delito, si no se ha consumado, no puede ser aún sancionado porque no se ha realizado un cambio en el mundo material y "la incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencial, a saber: armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensable en la vida gregaria."³⁴

En la actualidad, la legislación penal vigente para el Distrito Federal, que es motivo de nuestro estudio, prevé la figura jurídica del delito emergente en su artículo 25, en el que se establece:

"Artículo 25.- (Delito emergente). Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto al acordado, todos serán responsables de éste, según su propia culpabilidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

- I.- Que sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II.- Que sea una consecuencia necesaria o natural de aquel, o de los medios concertados;
- III.- Que hayan sabido antes que se iba a cometer; o

³⁴ CASTELLANOS TENA RERNANDO, Op. Cit., pág. 285

IV.- Que cuando hayan estado presentes en su ejecución, no hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.”

El delito emergente, dentro de la hipótesis de la fracción IV del artículo arriba citado, también es llamado doctrinalmente corresponsabilidad, siendo el fenómeno en el que uno de los partícipes (autores o partícipes accesorios) en un delito, denominado “principal”, durante la fase de ejecución o consumación de tal delito, ejecuta otro totalmente ajeno a la secuela delictiva, al grado de que ni siquiera se le puede llamar contingente. Contingente viene del latín *contingens*, y significa cosa posible; en derecho su significado es la parte que cada uno paga o pone cuando son muchos los que contribuyen para un mismo fin y filosóficamente significa lo que se da de hecho y que, así como se dio, hubiera podido no darse; es decir lo que no deriva necesariamente de condiciones anteriores, por lo que en el caso de que ni siquiera sea contingente, tampoco es correcto llamarlo emergente, como veremos más adelante.

4.2.- BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 14 DEL CÓDIGO PENAL DE 1931

El Código Penal de 1931 ofrecía un concepto y requisitos distintos al Código Penal que nos rige actualmente, respecto a lo que es la figura jurídica del delito emergente pues al establecer “*Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado...*”, con ello nos señalaba en primer lugar que los delincuentes a quienes se refería son coautores, dado a que, únicamente con esta calidad es posible “*tomar parte en la realización de un delito*” o sea con codominio del hecho y, al precisar que este delito debía ser “*determinado*”, ello implicaba se

realizara mediando un plan común anterior al hecho; siendo estas características las notas esenciales de la coautoría, situaciones estas que excluyen su aplicación a los partícipes en sentido estricto, pues estos carecen del dominio del hecho y menos "realizan el delito conjuntamente" como lo señalaba el artículo en mención, en relación a la fracción III del artículo 13 del mismo ordenamiento; y los partícipes en sentido estricto sólo intervenían como instigadores o como cómplices (fracc. V, VI y VII del artículo 13 del Código Penal de 1931).

Por tanto, debían considerarse los principios que regían a la coautoría, habida cuenta que, la participación se establece para quienes no obstante que toman parte de alguna manera en el delito, en cambio, no realizan la acción típica; por lo cual, a los partícipes no les era encuadrable este artículo, ya que conforme a la teoría de la accesoriadad limitada, (ya señalada en el capítulo anterior); en la participación la responsabilidad es personal por lo que, normalmente, cada uno responde conforme a su propia culpabilidad, pues, no existía codominio del hecho, ni se da entre ellos necesariamente un plan común.

Por otro lado, el artículo 14 del Código Penal de 1931, establece expresamente su aplicación solamente a quienes intervienen "en la realización de un delito determinado.."; es por ello que, para aplicar este dispositivo legal, era menester acreditar los elementos de la coautoría, en particular, y de manera genérica los elementos relativos al plan común, comprendiente del tácito acuerdo sobre la eventualidad de cometer un delito determinado; el codominio del hecho, la realización de un hecho delictivo distinto al acordado, y, necesariamente, la existencia de todas las circunstancias excluyentes de la coautoría especificadas por el legislador en alguna de las cuatro fracciones de dicho artículo.

Aunado a lo anterior se desprende que el artículo 14 del Código Penal de 1931, para no sancionar a los delincuentes que tomaban parte en la realización de un delito determinado, en el que uno de ellos cometiera un delito distinto, marcaba tajantemente que era necesario, **que no hubiese previo acuerdo entre los otros**, y se cumplieran ciertos requisitos señalados por la ley, lo cual nos parece totalmente acertado, en virtud de que, en el caso del delito emergente, si existiera un previo acuerdo entre los coautores del primer delito, en cuanto a la realización del segundo, también existiría coautoría en cuanto al segundo delito, lo cual recaía dentro de la fracción III del artículo 13 del Código Penal de 1931.

