



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

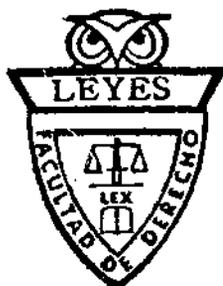
FACULTAD DE DERECHO

"LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL
DOLO, EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y SU APLICACIÓN EN
DERECHO POSITIVO MEXICANO".



T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
C. HÉCTOR HUGO GARCÍA RODILES



ASESOR: DOCTOR JOEL SEGURA MATA.

m 344752



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Hector Hugo
García Rediles

FECHA: 31-05-05

FIRMA: 



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/084/SP/04/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

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

El alumno **GARCÍA RODILES HÉCTOR HUGO**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. JOEL SEGURA MATA**, la tesis profesional titulada "**LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y SU APLICACIÓN EN DERECHO POSITIVO MEXICANO**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. JOEL SEGURA MATA** en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y SU APLICACIÓN EN DERECHO POSITIVO MEXICANO**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **GARCÍA RODILES HÉCTOR HUGO**.

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

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

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 14 de abril de 2005

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

JPPyS/*ipg.

DEDICATORIA

A Dios

Señor:

*Tú que en silencio me has acompañado
a lo largo de mi vida y sin pedirme nada
a cambio hoy me regalas la alegría de ver
realizado uno más de mis sueños, guarda mi
corazón cerca de ti y guíame día con día
en el camino que lleva hacia tí.*

ÍNDICE

	Págs.
DEDICATORIA.....	V
INTRODUCCIÓN.....	VI

CAPÍTULO PRIMERO.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO.

1.1 Dolo.....	10
1.2 Culpa.....	16
1.3 Antijuridicidad.....	22
1.4 Concepto de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.....	28
1.5 Diversas denominaciones.....	34
1.6 Diferencia entre el Dolo y los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.....	42

CAPÍTULO SEGUNDO.

EVOLUCIÓN DOCTRINAL

2.1 En la teoría causalista.....	45
2.2 En la teoría finalista.....	55
2.3 En la teoría funcionalista.....	62

CAPÍTULO TERCERO.

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA VIGENTE.

3.1 Fundamento constitucional.....	76
3.2 Tipos que contienen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo en el Código Penal Federal.....	103
3.3 Tipos que contienen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	119
3.4 En la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.....	142
3.5 Jurisprudencia.....	145

CAPÍTULO CUARTO.

ASPECTOS RELEVANTES DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO.

4.1 Importancia de la Evolución Doctrinal sobre los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y Teorías relacionadas.....	160
4.2 Dificultades para acreditar los elementos subjetivos del tipo.....	176
4.3 Consecuencias de su acreditación o no acreditación.....	181
4.4 El error de tipo en relación con los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.....	183

CONCLUSIONES.....	194
--------------------------	------------

PROPUESTA.....	200
-----------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	204
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Un aspecto que ha sido poco estudiado por los diversos tratadistas de Derecho Penal es el relativo a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

Al parecer se ha subestimado por darle mayor importancia al propio dolo, y que estos únicamente son tomados en cuenta como un particular motivo, intención, tendencia o propósito requerido, expresa o implícitamente al agente durante la realización de la conducta típica.

El legislador únicamente reconocía la existencia del dolo como elemento subjetivo, y no de los demás elementos subjetivos que concurren en la comisión de algunos delitos, de los cuales nos encargaremos de hablar en el presente tema de estudio.

Consideramos que en la actualidad ya no es importante la discusión con los seguidores de la doctrina causalista, en relación con la ubicación del estudio del dolo al analizar los elementos del delito en lo general y del tipo en lo particular, la mayoría de los profesores de Derecho Penal ya siguen la teoría finalista, e incluso, algunos se inclinan por la teoría funcionalista, por lo que no cabe duda que el dolo se estudia como el elemento subjetivo del tipo y al lado de este se ubican otros elementos subjetivos que se refieren al autor del delito, que deben acreditarse además del dolo.

Como la mayoría de nosotros reconocemos que el dolo constituye en los delitos dolosos el núcleo del injusto personal de la acción y puede conceptuarse por ello como el elemento subjetivo general del tipo: el dolo determina el inicio, el curso, la dirección y la meta de la acción.

No obstante, al dolo se suman con frecuencia especiales elementos subjetivos del tipo, que son también componentes del injusto personal de la

acción, en tanto que caracterizan más detalladamente la voluntad de la acción del autor.

Como modificaciones de la voluntad típica de la acción, ofrecen, al igual que el dolo la estructura de la finalidad y se refieren, como éste, al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a la forma y manera de su lesión.

Por lo que, con el presente trabajo pretendemos demostrar que los elementos subjetivos distintos del dolo son componentes del tipo del injusto de la correspondiente clase de delitos.

Por eso debe concurrir también para imponer una medida de corrección o seguridad a quien carece de capacidad de culpabilidad, ya que en otro caso faltaría la acción conminada con pena.

De esto vemos la importancia que tiene, en primer lugar, comprender el concepto y alcance de estos elementos y en segundo lugar, integrarlos para poder más tarde comprobarlos, tanto para el Ministerio Público como para el Juez, así, para que el defensor acredite su integración con dichos elementos subjetivos del tipo distintos del dolo para poder lograr una defensa exitosa.

Por lo que se pretende que el lector comprenda la trascendencia y alcance que han tenido los diferentes elementos subjetivos del tipo distintos del dolo a lo largo de nuestra historia explicados obviamente por los diversos doctrinarios del derecho, y para que posteriormente el mismo lector analice los diversos conceptos que se han dado para identificar a estos elementos subjetivos, las diversas denominaciones que les han otorgado los estudiosos del derecho y las consecuencias de su acreditación o no, al tratar los casos particulares.

Se analizara dentro del presente trabajo lo referente a la revisión de algunos tipos del derecho positivo mexicano que contienen estas figuras jurídicas como son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código

Penal Federal, El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, así como algunas tesis emitidas por los Tribunales Federales cuando han resuelto asuntos relativos a nuestro tema.

Por último se estudiará el aspecto negativo de dichos elementos que son sin duda alguna el error de tipo en relación con los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, así, como las consecuencias de su acreditación o no acreditación en el Derecho Positivo Mexicano, también se analizara las dificultades que con lleva para la acreditación de los elementos subjetivos del tipo y por último se hablará de las opiniones de los diferentes tratadistas del derecho penal respecto de los elementos subjetivos del tipo, ya que es importante resaltar su evolución doctrinal y el tratamiento que les han dado las diversas opiniones de los grandes doctrinarios de la época.

Tenemos la intención de lograr encontrar soluciones a los diversos problemas que detectamos al revisar los textos de los tratadistas y al ver la aplicación práctica de los tipos penales que los contienen.

Empero, se pretende con el presente trabajo, que las autoridades competentes como lo son el Ministerio Público y el Juez tomen en consideración los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo que concurren en la acción de una conducta antijurídica por el sujeto activo y que a su vez den oportunidad tanto a los defensores de oficio como a los actuales y futuros abogados de poder aportar estos medios como prueba plena de la acción.

Por tanto, que las autoridades competentes no sean tan severas en aplicar las leyes penales cuando una persona cometa un delito menor, es decir, que los legisladores tomen en cuenta la intención, el motivo, la tendencia y el propósito requerido, expresa o implícitamente al agente durante la realización de la conducta típica, y por lo consiguiente, que se analicen y estudien con detenimiento y cuidado los actos que cometa el agente, ya que de una resolución que emitan

las autoridades competentes depende el bien jurídico protegido de una persona que es la libertad personal, esta resolución será satisfactoria y positiva para la comunidad delictiva si se toman en cuenta los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

CAPÍTULO PRIMERO.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO.

1.1 Dolo.

Uno de los factores importantes acerca del dolo es la pura exposición sobre la localización sistemática del mismo, así pues sea en la culpabilidad como lo sostenía uno de los sistemas tradicionales denominado causalismo, o en el propio tipo como lo sostenía el finalismo; por lo consiguiente diríamos que el finalismo no abandona la tradicional tripartita: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad; ni siquiera introduce o suprime nuevos datos.

Lo más trascendente del estudio del dolo son sus presupuestos, la relación que guarda con los elementos del delito, su conceptualización y algo muy importante es asentar las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación ya sea del finalismo o del causalismo.

Por lo que, los objetivos centrales es exponer las consecuencias jurídicas de la interpretación del dolo conforme a los diversos sistemas adoptados por el derecho penal.

Sin embargo, en la práctica la mayoría de los abogados manifiestan y exponen acerca del Derecho Penal sólo por lo que respecta al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales y las demás leyes aplicables en la materia; en cambio las teorías como la clásica, neoclásica, finalista y funcionalista son puras cuestiones que ellos no contemplan y no las consideran como tal, y es ese el problema que se presenta en la enseñanza que se imparte en las Universidades Particulares en donde los alumnos son un tanto prácticos como lo menciona uno de mis profesores de la Facultad de Derecho "un tanto codígeros", y eso crea un conflicto al momento de que un Juez o un Ministerio Público ejercita acción penal en contra de una persona, es decir,

nuestras autoridades sólo aplican el Derecho Penal en la parte objetiva y nunca la complementan con la parte subjetiva y esto es lo que ocasiona que muchas personas se encuentren en los Centros de Readaptación Social sin saber cuando la autoridad correspondiente se ocupe de sus procedimientos.

Por lo tanto mencionaremos al respecto diversos conceptos de los autores más trascendentales del Derecho Penal tanto Nacionales como Extranjeros; así el maestro Sergio J. Medina Peñaloza menciona que "el dolo se entiende como finalidad tipificada, que implica el conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo penal y la voluntad, que según su intensidad, da origen al dolo directo y eventual, es la voluntad de dirección final orientada a la realización del tipo; es decir, significa conocer y querer la realización típica, que exige como condiciones: el conocimiento de las circunstancias del hecho, la previsión del resultado y la previsión del curso de la acción (conexión causal), el dolo constituye el núcleo del injusto personal de la acción en los hechos dolosos, siendo el elemento subjetivo general del tipo que determina el curso, dirección y meta de la acción, lo que supone la existencia de dos dimensiones que lo conforman:

a) *Dimensión Intelectual.* Requiere la conciencia de lo que se quiere; esto es, el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas de hecho del tipo penal, sean positivas o negativas por lo que no abarca la conciencia de la antijuricidad (conocimiento del tipo), asimismo su intensidad es diferente según se trate del fin, medios o circunstancias concomitantes, bastando un conocimiento lego de los elementos normativos (en el común del conocimiento de las gentes sin que éste sea técnico); en resumen, el conocimiento de realización debe ser:

- . De todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo penal;
- . Actual y no meramente potencial;
- . No abarca la conciencia de la antijuricidad;
- . Con relación a ciertos elementos normativos no se requiere conocimiento técnico, sino lego; es decir, que no es un conocimiento especializado.

b) *Dimensión Volitiva*. Entraña la voluntad (querer) de realizar los elementos objetivos del tipo (resolución del hecho), donde el autor se asigna una posibilidad sobre el influir sobre el acontecer real.

Según la voluntad aumente o disminuya en intensidad puede dar lugar al **dolo directo**, que se plantea con relación al fin propuesto; **dolo eventual**, según se acepten las consecuencias secundarias; **culpa con representación**, donde se rechazan las consecuencias secundarias y **culpa sin representación**, como el caso fortuito.”¹ Es decir, que el elemento subjetivo en comento puede adquirir la manifestación de dolo directo, indirecto y eventual o culpa; cualquiera de las dos primeras clases puede darse bajo la forma de dolo alternativo, cuando el autor quiere efectuar una acción perfectamente determinada, pero no sabe entre dos o más tipos legales, cual realizará con ella, surgiendo problemas para identificarlos, en el caso del delito no consumado.

Otro de los autores más distinguidos en la rama del Derecho Penal es el Doctor Raúl Carranca y Trujillo y su hijo el Doctor Raúl Carranca y Rivas que mencionan respecto del dolo que “de lo dicho aparece que para nuestra ley penal el dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o que sea dañada, sobre ser voluntaria la acción deberá estar calificada por la dañada intención para reputársela dolosa, obrará, pues, con dañada intención aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito representándose las circunstancias y la significación de la acción, un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo, de aquí que se le defina como la conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito.

Así el ilustre tratadista Jiménez de Asúa menciona que el dolo es aquella voluntad consciente del sujeto dirigido a un hecho incriminado como delito; por otra parte el Doctrinario Florián menciona que el dolo es como conocimiento y querer, de la concreción del tipo; por su parte el tratadista Weltzel argumenta

¹ MEDINA Peñaloza, Sergio J. Teoría del Delito. Primera Edición. Editor Ángel. México 2001. Pp.135 a 136.

que el dolo es como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso; también menciona al respecto Cuello Calón, que se entiende que la valoración legal del fin no tiene que ser necesariamente prevista por el agente, pues puede ignorar que sea realmente ilegal ya que el delincuente dirige su voluntad a los encuentros prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica.

De *dañada intención o intención criminal* hablan los comentaristas autorizados del c.p. Ceniceros y Garrido cuando se refieren al dolo, es decir, de *animus necandi*, como elementos del dolo unas teorías subrayan como el más importante la voluntad (teorías de la voluntad) y otras el conocimiento que se tenga del hecho querido (teorías de la representación).²

Por lo que los elementos constitutivos del dolo son, en todo caso, la previsión del resultado ilícito o sea de las consecuencias de la acción, y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado, en suma, elementos intelectuales y emocionales, no basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin previsión, la voluntad sin previsión es ciega; la previsión sin voluntad es vana, el derecho no puede prescindir de ninguna de las dos.

Así pues otro de los tratadistas que dan un concepto no menos importante acerca del dolo es el maestro mexicano Gustavo Malo Camacho que opina al respecto "la categoría de elemento subjetivo de la tipicidad el dolo, que permite atribuir la voluntad de un comportamiento a su autor. El delito, en cuanto conducta típica y antijurídica, o injusto, no puede ser entendido como algo exclusivamente objetivo, sino tienen que ser considerado como el comportamiento de una persona física, que se da dentro de un cierto ámbito situacional social y tal comportamiento implica una actividad que refleja su presencia dentro del marco de relación social de esa persona en el mundo.

² CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Decimanovena Edición, Editorial Porrúa, México 1997. Pp.441 a 442.

Si el derecho implica un ámbito de relación social, es natural que en la relación que previene, vincule a los miembros de la comunidad, en manera tal que, la conducta prohibida u ordenada por la ley, supone precisamente la conducta de un sujeto, a partir de su voluntad, que afecta el interés jurídico de otro, al lesionar o poner en peligro sus bienes jurídicos.

La conducta típica previene siempre la conducta de alguien que afecta a un tercero y en ella queda recogida su voluntad que implica el dolo, por esto, el tipo penal aparece conformado por un elemento objetivo y por otro subjetivo, además del normativo mismo.

Este dolo típico es el que tiene que darse en la tipicidad, a fin de que la conducta cuya tipicidad se analiza, sea atribuible al tipo penal correspondiente, en síntesis, la acción, como la omisión, para ser típica, debe ser dolosa o culposa.

Para que una persona pueda ser responsabilizada de la comisión de un hecho delictivo es indispensable que, desde el punto de vista psicológico, haya actuado con dolo, es decir, que haya querido la realización de un hecho delictivo, en la inteligencia de que el querer implica el conocimiento, o bien, que ese hecho hubiese sido cometido en forma culposa, es decir, que siendo previsible no haya sido previsto, o previó confiando en que no se produciría, violando un deber de cuidado. Sobre la base de éste mínimo psicológico necesario para responsabilizar penalmente a una persona, queda eliminada la posibilidad de la responsabilidad objetiva penal.

En resumen, el dolo es el conocimiento y el querer una conducta típica, o lo que es lo mismo, en la perspectiva del análisis normativo del tipo, el dolo como el elemento del tipo penal es el conocimiento y el querer de la parte objetiva y normativa del tipo. Dolo es querer el resultado típico, en todo su ámbito situacional; es la voluntad de realizar el tipo objetivo o parte objetiva del tipo, guiada por el conocimiento. Es una voluntad que presume el

conocimiento, por esto, con razón, se afirma que dolo es representación y voluntad.³

Al respecto los tratadistas Olga Islas y Elpidio Ramírez en su Libro *Lógica del Tipo en el Derecho Penal* menciona que "para definir la voluntad dolosa deben tomarse en consideración los elementos objetivos del tipo, o sea: el objeto al cual se refiere el dolo es precisamente la parte objetiva del tipo.

En este punto hay coincidencia con la teoría de la acción finalista, y, además, en tanto que sostiene un concepto de dolo no valorado (dolo natural, dolo neutro valorativo), se disiente, en cambio, en lo referente a la definición misma de dolo, esta divergencia se debe a que el modelo contiene, como elementos del tipo, el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal, elementos no considerados ni por los partidarios de la teoría finalista ni por los autores afiliados a las doctrinas causalistas, en estas condiciones, el concepto de tipo del modelo es más amplio que el propuesto por la doctrina en general.

Por ser, como ya se anotó, tanto el deber jurídico penal como la violación al mismo, elementos típicos valorativos, un concepto de dolo que los comprenda traerá como consecuencia un dolo normativo, valorado; pero precisamente éste es el dolo de las teorías causalistas- que incluyen el conocimiento de la ilicitud-, ya superado por los autores finalistas.

Consecuentemente, se excluye de la definición de dolo toda referencia a los elementos valorativos, por tanto, *dolo es conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo típico.*

La definición apuntada corresponde al dolo denominado *directo*, el *eventual* se configura por la mera aceptación; consecuentemente, *dolo eventual es conocer y aceptar la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo típico*, el dolo de consecuencia *necesaria* es un caso

³ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 2000. Pp.354 a 355.

particular de dolo directo, y surge cuando el sujeto quiere su actividad y conoce que con ella va a producir necesariamente las consecuencias típicas.”⁴

Una vez concluida la exposición de los grandes tratadistas del Derecho Penal, mencionaremos una breve pero concreta explicación de lo que nosotros consideramos como dolo, así pues, el dolo es una finalidad que va a implicar un conocimiento de realización de los elementos objetivos del tipo penal y una voluntad, así la voluntad va orientada a la realización del tipo, por lo que el dolo va a constituir el núcleo del injusto personal de la acción de los hechos realizados por el sujeto activo por aquellos hechos denominados dolosos.

El dolo también abarca una intención y ésta ha de ser de delinquir o de ser dañada, es un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, el fin del acto ilícito no tiene que ser necesariamente previsto por el agente, pues éste puede ignorar que sea realmente ilegal, ya que el delincuente va a dirigir su voluntad a los encuentros prácticos de su hecho, sin que éste se preocupe de su naturaleza jurídica.

Por lo que, el dolo es aquella realización de una conducta antisocial la cual es cometida con una voluntad e intención de hacer una acción que va a perjudicar a otra persona y que a sabiendas de esto la realiza.

1.2 Culpa.

La culpa es otro de los conceptos fundamentales que abarca la presente tesis, así pues, es menester explicar y ampliar un poco acerca del concepto de culpa ya que es otra de las piezas importantes para poder armar y estructurar el cimiento de lo que será un trabajo trascendental, por lo que, considero importante mencionar algunos de los diferentes puntos de vista que tienen los diversos tratadistas del Derecho Penal para poder explicar al final de éste punto un concepto personal.

⁴ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. Lógica del Tipo en Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. Primera Edición. México. 1970. Pp. 65 a 67.

Los maestros Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas, mencionan acerca de la culpa que "la culpa es el otro de los grados o especies de la culpabilidad. Se ha dicho que en nuestro Derecho Penal los delitos pueden ser: I.- **Intencionales** o II.- **no intencionales o de imprudencia**," intencionales o culposos" el actual art. 8 menciona los grados de culpabilidad dolo y culpa, al decir que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, de donde resulta que los delitos de imprudencia se caracterizan por la falta de previsión y de intención, por haber producido un resultado no previsto ni querido, pero que es efecto necesario de la imprudencia (culpa) del sujeto, lo que se justifica la imputación legal.

Se define la culpa como el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley, Cuello Calón menciona que como la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado, por lo que, Mezger menciona que la culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado.

Constituye la culpa o imprudencia el límite mínimo de la culpabilidad, cuyos grados, de mayor a menor, son: a) el dolo; b) el dolo eventual; c) la culpa con representación; d) la culpa, fuera ya del ámbito de la culpabilidad queda el caso fortuito.

Para Carrara la culpa es la voluntaria omisión de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsible del propio hecho; es la falta de conciencia de la criminalidad de nuestros actos derivada de nuestra negligencia, según Carrara, el trípede sobre el que descansa la noción de culpa lo constituían la voluntariedad, la falta de previsión del efecto nocivo y la posibilidad de preverlo, a estos tres elementos Brusa añadió uno más, de evidente justificación teórico-práctica: la prevenibilidad, que ya también Carrara había anticipado; culpa era, pues, la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible (Brusa). Así concebida la culpa, gira, como se ve, en torno al elemento subjetivo "previsibilidad" más el objetivo "prevenibilidad" y permite mantener la

imputabilidad por vicio de la voluntad (culpa), a diferencia del vicio del sentimiento (dolo).

Esta última noción hace que la culpa gire sobre el elemento objetivo denominado "voluntaria causalidad"; en efecto el hombre debe responder de todo aquello de que es voluntaria causa y que ofende al derecho; la voluntariedad inicial y los medios antijurídicos son, por eficaces, la base del nuevo concepto; el evento dañoso y contrario al derecho es punible cuando es el producto inmediato de un acto voluntario del hombre que, si bien no se halla dirigido a un fin antijurídico, se ha manifestado con medios que se revelan como no normales a la idea del derecho (Stoppato).

Para Ferri la doctrina anterior no es si no un conjunto de elucubraciones silogísticas tomada de la farragosa literatura germánica: no es posible sostener que el delito culposo sea el resultado de una conducta voluntaria, ya que la conducta es involuntaria; sólo puede sancionarse esa conducta por que el hombre en sociedad es siempre responsable de sus actos y por que el Estado considera necesaria la defensa social contra determinadas acciones que, intencionalmente o no, conscientemente o de modo inconsciente, aparezcan por debajo del nivel de disciplina social establecido por las leyes: acciones que son, por tanto, expresión sistemática de una personalidad más o menos inadaptada a la vida social y, por ende, más o menos peligrosa, para la que no bastan las sanciones del Derecho Civil, del Administrativo, etc. De aquí la pena, no como castigo sino como defensa, adaptada a la falta de intención delictuosa y que sólo atiende al fenómeno intelectual de la atención y de la previsión, más importante hoy que nunca por efecto de la moderna civilización industrial, sentado esto y sin restar importancia a las aplicaciones fecundas de la teoría de la peligrosidad en relación con la culpa, cabe reconocer que, como lo observa Alimena, el Positivismo vuelve también los ojos al viejo cartabón de la prevesibilidad, con su perfeccionamiento en la prevenibilidad.

Por último, con relación a la voluntariedad en la culpa desarrolla Binding una penetrante interpretación: la culpa debe de ser estimada como un hecho voluntario constitutivo de "delito intencional inevitable", pues en ella la voluntad

se dirige a un acto claramente previsto en su efecto causal, aunque no como antijurídico; cierto es que falta el querer provocar una lesión jurídica prevista como efecto; pero no falta el querer la causa, pues todo el resultado es producido por el acto causal querido. La teoría de Binding hace posible hablar nuevamente de la voluntad en la culpa, unida a la previsibilidad y a la prevenibilidad clásicas. (Ej.: A, imperito en el manejo de automóviles, ocupa el lugar del piloto y, en marcha el motor, mueve la palanca de velocidades imprimiendo movimiento al vehículo y atropellando a un peatón. A, voluntariamente, puso en movimiento la causa que produjo, finalmente, por imprevisión de lo previsible y evitable, el efecto dañoso).

Debemos asentar, para concluir, que al presente la teoría de la culpa está en pleno fermento y elaboración, por el contraste a que la ha sometido el reforescimiento del dogmatismo penal.⁵

Por otro lado el maestro Sergio J. Medina Peñaloza menciona acerca de la culpa que "la culpa como elemento subjetivo del tipo implica que la voluntad de realización no se dirige al resultado típico realizado, es decir, no se extiende a aquellos resultados posibles, con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan, en atención a que, aquél que actúa confiando en que no se producirán resultados relevantes penalmente, no puede decirse que quiere realizarlos, si menos aún los ha pensado.

La culpa es consciente o es culpa con representación cuando sólo existe un simple parecer posible del resultado concomitante, donde el autor no cuenta con que realice el resultado ni confía en su exclusión, siendo problema discutido en el Derecho Penal la delimitación exacta entre dolo eventual y culpa consciente (confiar en la ausencia de realización del tipo).

Este concepto significa que el autor ha previsto el peligro concreto, pero no lo toma en serio; existe una inobservancia antinormativa del cuidado debido, o bien, confía en que el resultado de lesión no va a producirse.

⁵ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Decimanovena Edición. Editorial Porrúa. México 1997. pp. 457 a 459.

Mientras que en el dolo eventual la consecuencia secundaria se introduce en la decisión de cometer el hecho como una posibilidad seriamente estimada del curso causal, y por tanto, querida como el autor como eventualidad posible y no evitable con seguridad; en la culpa consciente, el autor advierte la consecuencia secundaria, la rechaza en último término como realidad posible y deja, pues, de quererla.

En otro orden de ideas, es culpa inconsciente cuando falta la representación del resultado, actúa con imprudencia quien está consciente del peligro, pero confía en que no se actualizará.⁶

Por otro lado el maestro Enrique Díaz Aranda menciona en su libro que "la culpa donde inicialmente Welzel fundamentó el concepto de la culpa en un concepto superior de acción, a partir del cual estructura la finalidad misma en dos especies distintas a saber: en la finalidad **actual**, propia de las acciones dolosas, y en la finalidad **potencial**, características de las culposas; en la acción dolosa el autor actúa realmente en dirección a una meta representada y querida, mientras que en la conducta culposa el resultado causado es ciertamente la consecuencia ciega (no querida) de la conducta imprecisa, el suceder no estaba como en el dolo..., dirigido a aquella meta, sino que es causal –ciego. Pero se diferencia de un puro proceso natural en el hecho de que era evitable por la posible finalidad del autor.

Pese a lo dicho por el Doctrinario Welzel, la fundamentación de la culpa en una **finalidad potencial** fue el punto más vulnerable de la teoría finalista, debido a que esa finalidad no estaba encaminada propiamente hacia la provocación de un resultado.

Lo anterior llevó al tratadista Welzel a un replanteamiento de la culpa y dirigirla después sobre la base de un elemento objetivo; así en las acciones culposas el fin último es normalmente irrelevante, pero no lo es la ejecución

⁶ MEDINA Peñalosa, Sergio J. Teoría del Delito, primera edición. Editor Ángel, México 2001. Pp. 138.

total, en esos supuestos las normas exigen en la selección y utilización de los medios la aplicación de una medida mínima de dirección final... con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados, en este sentido, la finalidad perseguida por el sujeto dejaba de ser relevante y el modo de ejecución de la conducta pasaba a constituir el núcleo sobre el que descansaba lo desvalorado de la acción que no se había realizado como lo haría un hombre inteligente y prudente en la situación del autor.

Pero, por más que lo negaba el maestro Welzel, con él se apartaba irremediabilmente de su concepto final de acción, la cuál había calificado previamente como única conducta social relevante para el Derecho Penal, por consiguiente, si la finalidad está ausente en la culpa; entonces resulta insuficiente el fundamento original de su teoría.

Quien quiere ir al cine simplemente para ver una película y durante la conducción del auto, lo hace imprudentemente causando la muerte de un peatón, el análisis del primer momento de la voluntad final del autor nos llevará a determinar que la conducta estaba dirigida a ver una película, no hacia provocar la muerte de un peatón, sin embargo, la existencia de normas que le exigían mantener un deber de cuidado durante la conducción del auto, el cual no observó y por ello provocó el resultado socialmente indeseado, la muerte, implica la imputación de ese resultado a título de culpa cuyo sustento no radica en la finalidad que guió el autor sino en la inobservancia de un deber de cuidado.

Sobre lo desvalorado de la conducta, se dice: al igual que sucede con los delitos dolosos, tampoco el tipo de injusto de los culposos se agota en la lesión de un bien jurídico, sino que presupone siempre un determinado desvalor de la acción y contiene, como el tipo del delito doloso, un injusto personal.⁷

⁷ DIAZ, Aranda, Enrique, Dolo, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 2002. Pp. 56 a 58.

La culpa, es uno de los puntos un tanto difícil de explicar, pero sin embargo, diremos que ésta es un acto producido de un resultado no previsto ni querido, pero que interviene un factor importante denominado "imprudencia", por lo que es el resultado de una acción hecha por un sujeto, es aquella conducta que tienes que pagar por haber cometido un acto ilícito y que es sancionado por la ley penal.

Así pues, el realizar una conducta antisocial sin un cuidado necesario, que podrías evitarlo y prevenirlo, puede ocasionar un resultado dañoso y un perjuicio hacia otra persona y por eso será justo que la ley otorgue un castigo por esto, ya que se considera que hay un descuido por el sujeto que realiza esa conducta, como lo mencionan los maestros Carranca y muy atinadamente que la culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado.

Empero, la culpa es aquella conducta ilícita prevista por el sujeto, pero sin embargo, la realiza y deberá ser sancionado por la ley penal ya que es un acto que va en contra de la sociedad.

1.3 Antijuridicidad.

La antijuridicidad es otro concepto que consideró necesario mencionar en la presente tesis, por lo que tomaremos las diferentes opiniones de algunos de los maestros mas destacados en Derecho Penal; así pues el maestro Sergio J. Medina Peñaloza menciona al respecto "la antijuridicidad o antijuridicidad se concibe como lo contrario al derecho, pues radica en la violación del valor o bien protegido por un tipo penal; la palabra antijuridicidad pretende traducir la alemana *Rechtswidrigkeit*, que literalmente significa **lo que no es derecho**.

Franz von Liszt elaboró una estructura dualista de antijuridicidad, la cual es entendida en sentido formal y material:

Formal: Se compone de la mera relación de contradicción entre la conducta típica y ordenamiento jurídico, cuando una acción constituye una trasgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o prohibición de la ley.

Material: Se refiere más al contenido de la conducta que a la forma, planteada la interrogante: *¿Por qué la conducta es antijurídica?*, la cual es respondida en diversos sentidos:

- . Por que lesiona intereses colectivos.
- . Por que lesiona las normas de cultura.
- . Por que lesiona el deber de fidelidad que todo individuo tiene frente al Estado (correspondiendo a la época nacionalista en Alemania, observándose el principio de utilidad en perjuicio del de legalidad).
- . Por que lesiona o ponen en peligro bienes jurídicos que competen al Derecho Penal, generando una teoría del bien jurídico.

Es preciso mencionar que esta concepción dualista, ha tenido una aceptación escasa entre los doctrinarios que se inclinan por una unidad de lo antijurídico y actualmente se encuentra superada.

La antijuricidad implica una confrontación entre el acto realizado y lo que la ley penal pretendía que se realizase, este aspecto del delito se cimienta en un juicio de valor por el que se declara que la conducta perpetrada no es aquella que el Derecho demanda, y por tanto no es conforme a derecho.

En la práctica, la comprobación de la antijuricidad, no se realiza en forma positiva, sino negativa, es decir, corroborando si en la especie opera o no una causa de justificación, las que se analizarán como elemento negativo de la antijuricidad.

Así pues, la dogmática clásica circunscribió el análisis del delito a la estructura puramente objetiva del tipo y la naturaleza subjetiva de la culpabilidad, limitando el concepto de Antijuricidad (lo contrario a derecho) a la valoración del estado causado por el hecho, conformándose exclusivamente

de caracteres externos; es decir, objetivos de la acción, puesto que la relación anímica entre autor y resultado constituía la culpabilidad.

El sistema finalista aporta un nuevo cariz señalando que el derecho pretende establecer un orden valioso para la vida social y en la relación antijurídica del tipo se encuentra la conducta que lo contraría: la antijuricidad es un juicio negativo de valor, es decir, un juicio de des-valor, derivado de la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Frecuentemente, en forma por demás indebida, se considera que la antijuricidad es la contradicción de la conducta con el tipo penal previsto por el ordenamiento, pasando por alto que al tratar correctamente esta noción, debemos definirla como la contradicción, no de una conducta, sino de su realización efectiva o real prevista por un tipo, con el ordenamiento jurídico en su conjunto y, por ende, no sólo con una norma aislada.

Al afirmar que el tipo es una figura conceptual, estamos aceptando que no hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo, y es por ello que el delito se define como la conducta típicamente antijurídica.

Cuando se actualiza una conducta descrita conceptualmente en el tipo, ésta entra en contradicción con la exigencia de la norma, generando un estado de antijuricidad o antinormatividad vinculado estrechamente con el tipo legal, en ese orden de ideas, se entiende por antijuricidad formal la relación de contradicción entre la realización típica y el ordenamiento penal, mientras que es antijuricidad material, la referida al contenido de la acción, que se traduce en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, términos que lejos de ser opuestos se complementan.

Es común que los teóricos del derecho penal manejen antijuricidad e injusto como concepto afines, aunque también su uso ha resultado en la práctica judicial aún más desafortunado al equiparar al injusto con el tipo penal.

Aun cuando estos tres conceptos afines son utilizados indistintamente, en estricta ortodoxia la antijuricidad es una mera relación (una contradicción entre la realización típica y el ordenamiento en su conjunto); lo injusto, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma, es la forma de conducta antijurídica; mientras que por otra parte, todas las materias de prohibición (tipos) son antijurídicas para el ordenamiento jurídico, en otras palabras, antijuricidad es la contradicción de una acción con la norma jurídica e injusto es la propia acción valorada antijurídicamente.

La naturaleza del concepto finalista de la antijuricidad, como un juicio de desvalor, se fundamenta en dos aspectos que repercuten notablemente en los alcances de la noción clásica: los alemanes subjetivos del injusto y el desvalor del acto a la par del des-valor del resultado”.⁸

Por otra parte el maestro Gustavo Malo Camacho menciona al respecto que “a reserva de precisar su contenido, antijuricidad es *contradecir* (contrariar) el orden jurídico general.

Al ocuparnos de la tipicidad observamos que era la sede de la antinormatividad; el ámbito del señalamiento de prohibición o mandamiento que implica el deber ser de la norma penal, si hemos venido entendiendo y reconociendo al orden jurídico como un orden de regulación de la conducta humana, que naturalmente no significa una regulación por la regulación misma, sin objetivo ni fin, sino una regulación en función de la protección de los bienes de los miembros de la comunidad social, a su vez, en relación con el fin del derecho que es la seguridad jurídica para la convivencia, es explicable que sea el ámbito específico del tipo y, en la teoría del delito, en la tipicidad donde se encuentra este objetivo primario del derecho cuando señala, en los tipos legales correspondientes.

A través de los tipos penales del Estado expresa que conductas están fuera de la libertad de acción de los individuos miembros de la comunidad, lo

⁸ MEDINA Peñaloza, Sergio J. Teoría del Delito, primera edición. Editor Ángel. México 2001, pp. 97, 98, 147 y 148.

que significa un ámbito específico del sistema político penal del orden jurídico, que se reflejará en su contenido de prevención general, en la medida de que al delimitar el espacio social de acción y señalar que es lo que se estima contrario al interés social, a la vez señala un contenido de prevención general acerca de dichos límites, naturalmente, este sentido de prevención general es diverso del que generalmente se invoca en relación con el fin de la pena y, también como el contenido de prevención general de la ley en el nivel legislativo, cuando al respecto se refiere que con la elaboración de la ley y con el fin de la imposición, la prevención general se caracteriza por estar dirigida no al individuo responsable mismo, sino a toda la comunidad respecto de la conciencia de que pueden ser castigados en caso de actuar de similar manera, contrario a lo que la ley ordena.

La antijuridicidad, tiene un ámbito de valoraciones que es diverso del sentido de la valoración inicial de la norma, que nace con esta y frente a su violación genera la antinormatividad propia de la tipicidad, cuando no opera alguna causa de atipicidad.

En la antijuridicidad se observa que el propio orden jurídico se ve en la necesidad de reconocer otros valores fundamentales para la convivencia, como lo es el hecho de que la persona tiene derecho a su autodefensa; que nadie esta obligado a lo imposible; que, dentro de ciertas circunstancias, cuando al Estado, en su carácter de mandatario de la sociedad para salvaguarda de sus intereses, no le es posible atender esa salvaguarda, se ve en la necesidad de que la persona, en cuanto miembro de la comunidad social, tiene el derecho de defenderse y de no permitir que sus bienes sean afectados".⁹

Los maestros Carranca mencionan al respecto de la antijuridicidad que esta "se puede clasificar en leyes y estas a su vez en dos grandes órdenes: las físicas y las culturales, las primeras expresan condiciones del ser, su cualidad es la permanencia, por lo que el hombre no puede sustraerse a ellas, las culturales expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan sólo

⁹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 2000. Pp. 403 a 404.

aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspiran tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana; son reglas de conductas denominadas normas, para diferenciarlas de las leyes físicas; su finalidad específica es, como dice Stammmler, la comunidad de hombre libres, y son obligatorias por exigencias de la vida en sociedad humana, tales son las normas de cultura.

Comprendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado, se le denomina también **ilicitud** palabra que también compone el ámbito de la ética; **ilegalidad**, palabra que tiene una estricta referencia a la ley; **entuerto**, palabra denominada por los tratadistas italianos y que en español, constituye un arcaísmo; e **injusto**, preferida por los alemanes para significar lo contrario al Derecho, equivalente a lo antijurídico, es la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado; lo que ya fue señalada por Carrara.

Cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la ley, nos referimos a las normas de cultura, o sea aquellas ordenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. (M.E. Mayer), cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado la oposición a ellas constituye lo antijurídico, como expresa Mezger, las leyes, emanación positiva del Derecho, sólo son posibles con arreglos a determinados presupuestos que constituyen el total complejo de la cultura, las normas de cultura son, por tanto, los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el Derecho como expresión de una cultura".¹⁰

Una vez analizados a algunos de los tratadistas del Derecho Penal considerados como los más destacados en esa rama, concluiremos diciendo que la antijuridicidad es aquella conducta que no es Derecho, es decir, que significa la violación al bien jurídico protegido por un tipo penal.

¹⁰ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Decimanovena Edición. Editorial Porrúa. México 1997. Pp. 353 y 354.

Es algo que lesiona intereses colectivos, normas de cultura, que lesionar o ponen en peligro bienes jurídicos que competen al Derecho Penal, es todo aquello contrario a derecho.

1.4 Concepto de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

La redacción anterior del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, los señalaba como **los elementos subjetivos específicos**, sin embargo, en la actualidad, con las reformas penales del año 1999, se eliminaron los elementos del tipo y se sustituyó por la figura de cuerpo del delito. En la redacción actual del citado artículo ya no aparece alusión alguna a dichos elementos subjetivos específicos, únicamente se refiere al dolo y la culpa, al momento de responsabilizar al sujeto de la comisión del delito.

El tratadista Alejandro Sosa Ortiz, refiriéndose a la anterior redacción del artículo 168 supracitado, explica lo siguiente respecto de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, los refiere como elementos contingentes del tipo y menciona que son:

"La realización dolosa de la acción u omisión, al sostener que: a) el conocimiento de los elementos del tipo, requerido por el dolo debe también comprender a aquellos y no solamente a los objetivos, b) que conforme a la doctrina mayoritaria la clasificación de los elementos del tipo en objetivos o subjetivos agota el contenido de éste, y c) que mediante la expresión **elementos subjetivos específicos del tipo**, el legislador tácitamente reconoce como elementos subjetivos no específicos a la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Congruentes con lo expuesto, hemos de señalar que **por elementos subjetivos específicos del tipo penal entendemos: el particular motivo,**

intención, tendencia o propósito requerido, expresa o implícitamente al agente durante la realización de la conducta típica.”¹¹

Del texto anterior podemos concluir que el legislador reconocía la existencia de algunos elementos subjetivos que concurrían en la comisión de algunos delitos, distintos del dolo.

De acuerdo con lo mencionado por los tratadistas del tema, en el sentido de que fueron los doctrinarios alemanes quienes impulsaron estos elementos, revisemos a uno de los más connotados tratadistas alemanes del Derecho Penal: Hans Jescheck, “quien nos informa al respecto de los elementos subjetivos del tipo que pueden ser considerados como:

1.-Esencia, descubrimiento y delimitación de los elementos subjetivos del tipo;

a. El dolo constituye en los delitos dolosos el núcleo del injusto personal de la acción y puede conceptuarse por ello como el elemento subjetivo general del tipo: el dolo determina el inicio, el curso, la dirección y la meta de la acción, no obstante, al dolo se suman con frecuencia especiales elementos subjetivos del tipo, que son también componentes del injusto personal de la acción, en tanto caracterizan más detalladamente la voluntad de acción del autor, como modificaciones de la voluntad típica de la acción, ofrecen, al igual que el dolo la estructura de la finalidad y se refieren, como éste, al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a la forma y manera de su lesión. Las dos denominaciones **elementos subjetivos del injusto** y **elementos subjetivos del tipo** son equivalentes: la primera se fija en la inclusión de todo el grupo de elementos en los factores que caracterizan el injusto de una clase de delito, mientras que la segunda indica que estos elementos se utilizan en la estructura del tipo, por lo común, los elementos subjetivos del tipo sirven para constituir el injusto de una determinada clase de delito, pero se emplean también, con menor frecuencia, para constituir figuras calificadas o privilegiadas a partir de un delito base.