Como hemos visto, el artículo 14 del Código Penal de 1931, establecía como salvedad la concurrencia de cuatro requisitos, para excluir la responsabilidad, en los casos de la realización de un delito emergente, siendo los siguientes:

- I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
- III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y
- IV.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.”

Analizando las fracciones anteriormente transcritas, sin ningún grado de dificultad, apreciamos, que las salvedades para los partícipes en un delito distinto al originalmente pretendido por ellos mismos, pueden darse si además de que, no exista conocimiento anterior de la comisión del mismo, no haya concierto de voluntades en la realización del nuevo delito; y que éste no hubiera sido el medio

para llegar al principal, ni tampoco una consecuencia necesaria dentro de la secuela de los medios concertados.

Ahora bien, por lo que hace a la última fracción, ésta era la alusiva a la corresponsabilidad, por el simple hecho de estar presente y no impedir materialmente la realización del nuevo delito, con la excepción de que por su actitud para impedirlo, implique grave e inmediato riesgo para su persona.

La corresponsabilidad en los términos narrados, implicaba la ruptura del principio de causalidad material e incluso, psicológica. El partícipe de un delito que no se opone a la comisión de otro delito totalmente ajeno a la secuela en la que tiene participación, respondía por que la ley lo vuelve garante de cualquier bien jurídico que puede resultar lesionado en forma típica.

Nuestro Máximo Tribunal había resuelto con relación con el dispositivo en concreto, que la ley “establece una forma de corresponsabilidad conforme a la cual puede declararse responsable a quien también fue partícipe de un delito aún cuando no haya intervenido en forma alguna en uno distinto cometido por quien fue partícipe de un delito original”; y, a pesar de darse las hipótesis que los eximen de responsabilidad por tratarse de un delito ni siquiera contingente, por ser totalmente ajeno a la secuela, el partícipe no queda liberado, “si vio que uno de los otros partícipes ejecutaba violencia no acordada, y permaneció indiferente, puede legalmente considerársele corresponsable del resultado que se produzca en virtud de dicha violencia, porque nada hizo para impedirlo y su comportamiento entraña la aceptación del resultado que está a punto de producirse”³⁵

³⁵ S.C.J. Sala Penal. A.D 3953/64. J. Hdez. Montiel. Esta resolución apareció bajo el rubro “CORRESPONSABILIDAD DENTRO DE LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 14”

CORRESPONSABILIDAD PENAL DENTRO DE LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 14 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. El artículo 13 del Código Penal Federal regula los casos de participación y, conforme a sus principios, es partícipe quien pone culpablemente una condición. Ahora bien, el artículo 14 del citado cuerpo de leyes, establece una forma de corresponsabilidad conforme a la cual puede declararse responsable a quien fue partícipe en un delito, aún cuando no haya intervenido en forma alguna en uno distinto cometido por quien también fue partícipe en un delito original. Es indispensable que se realice la totalidad de las hipótesis contenidas en las cuatro fracciones del artículo 14, para que el partícipe del primer delito quede libre de responsabilidad por la comisión del segundo, y si el imputado vio que uno de los partícipes ejecutaba violencia no acordada, y permaneció indiferente, puede legalmente considerársele corresponsable del resultado que se produzca en virtud de dicha violencia, por que nada hizo para impedirlo y su comportamiento entraña la aceptación del resultado que está a punto de producirse.

Séptima Época.- Instancia: Sala Auxiliar.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación.- Tomo: 44 Séptima Parte.- Pagina: 62.

Amparo Directo 3953/64. Juan Hernández Montiel o Esparza. 28 de agosto de 1972. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Arturo Serrano Robles.

Nota: En el informe de 1972, la tesis aparece bajo el rubro "CORRESPONSABILIDAD DENTRO DE LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 14".

El deber de garante que la propia ley establecía a los participantes de un delito, en relación a otro realizado por uno de ellos, se desprendía, como se mencionó supra, del propio artículo 15 fracción IV, en relación al segundo párrafo del artículo 7 de dicho Código Penal de 1931 que a la letra decía "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos, se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente."

4.3.- BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

Así pues por lo que hace al artículo 25 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Artículo 25.- (Delito emergente). Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto al acordado, todos serán responsables de éste, según su propia culpabilidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

I.- Que sirva de medio adecuado para cometer el principal;

II.- Que sea una consecuencia necesaria o natural de aquel, o de los medios concertados;

III.- Que hayan sabido antes que se iba a cometer; o

IV.- Que cuando hayan estado presentes en su ejecución, no hayan hecho cuenta estaba de su parte para impedirlo.”