¹¹ Sosa Ortiz, Alejandro, Los Elementos del Tipo Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999, pp. 237 y 238

b. El descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto se remonta a H. A. Fischer, quién, primero en el Derecho civil, y particularmente respecto a determinadas causas de justificación, demostró que a veces no se prohíbe un suceso objetivo como tal, sino que se le prohíbe o permite según la actitud interna con la que el autor cometa el hecho, sobre parecidas manifestaciones en el Derecho penal habían llamado la atención ya Nagler y Graf zu Dohna, poco después, Hegler y M. E. Mayer lograron casi al mismo tiempo la ordenación sistemática de estos casos, pese a que ambos seguían viendo la antijuridicidad material sólo en el daño social del hecho, reconocieron que ésta viene frecuentemente condicionada conforme a los fines perseguidos por el autor, de modo similar Sauer señaló que en ocasiones tan sólo los elementos subjetivos del injusto acucian el tipo de delito. Hay que agradecer a Mezger el pleno desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos del injusto, pero, mientras que los elementos subjetivos aparecen en los anteriores autores como excepciones de una antijuridicidad determinada en principio por el comportamiento corporal externo, los partidarios de la nueva sistemática encuentran en su existencia una confirmación del concepto personal del injusto, la teoría de los elementos subjetivos del injusto ha llegado a ser dominante en Alemania, aunque haya tropezado también con decididos adversarios desde la perspectiva de la comprensión de la antijuridicidad atendiendo únicamente al mundo exterior, la opinión sustentada por Oehler, en el sentido de que los elementos subjetivos del injusto constituyen realmente elementos de la culpabilidad, resulta tan poco convincente como la opinión contraria, a cuyo tenor ningún elemento de la actitud interna sería elemento de la culpabilidad sino que pertenecería sólo al tipo subjetivo.

c. No todos los componentes de un precepto penal que descubren factores anímicos son elementos subjetivos del injusto, más bien hay que distinguir entre estos y los elementos del tipo de culpabilidad, decisivos para la delimitación son los criterios que sirven para diferenciar con carácter general entre injusto y culpabilidad, así, los componentes subjetivos de un precepto penal únicamente interesan en el injusto cuando caracterizan la voluntad de acción del autor en tanto afectan a la forma de comisión del hecho, al objeto de

la acción protegida por el tipo o al bien jurídico, constituyen, por el contrario, elementos de la culpabilidad todas aquellas circunstancias que caracterizan con más precisión la formación de la voluntad del autor, en cuanto sitúan en una luz más o menos negativa su actitud interna, de la que nace la decisión del hecho.¹²

Para lograr mayor claridad en el tema, revisemos ahora a uno de los mejores expositores mexicanos del tema, el Doctor Carlos Daza Gómez, quien refiere toda una explicación relativa a la materia de nuestro estudio, que por su importancia nos permitimos transcribir:

"A) Elementos subjetivos del injusto

De acuerdo con la teoría general del Derecho penal, H. A. Fischer demostró que lo antijurídico, en ciertos casos, requiere no sólo un comportamiento objetivo hacia lo externo, sino un proceso basado en tendencias, propósitos o fines del actor, sin embargo, Hegler en 1914 en su obra **Teoría de los elementos subjetivos del injusto** se basó en los estudios de Fischer, y expuso que la prohibición era objetiva; pero en algunos casos dependía de particulares elementos psicológicos que el legislador, al crear el tipo, los exigía, y sin los cuales la conducta no estaba prohibida, es decir, no es antijurídica. Consideramos que el injusto, en algunos supuestos, está constituido por elementos subjetivos de carácter esencial en el que la desvaloración normativa se funda, así pues, en diversos tipos penales el contenido del injusto no se puede integrar sin la ayuda de aspectos subjetivos.

En la antijuridicidad, la valoración de la conducta humana depende de la intención, actitud o propósito, v. gr., el tipo penal de robo requiere del ánimo de apropiación para su integración; un mismo tratamiento puede ser sólo un examen médico; o también si se efectúa con fines lascivos, resulta un abuso sexual. Con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, Edmundo Mezger los ubica dentro del tipo y afirma que también pertenecen a

¹² Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, cuarta edición, Editorial Comares, Granada, España, 1993. pp. 284 a 286

la culpabilidad, o sea, se cambia la posición objetiva del injusto (tipicidad-antijuridicidad) para introducir elementos subjetivos. La antijuridicidad es objetiva, pero en ciertas disposiciones legales (tipos) hay factores psicológicos especiales, v. gr., el artículo 259 bis del Código Penal Vigente, Hostigamiento Sexual señala "... con fines lascivos". Los elementos subjetivos del injusto no deben confundirse con el dolo, son cosas diferentes, los primeros, son factores anímicos o psicológicos, tendencias o fines especiales; el dolo en cambio, es querer realizar el tipo objetivo.

Afirmamos que la elaboración dogmática actual, tiende a introducir elementos subjetivos en las diversas categorías delictivas.¹³

Con inmejorable maestría, el tratadista Muñoz Conde Francisco explica lo que debemos entender por elementos subjetivos del tipo de injusto, explicando además la ubicación que tienen en la estructura del tipo penal.

"Normalmente, el tipo de injusto de los delitos dolosos sólo requiere, en el ámbito subjetivo, el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, cuando coinciden el tipo objetivo y el tipo subjetivo se da la congruencia perfecta, que normalmente existe en el delito doloso consumado, sin embargo, en algunos delitos específicos se requiere, para constituir el tipo de injusto, además, la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo, la necesidad de tales elementos para caracterizar el tipo fue ya advertida por algunos penalistas alemanes de principios de siglo (Fischer, Nagler, Hegler), pero fue Mezger quien, en un artículo publicado en 1924, sistematizó y dio carta de naturaleza a tales elementos. Para Mezger, tales elementos subjetivos de lo injusto eran excepciones de un tipo de injusto entendido de un modo causal objetivo, para los partidarios de la teoría finalista de la acción, en cambio, tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también los elementos subjetivos entre ellos el dolo.

¹³ Daza Gómez, Carlos, Teoría General del Delito, primera reimpresión de la segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000. pp. 5 a 7.

Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo, se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito, así, por ejemplo, el fin de conseguir una confesión en el delito de torturas, el ánimo de venganza contra la autoridad en el delito de daños, etc., la importancia de tales elementos subjetivos se revela en que, si no concurren, no se da el respectivo tipo de injusto, de modo que, o se da el tipo del delito o el hecho queda impune por atípico. Así, por ejemplo, una manifestación objetivamente injuriosa, hecha sin ánimo de injuriar, sino como testimonio en un juicio, no es constitutiva de un tipo de injurias; la utilización de una cosa mueble ajena, sin ánimo de apropiársela, sino de usarla, no constituye, salvo que se trate de un vehículo de motor, un tipo de hurto, algunas veces el elemento subjetivo consiste en un especial móvil o tendencia que no pertenece al tipo de injusto, sino al de la culpabilidad.”¹⁴

Para concluir este apartado relativo a las opiniones de los tratadistas, recurrimos al maestro mexicano Gustavo Malo Camacho, quien ofrece una explicación sumamente convincente al respecto:

“Los elementos subjetivos diversos del dolo de la conducta típica.

Al referirnos a los elementos del tipo, al ocuparnos de los presupuestos del delito, observaba que ciertos tipos penales no agotan su elemento subjetivo con la presencia exclusiva del dolo, si no que asimismo incorporan la exigencia de otros aspectos generalmente vinculados con las motivaciones o con las relaciones personales, etcétera, que suponen verdaderas formas específicas de la subjetividad del autor, exigidas por el propio tipo y que, por tanto, exigen para que se de la conducta típica, que las mismas se presenten en forma igual como característica subjetiva de la propia conducta. Por esta razón se les denomina como elementos subjetivos del tipo, diversos del dolo.”¹⁵

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal, parte general, cuarta edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000. pp. 316 y 317.

¹⁵ Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000. pp. 368 y 369.

Así, tenemos que los estudiosos del Derecho Penal no aportan un concepto concreto del objeto de nuestro estudio, sino que lo explican, dan sus elementos y ofrecen ejemplos, por tal motivo, nos proponemos este concepto, que esperamos abarque todos los aspectos posibles y características enunciadas.

Los elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo, son:

Elementos del tipo que por excepción el legislador establece con el objeto de concretizar las especiales intenciones, ánimo o inclinación del autor del delito, que son distintos del dolo ya que no basta que se conozca y quiera realizar la conducta típica, sino que en la subjetividad del activo se debe presentar algo más que guía su conducta.

1.5 Diversas denominaciones.

El legislador ordinario mexicano, en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales los denominó mediante la expresión: **elementos subjetivos específicos del tipo**, en la reforma del año 1993, expresión que desapareció con la reforma del año de 1999.

El Doctor Carlos Daza Gómez, en su obra Teoría General del Delito, los define y explica como: **"Elementos subjetivos del injusto;**

A partir del descubrimiento de los tratadistas Fischer (1911), Hegler y Mayer (1914) y posteriormente con las teorías de Sauer y Mezger evoluciona la Teoría de los **Elementos Subjetivos del Injusto**. Estos se presentan en un reducido número de delitos; por ello, el contenido del injusto del tipo sólo se puede determinar con la ayuda de características subjetivas. v. gr.: "Intención", "Fines lascivos", "a sabiendas", es decir, es necesaria cierta particularidad en el ánimo del sujeto."¹⁶

¹⁶ Daza Gómez, Carlos, Teoría General del Delito, primera reimpresión de la segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000. pp. 127 y 128

El autor alemán Jescheck, nos informa sobre la doble denominación que reciben los elementos que son materia de nuestro estudio:

“El dolo constituye en los delitos dolosos el núcleo del injusto personal de la acción y puede conceptuarse por ello como el elemento subjetivo *general* del tipo; el dolo determina el inicio, el curso, la dirección y la meta de la acción. No obstante, al dolo se suman con frecuencia **especiales elementos subjetivos del tipo**, que son también componentes del injusto personal de la acción, en tanto que caracterizan más detalladamente la voluntad de acción del autor. Como modificaciones de la voluntad típica de la acción, ofrecen, al igual que el dolo, la estructura de la finalidad y se refieren, como éste, al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a la forma y manera de su lesión. Las dos denominaciones **“elementos subjetivos del injusto”** y **“elementos subjetivos del tipo”** son equivalentes: la primera se fija en la inclusión de todo el grupo de elementos en los factores que caracterizan el *injusto* de una clase de delito, mientras que la segunda indica que estos elementos se utilizan en la estructura del tipo. Por lo común, los elementos subjetivos del tipo sirven para constituir el injusto de una determinada clase de delito, pero se emplean también, con menor frecuencia, para construir figuras cualificadas y privilegiadas a partir de un delito base.”¹⁷

No obstante el presente apartado de nuestro estudio se refiere específicamente a las diversas maneras que tiene los autores o el legislador para nombrar a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, nos parece adecuado hacer una revisión de la clasificación que nos ofrece el maestro Jescheck, porque al clasificar va demostrando los diversos aspectos que tienen estos elementos. Cabe aclarar que se resaitan las diversas características que determinan los elementos en estudio:

“1.-Los **elementos subjetivos del tipo** en el Derecho vigente:

¹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, cuarta edición, Editorial Comares, Granada, España, 1993. pp. 284 y 285

La clasificación de los elementos subjetivos del tipo se discute en lo particular, pero la cuestión pierde interés tan pronto como se incluye el dolo en el tipo del injusto. Entonces sólo conserva importancia práctica la delimitación frente a los elementos de la culpabilidad.

1.1. El primer grupo comprende los “**delitos de intención**” (**delitos con tendencia interna trascendente**). Se habla de intención en este sentido cuando el autor persigue un resultado que, ciertamente, debe considerar para llenar el tipo, pero que no necesita alcanzar. Se distingue entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados en dos actos.

a) En los **delitos de resultado cortado** la acción típica se complementa con la persecución de un resultado externo que va más allá del tipo objetivo y que debe producirse *por sí mismo* después del hecho, es decir, sin intervención del autor. Son ejemplos el envenenamiento, cierto robo con violencia o intimidación en su última fase, la extorsión, la estafa, el quebrantamiento de condena y el cohecho activo.

b) Por el contrario, en los **delitos mutilados en dos actos** el autor ha de querer producir por su propia actuación, después de la realización del tipo, ese resultado que trasciende al tipo objetivo. Valgan de ejemplo la falsificación de moneda, el rapto, el hurto, el robo, la falsificación de documentos, y el incendio especialmente grave.

2. El segundo grupo comprende los delitos **de tendencia (delitos con tendencia interna intensificada)**. La característica de este grupo consiste en que la acción del hecho se halla sujeta a la dirección de la voluntad el autor, que es la que le confiere su particular carácter o la especial peligrosidad para el bien jurídico protegido.

a) En primer lugar pertenecen a este grupo los delitos sexuales, que requieren, conforme a su naturaleza, no sólo que la acción contradiga gravemente en lo externo el sentimiento del pudor, sino también que se realice con **intención lúbrica**.

b) Otro grupo de delitos exige una dirección de la voluntad del autor que **revele una tendencia especialmente peligrosa** para el bien jurídico protegido. Son ejemplos la **intención de obtener una ventaja patrimonial, el ánimo de enriquecimiento, la intención de perjudicar, el proceder astuto y el alevoso.**

c) A los delitos **de tendencia pertenecen**, además, los tipos penales **con los elementos constitutivos de la profesionalidad, la habitualidad y la comercialidad.** La relación con el contenido del injusto del tipo radica aquí en el **particular fortalecimiento de una voluntad de acción** cuyo titular se quiere procurar una continuada fuente de ingresos mediante la repetición del hecho, o es movido por una inclinación hacia el delito correspondiente, o pretende convertir el hecho penal en parte de su ocupación profesional..

d) Por último, cabe llamar asimismo delitos de tendencia en sentido más amplio a los tipos con **“vocablos de actitud final”**, que, ciertamente caracterizan un determinado acaecer externo, pero en los que lo decisivo es la dirección que el autor le imprime hacia el resultado.

3. Un tercer grupo de tipos con elementos subjetivos está formado por los **“delitos de expresión”**. En ellos, el tipo requiere que haya en el autor un estado interior de conocimiento al que se contrapone el comportamiento externo. Es el caso de los **delitos de falso testimonio**, siempre que aquí el contenido del injusto se vea en la contradicción entre la palabra y el conocimiento (teoría subjetiva), y también siempre que la declaración falsa se refiera a un hecho interno. Otro ejemplo es la omisión de denuncia de un delito grave, que presupone que el autor haya tenido noticia fidedigna del delito que se va a cometer.

4. Finalmente, deben incluirse también en los elementos subjetivos del injusto, por lo que atañe a su componente interno psicológico, los **elementos improprios de la actividad interna**, que no constituyen juicios de valor ético-socialmente autónomos, sino que son tan sólo la faceta subjetiva de especiales

elementos del injusto (**cruel y alevoso y “gravemente contrario al tráfico”**).”¹⁸

Para tener una visión más amplia de las ideas de los tratadistas al respecto, citamos al maestro Enrique Bacigalupo, que dice:

“Los especiales elementos subjetivos de la autoría, el desvalor de acción del delito doloso, que brinda la materia del tipo subjetivo de estos ilícitos penales, puede no agotarse en el dolo, en ciertos casos se requiere que, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, una determinada motivación o un determinado impulso.

La aparición en el momento de la tipicidad de elementos subjetivos de esta naturaleza corresponde a un desarrollo de la ciencia jurídico penal alemana, e introducida en la ciencia hispano parlante por Jiménez de Asúa es compartida en forma prácticamente unánime.

En primer supuesto estos elementos subjetivos consisten en una intención especial, en este caso se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo objetivo, ejemplo: en el delito de injurias no es suficiente con que el autor haya proferido, sabiéndolo, expresiones cuyo contenido sea idóneo para desacreditar o deshonorar a otro; es preciso que además haya dirigido su voluntad al fin ulterior de querer lesionar el honor (*animus injuriandi*); en el delito de falsificación de documentos no sólo se requiere que el autor haya sabido y querido falsificar el documento, sino que, además, lo haya hecho con intención de engañar. Lo que diferencia estas intenciones especiales del dolo directo es que constituyen objetivos relevantes para lo ilícito penal aquellos que al autor quiere alcanzar mediante la realización del tipo, mientras que en el dolo directo el único fin relevante para el derecho penal es la realización del tipo, ejemplo: no es relevante para lo ilícito

¹⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, cuarta edición, Editorial Comares, Granada, España, 1993. pp. 286 y 287

del homicidio que el autor haya matado a la víctima para privar de un buen elemento a una empresa competidora.

En otros casos la ley requiere un especial motivo del autor, lo que es difícilmente diferenciable de una especial intención.

Las definiciones dadas en la teoría difieren sustancialmente, mientras Stratenwerth piensa que se trata de un **juicio de valor general** sobre el conjunto del suceso exterior e interior, de la situación de la acción y **de los fines de la acción**, Jescheck estima que **no consisten en un juicio de valor ético-social**, sino en el aspecto subjetivo de elementos especiales de lo ilícito, por su parte, Schmidhauser distingue en estos elementos, unos que sólo modifican la culpabilidad y otros que ya modifican lo ilícito, se trataría, a su juicio, de **elementos del hecho punible**, que denotan directamente un comportamiento contrario a los valores morales del autor en relación al hecho ilícito, Se trataría de una lesión de un valor que se suma a la del bien jurídico.”¹⁹

Encontramos otras denominaciones en el excelente texto del tratadista Raúl Zaffaroni, quien escribe lo siguiente:

“Entendemos que es preciso formular una clara distinción entre los **elementos subjetivos del tipo penal** y los elementos subjetivos de la justificación (elementos subjetivos o aspecto subjetivo del tipo permisivo).

Los verdaderos elementos subjetivos del tipo penal nada tienen que ver con la culpabilidad (la irreprochabilidad), sino con su objeto, por lo que hace a su denominación, preferimos llamarlos **“elementos subjetivos del tipo”** y no **“elementos subjetivos del injusto”**, por ser la primera más precisa y por evitar peligrosas confusiones.

¹⁹ Bacigalupo, Enrique. Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989.

En general, formularemos aquí la distinción entre injusto y antijuridicidad, en la que habremos de insistir, toda vez que su confusión da lugar a los más grandes equívocos.

En tanto que *antijuridicidad* es el juicio por el que se establece que una conducta es contraria al orden jurídico, *injusto* es la conducta antijurídica.

Así, una conducta homicida será antijurídica (y consecuentemente constituirá un injusto) cuando presente la característica de antijuridicidad. Injusto es el objeto (ya desvalorado) del juicio de antijuridicidad: la antijuridicidad es el juicio que recae sobre una conducta y cuando arroja un resultado negativo la conducta desvalorada (antijurídica) se denomina **injusto**.

Cuando injusto sea una conducta típica (conducta típica y antijurídica), tenemos un *injusto penal*.

La confusión entre injusto y antijuridicidad puede provocar grandes perturbaciones sistemáticas, se han negado a distinguirlos Mezger y otros autores (en general los que se refieren al tipo de injusto), según los cuales la distinción no tiene mayor importancia: La doctrina argentina suele apuntar claramente la diferencia, cabe consignar que la expresión **injusto** es una traducción de la voz alemana *Unrecht*, y que ya ha tomado carta de ciudadanía en el derecho penal, pero es menester tener siempre presente que se la emplea en el sentido técnico-jurídico penal para designar a una conducta típica y antijurídica, permaneciendo libre de cualquier contacto con conceptos iusnaturalistas, en contra de lo que literalmente parecería indicar la traducción castellana.

El doctrinario Soler considera que el empleo de esta expresión ha contribuido a confundir las cosas y parece atribuirle su traducción a Rodríguez Muñoz, deplorando que se haya reemplazado deficientemente la voz castellana antigua entuerto (el torto italiano). De cualquier manera, la expresión ya está en uso generalizado en nuestra lengua y, pese a que su significado común es el de **lo no justo o lo contrario u opuesto a la justicia**, la empleamos con el

particular sentido técnico que le hemos asignado, tampoco la traducción es errónea, porque en alemán *Unrecht* también significa **injusto** y con la debida aclaración podemos usar la expresión.

La expresión **elementos subjetivos del injusto** no es incorrecta, pues estos elementos, como elementos subjetivos del tipo penal que son, resultan también elementos del injusto cuando, en realidad, hay un injusto, en tal sentido admitiríamos la expresión, pero en general no lo hacemos para evitar confusiones, porque estos elementos no tienen nada que ver con a antijuridicidad, como no sea en cuanto a que deban tomarse en consideración para fijar su objeto: *son contenidos del tipo*.

Escindiendo estos elementos de la culpabilidad es la única forma de esclarecer el problema que ellos plantean y que no se resuelve afirmando que tienen una doble ubicación, y mucho menos por el ya hoy abandonado camino del dolo específico, que es inadmisibile, toda vez que no podemos imaginarnos en qué consiste su contrario (el dolo genérico) y que ha llevado a hablar de cosas tan inexplicables como un dolo reduplicado.²⁰

Al respecto de la denominación que se debe dar a estos elementos típicos, vemos que los diversos autores los denominan de diferentes maneras, al mismo tiempo que cada uno de ellos explican las razones para tomar una u otra denominación.

Por nuestra parte consideramos inapropiado que se use el término "injusto", ya que la técnica jurídico penal reconoce en el "injusto" a la antijuridicidad, cuando los elementos de los que nos ocupamos están en el tipo penal. Por ello, nos parece apropiado denominarlos sólo como elementos típicos, así, proponemos la denominación: elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, esto porque el dolo es el núcleo del tipo subjetivo, que siempre estará presente en los tipos de delitos dolosos y nos quedamos con

²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, Editorial, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 1973. pp. 309 a 311.

que son elementos del tipo que deben encontrarse en la subjetividad del autor del delito, además del dolo cuando el legislador así lo establezca en el tipo.

1.6 Diferencia entre el dolo y los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

Por lo que se refiere a éste punto trataremos de ser un poco exactos en dar una diferencia precisa y concreta entre el dolo y los elementos subjetivos del tipo distinto del dolo, por lo que el maestro Medina Peñaloza menciona que “el dolo es el elemento subjetivo personal que fundamenta y configura la acción como acontecer final; sin embargo, en algunos tipos existen elementos subjetivos especiales que refieren el contenido ético-social o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción guiada por su actitud anímica de un modo específico, que viene a caracterizar una especial circunstancia psíquica.

Welzel aduce que la sustracción de una cosa ajena es una actividad final regida por el dolo, pero su sentido ético –social será distinto, según se realice con el propósito especial de uso transitorio, que es impune, o con intención de apropiación, dentro de estos elementos subjetivos de autor que confirman la finalidad específica perseguida por la acción típica se encuentran la intención (tendencia interna trascendente), los momentos especiales de ánimo, propósito (tendencia especial de acción), o deseo, que confieren sentido a la realización dolosa del tipo y fundamentan o fortalecen el juicio de desvalor social respecto del hecho; además de encontrarse generalmente descritos en forma expresa en los tipos penales, cuando se trata de especiales ánimos, propósitos o intenciones.

El dolo se entiende como finalidad tipificada, que implica el conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo penal y la voluntad, que según su intensidad, da origen al dolo directo y eventual, es la voluntad de dirección final orientada a la realización del tipo; es decir, significa conocer y querer la realización típica, que exige como condiciones: el conocimiento de las circunstancias del hecho, la previsión del resultado y la previsión del curso de la acción (conexión causal), el dolo constituye el núcleo del injusto personal de

la acción en los hechos dolosos, siendo el elemento subjetivo general del tipo que determina el curso, dirección y meta de la acción, lo que supone la existencia de dos dimensiones que lo conforman²¹.

Posteriormente el maestro Enrique Díaz Aranda nos menciona en una parte de su libro algo que es fundamental en hacer la diferencia del punto que nos ocupa, así pues, el maestro menciona que "se debió a las aportaciones de Fischer y Hegler el descubrimiento de que en muchos supuestos de hecho se debe atender a la dirección que el autor da a su acción para determinar cuál es el tipo en el que se puede subsumir la conducta o si, por el contrario, ésta es atípica.

Lo anterior sucede en tipos con elementos anímicos subjetivos específicos, por ejemplo, el ánimo de apropiación en el robo o en el ánimo de lucro en el fraude, los cuales no pueden explicarse atendiendo a juicios estrictamente causal-objetivos sino sólo recurriendo a juicios estrictamente subjetivos, de esta suerte, si Javier a la salida del restaurante donde ha comido toma del perchero la gabardina azul y en ese momento el dueño de la gabardina se da cuenta y llama a la policía quien detiene a Javier, si sólo analizáramos objetivamente la conducta de Javier tendríamos un apoderamiento de una cosa ajena, pero lo que no sabemos es si el ánimo que guió la conducta de Javier es el de apropiación o sólo el de uso o incluso si realizó su conducta bajo error, en efecto, Javier pudo haber tomado la gabardina para quedársela (robo, del Art. 367 del Código Penal Mexicano) o si debía ir a su coche por su billetera para pagar la cuenta del restaurante y para evitar mojarse tomó **prestada** la gabardina (robo de uso del Art. 380 del Código Penal), o incluso, si tomó la gabardina creyendo que era suya, pues, como efectivamente se comprueba, en el perchero estaba su gabardina que era idéntica. Queda de manifiesto, pues, que la solución, a supuestos como el anterior sólo es posible atendiendo al ánimo que guió la conducta del sujeto activo. Esa necesidad de atender a los ánimos, deseos, intenciones, en

²¹ MEDINA Peñaloza, Sergio J. Teoría del Delito, primera edición. Editor Ángel. México 2001. Pp.135 a 139.

conjunto elementos subjetivos del tipo, fue lo que pusieron de relieve los pensadores de la época".²²

Por lo consiguiente mencionaremos que efectivamente el dolo es aquel acto de realización, de querer, saber y entender la concreción de ese acto, ya sea de apropiación o apoderamiento de una cosa ajena y que la ley considera como delito, por lo que a diferencia, hay elementos anímicos que intervienen en la realización de ese acto que son diferentes al ánimo del dolo y a estos se les ha denominado como elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, ya que son considerados especiales por lo que radica una gran diferencia al respecto, por ejemplo, si una persona al cometer un acto no se sabe con que intención actuó y si tuvo el ánimo o no al realizar éste acto, por lo que es importante la comprobación del dolo y de esos elementos especiales. Empero, es menester que en la actualidad se puedan tomar en cuenta ánimos diferentes del dolo.

²² DIAZ, Aranda, Enrique. Dolo, Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 2002. Pp.26 a 27.

CAPÍTULO SEGUNDO.

EVOLUCIÓN DOCTRINAL.

2.1 En la teoría causalista.

Uno de los sistemas más sobresalientes a lo largo de la historia es el propio sistema causalista del delito que surgió cuando la teoría de un derecho natural el cual parecía ser una idea totalmente superada, mientras que el positivismo jurídico imperaba indiscutiblemente en la ciencia y en la práctica, la limitación al derecho positivo y el rechazo a todo derecho natural que es tuviera por encima de aquél, era el punto de partida evidente de la generación de juristas del siglo XIX y comienzos del XX.

Sin duda uno de los Tratadistas del Derecho Penal como lo es el Maestro Sergio J. Medina Peñaloza menciona al respecto de la teoría causalista que "contemplando un orden de ideas se dio el desarrollo del concepto clásico del delito, que podemos afirmar que dominó en Alemania desde fines del siglo pasado, a través de la filosofía neokantiana, la anterior se caracterizó por una estructura sencilla, clara y por que no decirlo didácticamente ventajosa, el denominado sistema causalista o clásico del delito fue llevado posteriormente a España gracias a un trabajo de Ballbé en 1913, sobre una concepción de Belling, y se expandió a partir de los discursos académicos pronunciados por el Doctrinario Jiménez de Asúa, hasta llegar la concepción en México.

La definición clásica del delito nos menciona que éste es la acción típicamente antijurídica y culpable, reconociendo que en los factores determinantes del delito no existe prioridad temporal, pero sí existe prelación lógica."²³

²³ Cfr. Medina Peñaloza, Sergio J. Teoría del Delito, México pág 81.

El descubrimiento de estos elementos subjetivos del tipo distintos del dolo realmente sucedió con los estudios y razonamientos de los autores conocidos como seguidores de la doctrina causalista, recordemos que para estos doctrinarios el dolo y la culpa se estudiaban fuera del tipo, en la culpabilidad.

Al respecto consultamos a los autores más significativos como el tratadista Maggiore, el doctrinario Welzel Hans y Franz von Liszt por mencionar a algunos que sin duda tienen gran ingerencia en la corriente causalista.

El reconocimiento de los elementos subjetivos específicos del tipo y su evolución, por la doctrina es producto de una evolución, no por cierto pacífica, del pensamiento jurídico, inicialmente se les identificó y denominó como **elementos subjetivos del injusto**.

Esta evolución se inicia con los estudios del derecho como el doctrinario Fischer en 1911 quién afirma que: el propósito, la intención reprobable del autor tiñe un tipo incoloro o incluso el ejercicio de un derecho por parte del sujeto de tal suerte que este complejo de hechos que nace a la vida es desaprobado por el ordenamiento jurídico a causa del propósito que guiaba a su causante²⁴.

Por lo que se refiere a la doctrina alemana, tal evolución continúa con el tratadista Hegler, quien demuestra cómo la existencia de ciertos momentos subjetivos era algunas veces necesaria para afirmar el daño social, objetivo; uno de estos elementos lo encontró en la llamada *tendencia trascendente* en los delitos de intención, ya que, posteriormente con Max E. Mayer, quien asevera que los *elementos subjetivos de la ilicitud* son propias características de lo antijurídico, pero no son características de la culpabilidad, ni propias ni impropias.

²⁴ Lo anterior se refiere a los elementos subjetivos del injusto, es decir, que los derechos que le otorgan las leyes a un sujeto pueden ser coartados por otro sujeto al cometer en su contra un ilícito y que éste va en contra de un ordenamiento jurídico ya establecido por las leyes penales.

Mezger en su Tratado de Derecho Penal aborda el estudio de ellos en el capítulo de la antijuricidad y se refiere a ellos como: "Elementos subjetivos del injusto" pero afirma que son a la vez elementos de la culpabilidad.

Por su parte Beling los consideró como "simples aditamentos cuya inclusión en la correspondiente figura delictiva puede resultar inteligible sólo por la relación de aquellos con el esquema dominante".

No se discute, decía el creador del tipo legal el doctrinario Beling, que la relevancia jurídica de aquéllas circunstancias que se han designado como elementos subjetivos del delito-tipo, sólo que su lugar metodológico es otro: son características de la figura delictiva misma y no de su esquema, que es de ella separable, "mueren, concluye el jurista "en la faz puramente subjetiva de la figura del delito, no son ni elementos subjetivos del delito tipo, ni elementos subjetivos de esa ilicitud".

En México, el maestro Ricardo Franco Guzmán sin dejar de mostrar su rechazo a la doctrina de la acción finalista, admite la existencia de elementos subjetivos en el "tipo legal objetivo".

Y al respecto afirma:

"La ley al delinear las acciones humanas merecedoras de pena, no hace solamente una descripción de los hechos externos objetivos que deben realizarse para cometer un delito sino que además contiene elementos de carácter subjetivo que sirven, según su naturaleza, a la comprobación de diversos juicios.

Así se encuentran en los tipos legales no solamente elementos subjetivos que llevan en sí mismos una de las formas de culpabilidad, cuya comprobación se utiliza con el fin de reprobación al autor sino que se encuentran con una cierta frecuencia tipos de delitos que requieren una especial intención, un fin particular, un objeto determinado que es esencial para poder emitir un juicio de antijuricidad.

Así vemos que el tipo legal contiene, por lo tanto, no solamente elementos subjetivos que sirven para la calificación de culpabilidad del autor, sino también, elementos de carácter psíquico que están previstos de un contenido y una estructura diversa y tienen como finalidad la de integrar el juicio de ilicitud de la acción²⁵.

Dentro de la obra del maestro Sosa Ortiz Alejandro menciona al respecto del tema el doctrinario argentino Ricardo C. Núñez "que cuestiona, a su parecer, certeramente el criterio alemán que ubica a estos elementos en lo injusto, de la siguiente manera:

Con esta afirmación se expresa una verdad mientras se la entienda como significativa de que el elemento subjetivo del tipo, representa un elemento de la acción, que puede determinar su contradicción con el derecho, pero entonces no se le atribuye a este elemento, en relación al juicio de ilicitud, una función diferente a la de los elementos objetivos de la acción que también constituyen características de las que depende la contradicción de la acción con el derecho.

Una y otra clase de elementos dan la índole de la acción y por lo tanto de unos y otros depende la conformidad o disconformidad de ella con los fines del derecho, si esto es así, no resulta conveniente hablar de elementos subjetivos de la ilicitud o de la justificación, pues se puede creer falsamente, que estos elementos cumplen a los fines de la determinación de la licitud o ilicitud de la acción, una función distinta de la que desempeñan los elementos objetivos.

Pero la proposición de los alemanes es inaceptable, en tanto quiere expresar que cuando el juicio de licitud de la acción se determina "según la

²⁵ FRANCO GUZMÁN, Ricardo. Delito e injusto, México D.F. Sin editorial, 1950. 203 págs.

situación o disposición anímica en la que se ejecuta la acción” (Mezger), ocurre algo fundamentalmente distinto a cuando ese juicio se determina en razón de la conducta puramente externa de la gente.

Y concluye:

... en la tarea de distinción lógica de los elementos del delito, el elemento subjetivo del tipo no debe estudiarse en el aspecto correspondiente a la ilicitud de la acción, sino en el de la acción; de la que hace parte porque concurre a estructurar la descripción legal.²⁶

Para el sistema causalista menciona el maestro Medina Peñaloza Sergio en su obra Teoría del Delito, “que el derecho penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización, concreción y fijeza del acto humano, que se desarrolla en el exterior, a cuya realización va ligada la sanción; consecuentemente la manifestación de tal rama jurídica es el delito, dirigido como la realidad jurídico penal que precisa de ciertos elementos, estos los llamados elementos del tipo causal que podemos mencionar que son los siguientes:

- I. El movimiento corporal o, en su caso, la no realización de una acción;
- II. El resultado, traducido en una lesión o su puesta en peligro de bienes jurídicos;
- III. La relación de causalidad entre ambos órdenes.
- IV. Eventualmente, la concreción de cualidades específicas en el sujeto que realiza la acción, en el caso que se requiera una especial naturaleza en éste, excluyéndose la posibilidad de que el delito sea cometido por persona distinta, por lo que mencionaremos un ejemplo para mejor ilustrar estos elementos que es la traición a la patria que exige en el

²⁶ Sosa Ortiz, Alejandro, Los Elementos del Tipo Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999. Pp. 233-235

- sujeto la calidad de ciudadano mexicano; o también referencia al número de participantes activos;
- V. Calidades referentes al sujeto pasivo, a lo contrario del caso anterior, la naturaleza o característica especial que se requiere como elemento del tipo puede radicar también el sujeto pasivo, como sucede cuando se exige para la configuración del delito de infanticidio, que el pasivo sea descendiente del activo;
 - VI. Modalidades de tiempo, lugar u ocasión, la punibilidad de la conducta o del hecho se condicionan a determinadas referencias del día, hora y lugar, como acontece en el robo a despoblado;
 - VII. Referencia a los medios de comisión, en ocasiones el tipo penal exige el empleo de determinado medio comisivo para integrar la conducta, como sucede con el tipo penal de robo con violencia; y
 - VIII. Referencias al Objeto material, es decir, son aquellos elementos relativos al objeto material o corporal de la acción sobre la cual recae la conducta; por ejemplo, el estupro exige que el sujeto pasivo sea una mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho.

Por lo que el concepto causalista de tipo sólo tiene elementos descriptivo-objetivos, sin incluir elementos subjetivos ni normativos; consecuentemente es propiamente una mera descripción descargada de todo elemento valorativo, un concepto neutral, un tipo avalorado, que no involucra la relación interna del autor con la acción delictiva.²⁷

Una exposición clara y concreta por lo que respecta al dolo dentro del sistema causalista es sin duda la mera intervención del maestro Enrique Díaz Aranda que menciona al respecto que "la noción del dolo se remonta al Derecho Romano tardío, como se desprende del rescripto del emperador Adriano *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*, haciendo la diferencia entre *dolus bonus* y *dolus malus*; debe destacarse en este primer momento, la exigencia del dolo o la culpa para considerar culpable al sujeto, requisito que desaparece con la influencia canónica religiosa a partir de la cual por

²⁷ Cfr. Medina Peñalosa, Sergio J. Teoría del Delito, México pág 95.

culpabilidad ha de entenderse no sólo en *dolus* y la *culpa* del Derecho Romano, sino que, por ejemplo, el homicidio ha de considerarse también cometido con culpabilidad si el autor mata por simple caso fortuito cuando se disponía a realizar algo no permitido: *versari in re illicita imputatur omnia quae sequantur ex delicto*. Por ello se puede decir que el Derecho Romano la concepción de Dolo, constituía una garantía para el autor de un hecho delictivo.

En cambio en derecho germánico se sustentó en la responsabilidad por el resultado y hasta 1821 cuando Hegel sostiene el Derecho de la voluntad... es reconocer en su hecho únicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que se sabe de sus presupuestos en su finalidad, lo que de ello había en su dolo; el hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad, esta afirmación significó uno de los primeros pasos hacia la concepción del dolo como una clase de culpabilidad; sin embargo hasta esa época todavía no existía una sistemática propia del delito, al cuál sólo se le atribuían dos elementos: acto y voluntad.

Es en 1840 cuando Luden elabora por primera vez una división del delito por elementos, como: 1) un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana; 2) antijuridicidad de esa acción; 3) cualidad dolosa o culposa de esa acción, dichos criterios sólo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del Derecho Penal entre elementos objetivos y subjetivos.

La reunión de todos los procesos causales anteriores y posteriores a la acción desencadenante, conduce a la atribución desmedida y tal de resultados típicos a dicha conducta, dando como resultado un exceso del Derecho Penal.²⁸

Para ejemplificar podemos mencionar el siguiente razonamiento: si Pedro quiere lesionar a José y al efecto le lanza un ladrillo a la cabeza

²⁸ Cita en MEDINA PEÑALOZA, Sergio. *Dolo...*, pags.3 a 6.

causándole una herida, ante lo cual se manda a llamar a los paramédicos de X corporación médica, quienes a su llegada consideran conveniente el traslado del herido hasta el hospital más cercano, resultando que durante el trayecto el chofer de la ambulancia pierde el control y choca frontalmente contra un poste de luz, cayendo los cables de alta tensión sobre la ambulancia provocando la muerte de José así como la muerte de los paramédicos y del chofer, la pregunta es que si Pedro debe responder de la muerte de todos ellos, pues él fue quien desencadenó el proceso causal que dio origen a todos los posteriores resultados, toda vez que de no haber lesionado a José no habría sido necesario llamar a los paramédicos y, por tanto, estos no habrían acudido a ese lugar, por lo cual tampoco habría existido choque alguno ni la muerte de los ocupantes en mencionada ambulancia. Empero, de acuerdo con la teoría de la *conditio sine qua non*, la conducta de Pedro es la causa de muerte de José, así como de los paramédicos y del chofer.

Los anteriores excesos del parámetro de la imputación de resultados a conductas causales se proyectaban también en la participación.

Por citar un ejemplo: si Pedro en lugar de lanzarle un ladrillo a José, planea dispararle por la mañana mientras éste realiza deporte en el club y al efecto compra la pistola a Genaro y solicita los servicios de un taxista para llegar hasta el club donde se encuentra José, al cual priva de la vida según su plan, aunque lo anterior no ofrece problema alguno desde el punto de vista causal para imputarle a Pedro la muerte de José, las dificultades aparecerían al realizar el examen de los procesos causales anteriores a ese momento, pues podríamos considerar que la conducta del taxista también fue una causa del resultado: muerte a José, toda vez que si no hubiese llevado a Pedro hasta el club, éste no podría haber estado allí para matar a José.

Y lo mismo valdría para Genaro, quien es la persona que le vendió el arma a Pedro con la cual privó de la vida a su víctima; y así podríamos llevar el análisis de los procesos causales en forma regresiva hasta concluir con la progenitora de Pedro, cuya conducta de parir un hijo que después cometió un

homicidio podría ser considerada también como una causa del resultado muerte.

Empero, el análisis puramente causal del supuesto anterior nos llevaría a afirmar que son causa de la muerte de José las conductas de: tener un hijo, vender una pistola y transportar a una persona, en consecuencia, tanto Pedro como su madre, como a Genaro y al taxista les sería imputable la muerte de José, sin embargo, evidentemente una conclusión como la anterior constituiría un abuso del Derecho Penal.

Por mencionar otro de los tantos ejemplos que podríamos abarcar al respecto de la teoría causalista es que un médico legista que, al analizar el cadáver, lo que hace es determinar precisamente los procesos causales hasta llegar a la acción que los originó (el disparó de arma de fuego), pero ya no sigue hacia atrás con el análisis para determinar quién llevó hasta el lugar al homicida y seguir así hasta llegar a determinar quién es la madre del asesino.

Mencionaremos ahora una de las aportaciones que hace el maestro Enrique Díaz Aranda respecto de lo que él considera como un descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo.

Así pues, se menciona que se debió a las aportaciones de Fischer y Hegler el descubrimiento de que en muchos supuestos de hecho se debe atender a la dirección que el autor da a su acción para determinar cuál es el tipo en el que se puede subsumir la conducta o si, por el contrario, ésta es atípica.

Lo anterior sucede en tipos con elementos anímicos subjetivos específicos, por ejemplo, el ánimo de apropiación en el robo o en el ánimo de lucro en el fraude, los cuales no pueden explicarse atendiendo a juicios estrictamente causal-objetivos sino sólo recurriendo a juicios estrictamente subjetivos.

De esta suerte, si Juan Carlos a la salida de la tienda de autoservicio se dirige hacia el departamento de paquetería en donde había dejado una bolsa con un par de ropa para el festejo de su madre que se celebraría el día siguiente, por lo que posteriormente la señorita que atendía el departamento de paquetería se la devolvió y ella nunca le pidió el contra recibo, así Juan Carlos se retiró y nunca se percato de que efectivamente estaba lo que el había dejado en el Departamento de paquetería, por lo que tiempo más tarde aparece otra persona de nombre Felipe quien se presenta en el mismo departamento de paquetería para recoger su paquete, y la señorita no se lo entrega y le argumenta que ya se había presentado otra persona a retirar el mismo, por lo que se tiene que llamar al Gerente del establecimiento para deslindar responsabilidades; tiempo más tarde en la casa de Juan Carlos al llevar el regalo que había comprado para su madre y poder arreglarlo para obsequiárselo el día siguiente se percata que no era lo que había dejado guardado en la paquetería, y que la sorpresa que se lleva es que dentro del paquete se encuentra un abrigo para dama de un precio mayor de lo que el había comprado, por lo que el decide que no le conviene regresar el paquete y no tiene más que quedarse con el mismo; tal vez por aprovechar el error de la señorita del almacén o bien se puede deducir que Juan Carlos actuó de mala fe ya que el sabía y tenía la certeza de que su paquete era más chico y por consecuencia menos pesado. Mientras en la tienda el verdadero dueño reclama el abrigo y esta dispuesto a iniciar una averiguación previa por el delito de robo en la Agencia del Ministerio Público, mientras tanto no aparezca el abrigo, ya sea en contra de quien resulte responsable o imputando directamente la responsabilidad al encargado del departamento de paquetería o bien directamente a la señorita que entregó el paquete; si sólo analizáramos objetivamente la conducta de Juan Carlos tendríamos un apoderamiento de una cosa ajena, pero lo que no sabemos es si el ánimo que guió la conducta de Juan Carlos es el de apropiación o sólo el de uso o incluso si realizó su conducta bajo error.

En efecto, Juan Carlos pudo haber tomado el paquete para quedárselo (robo, del art. 220 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal) o si debería regresar al establecimiento para devolver el paquete y llevarse el que por

derecho le corresponde, pues, como efectivamente se comprueba, en el lugar donde se guardaron ambos paquetes se encontraban estos que eran idénticos. Queda de manifiesto, pues, que la solución, a supuestos como el anterior sólo es posible atendiendo al ánimo que guió la conducta del sujeto activo.

Esa necesidad de atender a los ánimos, deseos, intenciones, en conjunto a los elementos subjetivos del tipo, los cuales fueron los que pusieron de relieve los pensadores de la época.