Al analizarlo, encontramos que el legislador al redactarlo o conceptualizarlo, no tuvo el suficiente cuidado de entender su naturaleza, pues, debido a la presión política y social que reina en la actualidad, transgredió la esencia de la figura jurídica del *delito emergente*, al crear un nuevo Código Penal aplicable en el Distrito Federal, supuestamente con el fin de lograr un gran avance dentro de la ciencia del Derecho Penal, lo cual consideramos que no aconteció, como lo intentaremos demostrar con el análisis siguiente.

Primeramente, se debe señalar, que la palabra persona proviene del latín *personam*, que significa máscara de actor, y como se dijo en los capítulos

anteriores, la palabra delincuente puede definirse como *la persona física que lleva a cabo la conducta delictiva*, es por lo anterior, que se puede establecer que dentro del delito emergente, es ilógico tomar el concepto de personas, toda vez que su esencia es hablar de delincuentes, en virtud de que, los participantes toman parte en la realización de un delito determinado, (mismo hecho que está íntimamente ligado a la teoría del delito); y no de personas pues ello, nos haría suponer que cualquier ciudadano podría ser también mal llamado delincuente.

Asimismo, se suprime un aspecto importante que es la base de la figura jurídica en comento, consistente en la frase “... *sin previo acuerdo de los otros...*”, y aumenta la frase “...*todos serán responsables de éste según su propia culpabilidad...*” el primer concepto que era manejado acertadamente en el Código Penal de 1931, puesto que, en virtud de tratarse de un hecho emergente, era necesario no tener conocimiento previo para que el mismo surgiera, y se cumplieran ciertos requisitos señalados por la ley, lo cual nos parece totalmente acertado, pues, en el caso del delito emergente, si existiera un previo acuerdo entre los coautores del primer delito, en cuanto a la realización del segundo, también existiría coautoría, respecto de éste último, lo cual recaería dentro de la fracción II del artículo 22 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Por lo que, al establecer este artículo “*Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado*”, con ello nos señala en primer lugar que las personas (o mejor llamadas por nosotros delincuentes); a que se refiere son coautores, dado a que, únicamente con esta calidad es posible “*tomar parte en la realización de un delito*” o sea con codominio del hecho y, al precisar que este delito debe ser “*determinado*” ello implica que sea realizado mediando un plan

común, siendo estas, las notas caracterizantes de la coautoría, situación que como se dijo, excluye de su aplicación a los partícipes, pues estos carecen del dominio del hecho y menos “realizan (el delito) conjuntamente con otro u otros autores” como lo señala este artículo y la fracción II del artículo 22 del Código Penal vigente para el Distrito Federal. Los partícipes en sentido estricto, sólo intervienen como instigadores, cómplices o encubridores (frac. IV, V y VI del artículo 22 del Código Penal vigente para el Distrito Federal).

Ahora bien, la disposición consta de varias fracciones en las cuales se contemplan, los requisitos para imponer la pena respectiva a los partícipes del llamado delito emergente, las cuales se irán desglosando a efecto de poder comprender su espíritu; por lo que entrando al análisis de las primeras dos fracciones que integran el artículo 25 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

“Fracción I.- Que sirva de medio adecuado para cometer el principal;

Fracción II.- Que sea una consecuencia necesaria o natural de aquel, o de los medios concertados;”

Nos encontramos que, en el caso de estas dos fracciones, se debe tomar en consideración que el delito emergente se encuentra inmerso e íntimamente relacionado con el dolo eventual, pues los sujetos que toman parte en la realización de un delito determinado saben conscientemente que puede resultar un delito distinto al acordado, por lo que resulta necesario entrar a su estudio para desentrañar la figura jurídica en estudio.

El dolo eventual, ha sido analizado en capítulos anteriores; sin embargo, es de vital importancia señalar que, con la categoría de dolo directo, de primero o de

segundo grado, no se pueden abarcar todos los casos en los que el resultado producido debe, por razones político criminales, imputarse a título de dolo. Así, cabe también hablar de dolo, aunque el querer del sujeto no esté referido directamente a ese resultado; se habla entonces de dolo eventual.

En el dolo eventual, el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero cuenta con él, admite su producción, acepta el riesgo, etc.

Para distinguir el dolo eventual de la imprudencia, se han formulado dos principales teorías:

a) *La teoría de la probabilidad*, la cual parte del elemento intelectual del dolo.

Dado lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo, es decir, el querer el resultado, la teoría de la probabilidad admite la existencia del dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, siendo indiferente que admita o no su producción. De acuerdo a esta teoría, si la probabilidad es más lejana o remota, habrá imprudencia consciente o con representación.

b) *La teoría de la voluntad o del consentimiento* atiende, por el contrario, al contenido de la voluntad. Para esta teoría no es suficiente con que el autor se plantee el resultado como de probable producción, si no es preciso que, además, se diga: aún cuando fuere segura su producción, actuaría. Hay por el contrario, imprudencia si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar.