Por lo que respecta al ejemplo anterior, podemos decir que el sujeto que se lleva el paquete nunca tuvo la intención de apoderamiento sin el consentimiento de la otra persona, ya que no se puede configurar el delito de robo por que aquí sí hubo consentimiento puesto que un paquete le pertenecía al sujeto, sin embargo, no se lleva el paquete correcto, aquí lo que sería correcto es que el sujeto devolviera el paquete, pero obviamente nunca lo regresará ya que el paquete que se llevo es de mayor valor. Por lo que, en el supuesto de que el sujeto fuera arrestado por robo, lo que procedería es que el Ministerio Público tomará en cuenta los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo que son en este caso la intención, el motivo, la tendencia, el propósito o el fin único que tenía el sujeto al llevarse el paquete equivocado para que la autoridad competente integrará la presente indagatoria y así poder deslindar responsabilidades de los probables responsables.

2.2 En la teoría finalista.

Ya en la teoría de la acción final es en donde mejor quedaron explicados los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, precisamente al estudiar el dolo en el tipo, como tipo subjetivo, mejor quedaron encuadrados estas tendencias, ánimos e inclinaciones especiales requeridos por algunos tipos penales.

El maestro Sosa Ortiz, Alejandro en su obra *Los Elementos del Tipo Penal* menciona al respecto que "Hans Welzel le atribuye precisamente el

descubrimiento por la doctrina de los "elementos subjetivos del injusto", el haber abierto una grieta profunda al anterior concepto de lo injusto que limitaba a éste los caracteres objetivos de la acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir "la culpabilidad", y cuyo fundamento doctrinal era suministrado por la doctrina de la acción causal.

El autor alemán después afirma dentro del apartado "el tipo subjetivo" lo siguiente:

Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tiñen el contenido ético-social específico de la acción, así, por ejemplo, la sustracción de una cosa ajena es una actividad final, regida por el dolo, sin embargo, su sentido ético-social será diferente, según si se ha realizado con el propósito de un uso transitorio o con intención de apropiación; en la primera hipótesis es, en principio, impune, y sólo se castiga en relación con determinados objetos (bicicletas, automóviles) como hurto de uso, solamente en el segundo caso se da el desvalor ético-social específico del hurto.

Luego Welzel concluye:

Decimos que se trata de elementos subjetivos de autor de la acción, puesto que es la postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo específico.

Reinhart Maurach congruente con su filiación a la teoría de la acción final, y dentro del apartado "parte subjetiva del tipo" se refiere abiertamente a ellos como "otras características subjetivas del tipo".

Y al respecto afirma:

El dolo constituye la sustancia psíquica de los hechos punibles dolosos, numerosos tipos requieren además de otras características psíquicas o, por lo

menos determinables psíquicamente pertenecientes a la estructura de la imagen delictiva o fundamentadoras de los tipos agravados o atenuados.”²⁹

Zaffaroni ya claramente sostiene que “prefiere llamarlos *elementos subjetivos del tipo* y no *elementos subjetivos del injusto* por ser la primera más precisa y para evitar confusiones.

Y explica:

La expresión elementos subjetivos del injusto no es incorrecta, pues estos elementos, como elementos subjetivos del tipo penal que son, resultan tan bien elementos del injusto cuando, en realidad, hay un injusto, en tal sentido admitiríamos la expresión, pero en general no lo hacemos para evitar confusiones, porque estos elementos no tienen nada que ver con la antijuricidad, como no sea en cuanto a que deban tomarse en consideración para fijar su objeto: son contenidos del tipo.”³⁰

Menciona el maestro Sergio J. Medina Peñaloza, “que el neokantismo utilizó la metodología subjetivista y el relativismo valorativo sosteniendo éste que el conocimiento científico propio de las ciencias de la naturaleza o del espíritu se haya condicionado por categorías a priori de la mente del sujeto, de modo que los valores no provienen del objeto sino del método, tales aspectos fueron los puntos de crítica que dieron pauta al finalismo, que paso del subjetivismo al objetivismo como fundamento metódico de la Teoría del Delito, substituyendo a la vez el relativismo valorativo por la afirmación de verdades eternas.

A un cuando su nacimiento lo podemos ubicar en los años de 1930 o 1933, que adquiere una total y plena relevancia al finalizar prácticamente la Segunda Guerra Mundial, así con la derrota alemana se derroca la concepción sintética y el llamado derecho penal de autor, al haberse convertido en un

²⁹ Sosa Ortiz, Alejandro, Los Elementos del Tipo Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999. Pp. 234 y 235

³⁰ Cita de Sosa Ortiz, Alejandro, Los Elementos del Tipo Penal, p. 237.

símbolo del derecho penal nazi, por tanto, el finalismo en la posguerra tiene una rápido auge porque llenó un vacío de escepticismo, dada la capacidad dialéctica de su tratamiento por su creador Hans Welzel, teniendo como partidarios a varios doctrinarios de la época.

Así, el finalismo no es considerada como una teoría unitaria, pues podemos ver que tiene tantas variantes como escritores que se adscriben a sus

postulados torales; sin embargo debe admitirse que la base común estriba en que el concepto de acción está fuera del derecho penal, como un concepto ontológico, pues así el ser humano puede prever en cierta extensión, mediante su conocimiento causal, las consecuencias posibles que acarrea su actuar.

Por ende, la actividad final es una actuar dirigido conscientemente por fines, mientras que el acontecer causal es resultante fortuita del conjunto de causas existentes en cada caso en particular; por consiguiente la acción final, no es sin embargo, la base última de la doctrina de Welzel, sino sólo una de las consecuencias de su metodología ontologista y de su concepción jus filosófica.³¹

La Doctrina final de acción tiene por precursora a la corriente filosófica del fenomenalismo (o fenomenología como escuela creada por Husserl, sigue en Alemania a fines del siglo XVIII, influyendo en el pensamiento del siglo XX y adopta el concepto de intencionalidad, llegando a afirmar que ciertos actos como la abstracción, el juicio y la inferencia son actos de naturaleza intencional), propuestos por autores muy destacados en los años de 1920 a 1930. Por lo que la ciencia del Derecho Penal tiene que partir del tipo, pero éste debe descender a la esfera ontológica, para comprender el contenido de las definiciones y las valoraciones jurídicas, de esta manera, las normas del Derecho Penal se deben vincular necesariamente con la estructura final de la

³¹ Ídem. págs. 75 y 76.

acción, ya que no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente, Welzel cita como ejemplo refiriéndonos a lo anterior que de la tutela final de orden jurídico, que del mismo modo que el Derecho no pueden ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo, no pueden prohibirles tampoco que tengan abortos, pudiendo exigir, en cambio, que se comporten de modo que no se produzca ningún aborto y puede prohibirles que provoquen abortos; por lo que la omisión de tales actos, partiendo de la concepción del hombre como un ser responsable, abierto al mundo, capaz de regirse por los criterios del sentido, de la verdad y del valor.

El postulado finalista de mayor impacto metodológico es que el objeto es el que determina al método, rechazando la función de éste de configurar la materia, pues no ha de determinarse el objeto según el método, sino el método según el objeto.

Por otra parte, el Doctrinario Welzel menciona que el planteamiento del finalismo vino determinado por el paso de la tajante separación entre el mundo real y el Derecho, propia del neokantismo, a la realidad social.

Una de las aportaciones trascendentales que se menciona al respecto de la Teoría Finalista la da sin duda el maestro Sergio J. Medina Peñaloza que menciona al respecto que "la Teoría del Delito se ocupa de los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción, estudiando los componentes que son comunes a todo hecho punible, ya que existen ciertos factores esenciales, que no se hallan contenidos en las descripciones típicas de la parte especial, sino antepuestos a ellos.

Tanto la Teoría causalista como la finalista pretenden colmar estos presupuestos, para que todos los elementos particulares (delitos previstos por cada tipo penal), como generales (parte general de los códigos penales) pueden ser considerados en unidad conceptual respecto a sus componentes, a través de una dogmática coherente; por ello debemos partir del hecho que la doctrina de la acción finalista acepta la estructura tripartita del delito al estimar

que la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son tres elementos que convierten la acción del delito donde la culpabilidad (responsabilidad penal por el hecho antijurídico) presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que ésta debe de estar concretada en tipos legales, vinculándose lógicamente de manera que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.³²

Por otro lado el tratadista Welzel propone el estudio de estructuras lógicas objetivas, analizando las categorías de acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad desde una perspectiva distinta al esquema clásico e incluso llega a darles un contenido diverso al que les era propio a la luz del positivismo, dividiéndolos por ejemplo, en otros sub.-conceptos como son: los elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, elementos positivos y negativos de la culpabilidad, cuyas peculiaridades repercuten notablemente en la configuración y estructura de los ordenamientos positivos.

Del mismo modo la doctrina en comento se cimienta en varios axiomas, que le dan sustento y nos permiten percibir a priori sus alcances:

- a) El delito deja de ser un fenómeno natural que es producto por una causa y acarrea una consecuencia o resultado, para convertirse en una realidad del ser social, ya que el derecho se edifica sobre la base de la naturaleza de las cosas;
- b) El concepto clásico del delito fue producto del pensamiento jurídico del positivismo científico (es una concepción estrictamente limitada al Derecho Positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del derecho con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible las valoraciones filosóficas),

³² Ídem. pag. 115 y 116.

mientras que el finalismo partió de una fundamentación ético-social del Derecho Penal; y con ello, de una concepción jus filosófica, que retomó criterios aportados por el derecho natural;

- c) Se admite que el concepto del delito debe de ser congruente con el fin y los fines del Derecho Penal y no con las causas y efectos;
- d) Representa el paso del subjetivismo al objetivismo, el método que sigue el finalismo para estudiar la Teoría General del Delito se funda en un derecho penal de medios a fines; y
- e) Reconoce que para fijar los criterios de punibilidad, la Teoría del Delito se debe fundar en la naturaleza de la acción perpetrada, y no en la personalidad del delincuente, en atención que la imposición de la pena debe circunscribirse en una responsabilidad del acto y no responsabilidad del autor, que impide que el sujeto se le apliquen criterios de peligrosidad, temibilidad, reincidencia o habitualidad, como resabios de una positivismo que se encuentra en contradicción con los principios del Derecho Natural.

Por lo tanto, se debe juzgar sólo por la naturaleza de la acción típica y antijurídica que se perpetró, descalificando la agravación de la pena por criterios de reincidencia y habitualidad; es decir, excluyendo el llamado "delincuente por tendencia", pues debe imperar la culpabilidad como reprochabilidad de la configuración de la voluntad, sin embargo, el concepto central de la Teoría Finalista del Delito es el ser real de la acción humana desde un punto de vista ontológico, colocándose la noción final de acción en la base de la estructura del injusto, siendo el elemento primario para su comprensión.

2.3 En la teoría funcionalista.

Por su parte el maestro Sergio J. Medina Peñaloza menciona al respecto de la teoría funcionalista que "la discusión teórica del último siglo en la Ciencia del Derecho Penal mundial se centró en el concepto de acción bajo el amparo de los esquemas denominados **causalismo** y **finalismo**, donde luego de una lucha de varias décadas se impuso esta última tendencia, con lo que el tema parecería estar agotado.

Sin embargo, desde los inicios de los setenta hasta el momento presente, despertó un nuevo interés acompañado del estudio de problemas básicos del tipo de injusto, como la imputación objetiva, de modo que penetraron en la dogmática jurídica-penal nuevas tendencias, llamadas genéricamente doctrinas pos-finalistas, de ellas la más trascendente es la doctrina funcionalista, término que en su noción gramatical significa capacidad de acción de un ser o elemento apropiado a su condición natural, ejercicio de un ejemplo, facultad u oficio que resulta práctico y materialmente aprovechable.

En el campo de las ciencias sociales se produjo un desarrollo a partir de las posiciones funcionalistas, las cuales destacaron que no era posible predicar la causalidad en los fenómenos sociales, pues en estos se trataba fundamentalmente de relaciones de interacción, en los que, por consiguiente, no era posible establecer un antecedente y un consecuente, de ahí que la cuestión básica a resolver era la relativa a las funciones existentes en el sistema.

Las ideas de los Tratadistas del Derecho Penal sirvieron de antecedente para nuestra disciplina, donde igualmente por tratarse de una ciencia social se ha pretendido aplicar una tendencia similar a las existentes en otros campos, llamada funcionalismo jurídico, donde la función de cada uno de los elementos que lo componen (seres humanos) se consideran en base al papel que juegan en el mantenimiento del todo; es decir, de la sociedad.

Por lo que respecta al esquema sociológico mencionaremos a algunos de los puntos de crítica y problemas que se le atribuyen a esta corriente:

- A) Protege el Status quo, es decir, si algo existe debe tener una función positiva, en caso contrario se estima disfuncional y debe desaparecer, proponiendo el status quo como la configuración más idónea para el mundo.

- B) El funcionalismo asume una homogeneity of interests, es decir, no distingue entre los diferentes intereses de los grupos en la sociedad, pues sólo advierte el posible beneficio o daño para ésta, pese a que en realidad, la sociedad es heterogénea, pues lo que puede ser benéfico para unos, puede perjudicar a otros.

- C) Los argumentos del funcionalismo generalmente son utilizados en una perspectiva abstracta global que no es compatible con las decisiones individuales, siendo sólo válidas en la medida que se compartan por el sujeto, sin definir con precisión lo que es bueno para la sociedad.

- D) Las explicaciones de lo funcional son circulares, es decir, que una función es una razón que se encuentra en sus consecuencias.

Por otro lado el funcionalismo en materia Penal se concibe como la teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad.³³

Como se mencionó anteriormente en los años setenta se modifica la percepción del delito a la luz de corrientes denominadas funcionalistas, en donde el derecho penal es la forma en que las finalidades político criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica, de modo que si se estructura la

³³ Ídem, pag. 161 a 164.

Teoría del Delito en ese sentido, desaparecerán las objeciones que se formularon contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas, siendo imposibles desvincular la construcción dogmática de dicha política criminal.

Aún cuando esta teoría del tipo y del delito en general no concibe alguna posición específica en relación con el tema de nuestro estudio, Claus Roxin comenta al respecto de los elementos subjetivos del tipo en la teoría de Beling sobre la objetividad del tipo penal fue rápidamente conmovida; H. A. Fischer, Hegler, M. E. Mayer y Mezger descubrieron que en muchos casos lo injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor –por tanto, de momentos subjetivos, anímicos-interiores-, sin que por ello se trate de elementos de la culpabilidad.

En la medida en que, como se ha explicado más arriba, se concibe el tipo del derecho penal sólo como la tipificación de lo injusto, se transforman al mismo tiempo en elementos subjetivos de lo injusto, sin embargo, se permanece todavía en lo fundamental dentro de la posición de Beling, cuando estos fenómenos se consideran como ""excepciones"" y los sucesos anímicos-interiores ""por regla general"" como pertenecientes exclusivamente a la culpabilidad."³⁴

Abandona Roxin toda consideración respecto los elementos subjetivos distintos del dolo en su teoría sistémica del tipo penal, al respecto afirma lo siguiente:

"El tipo sistemático:

1. Introducción;

Hemos visto que la determinación del tipo del error no prejuzga necesariamente sobre la conformación del tipo como concepto fundamental del

³⁴ Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979. p. 66.

sistema del derecho penal, de ninguna manera se excluye la posibilidad de hacer depender el dolo del conocimiento de todos los elementos determinantes de lo injusto y limitar, sin embargo, el tipo sistemático sólo a una parte de estos elementos, si no estamos dispuestos a considerar la construcción de los tipos abiertos como una solución acertada con respecto a los problemas del error, resulta posible, sin embargo, que el concepto de tipo penal de Welzel en la configuración de su contenido y su concepción dogmática sea superior a todas las otras teorías en lo referente a la estructura correcta del delito, en ello sólo habría una objeción: es de la esencia de un sistema que éste tienda a la armonía, el complejo de elementos al cual –como hemos visto– se le atribuye una significación tan esencial en el ámbito de la teoría del error y de la tentativa, tiende a ocupar un lugar en el sistema, más allá de su directa función teleológica, pues un sistema no se da porque sí, sino que existe como un medio auxiliar técnico, que permite la elaboración en forma clara y precisa de los elementos esenciales de un suceso polifacético en un análisis puro, destinado a su manejo práctico, si puede afirmarse respecto del tipo penal que no sólo tiene la función de elemento de la estructura del delito, sino que cumple además con la tarea de ser el objeto al cual se refiere el dolo, y ofreciendo a la vez la posibilidad de una delimitación precisa de la tentativa y el delito putativo, con ello se afirmaría también un argumento a favor de la utilidad del concepto sistemático, nosotros le daremos al tipo sistemático un contenido diferente al del tipo del dolo sólo cuando ello resulte imprescindible para el conocimiento de otros fenómenos dogmáticos.³⁵

La ciencia jurídico penal española es de las más avanzadas del mundo, por la claridad en su exposición, en ocasiones se les entiende mejor que a los propios alemanes que son los iniciadores de las teorías más modernas.

Los autores Juan J. Bustos Ramírez. y Hernán Hormazábal Malarée, nos explican la visión de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo desde la teoría funcionalista:

³⁵ Roxin, Claus. Teoría del Tipo Penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1979. P. 67.

“en cierto tipos legales, se puede observar que aparte del dolo aparecen otros elementos subjetivos específicos que contribuyen a la precisión del injusto, dentro de la categoría de elementos subjetivo del injusto quedan comprendidos los ánimos, como el *ánimo de lucro* que se exige al autor en el delito de hurto, *las intenciones*, como la de *descubrir un secreto de empresa*, estos elementos subjetivos son diferente al dolo, pero lo acompañan de la siguiente manera:

I.- FUNCIONES DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Los elementos subjetivos cumplen tres funciones básicas; *en primer lugar*, tienen una función constitutiva del tipo y, por ende, del injusto, sin su consideración no puede establecerse la tipicidad correspondiente.

Así, por ejemplo, en el hurto es indispensable el ánimo de lucro, esto es, de apropiarse de la cosa mueble ajena y en la falsificación de documento, el ánimo de ponerlo en circulación, sólo así en uno y otro caso el comportamiento puede ser relacionado con un bien jurídico, con el patrimonio, en el caso del hurto, o con la fe pública, en el segundo caso;

En segundo lugar, los elementos subjetivos del tipo cumplen una función *garantizadora*, pues vienen a precisar el tipo legal, a dar cumplimiento al principio de certeza, su inclusión dentro del tipo tiende a excluir la vaguedad y constituye un obstáculo a la arbitrariedad, así, sin el ánimo de lucro, cualquier extracción de una cosa muebles ajena, aun cuando se hiciera para salvarla de un daño, sería punible, del mismo modo lo sería una falsificación hecha por pura diversión o con afán de coleccionismo de firmas falsificadas.

En tercer lugar, los elementos subjetivos pueden tener una función *anticipadora* de la punibilidad, en particular los llamados elementos subjetivos de intención trascendente, en estos casos, al legislador le basta con la comprobación de la mera intención del sujeto, prescindiendo de la realización objetiva de dicha intención, para estimar consumado el delito, así, en la falsificación de un documento, si el bien jurídico protegido es la fe pública, para la consumación del delito lo lógico sería exigir dos actos, un primer acto de

falsificación propiamente dicha, de una firma por ejemplo en un pagaré, y un segundo acto de puesta en circulación de dicho documento falso, pero el legislador, como puede observarse de la lectura del correspondiente tipo penal prescinde del hecho objetivo de la puesta en circulación y estima consumado el delito con la comprobación del *ánimo* del sujeto de poner posteriormente en circulación del documento.

II.- CLASIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Se suele distinguir entre elementos subjetivos de intención trascendente, de tendencia, de expresión y psicológico-situacionales:

Elementos subjetivos de intención trascendente.

Es el caso más característico de elemento subjetivo, se trata de tipos penales que incluyen entre sus elementos típicos una subjetividad del autor que va más allá de la realización objetiva exigida, así, en el caso del art. 281 CP se castiga la distracción de mercancías del mercado con la *“intención de desabastecer un sector del mismo”*, en este caso, se requiere del dolo respecto del acto de distraer y, además, un elemento subjetivo específico que es la intención trascendente de desabastecer un sector del mercado, no se requiere que objetivamente se produzca el efectivo desabastecimiento, precisamente por que no se requiere este resultado objetivo, se habla en estos casos de delitos de resultado cortado o, con más precisión, de delitos en que el legislador prescinde del resultado.

Otro sub-caso de elementos subjetivo de intención trascendente lo constituye el de los *delitos mutilados en dos actos* o, mejor, *de dos actos reducidos a uno* o en que el legislador prescinde de uno, un ejemplo de este supuesto se encuentra en el art. 278 CP en que se castiga al que se apodere de algunos de los objetos allí señalados *“para descubrir algún secreto de empresa”*, al legislador le basta con el apoderamiento y no requiere el acto posterior que debiera seguir al de apoderamiento, de poner en circulación.

Elementos subjetivos de tendencia.

Quedan comprendidos dentro de esta categoría aquellos casos en que la acción va acompañada de determinado ánimo que es indispensable, pues de otro modo no sería posible concebirla, así sucede en términos generales en los delitos en contra de la libertad sexual y en particular en el delito de abusos sexuales del Art. 181 CP en que sólo puede subsumirse dentro del tipo un tocamiento siempre que vaya acompañado de una tendencia lasciva por parte del sujeto, de otro modo no podía delimitarse este comportamiento, por ejemplo, de un reconocimiento médico

Elementos subjetivos de expresión.

Son aquellos que expresan la disconformidad entre la realidad y lo actuado, como existe tal disconformidad, ella requiere de una expresión subjetiva, el caso característico es el del falso testimonio que está previsto en el art. 458 CP, es una cuestión discutida, pues para algún sector de la doctrina no sería necesario el elemento subjetivo y bastaría con la disconformidad objetiva.

Elementos subjetivos psicológico-situacionales.

Estos elementos expresan una determinada relación del sujeto con la situación en que se encuentran y, por tanto, también están más allá de lo que requiere el dolo, así, en los delitos especiales previstos para funcionarios públicos, el propio tipo exige que el sujeto actúe en función pública, con finalidad pública, ello requiere un elemento subjetivo psicológico-situacional consistente en que el sujeto tenga una actitud consciente respecto de la posición de finalidad pública en que se encuentra.

Una característica distintiva de estos elementos subjetivos psicológico-situacionales, es que no sólo son compatibles con el dolo, sino también con la

imprudencia, de hecho en el art. 447 CP se encuentra prevista la prevaricación imprudente del Juez o Magistrado, estos funcionarios tienen que subjetivamente estar conscientes de su posición y finalidad pública, los demás, en cambio, son incompatibles con ésta, piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad lógica de "sustraer imprudentemente una cosa mueble ajena con ánimo de lucro".

Dentro de estos elementos subjetivos psicológico-situacionales quedan comprendidas las actitudes de "contar con" o "decidirse por" que definen el dolo eventual o de "confiar en" que precisa la imprudencia con representación.³⁶

Podemos mencionar que existen varios ejemplos de los llamados *elementos subjetivos de intención trascendente*, por lo que me permito en mencionar uno de ellos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que es el caso del art. 332 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se castiga a aquella persona que altere o destruya las señales indicadoras de peligro, de forma que no puedan advertirlas los conductores; o que derrame sustancias deslizantes o inflamables, con la "intención de ocasionar un daño a las vías generales de comunicación", en este caso, se requiere del dolo respecto del acto de realizar actos indebidos y, además, un elemento subjetivo específico que es la intención trascendente de alterar aquellas vías generales de comunicación, no se requiere que objetivamente se produzca la alteración o destrucción, precisamente porque no se requiere este resultado objetivo, se habla en estos casos de *delitos de resultado cortado* o, con más exactitud, de *delitos en que el legislador prescinde del resultado*.

Otro sub-caso de *elemento subjetivo de intención trascendente* lo constituye el de los delitos mutilados en dos actos o, mejor, de dos actos reducidos a uno o en que el legislador prescinde de uno, lo podemos ejemplificar en el Art. 273 fracción I, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en que se castiga al que se disponga o distraiga de su objeto, dinero,

³⁶ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, Volumen II, Editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 1999. pp. 72 a 75

valores, inmuebles, o cualquier otra cosa, si los hubiere recibido por razón de su cargo. Al legislador le basta con que "disponga o distraiga de su objeto " y no requiere el acto posterior que debiera seguir al de apoderamiento, por razón de su cargo.

Por lo que respecta a los *elementos subjetivos de tendencia* podemos ejemplificar con el artículo 177 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal por lo que toca al apartado de delitos sexuales, en que sólo puede subsumirse dentro del tipo un tocamiento siempre que vaya acompañado de una tendencia lasciva por parte del sujeto, es decir, al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda desistírlo, de otro modo no podía delimitarse este comportamiento.

De los *elementos subjetivos de expresión* mencionaremos un caso característico que es el falso testimonio que está previsto en el Art. 311 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Es una cuestión discutida, pues para algún sector de la doctrina no sería necesario el elemento subjetivo y bastaría con la disconformidad objetiva.

Por otra parte los *elementos subjetivos psicológico-situacionales* mencionaremos un ejemplo que es el Art. 290 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se encuentra prevista la prevaricación imprudente del juez o magistrado, estos funcionarios tienen que subjetivamente estar conscientes de su posición y finalidad pública, los demás, en cambio, son incompatibles con ésta.

No cabe duda de que la teoría de la tipicidad en el ámbito del Derecho Penal está sufriendo una auténtica revolución a través de la denominada "teoría de la imputación objetiva", y que a consecuencia nos menciona el maestro Bernardo Sánchez Feijóo lo siguiente: "que es fruto de una línea metodológica opuesta a la del finalismo. A la fundamentación y sistematización ontológica que caracterizaba al finalismo se ha opuesto una fundamentación y

sistematización teleológico-funcional, evidentemente, un cambio radical en la fundamentación y sistematización de la teoría jurídica del delito supone una reformulación de sus distintas partes, en este caso, la visión teleológico-funcional ha tenido una clara influencia en la teoría del tipo a través de las distintas versiones de la "teoría de la imputación objetiva" otorga al tipo un contenido claramente valorativo, ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal, es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma.

Una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de la parte especial interpretados teleológicamente, la otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se pueda subsumir formalmente en un tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el "fin de protección de la norma penal", ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el Derecho penal, el tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto".³⁷

Sólo es relevante para imputarle un resultado a una persona el cálculo hipotético relacionado con el cumplimiento de ciertas normas de cuidado y con el riesgo permitido en relación a lo que ha pasado.

No nos podemos olvidar que la política-criminal se fija en problemas, razones o intereses concreto que existen en la realidad, y de la ponderación de esas razones e intereses concretos surge el Derecho (tipos de la parte especial y reglas generales de imputación) que regulen dicha realidad social.

La concepción dominante del tipo ya no se corresponde con una teoría subjetivista o finalista del injusto personal sino que se canaliza a través de la referencia a la "teoría de la imputación objetiva", aunque todavía no se haya

³⁷ Feijóo Sánchez, Bernardo, Teoría de la Imputación Objetiva, primera reimpresión de la primera edición, Ángel Editor, México, 2001.

alcanzado un acuerdo definitivo sobre cómo debe quedar constituida una teoría del injusto personal desarrollada desde los presupuestos de esta teoría teleológico-valorativa.

Por lo que mencionaremos al respecto dentro de éste capítulo de Evolución Doctrinal que un antecedente de los elementos subjetivos del injusto lo menciona al respecto el maestro Córdoba Roda, J. que menciona "hasta la recepción de la Teoría de los Valores de la primera década de 1900, que se descubren los elementos subjetivos del tipo y se admite una concepción material del injusto, lo que evoluciona los logros hasta entonces alcanzados por la doctrina penal."³⁸

Queda de manifiesto que una vez abarcado y analizado la problemática que acarrea la Evolución Doctrinal es difícil mencionar cual es la mejor corriente al respecto, ya que algunos autores, así como maestros y alumnos son partidarios de corrientes que a lo mejor no satisfacen a los demás; sin embargo, podríamos decir que el estudio de cada una de las corrientes analizadas como lo son la teoría finalista, funcionalista, causalista son tanto abstractas y complicadas de entender y por lo consiguiente peligrosas, es decir, a lo que me refiero es que cada una de ellas persigue un fin diferente aunque tengan una misma dirección, pero siempre van en caminadas a la explicación y la trascendencia de lo que cada Doctrinario y Tratadista trato de explicar para que los demás entendamos la razón verdadera de cada una de las corrientes que nos toco mencionar en el presente trabajo, así, queda a consideración de todos y cada uno de nosotros como estudiosos del derecho poder entender la trascendencia, alcance y relevancia que pudieran alcanzar las mismas.

En lo particular no estamos ni a favor y mucho menos en contra de todas y cada una de las corrientes explicadas en el presente capítulo, es decir, que

³⁸ Córdoba Roda, J. Derecho Penal. 1963. P. 18.

es difícil comprender el alcance de cada una de las corrientes antes explicadas, sin embargo, consideraría que la corriente más aplicada en tiempos pasados es sin duda la Teoría Causalista, ya que esta divide a las categorías del delito en tipo, antijuridicidad y culpabilidad, que se asignaba a los dos primeros el calificativo de injusto, al cual le correspondían todos los elementos objetivos y, por tanto, se sostenía la existencia de un injusto material, mientras tanto, la culpabilidad correspondían todos los elementos anímicos del autor, y que estos elementos anímicos son aquellos elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, por lo que es aplicable esta corriente al caso concreto, sin embargo, la teoría finalista por lo que toca al dolo menciona que la conducta que interesa analizar al Derecho Penal es la conducta final y si ésta sólo se puede identificar atendiendo a la voluntad final del autor sobre la realización de resultados típicos, es decir, que lo único que distingue el dolo de la finalidad, es la tipificación del resultado a que atiende, por lo que, intrínsecamente dolo y finalidad coinciden, y si finalidad pertenece a la acción, como quiera que los tipos configuran acciones, el dolo deberá permanecer al tipo, sin embargo, debemos analizar dicha finalidad, en otras palabras el dolo es aquella conducta que guió el autor; por lo consiguiente, mencionaremos que tanto la Teoría del causalismo como del finalismo son las corrientes más aplicables al tema de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, ya que estos elementos son aparejados del mismo dolo, y que a reserva de que el legislador no los tome en cuenta es necesario mencionar que estos elementos son indispensables, trascendentales y que esta en juego la libertad de una persona, por eso es importante que tanto para los Jueces, el Ministerio Público o aquellas personas en cargadas de la administración de justicia tomen en consideración aquellos elementos que van aparejados del propio dolo y que en la mayoría de las veces las autoridades únicamente toman en cuenta el delito que se cometió y no la conducta del sujeto, es decir, la acción o intención que lo llevo a cometer.

Es menester tomar en consideración todas aquellas cuestiones que motivaron al sujeto para cometer una conducta que va en contra de la sociedad, y que las mismas autoridades realicen su trabajo, ya sea para dictar una sentencia conforme a derecho, así como ejercitar acción penal en contra

de quien o quienes resulten responsables de un delito que se persiga de oficio o a petición de parte, o consignar una averiguación previa; y tomar en cuenta las acciones que realizan estas autoridades para que los abogados que litigan actualmente así como los futuros abogados que apenas empiezan a realizar su trabajo dentro de la rama del derecho penal tomen en consideración los argumentos necesarios para una buena defensa de los clientes.

CAPÍTULO TERCERO.

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.

Cuestiones trascendentales son sin duda las normas jurídicas aplicables y relativas al tema de nuestro estudio y son las que han tomado una gran expectativa a lo largo del Derecho Penal por lo que respecta al tema del dolo, sin embargo, trataremos de abarcar todas aquellas cuestiones importantes que son la base y la iniciativa de la composición del propio dolo, en el entendido que no se pretende agotar el tema como tal, sino que se trata de analizar los fundamentos necesarios que hablan al respecto del tema de estudio y no analizar la totalidad de las leyes existentes acerca del dolo y de sus elementos subjetivos distintos del mismo, sino que además su función en el derecho positivo mexicano, y tener presente únicamente una ideología y visión por demás crítica de la legislación vigente hasta la fecha, ya que sin duda se han tomado una seria modificación de las cuestiones penales a lo largo de los últimos cinco años.

Sin duda, es difícil establecer un marco jurídico que cubra todas las expectativas del lector por lo que respecta a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, sin embargo, mencionaremos aquellas leyes que faciliten el trabajo y la comprensión del estudioso en derecho; y para ello citaremos las siguientes leyes: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se considera factor determinante en el presente tema de estudio, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el Código Penal Federal, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y aquellas tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es importante mencionar el fundamento constitucional de los elementos subjetivos distintos del dolo y aquellas reformas que han sido pieza importante en la vida del Derecho Penal por lo que respecta al tema de estudio.

3.1 Fundamento Constitucional.

El presente trabajo ha sido objeto de regulación jurídica en la historia legislativa de México por lo que respecta al dolo en lo particular, así es que a partir de 1983-1984 es cuando la discusión en torno de éste comienza a cobrar relevancia no por la vía de la doctrina penal sino como resultado de las reformas de ese año por las cuales se deja presumir la intencionalidad del delito y se adopta el término "dolo" a nivel legislativo.

La discusión cobra mayor fuerza a partir de las reformas de 1994, cuando a nivel de la Constitución y de los correspondientes códigos procesales, se ordena la ubicación del dolo a nivel de tipo.

Todo ello vuelve a ser materia de reformas a la Constitución en 1999, de lo anterior es recomendable una somera referencia a la evolución legislativa del dolo en los ordenamientos jurídicos de México, para establecer las diferentes líneas de política criminal que ha adoptado el legislador mexicano a lo largo de nuestra historia.

El problema de la limitación de la potestad legislativa es un problema iusfilosófico, habiéndose hecho necesario apuntarlo para conocer nuestro punto de partida en ese terreno, pero aunque partiésemos de un absoluto relativismo valorativo, de un furioso positivismo, ninguna duda cabe que nuestro sistema positivo coloca al individuo con anterioridad al Estado, como fin en ese mismo, separando lo inmoral de lo antijurídico, ello se deriva claramente del artículo 19 Constitucional, que es un verdadero límite a la facultad represiva del Estado.

En la reforma de 1994, por lo que respecta a los artículos 16 y 19 Constitucionales, en los cuales se autorizó el otorgamiento de ordenes de aprehensión sólo cuando existieran datos para acreditar el tipo penal y eso, con forme a la legislación procesal, suponía sólo cuando existieran datos, entre otros, que acreditaran el dolo o la culpa del presunto responsable.

Pasemos ahora a comentar y señalar las reformas referidas.

De la reforma de 1993 interesan a nuestro estudio sólo aquellos apartados del artículo 16 y 19 de la ya mencionada Constitución referentes al dolo, que son los siguientes:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad **y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal** y la probable responsabilidad.

...
...

Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique sin un auto de formal prisión y siempre que de lo **actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito** que se le impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

Por lo que menciona el autor Díaz Aranda Enrique "que la obligación de acreditar los elementos del tipo penal a que hacía referencia la Constitución no encontraba una clara correspondencia con lo dispuesto en el Código adjetivo, en el cual se seguía haciendo referencia al cuerpo del delito y aunque ello

podía ser objeto de discusión doctrinal sobre si eran equivalentes los términos *cuerpo del delito* y *tipo penal* a efectos procesales y cuáles eran sus elementos, el legislador mexicano optó por dejar claro cuáles son los elementos del tipo en el Código Federal de Procedimientos Penales y, al incluir entre éstos al dolo, pasó a redefinir su concepto en el Código Penal.³⁹

Del artículo 19 Constitucional puede deducirse que aquellas acciones que no ofendan la moral y el orden público no pueden ser tomadas en cuenta en el delito en contra de su autor: por lo que no pueden tampoco reprochársele en la culpabilidad.

El principio de reserva esta sancionado en nuestra Constitución Nacional y abarca no sólo la ley penal sino también la procesal penal, la Constitución prohíbe incriminar un hecho que antes de cometido no lo estaba respecto del imputado; en virtud del mismo principio no se puede modificar el régimen de las pruebas en perjuicio de aquél.

Referente al artículo 19 Constitucional, citaremos a propósito una Tesis Jurisprudencial referente al Auto de Formal Prisión para que nos quede más claro lo que el legislador pretendía con las reformas al ya citado artículo Constitucional y que es comparado con la legislación penal del estado de Guerrero:

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Mayo de 2001

Tesis: XXI.3o.2 P

Página: 1090

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTÍCULO 87 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUERRERO, TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES

³⁹ DIAZ Aranda, Enrique. *Dolo*. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 2002. Pp.163 y 164.

PRERROGATIVAS AL INCUPLADO EN EL DICTADO DEL. De acuerdo con la reforma del artículo 19 constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para dictar un auto de formal prisión, se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado; es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva. Sin embargo, el artículo 87 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guerrero, aún exige como requisito para emitir un auto de formal prisión, la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate. De lo anterior se desprende que la legislación local en cita exige mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculpaado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente la aplicación de la norma local.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 71/2001. 22 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Avelar Gutiérrez. Secretaria: Gloria Avecia Solano.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, página 933, tesis XXV.1 P, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE DURANGO TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES PRERROGATIVAS AL INCUPLADO EN EL DICTADO DEL".

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 1/2001, pendiente de resolver en la Primera Sala.

Por lo consiguiente, hasta antes de la reforma de 1994 el legislador no se había pronunciado ni a favor ni en contra de corriente doctrinal alguna y, por tanto, había libertad para analizar el dolo conforme al sistema del delito que más convenciera, fuera el clásico, finalista o, incluso, funcionalista.

Sin embargo, como se ha analizado después de dicha reforma el dolo se debía analizar a nivel de tipo, con lo cual se podía aplicar el sistema final de acción, incluso seguir los autores neoclásicos que ubicaron al dolo en el tipo o, siguiendo la corriente más moderna, conforme a los postulados del funcionalismo.

Empero, a partir de la reforma de 1999 a la Constitución la situación es distinta, pues el legislador ha puesto de manifiesto en la exposición de motivos su repudio al finalismo y ha retornado al concepto de cuerpo del delito, término que, según el legislador, ha sido ampliamente estudiado en México, e incluso manifiesta que antes de las reformas de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció Jurisprudencia conforme a la cual por cuerpo del delito se entendía el conjunto de elementos objetivos externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Lo anterior nos plantea la duda de cómo debemos realizar el análisis sistemático de un delito dentro de los conceptos procesales de cuerpo del delito y probable responsabilidad a los cuales se refieren los artículos 16 y 19 de la Constitución y el vigente artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, tomada como sustento la citada reforma a la Constitución y a las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código Penal, por lo que ahora los tratadistas del Derecho se preguntarían a respecto ¿qué se debe entender actualmente como cuerpo del delito en México?, ¿dónde se ubica al dolo?, y ¿qué elementos conforman la responsabilidad penal?, por ello es menester acudir a la dogmática-jurídico-penal, sin embargo, si no acudiéramos ésta, los términos procesales, cuerpo del delito y probable responsabilidad, carecerían de sentido, ello en virtud de que su contenido se encuentra precisamente en la teoría del delito y ésta, obedece a una sistemática cuya estructura sirve para determinar si una conducta es o no delictiva. Sin dicha dogmática como podríamos determinar si la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado es producto de la comisión de un delito o no, y como determinar qué conductas son penalmente relevantes, y todavía más, si no siguiéramos alguno de los sistemas como

sabríamos dónde y cómo analizar cada elemento del delito, por lo consiguiente, desacuerdo con los postulados actuales de la Constitución la base del procedimiento penal descansa en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, con respecto al dolo se considera que surgen muchos interrogantes como son: ¿el dolo ha pasado a formar parte de la responsabilidad penal?, si esto es así, ¿como explicar y sustentar dicho cambio?, ¿se debe acreditar el dolo al ejercitar acción penal?, o, ¿será el dolo materia de prueba sólo durante el proceso penal?, o con una interpretación extrema, ¿el dolo ya no es materia procesal en México?. A la respuesta de las ya mencionadas interrogantes es necesario acudir a los antecedentes de esta reforma, los motivos que la originaron y en el contexto en el cual se inserta, sólo así se puede justificar una reinterpretación dogmática que sirva como guía teórica para intentar evitar los posibles efectos nocivos de la reforma a la Constitución de 1999.

De acuerdo con la legislación examinada, el dolo aparece en nuestros ordenamientos jurídico-penales como intencionalidad, la cual en principio se presumía y generaba la inversión del principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) en contra del presunto responsable de la comisión de un delito, quien debía demostrar que no había actuado intencionalmente.

De esta suerte, quien al manipular una persona le dispara y provoca la muerte de otro, conforme a esa legislación, se podía presumir la intención de cometer un homicidio, y era el procesado el que debía demostrar, en su caso, si no tuvo esa intención (culpa) o incluso si había manipulado dicha arma por que le había dicho un tercero que estaba descargada e incluso que ésta era de utilería.

Citaremos a propósito una tesis jurisprudencial referente a la carga de la prueba, así, el lector no se quedara con la duda de que es ésta:

Octava Época
Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XII, Septiembre de 1993

PRUEBA CARGA DE LA. La carga de la prueba incumbe a quien de una afirmación pretende hacer derivar consecuencias para él favorables, ya que justo es que quien quiere obtener una ventaja, soporte la carga probatoria. En consecuencia, el actor debe justificar el hecho jurídico del que deriva su derecho. Así, la actora debe acreditar la existencia de una relación obligatoria. En el supuesto de que se justifiquen los hechos generadores del derecho que se pretende, la demandada tiene la carga de la prueba de las circunstancias que han impedido el surgimiento o la subsistencia del derecho del actor, puesto que las causas de extinción de una obligación deben probarse por el que pretende sacar ventajas de ellas.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3383/93. Compañía Hulera Goodyear Oxo, S.A. de C.V. 8 de julio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

El maestro Enrique Díaz Aranda en su libro denominado *Dolo* menciona al respecto que "se observa un avance con la reforma de 1983-1984, por la cual deja de presumirse esa intencionalidad y pasa a ser una carga procesal del Estado, quién a través de Ministerio Público debía acreditar la existencia del dolo para la imputación de un delito, en consecuencia debía quedar debidamente probar en autos para la emisión de una sentencia condenatoria por el Juez.

Contrario al legislador de 1999, hasta antes de 1994 no había un criterio unánime sobre que se debía acreditar en el cuerpo del delito y cual era el contenido de la probable responsabilidad, con las consecuentes dudas sobre en cuál de estos apartados debería acreditarse el dolo, por ello debemos mencionar que se entiende por cuerpo del delito, y éste es la cosa en que o con que se ha cometido algún delito; como por ejemplo el cuerpo del muerto, y así fue tomado por nuestros Códigos Procesales, ya que en 1880 el artículo 121 sólo requería la probación de hecho o de omisión que la ley reputará como delito, posteriormente en 1894 se apuntaba que era necesario el comprobar todos los elementos del delito, teniendo siempre implícita la presunción de dolo; en 1909 para comprobar el cuerpo del delito se exigía el justificar los elementos del hecho delictuoso; en 1929 se dio preponderancia a las reglas especiales, y se decía que los delitos se justificarán por la comprobación de sus elementos constitutivos; en 1984 la acreditación de los elementos que integran la

descripción de la conducta o el hecho delictuoso según lo determina la ley penal.