Efectivamente, el dolo viene implícito en la realización de cualquier delito. En la figura legal del delito emergente, se establece como condición indispensable el dolo eventual, que se actualiza cuando varios individuos se organizan para cometer un delito determinado (en la inteligencia de que debe quedar demostrado que se pusieron de acuerdo para cometerlo); y si, durante su ejecución, uno de ellos comete un delito diverso, todos los participantes son responsables del nuevo delito, porque existió acuerdo previo en la comisión del primer ilícito. Por tanto, todos deben responder por el segundo, aunque no hayan sido quienes materialmente lo cometieron, ya sea porque éste fue el medio adecuado para cometer el principal o sea consecuencia necesaria o natural del primer delito o de los medios concertados para cometerlo, pues la previsión del legislador incluye la responsabilidad de todos los participantes del resultado típico producido y no acordado, puesto que, los activos pudiendo prever el resultado lo aceptan. Por otra parte, se excluye de esa responsabilidad a quienes no hubiesen estado presentes en la ejecución del segundo delito, siempre y cuando dicho delito no haya sido el medio adecuado para cometer el primero, ni sea su consecuencia necesaria o natural, ni de los medios concertados para cometerlo, o cuando hubiesen hecho todo cuanto estaba de su parte para impedirlo.

Como ejemplo, pondríamos a los sujetos que pretenden solo robar un banco, el cual está custodiado por diversos efectivos de policía, por lo que de igual forma se allegan de armas de fuego, -presentándose en ese acto un dolo eventual- pues, su intención sólo es la de apoderarse del dinero, pero se representan el resultado como de probable producción y, aunque no quieren producirlo, siguen actuando, admitiendo su eventual realización, como los delitos de lesiones y homicidio.

DELITO EMERGENTE, RESPONSABILIDAD EN EL. La responsabilidad criminal que se atribuye a quienes toman parte en un delito determinado, por la comisión de un delito distinto al originalmente concertado, a que se refería el artículo 11 del anterior Código Penal de Sinaloa (artículo 20 del Código actual), encuentra fundamento en que, en el hecho de participar en la empresa delictiva y adherirse intencionalmente a ella, entra necesariamente el cálculo de la posibilidad de que el ejecutor en todo o en parte de la acción delictiva, se aleje en los términos fijados en el acuerdo y tome las decisiones tendientes a afrontar dificultades previstas o situaciones nuevas que aparezcan en el curso de la realización del delito originalmente planteado; es decir, se considera que quien coopera en una actividad delictiva puede y debe representarse la posibilidad de que alguno de los partícipes, para realizar o para asegurar el resultado perseguido por todos los concurrentes, cometa un delito distinto al querido; por lo que la responsabilidad en este delito emergente se concibe siempre sobre el presupuesto de un dato psicológico, pues en el fiarse voluntariamente el concurrente a la voluntad de aquel de ejecutar materialmente el ilícito, se halla intrínseca una aceptación previa de la obra del ejecutor, para el logro del objetivo perseguido por todos. En consecuencia, de no haber participación o complicidad en el delito originalmente propuesto, no puede existir responsabilidad en el considerado emergente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 13/96. Regino Félix Estrada. 18 de junio de 1996, Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretario: José de Jesús Banales Sánchez.

Ahora bien, por lo que hace la fracción III, del multicitado artículo 25 que a la letra dice:

“Fracción: III.- Que hayan sabido antes que se iba a cometer”

Es pertinente observar, que si dentro de la naturaleza jurídica del delito emergente, está como requisito que no haya acuerdo previo entre los partícipes de un delito determinado, para la realización de un delito distinto al acordado, aunado al cumplimiento de ciertos requisitos para no ser responsables de este último, resulta que de la lectura del artículo antes citado, notoriamente existe un retroceso en nuestra legislación penal, pues los legisladores o no llegaron a comprender la naturaleza de dicha figura jurídica o simplemente no le dieron la importancia adecuada para su conceptualización.

En otras palabras, destruyen el concepto jurídico del delito emergente, puesto que sin ningún grado de dificultad, apreciamos que las salvedades para los partícipes

en un delito distinto al originalmente pretendido por ellos pueden darse si no hay concierto (conocimiento) previo o coetáneo en el delito emergente ó contingente; así pues, los legisladores al tratar de sancionar a las personas que toman parte en la realización de un delito determinado en el que alguno de ellos comete un delito distinto al acordado (delito emergente); confundió los elementos tanto positivos como negativos del delito; es decir, que si hablamos de que los sujetos que toman parte en la realización de un delito determinado en el que alguno de ellos comete un delito distinto al acordado, pero que hayan sabido antes que se iba a cometer, es que aquí ya hablaríamos de que dicha realización de ese delito distinto, ya no formaría parte de un delito emergente, pues se tiene todo el conocimiento de que el mismo se iba a cometer y que el mismo, en su caso, se podría tomar como el medio para cometer el principal.