Por ello el legislador en 1994 reformó la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales y el respectivo para el Distrito Federal, suprimiendo el concepto de cuerpo del delito y refiriéndose en su lugar a los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, por lo que aclaró también el legislador a nivel del Código adjetivo qué se debía acreditar en cada uno de estos apartados y disponiendo que el dolo debía acreditarse como uno de los elementos del tipo penal, por ello se ha considerado que el legislador de 1994 se guió en los postulados sistemáticos de la doctrina final de acción y los elevó a nivel de ley, llevándolos incluso hasta la Constitución misma como ya hemos apuntado en apartados anteriores, sin embargo, hay que buscar la verdadera razón que el legislador tomó para estos casos, así, podemos mencionar que buscó la unificación de criterios y de esta forma tratar de dar una vigencia al principio de certeza jurídica, ya que éste es un principio esencial e indispensable para un Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁰.

Así, con la reforma de 1994 se podía esperar una mayor certeza jurídica, pues tanto el Ministerio Público, el Juez y el Abogado defensor sabían en donde debían ubicar, entre otros elementos, al dolo, y en consecuencia, dónde hacer las argumentaciones tanto dogmáticas como probatorias referentes a éste.

Por ello, el Ministerio Público sabía en dónde debía ubicar en el Pliego de Consignación al dolo y lo mismo en sus conclusiones acusatorias dentro del proceso penal; y para el Juez también significaba la guía para poder determinar tanto el Auto de Formal Prisión como en la Sentencia, en dónde había que hacer referencia a las pruebas y argumentaciones referentes al dolo en que había sustentado su resolución, por lo que el Abogado defensor sabía

⁴⁰ Ídem, Pág. 186 a 188.

en donde buscar todo lo referente al dolo y de la misma forma preparar sus contra argumentaciones y la defensa respectiva del cliente.

Por lo que, más tarde se dio una reforma Presidencial dentro del informe de gobierno de 1 de septiembre de 1998, referente a los artículo 16 y 19 de nuestra Carta Magna, en el cual el Presidente de la República dedicó un apartado especial al problema de seguridad pública que aquejaba en ese entonces a la sociedad mexicana, por lo que consideró conveniente citar ampliamente lo más relevante del informe de gobierno ya mencionado anteriormente:

Combate más amplio y eficiente a la impunidad y a la inseguridad:

La seguridad pública y la justicia constituyen una obligación especial del Estado, por eso, **si hasta ahora hemos fallado**, debemos hacer todo lo necesario para no fracasar.

Cada uno, las autoridades del Gobierno Federal, de los Gobiernos Estatales y del Distrito Federal, los legisladores y los miembros del Poder Judicial, debemos asumir la tarea que nos corresponde, la seguridad pública es una deuda del Estado con los ciudadanos.

Para dar un impulso firme al combate contra la delincuencia, el Presidente enviará al Congreso de la Unión nuevas iniciativas con reformas adicionales, propondrá penas más severas para los delitos más frecuentes y más graves y propondrá nuevas reglas a fin de que las penas para una persona que ha cometido varios delitos se acumulen, además propondrá que en los casos de los delitos de más peligrosidad y frecuencia, se supriman los beneficios de libertad preparatoria y de reducción parcial de penas.

No basta reformar las leyes para contar con la justicia y seguridad pública que merecen los mexicanos, por eso, hace unos días el Gobierno Federal convocó a una cruzada contra el crimen y la delincuencia como parte

del Programa Nacional de Seguridad Pública, en 1998, el Gobierno Federal estará invirtiendo en seguridad pública dos veces más que en años pasados.

Por lo que es evidente la preocupación del Ejecutivo Federal por el incremento desmesurado de la criminalidad en nuestro país, por ello es bien sabido que quien haya vivido durante los últimos treinta o cuarenta años notará el cambio en su entorno, la criminalidad se ha hecho parte primordial de nuestras vidas cotidianas; hemos aprendido paulatinamente, a vivir con ella, de ahí la intención de tomar distintas medidas de seguridad para la solución de los grandes problemas criminales que nos preocupan, ya que la autoridad en su caso no ha hecho nada referente a la desmedida y abundante inseguridad que a impera en el Distrito Federal y por que no decirlo en el país entero, sin embargo, planes de Seguridad que se crean para la solución de estos problemas son insuficientes y por lo tanto obsoletos, ya que el criminal o delincuente ha buscado la salida y la desviación a estas conductas ilícitas que nos aquejan día con día; así también, nuestras propias autoridades son presa fácil de las organizaciones delictuosas que incluso tienen aparatos más sofisticados para la realización de los ya tan mencionados actos, por lo que la sociedad en general estará de acuerdo con migo que las mismas autoridades tienen pacto expreso con aquellos delincuentes que no hacen otra cosa que hacernos la vida de cuadritos, con esto las autoridades obligan al propio ciudadano a hacerse justicia por su propia mano, ya que los en cargados de la administración de justicia no hacen lo suficiente para acabar con esta criminalidad imperante.

Sin embargo, los puntos centrales del proyecto son: un programa de seguridad pública, el mejoramiento de la impartición de justicia y las reformas a la ley, por lo que se busca la seguridad pública con el Programa Nacional de Seguridad; si éste significa la profesionalización y mayores recursos para los órganos policiales y la erradicación de la corrupción, por lo que considera el legislador que los resultados serán positivos.

Lamentablemente durante el proceso legislativo de la reforma de 1998-1999, tanto el Ejecutivo como las respectivas Comisiones de la Cámara de

Senadores han sostenido un criterio opuesto al anterior y en nombre del interés social y la situación de emergencia que viven algunas partes del país, reconocen abiertamente estar restringiendo las garantías individuales con el fin de combatir la criminalidad y la impunidad, señalando abiertamente que al efecto han flexibilizado los requisitos para poder solicitar una orden de aprehensión.

Por lo que en un Estado de legalidad, la detención y consecuentemente la privación de la libertad de una persona es uno de los actos de autoridad más restringidos, por ello esta sujeto a múltiples requisitos, pues para el ciudadano debe constituir una de las más grandes garantías y ello es así no para favorecer a los delincuentes, sino para evitar detener y privar de la libertad a los que no lo son.

Son argumentos del legislador para reformar el artículo 16 Constitucional que a las autoridades encargadas de la "procuración de justicia" se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión, esto demuestra, a decir de la iniciativa presidencia que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público en la averiguación previa implica el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad, de ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este proceso para obtener una orden de aprehensión.

Referente a la Procuración de Justicia la siguiente tesis jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Octubre de 1996

Tesis: IV.1o.2 P

Página: 517

DELITOS COMETIDOS EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. CARACTER DE FUNCIONARIO, EMPLEADO O AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. No puede considerarse a un subjefe divisional (coordinador) de la Policía Judicial del Estado como funcionario, empleado o auxiliar de la administración de justicia, en tanto que esta calidad

significa que el sujeto activo precisamente tenga como actividad la relacionada precisamente con la impartición de justicia, propia de los integrantes del Poder Judicial local o federal, o de auxiliar de la propia función, y el quejoso se hallaba, en el caso, en indagaciones sobre el delito, lo que apenas forma parte, en su inicio, de la procuración de justicia, lo que es técnica, legal y claramente una cuestión distinta a las hipótesis de comisión del delito de cuenta, sobre todo, porque la función, en uno y otro caso, corre a cargo de autoridades de naturaleza completamente distinta. Además, el delito está contenido en el Código Penal del Estado, en el título octavo, "DELITOS COMETIDOS EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA", capítulo único, y como tal, el bien jurídico tutelado es todo lo relacionado con la impartición de justicia, sus órganos judiciales, procedimientos y demás aspectos, ya que así lo revela el artículo 224, fracciones de la I a la IX, básicamente la fracción VII, que se refiere a ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida, y teniendo en cuenta todos los demás casos a que se refieren las demás fracciones, esos actos u omisiones deben darse dentro del proceso propiamente dicho, ante el Juez del propio proceso, esto es, en el período de administración de justicia, por lo cual tampoco tiene aplicación, en el caso, el artículo 3o., fracción X, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, en el que se dice que son auxiliares de la administración de justicia "los jefes y agentes de la policía estatal y municipal", ya que, independientemente de que no se habla con precisión de la Policía Judicial, es evidente que el auxilio a que se refiere el precepto acabado de citar, se da de acuerdo con las fases del procedimiento y, como se ha dicho, no se puede hablar de falta de auxilio a la administración de justicia, cuando el hecho u omisión ha ocurrido, apenas, en la fase de averiguación previa, o sea, en el período de investigación y procuración de justicia.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 168/96. Mario Humberto Benavides Caballero. 12 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Sánchez Fitta. Secretaria: Alma Rosa Torres García.

Por lo que se **solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado**, de esto se desprende que tanto el Ejecutivo como el Legislador pretenden, a través de la reforma de 1999, disminuir la criminalidad en nuestro país mediante la consignación y procedimiento de más personas.

Por ello, todo lo anteriormente mencionado es posible a través de criterios doctrinales y jurisprudenciales que conduzcan a la interpretación e incluso reinterpretación de las leyes hacia los cánones del Estado Social y Democrático de Derecho y no a la reforma continua sin sustento, pues ésta

última vía está en contra de la seguridad jurídica ya que el ciudadano no tiene certeza si lo que ayer era lícito hoy ya es ilícito o a la inversa.

La problemática antes descrita vuelve a llevar al legislador al vicio, desgraciadamente ya arraigado en México, de solucionar problemas sociales a través de la reforma legal, uno de los grandes asuntos de la justicia, hoy día y siempre, es la reforma de las leyes, en el entendido que he destacado que no confundimos Estado de Derecho con Estado de Leyes, no es la abundancia de leyes lo que constituye al Estado en un Estado de Derecho, o más todavía en un Estado de Derecho justo; es la perfección de las leyes y su aplicación correcta, puntual y cotidiana.

A consecuencia de esto se determinó ciertamente el inimaginable incremento de la criminalidad en México por lo cual obliga a la toma de medidas tendentes a la sanción y, sobre todo, a la prevención del delito, por esto es importante mencionar una pequeña cifra de los delitos cometidos y que no se toman en consideración en los Ministerios Públicos:

En 1996 a nivel federal se iniciaron 74,030 averiguaciones previas de las cuales sólo se pudo consignar ante el Juez al 12% de indiciados, es decir, a 8,940 probables responsables.

En el mismo año en el Distrito Federal se iniciaron 232,821 averiguaciones previas, de las cuales sólo se pudieron consignar a 10% (23,282), y de éstos sólo un 3.8% fue condenado. Mientras tanto, en el resto del país se iniciaron 1,491,860 averiguaciones previas de las cuales se consignaron a un 10% (149,186).

En 1997 se iniciaron 1,330,000 averiguaciones previas, de las cuales se consignaron a 249 mil, se libraron 149,000 órdenes de aprehensión y de ellas sólo se consiguió la detención de 85,000 personas.

Indudablemente las cifras un gran número de averiguaciones previas, de las cuales muy pocas llegaron a reunir los requisitos necesarios establecidos

con la reforma de 1994 para consignar a los indiciados ante el Juez e iniciar el proceso penal, por lo consiguiente, es necesario hacerse la pregunta del millón referente a las cifras mencionadas anteriormente, ¿ si ese 90% de personas sometidas a averiguación previa merecerían llegar a ser consignadas ante el Juez y a que se les sometiera a un proceso penal ?, y esto merecería la privación de la libertad, cuando menos durante las setenta y dos horas antes previas al auto constitucional y, en su caso de dictar el Juez el Auto de Formal Prisión con sujeción a proceso, todo el tiempo que dure dicho proceso. A todo esto se debe sumar la elaboración de datos especiales, el ingreso del consignado en el Centro de Prevención y Readaptación Social (reclusorio) y la vejación que ello supone.⁴¹

Por lo que, se nos haría imposible saber ni comprobar si todas aquellas personas contra quienes se inició averiguación previa merecerían ser procesadas, pero lo que si podemos saber es que así lo pone de manifiesto el legislador de 1998-1999 es que la corrupción, los casos medios con que cuenta el Ministerio Público y la Policía Judicial y la falta de preparación de estos órganos, son factores que favorecen esta situación, por lo que es ese el punto primordial en el cual se debe buscar una solución.

Así, con esa solución pretende el legislador superar las dificultades del Ministerio Público de acreditar el dolo y los demás requisitos que le imponía la reforma de 1994, los cuales estaban encaminados hacia la vigencia del principio de seguridad jurídica. Si los órganos encargados de la administración de justicia no los habían alcanzado a comprender y no pudieron ponerse de acuerdo en cuanto a los criterios para su interpretación, entonces la solución

⁴¹ Cita de DÍAZ ARANDA Enrique. DOLO. Pag.198. En este sentido Franco Guzmán manifiesta que "ha aumentado el número de personas que se encuentran detenidas en espera de sentencias y el de las que están purgando penas de prisión. A pesar de lo que dicen las leyes de la materia, las cárceles continúan siendo enormes jaulas humanas y no centros de readaptación y resocialización de hombre. Si no hay medios económicos para lo indispensable, como es una celda decorosa, alimento esencial y ropa mínima, como es posible pensar en una legión de hombres y mujeres que adapten de nuevo a los delincuentes de la sociedad", del Autor citado. "Las tendencias actuales del Derecho Penal". Pág. 34. Por su parte Moreno Hernández se refiere a las prisiones como lugares "donde además de la sobrepoblación carcelaria, es también observable abuso de poder, corrupción administrativa y desvinculación con los otros sectores del sistema de justicia penal. Abuso del recurso de la prisión preventiva, producto de la poca observancia de las disposiciones constitucionales y de la falta de imaginación de (otras) alternativas mejores", del Autor citado. "El Sistema de Justicia Penal en México", pág. 7.

era de política criminal y no de reforma constitucional; ello da la razón al maestro Moisés Moreno Hernández en su obra "La Política Penal Legislativa en México" cuando manifiesta que "en los demás países de América Latina, en la actualidad no se cuenta con una política criminal debidamente integrada, que haya sido producto de una debida planificación y que funcione coordinada y coherentemente, sino que con frecuencia los diferentes sectores que conforman esa política criminal, funcionan aisladamente y con criterios muchas veces contradictorios, así, por ejemplo, no es extraño observar que en el ámbito legislativo, el órgano encargado de dar origen a la legislación penal procura, de alguna manera, ajustarse a los lineamientos característicos de un sistema penal de un Estado de Derecho, en cuanto a la forma y contenido de la ley que crea; pero sucede que quienes se encargan de la aplicación concreta de la ley, que es fundamentalmente el órgano judicial y el que, a su vez, constituye uno de los importantes sectores del sistema de justicia y de la política criminal, se apartan con frecuencia de ese pensamiento que animó al legislador y siguen, por tanto, criterios diferentes. Por lo que, en la aplicación de la ley, no siempre se hace realidad el pensamiento que tuvo en cuenta el legislador".⁴²

Una vez realizadas las reformas hechas por el legislador a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 08 de marzo de 1999, las normas vigentes que conciernen al dolo son las transcritas a continuación.

Referente al artículo 16 Constitucional:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito,

⁴² MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. La política penal legislativa en México. Editorial Porrúa. México, 1998. Pág. 199-200.

sancionado cuando menos con pena privativa de libertad **y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.**

...

...

Se reconoce que este precepto desde su consagración en el texto de Querétaro de 1917 no había sufrido reforma alguna, sino hasta 1993, cuando a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión.

El balance de los cuatro años de aplicación del precepto en comentario, se dice, es que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados.

Por el contrario, por tecnicismos formales, presuntos delincuentes han logrado evadir la acción de la justicia; vale recordar aquí las cifras asentadas, por que en 1997 tampoco se observó mejoría, pues de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, se obsequiaron órdenes de aprehensión en menos del 20 por ciento; esto sin tomar en cuenta las magnas cifras de consignación que hacen las procuradurías como se ha explicado antes y cuya tendencia se mantuvo en 1997.

Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad hacia la sociedad en general.

Por tanto, que la presente iniciativa tenga una mayor concientización de los delincuentes y de las autoridades encargadas de la procuración de justicia, así como que tenga una propuesta para flexibilizar los requisitos en este precepto para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado.

Finalmente se insiste en que esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos del gobernado tutelado en las garantías individuales, pero además permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

Además de estas consideraciones, se ha juzgado pertinente hacer algunas precisiones al texto propuesto de iniciativa:

- a) Primero que se considera insuficiente acreditar la mera "probabilidad" de los elementos del tipo para justificar un acto de molestia contra la libertad de las personas, esto daría lugar a excesos y llenaría las prisiones sólo por sospechas o suposiciones de los agentes del ministerio público.
- b) Como se ha razonado resulta más apropiado adoptar el concepto de "cuerpo del delito", en lugar de referir los elementos objetivos del tipo penal; así, se propone en el texto constitucional la adopción de esta referencia.

Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existen datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiendo éste como el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la ley; así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se deduzca fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso.

- c) Como se trata de las fases iniciales del proceso penal, se ha considerado conveniente que el grado de convicción del juzgador, en esta etapa, no tiene que ser pleno, por lo que bastará para que libere una orden de aprehensión, el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad.

Artículo 16.

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y **EXISTAN DATOS QUE ACREDITEN EL CUERPO DEL DELITO Y QUE HAGAN PROBABLE LA responsabilidad del indiciado.**

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del **plazo** de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique sin un auto de formal prisión **en el que se expresarán: el delito que se imputa al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.**

Este **plazo** podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.

La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal.

La autoridad **responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado**, que dentro del **plazo** antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el **plazo** y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrá al indiciado en libertad.

...

En atención a que este acto será el inicio de prisión preventiva y se privará de la libertad al indiciado, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, proponen detallar claramente cuales son estos elementos, tal y como se establecía en el texto constitucional anterior a la reforma de 1993, que provenía del constituyente de 1917.

Los que se proponen como elementos de juicio son: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Por lo que se propone a continuación que se hagan las siguientes precisiones a lo propuesto por la iniciativa:

- a) Con objeto de dar congruencia a la modificación propuesta al texto del artículo 16 constitucional, deberá suprimirse la palabra "plena", respecto de la acreditación de los requisitos para dictar el auto de formal prisión.

La acreditación de la "plena" existencia de los elementos objetivos del tipo penal para la emisión de un auto de formal prisión, es incongruente con la reforma propuesta al artículo 16 constitucional.

De ser así, se desnaturalizaría el juicio penal, ya que la convicción plena es propia de la parte final del proceso una vez desahogadas las pruebas.

- b) Es importante remarcar que el cambio introducido por la modificación que aquí se propone, en el sentido de que además de la probable responsabilidad, sólo se debe acreditar el cuerpo del delito, junto con la eliminación del calificativo "plena", evitará en lo futuro las constantes fricciones entre el ministerio público y los órganos jurisdiccionales, causadas por la gran diferencia entre lo que se tiene que probar para

obsequiar una orden de aprehensión y lo que se requiere para dictar la resolución del término constitucional que es como se sabe, breve y perentorio.

- c) Por precisión jurídica se clarifica que el lapso de setenta y dos horas es un "plazo" y no un "término", en virtud de que el vocablo "término" es el momento específico en el que nace o se extingue una obligación jurídica debe cumplirse, al "término" del cual se da una consecuencia jurídica, como el nacimiento o extinción de un derecho o una obligación.
- d) Por seguridad jurídica se establece claramente quien es el sujeto a cargo de esta obligación, por ello se precisa que es la autoridad "responsable del establecimiento" y no simplemente cualquier autoridad, la que está obligada a liberar al indiciado si al término de las setenta y dos horas no se recibe el documento necesario para prolongar la privación de la libertad.
- e) La prórroga de setenta y dos horas adicionales para que se dicte el auto de formal prisión es un derecho constitucional del indiciado para poder aportar pruebas en su descargo y la Constitución General de la República no limita el ejercicio de éste derecho a la "aceptación" por parte de autoridad alguna se esta solicitud de prórroga, por lo que debe suprimirse esta referencia.

La iniciativa puntualizada que también en 1993 se reformó el precepto que nos ocupa a fin de hacer patente la garantía de seguridad jurídica a favor del inculcado, precisando la materia del debido proceso penal a través del auto de procesamiento o de término constitucional.

Con dicha reforma se sustituyó el concepto de " cuerpo del delito" por el de "elementos del tipo penal" , lo que provocó que para dictar un auto de formal

prisión se debían acreditar todos los elementos del tipo penal - objetivos-subjetivos y normativos- así como la probable responsabilidad del indiciado.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte, precisó en un largo listado, lo que conforma los "elementos del tipo penal", cuyo tenor cita ilustrativamente el Ejecutivo.

En estas circunstancias la presente iniciativa propone que para el libramiento del auto de formal prisión, se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del delito que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Por ello, la misma sociedad ha advertido en el pasado reciente serías deficiencias en el funcionamiento de nuestros sistemas de procuración y administración de justicia y lo que debería ser una colaboración de ministerios públicos y jueces a favor de la justicia, ha derivado en una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones públicas que recurrentemente se imputan muchas fallas e ineficiencias, mientras que los delincuentes se benefician de esta situación, así por igual se aprovechan de todas estas ineficiencias para la realización de todos aquellos actos ilícitos que van en contra de la sociedad, por lo que estos malhechores se burlan de la acción de la justicia y por ende de las propias autoridades.

Unos de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el requisito que se debe de cumplir para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993.