Pues, al tener conocimiento o voluntad por parte del sujeto activo, se diría que se cuenta con toda la intención, para cometer dicho ilícito el cual ya dejaría de ser emergente (exceptuando el caso de los delitos culposos). Pues, si se sabe que se va a cometer dicho delito, ya no brotaría como algo notoriamente natural, pues como ya se dijo en los apartados anteriores la voluntad es el aspecto subjetivo de la acción; es la facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libre y conscientemente sus actos externos e internos.

Al respecto, cabe invocar la siguiente tesis jurisprudencial emitida por nuestro Máximo Tribunal, a efecto de reforzar el presente análisis.

DELITO EMERGENTE (PARTICIPACION), NO CONFIGURACION DEL. La regla genérica contenida en el artículo 12 del Código Penal del Estado de Sonora, consistente en que si varios delinquentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo de los otros, todos serán responsables en la comisión del nuevo delito, no es aplicable cuando se advierta de autos que el nuevo delito no era un medio adecuado para cometer el principal, que no es una consecuencia necesaria o natural del ilícito principal o de los medios concertados, que los coimputados no estaban presentes en la ejecución del nuevo delito o que, estándolo, hicieron cuanto estaba de su parte para impedirlo o que no sabían antes que se iba a cometer el nuevo ilícito, en consecuencia, cuando se dé alguno de estos requisitos, la coparticipación en el delito emergente es inexistente.

Novena Época.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VIII, Agosto de 1998.- Tesis: V.2º. J/32.-Pagina: 721

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 10/89. José Bernabé Bernal Solís. 18 de abril de 1989.

Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Antonio Ibarra Fernández. Secretario: Mario Octavio Vázquez Padilla.

Amparo directo 360/93. Natividad Cerritos Moreno. 25 de agosto de 1993.

Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretaría: Rosenda Tapia García.

Amparo directo 498/94. David Alfonso Noriega Montoya. 13 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente; Ricardo Rivas Pérez. Secretaría: Rosenda Tapia García.

Amparo en revisión 292/94. Ricardo Alejandro y David Alonso Álvarez Corrales. 7 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretaría: María de los Ángeles Peregrino Uriarte.

Amparo directo 106/97. Ernesto Alonsos Lizárraga Sánchez. 24 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Raúl Oropeza García. Secretaría: María de los Ángeles Peregrino Uriarte.

Nota: Esta tesis fue publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V. junio de 1997, Pagina 60; por instrucciones del Tribunal Colegiado se publica nuevamente con las modificaciones que el propio tribunal ordena sobre la tesis originalmente enviada.

Así pues; se transgredió la frontera de la figura jurídica referente al dolo, pues en un aspecto sencillo al hablar de conocimiento previo de un hecho, indiscutiblemente entraríamos a los conceptos de acción y voluntad, los cuales se trataron en los capítulos anteriores y que van ligados con el dolo, que es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho tipificado en la ley como delito, por lo que al tener pleno conocimiento de la realización de un delito, ya no estaríamos ante la presencia de la figura jurídica del delito emergente, toda vez que hablaríamos de una conducta dolosa previamente maquinada, que nada tiene

que ver con el delito emergente, pues esta figura siempre va a nacer cuando efectivamente no se tiene conocimiento de su realización.

Por otro lado, al existir conocimiento previo de que uno de ellos cometerá un delito distinto al acordado, aún sin estar de acuerdo, pero se persiste en la ejecución del delito originalmente acordado, se está en presencia de una colaboración o cooperación, que puede ser psicológica (asesoramiento técnico o el reforzamiento de la decisión del autor), o física, mediante la cual se favorece la comisión del delito, la cual como se estableció en el capítulo anterior se trata de una mera complicidad.

Ahora bien, por lo que hace a la fracción IV, del ordenamiento en comento que a la letra dice:

“Fracción.- IV.- Que cuando hayan estado presentes en su ejecución, no hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.”

En primer término, para comprender la naturaleza de la fracción antes citada, se debe precisar que el concurso material existe cuando un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes que con relación a tipos diversos; por lo que, en el caso del concurso material, al haber varios delitos dentro de una secuela delictiva, unos por la naturaleza de la secuela son de necesaria ejecución, pero puede haber uno o algunos que sean contingentes; como es el caso del heredero último en la línea de sucesión que, en momentos distintos, priva de la vida a los demás que le preceden, los cuales son necesarios en el sentido lógico-

material, y puede requerirse para el logro del propósito inicial en tal secuela, la "necesidad" de eliminar a algún testigo de los homicidios; por lo que este nuevo homicidio sería un delito contingente; sin embargo, en el caso del delito emergente, el delito cometido por el partícipe, ni siquiera tiene el carácter de contingente, siendo el típico ejemplo cuando quienes son partícipes de un robo a casa habitación y uno de ellos viola a una persona dentro de dicha casa; si los demás partícipes están presentes y no se oponen, la ley ordena la imposición de una pena, según su propia culpabilidad, salvo que se opongan materialmente al nuevo delito.

En estos casos, la lógica queda marginada, porque en la corresponsabilidad del delito emergente, no hay nexo o relación de causalidad física o psicológica entre quien ejecuta el nuevo delito y los corresponsables, causando ello que el normativismo como imperativo, sustituya a la lógica.

Lo anterior tiene su razón de ser, puesto que la ley convierte a todos los participantes en garantes de cualquier bien jurídico que se afecte durante la secuela de ejecución-consumación del delito principal; es decir, su conducta es de comisión por omisión. En este caso, no hay el nexo o relación, ni tampoco la causalidad material, y sin embargo, se irroga pena sin que los demás partícipes hayan puesto una condición para el nuevo delito, siendo ésta una excepción a la regla aplicando una pena sin que exista nexo causal entre el comportamiento y el resultado.

Por otro lado, puede creerse que existe una contradicción al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, debido a que sólo pueden obtenerse los presupuestos de la punición por omisión a través de una interpretación de los

preceptos concretos, los cuales en su formulación casi siempre están concebidos a la medida de los hechos comisivos y no de los omisivos; sin embargo, si se considera al tipo penal como concepto sistemático fundamental, como norma, cuyo tratamiento dogmático no está condicionado por la conminación o amenaza del Derecho Penal, sino por la estructura de la conducta incriminada, entonces los delitos tanto de comisión como los de omisión se apartan como tipos autónomos, porque la imputación se basa en requisitos distintos para la punibilidad en general y para las formas de participación en particular, debiendo subsumirse ambas formas de conducta (cometer y omitir) en un tipo unitario.

Asimismo, es menester señalar, que en el caso de los sujetos que cometen un delito de omisión propia, el o los omitentes no llegan a ser autores por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado, en virtud de que, si solamente existiera la ausencia de dominio del hecho, deberían ser considerados cómplices y no autores, lo cual no acontece en el caso de la comisión por omisión (deber de garante), pues en esa circunstancia el sujeto sí tiene dominio del hecho, es decir, por lo general el obligado a socorrer tiene el dominio de la situación, plenamente, o en gran parte, pudiendo mediante su intervención darle el giro decisivo.

Desde nuestro punto de vista, en el caso del delito emergente previsto en la fracción IV del artículo 25 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el o los omitentes no son autores del delito cometido por un tercero, a pesar del deber que la propia ley expresamente les otorga de evitar el resultado, aunado a que es posible que no cuenten con el dominio del hecho.

Como lo hemos mencionado, en el delito emergente, la propia ley impone un mandato o un deber de garante, a todos los partícipes de un primer delito, del bien jurídico que pudiera resultar lesionado en la comisión del segundo delito por uno de los autores del primer delito, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal vigente; por lo que debido a ello, en el caso de que sean varios los omitentes del segundo delito en impedir el resultado, todos ellos, deberán ser castigados como coautores por omisión del delito que resultare, porque la propia ley les establece un deber común.

Sin embargo, consideramos que a pesar del deber de garante con el que dichos sujetos omitentes cuentan, realmente, en sentido estricto no son autores, tan es así que, aún cuando el deber de garante tiene dos funciones: fundamentar la punibilidad y al mismo tiempo la autoría; en el caso concreto sólo se reúnen los requisitos de la punibilidad; esto es, en virtud de que, la punibilidad requiere simplemente que de un precepto se deduzca que, el que permanece inactivo sea responsable del bien jurídico protegido típicamente; y, por su parte, la autoría en la omisión requiere además que la omisión equivalga en cuanto a su desvaloración ético-social al hacer descrito primariamente en la ley, es decir a lo exactamente descrito en el tipo penal, lo cual a nuestro parecer en el delito emergente no acontece.

En suma, consideramos que al no haber esta equivalencia entre la omisión y la acción, la posición de garante en el caso del delito emergente surte efecto fundamentador de la pena, pero no se da autoría por omisión correspondiente a la comisión.

Asimismo, es menester señalar que, a diferencia de nuestra anterior legislación, el deber de garante de los partícipes de un delito en relación al bien jurídico en el caso de que uno de ellos cometa un segundo delito, solamente se desprende del artículo 25 en su fracción IV que dice "IV.- Que cuando hayan estado presentes en su ejecución, no hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo"; y no así del artículo 16, porque si bien es cierto, el legislador acertadamente, delimita los casos en los que existe el deber de garante, el mismo precepto en su fracción III, inciso c, establece textualmente "Con una actividad precedente, **culposa o fortuita**, generó el peligro para el bien jurídico", por lo que en el caso del delito emergente, siendo el actuar precedente la realización de un primer delito, el cual necesariamente tiene un actuar doloso por parte de sus partícipes, no se encuadra dentro de esta fracción, creando así una contradicción con el deber de garante establecido en el artículo 25.

4.4 CONSIDERACIONES

Una vez analizado el círculo que envuelve al artículo materia del presente trabajo, nos encontramos con aspectos que hacen mas difícil su entendimiento y aplicación, en virtud de la falta de apreciación jurídica que entraña su naturaleza, por lo que, pasaremos ahora ya en específico a nuestra propuesta, en la cual sin mayores pretensiones solo intentamos clarificar las ideas impuestas en el Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal.

De la actual redacción del artículo 25 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, consideramos que es pertinente la supresión de los supuestos previstos en las fracciones III y IV; en virtud de que, de su análisis, los mismos, no son

acordes a la figura del delito emergente, puesto que el panorama actual debe presuponer conceptos más acordes a la realidad.

La primera de ellas que dice "Que hayan sabido antes que se iba a cometer", debe ser suprimida, toda vez que, como ya dijimos, resultaría ilógico suponer que el o los delitos fueran de creación nueva, pues si se tiene pleno conocimiento de que los mismos pueden acaecer en un mundo fáctico aunado a que si se sabe que se va a cometer dicho delito, ya no brotaría como algo notoriamente natural, pues como ya se dijo en los apartados anteriores la voluntad es el aspecto subjetivo de la acción; es la facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libre y conscientemente sus actos externos e internos.

Por lo anterior, no se debe pasar por alto que en el derecho, por lo menos en el Derecho Penal, no se debe olvidar la lógica formal, la cual en ocasiones tiene más jerarquía que el normativismo planteado por los legisladores; es por lo que, consideramos que al haber previo conocimiento por parte de los otros sujetos delincuentes intervinientes en el primer delito, aún y cuando no exista acuerdo previo entre ellos para la comisión del segundo delito, pero si teniendo conocimiento de la futura comisión del segundo delito por parte de uno de ellos, persisten en la ejecución del primero, se actualiza la hipótesis de la complicidad prevista en el artículo 22 fracción V, esto es, porque al persistir en su acuerdo original, refuerzan psíquicamente la idea del autor del segundo delito para llevar a cabo su comisión, realizando actos típicos de complicidad ya analizados en apartados anteriores.

Por lo que hace al supuesto de la fracción IV, establecemos la supresión de la misma, pues creemos que lo óptimo sería que el deber de garante que se

actualiza en el caso del delito emergente, quedara incluido, dentro de los incisos que establecen la calidad de garante en el artículo 16 del Código Penal, suprimiendo la frase "culposa o fortuita" del inciso c), ya que en esencia, está en posición de garante todo aquel sobre el cual recae la obligación jurídica de impedir un resultado prohibido (antijurídico) y asimismo consideramos que efectivamente los omitentes del segundo delito al cometer el primero y al actuar, en dado caso, mediante un dolo eventual, originaron una fuente de peligro o una situación de riesgo que acentúa la amenaza contra el bien jurídico, debiendo asumir el control de ese peligro y riesgo en forma de mantener indemne al bien.

Por lo que, según nuestro estudio, y tomando en cuenta tanto las diversas teorías que engloban al Derecho Penal, así como los diversos criterios emitidos por Nuestro Máximo Tribunal y las legislaciones penales de otros estados, consideramos, que el artículo 25 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, debe encontrarse redactado de la siguiente forma:

Artículo 25.- (Delito emergente) Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto al acordado, todos serán responsables de éste, cuando éste sirva de medio adecuado para cometer el principal o que sea una consecuencia necesaria o natural de aquél, o de los medios concertados.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dentro del avance y desarrollo del presente estudio, nos hemos percatado que, la interpretación de la ley, incluso en materia penal, no es exclusivamente descifrar la voluntad del legislador, sino el texto de la ley, lo cual es mucho más amplio. Esto no significa que la interpretación haya de ser puramente gramatical, pues las palabras que el legislador utiliza no se agotan en su sentido lingüístico; para verificar esto, basta pensar en la equivocidad de muchos de los términos que la legislación maneja y sobre todo, en la necesidad de usar vocablos que posean un sentido propiamente jurídico, no creado por los legisladores.

SEGUNDA.- En el Derecho Penal, al materializar la norma jurídica, es decir al aplicarla a los casos concretos, existe una estricta prohibición constitucional respecto a la aplicación analógica; sin embargo, esta prohibición no se refiere a la interpretación analógica de la ley penal, pues, con esta última, se intenta aclarar el sentido de la norma y no aplicar normas inexistentes como en el caso de la aplicación analógica.

TERCERA.- Cuando una conducta delictiva, se realice bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea mediante acción u omisión, se estará ante una causa de exclusión del delito, es decir, una excluyente de responsabilidad penal, siendo el único caso en que la ignorancia de la ley penal excusa su aplicación.

CUARTA.- En los delitos denominados de comisión por omisión, la conducta de omisión se castiga por ser equivalente a la acción; esto es, porque al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo penal, e incumple este deber, debe ser considerado autor.

QUINTA.- Se debe entender de sobremanera que, pese a que la intervención de una pluralidad de personas en una obra es un acontecer propio de la vida corriente, se mantiene una larga disputa de interpretación entre los conceptos de autor y partícipe; por lo que no se pone en duda que la ley puede desvalorar las conductas de distinta forma, pero lo que no se puede alterar es el objeto de la valoración pues está ligado a la realidad que la teoría penal no puede desconocer.

SEXTA.- Cuando una o varias personas tienen conocimiento de la intención de otra persona de realizar un hecho delictivo y cooperan con el mismo mediante consejos técnicos o mediante reforzamiento psicológico, aún cuando no intervengan directamente en la ejecución del delito, se está ante la figura jurídica de la complicidad.

SÉPTIMA.- Para que exista el delito emergente y la responsabilidad consecuente por parte de sujetos distintos del autor, es condición *sine qua non* que exista participación en sentido amplio, respecto del delito que primeramente se habían propuesto cometer.

OCTAVA.- Otra condición indispensable en la figura jurídica denominada delito emergente, es el *dolo eventual*, mismo que, en el caso en concreto, se actualiza cuando varios individuos se organizan para cometer un delito determinado; y si durante su ejecución uno de ellos comete un delito diverso, todos los participantes son responsables del nuevo delito, porque existió previo acuerdo en la comisión del primer ilícito; pues la previsión del legislador incluye la responsabilidad de todos los participantes del resultado típico producido y no acordado, puesto que los activos del primer delito, pudiendo prever el resultado consistente en la actualización de otro delito, aceptan el mismo.

NOVENA.- La redacción del artículo materia del presente estudio, es contradictoria e infortunada, por un lado las formas positivas y las negativas se alterman, haciendo confuso el sentido de la ley, y por el otro, de la propia redacción del mismo no se puede saber si es necesaria la concurrencia de todas y cada una de las condiciones señaladas en sus incisos a efecto de que el nuevo delito sea imputado a los varios delincuentes y no solo al que lo ejecutó, o si por el contrario sólo se requiere la existencia de una de ellas.

DÉCIMA.- Dentro de la figura jurídica del delito emergente, es necesario señalar que a nuestro juicio vemos una corresponsabilidad, misma que se basa sin causa física, en la sola imputación moral, base de la normativa; pues aunque no es verdad que el nuevo delito es propio de todos, la ley quiere que así lo sea; y ello es así por que todos son causa moral del resultado total.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI REQUENA IRMA, Derecho Penal, Editorial Harla, México, 1997
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL Y CARRANCA Y RIVAS RAUL, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, México, 2000
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL Y CARRANCA Y RIVAS RAUL, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1999
- CARRARA FRANCISCO, Derecho Penal moderno y español, en adiciones a la traducción española del Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, vol. I, Reus, Madrid, 1992
- CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1996
- CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, Barcelona, 1940
- GARCÍA MAYNEZ EDUARDO, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1970
- GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, México, 1985
- GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1996
- JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, La ley y el delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980
- JIMÉNEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1973
- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México, 1996
- MEZGER EDMUND, Derecho Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN MERCEDES, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant 1ª Blanch, Valencia, 2002

- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Lecciones de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1975
- PORTE PETIT CANDAUPAP CELESTINO, Apuntamientos a la Parte General de Derecho Penal, Editorial Regina de los Angeles, México, 1973
- UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1988
- VILLALOBOS IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1975
- QUIJADA RODRIGO, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado, Angel Editor, México, 2003

LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Edición Instituto Federal Electoral, México, 2003
- NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial SISTA, México, 2004
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial ISEF, México, 2003
- CÓDIGO PENAL FEDERAL, Editorial ISEF, México, 2004
- CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Editorial ISEF, México, 2003
- AGENDA DE AMPARO, Editorial ISEF, México, 2002