Así, siguiendo la doctrina finalista, la reforma de 1993, modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna, e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de los delitos.

Es importante citar al respecto las diferentes tesis jurisprudenciales a razón de algunos de los conceptos que son base de acción en el presente tema de estudio.

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Mayo de 2001

Tesis: IX.2o.22 P

Página: 1187

ORDEN DE APREHENSIÓN. AL LIBRARLA DEBE EL JUZGADOR DETERMINAR EL PRECEPTO QUE ESTABLECE LA SANCIÓN RELATIVA AL DELITO IMPUTADO. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, establece en el párrafo segundo que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.". Del contenido de dicha norma se desprende que al librar una orden de aprehensión, el juzgador debe determinar el precepto que ha de servir de base para la imposición de las sanciones correspondientes al delito por el que ha de seguirse la causa al inculcado, porque el dictado de un mandato de captura produce el efecto procesal de poner al indiciado a disposición del Juez, como probable responsable en la comisión de un delito específico y de no puntualizarse la norma sancionadora de esa conducta, se transgredirían sus garantías subjetivas, al imposibilitarse para conocer el alcance de tales sanciones y, consecuentemente, para obtener, en su caso, los beneficios a que pudiese tener derecho.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 386/2000. 15 de febrero de 2001. Mayoría de votos.
Disidente: María del Carmen Torres Medina. Ponente: Juana María Meza López.
Secretaria: María del Carmen Galván Rivera.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IX, abril de 1992, página 559, tesis VI.2o.514 P, de rubro: "ORDEN DE APREHENSIÓN, FUNDAMENTACIÓN DE LA."

Una vez analizada la tesis jurisprudencial denominada, "**ORDEN DE APREHENSIÓN, FUNDAMENTACIÓN DE LA.**", observamos que esta se da a raíz de la reforma de 1993 y que nos ilustra diciendo respecto del artículo 16 de nuestra Carta Magna lo siguiente: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado." Por ello, observamos que del contenido de dicha norma se desprende que al librar una orden de aprehensión, el juzgador debe determinar el precepto que ha de servir de base para la imposición de las sanciones correspondientes al delito por el que ha de seguirse la causa al inculpado, ya que el mandato de captura de un indiciado ordena de poner a este a disposición del Juez como el probable responsable de la comisión de un delito, por eso es importante que los encargados de la impartición de justicia tomen en consideración la presente tesis jurisprudencia, por que de no puntualizarse la norma sancionadora se les estaría violentando sus garantías individuales.

En la siguiente tesis se mencionara por lo que respecta al cuerpo del delito, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, ya una vez realizada la reforma de 1999 a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haciendo mención a los artículos 16 y 19 del ordenamiento ya mencionado.

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Septiembre de 2000

Tesis: III.2o.P.67 P

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñiz Cárdenas.

Como se observa en la presente tesis jurisprudencial se suprimió el concepto de "cuerpo del delito" y se introdujo el concepto de "elementos del tipo penal", y se equipararon los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión. De este modo se hizo necesario acreditar, en ambos casos, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Por lo que, a partir de la reforma de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir, los elementos objetivos, subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, acreditar los elementos subjetivos – tales como "tener conocimiento" de cierta circunstancia, el "propósito de delinquir", u otros aspectos subjetivos, según el delito de que se trate- así como los elementos normativos- tales como comprobar que se trata de "cosa ajena" el "mandato legítimo de la autoridad", u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate- es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, por esto vemos que se propició que la legislación secundaria desarrollará los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal, por lo que se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente similar al requerido para dictar una sentencia, con lo cual se convirtió la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del mismo Ministerio Público. Así, nos percatamos que con el tiempo se han hecho evidente las dificultades de aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, no sólo por las limitaciones de carácter técnico o profesional atribuidas a las autoridades encargadas de procurar justicia, sino también por razones de índole temporal, como en los casos de flagrancia o urgencia, en que el Ministerio Público tiene que integrar la averiguación previa y consignar a los probables responsables ante la autoridad judicial en un plazo tan breve, que la mayoría de las veces resulta imposible probar plenamente todos los elementos del tipo penal, es por eso, que el presente trabajo va orientado a eso precisamente a exhortar a las autoridades en cargadas de la administración de justicia para que procuren tomar en consideración todos aquellos elementos que son indispensables para

tener una base precisa y exacta en la consignación de un probable responsable, así, se menciona en el estudio referido a aquellos elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, para que el juzgador y el ministerio público tomen en consideración los presentes elementos y no ponga trabas para la integración de la averiguación previa y dictar un auto de formal prisión o librar una orden de aprehensión, según sea el caso que se ocupa en el momento procesal oportuno. Por eso, es importante mencionar que en el texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal, ya que en la reforma de 1993 se adoptó una doctrina en materia penal que a tenido éxito en otras naciones, pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país.

Así, una vez analizado y explicado cuales fueron las causas que tomaron en consideración nuestros legisladores para dar paso a las diferentes reformas a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se han ocupado estos de explicarnos como se deben de integrar los diferentes elementos que tiene que reunir tanto el Ministerio Público como el Juez, por lo que, es importante mencionar al respecto las normas constitucionales que fueron modificadas, y citar como sigue la antigua norma constitucional y establecer posteriormente la actual reforma, las cuales fueron establecidas por el legislador referente a la estructura de procuración de justicia en el Distrito Federal.

ANTERIOR.

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y **existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal** y la probable responsabilidad.

Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique sin un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

Posteriormente se aprobó por las Legislaturas de los Estados y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999 para quedar como sigue:

ACTUAL.

Artículo 16.

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique sin un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este **plazo** podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad **responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado**, que dentro del **plazo** antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el **plazo** y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Una vez analizado el fundamento Constitucional referente a nuestro tema de estudio, es importante mencionar que gracias a la reforma de 1999 se dio la pauta para que el Ministerio Público, así como el Juez tomen en consideración la integración de los elementos, y se aplique conforme a derecho, como lo menciona nuestra Carta Magna, para que estos elementos sean materia suficiente para poder comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado, y con esto se pretende que las autoridades encargadas de la procuración de justicia justifiquen su trabajo referente al encarcelamiento de los probables responsables y que no se violenten las garantías constitucionales de nuestra sociedad, por lo que, con el presente trabajo se exhorta a las autoridades para que tomen en cuenta los diferentes elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, para que no se juzgue a las personas sin una defensa apropiada.

3.2 Tipos que contienen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo en el Código Penal Federal.

Si tomamos como criterio nuestro Código Penal abstrayendo de él las reformas pasajeras, que incluyen también disposiciones constitucionales, confirmamos que sus bases ideológicas se corresponden con las constitucionales, como no puede ser de otro modo. Por lo que esta información la iremos desarrollando a lo largo de nuestra exposición, así, mencionaremos una referencia clara y precisa de lo que fueron los diferentes proyectos de las legislaciones penales mexicanas.

PROYECTO DE CÓDIGO CÍMINAL Y PENAL DE 1851-1852.

El primer ordenamiento jurídico en la historia de México independiente en el cual encontramos regulado al dolo es el Proyecto de Código Criminal y Penal de 1851-1852, elaborado por Antonio Corona, 14 de julio de 1853, en el cual se dispuso:

Artículo 1. Es delito la infracción voluntaria y deliberada de la ley. La ley se infringe, haciendo lo que ella prohíbe, ú omitiendo lo que ordena.

No obstante, la redacción final del artículo en dicho Proyecto quedó en los términos siguientes:

Artículo 1. Delito es la acción ú omisión voluntaria que tiene señalada por la ley penal propiamente dicha.

Llámense faltas, las infracciones de la ley que deben castigarse correccionalmente por la autoridad judicial ó por la gubernativa.

Artículo 2. Toda infracción de la ley se supone voluntaria, y sujeta á su autor y demás responsables á las penas que la misma establece, mientras no prueben excepción legal.

CÓDIGO PENAL DE 1871.

Desde los trabajos legislativos de elaboración del Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación de 1871, más conocido como Código de Martínez de Castro, se puso de manifiesto la ideología liberal proveniente de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano que guió la política criminal de este ordenamiento. En relación con la regulación de la intencionalidad, ésta no fue discutida por los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal y sólo se hizo referencia a la presunción de inocencia del acusado mientras no se pruebe la existencia del delito que se le imputa y que él lo cometió, ello con el fin de evitar la

encarcelación de inocentes y para facilitar la libertad provisional de delitos levísimos. Finalmente el Código dispuso:

Artículo 6. Hay delitos intencionales y de culpa.

Artículo 7. Llámese delito intencional: el que se comete con conocimiento de que el hecho ó la omisión en que consiste son posibles.

Artículo 8. Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que se cometió el delito que se le imputa, y que él lo perpetró.

Artículo 9. Siempre que á un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo; á no ser que se averigüé lo contrario, ó que la ley exija la intención dolosa para que haya delito.

Artículo 10. La presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes excepciones:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño que resultó: si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho ú omisión en que consistió el delito: si el reo había previsto esa consecuencia, ó ello es efecto ordinario del hecho ú omisión y está al alcance del común de las gentes; ó si se resolvió a quebrantar la ley, fuera cual fuese el resultado;

II. Que ignoraba la ley;

III. Que creía que ésta era injusta, ó moralmente lícito violarla;

IV. Que erró sobre la persona ó cosa en que quiso cometer el delito, ó que es legítimo el fin que se propuso;

V. Que obró con el consentimiento del ofendido.

CÓDIGO PENAL DE 1929.

El Código Penal de 1929, más conocido como Código de Almaráz, dispuso:

Artículo 12. Los delitos se dividen en: intencionales y en imprudenciales punibles.

Artículo 13. Se considera delito intencional: el que se comete con el fin de causar daño o de alcanzar un beneficio con violación de los preceptos que informan la ley penal.

Artículo 14. Todo delito se presume intencional, a no ser que se pruebe lo contrario, o que la ley exija la determinada intención para que aquél exista.

Artículo 15. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño;
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria o notoria del hecho u omisión en que consistió el delito: si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado;
- III. Que creía que la ley era injusta o moralmente ilícito violarla;
- IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;
- V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y
- VI. Que obró con el consentimiento del ofendido.

CÓDIGO PENAL DE 1931.

Con una enorme influencia de la corriente positivista italiana de corte autoritario, el Código Penal de 1931 en su texto original establecía:

Artículo 8. Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales, y
- II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

Artículo 9. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y el estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;
- III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;
- IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;
- V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y
- VI. Que obró con el consentimiento del ofendido.

En el texto original del Código Penal de 1931 el elemento volitivo del dolo no importaba. Pues la intención del sujeto de causar el resultado se consideraba una presunción *iure et de iure*, es decir, que no admitía prueba en contrario. De ahí que la fracción II del artículo 9 establecía que la presunción de la intención de provocar el resultado permanecía aunque se demostrara que ése no fue su propósito.

CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1944.

En el Código de Defensa Social del Estado de Veracruz de 1944, donde por primera vez se encuentra el uso del vocablo "dolo" como sinónimo de intencionalidad.

Artículo 6. Infracción es el acto u omisión que sancionan las Leyes de Defensa Social.

Artículo 7. Las infracciones pueden ser:

- I. Intencionales, y
- II. De culpa.

Se obra con dolo previendo las consecuencias del acto u omisión y queriéndolas; o aceptando conscientemente la producción de las mismas.

Se obra culposamente cuando se ejecuta un acto o se incurre en una omisión, debiendo prever el resultado o cuando habiéndolo previsto, se confía en que no sucederá; o cuando se cause un daño por impericia o falta de aptitud.

Existe infracción preterintencional cuando se causa un daño mayor que aquel que se quiso causar, con dolo directo respecto del daño querido y con culpa con representación o sin representación, con relación al daño causado.

Artículo 8. Las infracciones se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que una infracción es intencional, no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño, o si se resolvió a violar la ley fuera cual fuese el resultado;
- II. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;
- III. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;
- IV. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer la infracción.

Cuando alguien por error, cometa una infracción en perjuicio de persona distinta de aquella en contra de quien iba dirigida su acción, no serán puestas a su cargo las circunstancias que deriven de la cualidad del ofendido, siendo en cambio, valuadas a los efectos de la sanción; las circunstancias subjetivas en las que deliberó y ejecutó la infracción, así como las cualidades inherentes a la persona contra la que dirigía su acción.

De lo anterior, mencionaremos que tanto los conceptos de dolo e intencionalidad se utilizaran indistintamente.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1949.

No obstante el antecedente del Código Penal de Veracruz, en el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal de 1949, se dispuso:

Artículo 7. Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;

- II. Culposos, o
- III. Preterintencionales.

El delito es *intencional* cuando se quiere o acepta el resultado.

El delito es *culposo* cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando habiendo sido éste previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría, o en casos de impericia o falta de aptitud.

Delito *preterintencional* es el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado.

Artículo 8. La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario.

Artículo 9. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe que era legítimo el fin que se propuso.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1958.

Es desde el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1958, en que la referencia a los delitos intencionales cambia en general por el término más técnico de delito doloso. Tal vez con ello el legislador penal mexicano daba seguimiento a la doctrina alemana de la época, pues en el año de 1935 Welzel reconoció en su libro *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* la poca precisión del término "intencionalidad" y la mejor claridad del término "finalidad", a la cual posiblemente quiso hacer referencia el legislador penal.

La regulación fue la siguiente:

Artículo 8. Los Delitos pueden ser:

- I. Dolosos;
- II. Culposos, y
- III. Preterintencionales.

Son *dolosos* no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, si no lo necesariamente unido al querer del agente.

Son *culposos* cuando el resultado no se previó siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera, o se cause por impericia o ineptitud.

Son *preterintencionales* cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO DE 1961.

En el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México de 1961 se dispuso:

Artículo 7. Los delitos pueden ser:

- I. Dolosos;
- II. Culposos.

El delito es *doloso* cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión realizada.

El delito es *culposo* cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado.

Artículo 8. El delito se presume doloso salvo prueba en contrario.

CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE 1962.

La nueva tendencia legislativa de utilizar el término de dolo y ya no el de intencionalidad fue seguida en Código Penal del Estado de Michoacán de 1962:

Artículo 7. Los delitos pueden ser:

- I. Dolosos;
- II. Culposos, y
- III. Preterintencionales.

Es *doloso* cuando se ejecuta voluntariamente una acción u omisión queriendo o aceptando el resultado.

Es *culposo* cuando se causa un resultado punible por negligencia, imprudencia o impericia, o falta de cuidado.

Es *preterintencional* cuando el resultado es mayor al querido, o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se produciría.

LA REFORMA DE 1983-1984 AL CÓDIGO PENAL.

La reforma al Código Penal de 1984, supuso muy significativos cambios, pues se dejó de presumir la culpabilidad del autor y, por tanto, se adoptó en principio de presunción de inocencia; el *onus probandi* quedó a cargo del Estado y con ello se adoptó el principio de estar a lo más favorable al reo. Con respecto a la concepción del delito doloso, éste quedó regulado como sigue:

Artículo 9. Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepta el resultado prohibido por la ley.

La concepción de intención que comprende al querer y, además, el aceptar abarcó tanto el dolo directo como el *dolus directus* de segundo grado o dolo indirecto y el dolo eventual (*dolus eventualis*). Por ello podemos mencionar que a partir de la reforma de 1984 nuestro Código Penal acepta implícitamente las tres clases de dolo las cuales son dolo directo, indirecto y eventual.

Posteriormente se elaboró en 1989-1990 un Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal cuya orientación era acorde con los principios de un Estado Democrático de Derecho con el cual se regulaba con mayor precisión lo que es una conducta dolosa, culposa o preterintencional, que abarcaremos en el capítulo referente al Código Penal para el Distrito Federal.

LA REFORMA DE 1993-1994.

Hasta antes de la reforma de 1994 sólo se hacía referencia expresa al dolo, en el sentido del Derecho Penal, en los Códigos Penales Mexicanos, fueran el Federal y Estatales, asumiendo, como hemos visto, el término intención o propiamente el de dolo. Mas a partir de la reforma de 10 de enero de 1994, reformo el Código penal para definir el dolo y en el Código Federal de Procedimientos Penales como en su equivalente para el Distrito Federal se dispuso que el dolo debía acreditarse como elemento del tipo penal. La que podemos llamar trilogía legislativa del dolo en México, quedaba cerrada con una reforma anterior a los artículos 16 y 19 Constitucionales, los cuales se analizarán en el capítulo referido a fundamentos constitucionales.

Por lo consiguiente hay una reforma que es trascendental para la vida del Derecho Penal que considero importante mencionar y es en lo referente al Código Federal de Procedimientos Penales, así, la ubicación del dolo a nivel de

tipo se estableció a partir de la reforma de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1994, al Código adjetivo, en los términos siguientes:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos Elementos son los siguientes:

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

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

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

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

Al quedar establecido que el dolo era uno de los elementos del tipo, se consideró conveniente reformar el Código Penal para definir el concepto de dolo y, de paso, suprimir el título de imputación de la preterintencionalidad incluido en la reforma de 1984, quedando su regulación como sigue:

Artículo 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley y,

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

Como ya se ha analizado anteriormente, si calificáramos una conducta y la calificáramos de dolosa o eventual, entonces la sanción sería la misma del dolo directo o la del dolo indirecto, pero si esa misma conducta después de su análisis resultara que fue cometida con culpa consciente, entonces tendríamos que acudir al artículo 60 párrafo segundo del Código Penal, para saber si ésta entre las allí enumeradas, pues en caso de no estar en la lista, la conducta quedaría impune, por tanto, haber determinado claramente la conceptualización del dolo ha sido fundamental, por que es la única vía para sancionar adecuadamente una conducta como dolosa, culposa o, en el otro extremo, dejarla impune si no concurre el dolo y el título de imputación no acepta su comisión culposa, si esto no lo tenemos claramente determinado o cuando menos no se conocen los criterios para ello, se puede cuestionar la certeza jurídica y la justicia misma, acarreado el descrédito del Derecho Penal, por lo consiguiente hasta aquí llegaremos por lo que respecta a la regulación jurídica del dolo en México que podía estar acorde con una interpretación dogmática como la hasta ahora realizada; empero, el afán de buscar soluciones al problema de la inseguridad pública vuelve a originar una reforma más a las leyes penales respectivas y ala misma Constitución.

Así, en seguida mencionaremos lo referente al Código Penal Federal, por lo que se analizará y ejemplificará respecto a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, que se mencionan dentro del propio Código Penal Federal.

Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de enero de 2000, fue reformado el artículo 1° del Código Penal Federal, lo que se tradujo en que sólo será aplicable por delitos en materia federal.

Para ejemplificar los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, procedemos ahora a transcribir algunos de los artículos, o parte de estos, que nos parecen más significativos que se establecen en el **Código Penal Federal** referente al tema que nos ocupa:

Artículo 123.- Traición a la Patria; en su fracción I nos menciona al respecto que: "Realice actos contra la independencia, soberanía o integridad de la Nación Mexicana **con la finalidad de someterla** a persona, grupo o gobierno extranjero;

Artículo 127.- Espionaje; "...al extranjero que en tiempo de paz, **con el objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior**, tenga relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le de instrucciones, información o consejos."

Artículo 130.- Sedición; "... a los que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad **para impedir el libre ejercicio de sus funciones con alguna de las finalidades** a que se refiere el artículo 132"

Artículo 131.- Motín; "... a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las persona o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad **para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación.**

Artículo 139.- Terrorismo; "... al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, **para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.**"

Artículo 140.- Sabotaje; "... con el fin de trastornar la vida económica del país o afectar su capacidad de defensa."

Artículo 149-bis.- Genocidio; "... el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrarse por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo."

Artículo 248-Bis.- Falsedad en Declaraciones, "... **Al que con el propósito de inculpar a alguien como responsable de un delito** ante la autoridad simule en su contra la existencia de pruebas materiales que hagan presumir su responsabilidad, se le impondrá prisión de dos a seis años y de cien a trescientos días multa...."

Artículo 250.- En su fracción II, inciso e), Usurpación de Profesión, "... **Con el objeto de lucrar, se una a profesionales legalmente autorizados, con fines de ejercicio profesional o administre alguna asociación profesional;**"

Artículo 253.- fracción I, inciso a): Delitos Contra el consumo y la riqueza nacionales. "El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, **con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores;**"

Artículo 253.- fracción I, inciso c): Delito contra el consumo y riqueza nacionales. "la limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, **con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio;**"

Artículo 253.- fracción I, inciso e): Delito contra el consumo y riqueza nacionales. "La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, **con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores;**"

Artículo 259 BIS.- Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación. "**Al que con fines lascivos** asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción de hasta cuarenta días multa..."

Artículo 403.- fracción III, Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de ciudadanos. "Haga proselitismo o presione objetivamente a los electores el día de la jornada electoral en el interior de las casillas o en el lugar en que se encuentren formados los votantes, **con el fin de orientar el sentido de su voto.**"

Artículo 424.- fracción III; De los delitos en materia de derechos de autor. "A quien use en forma dolosa, **con fin de lucro** y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la Ley Federal del Derecho del Autor."

Artículo 425.- De los delitos en materia de derechos de autor. "... **al que a sabiendas** y sin derecho explote con fines de lucro una interpretación o una ejecución."

3.3 Tipos que contienen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Es importante comparar algunos tipos penales del anterior y el actual Código Penal para el Distrito Federal para observar la transformación que han sufrido a lo largo del tiempo.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de septiembre de 1999, se reformó y expidió el Código Penal para el Distrito Federal, lo que provocó que ahora se tenga un código penal local para la capital de la República.

Por lo que mencionaremos a continuación los tipos penales que nos parecen significativos respecto del Código Penal de 1999, que contienen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, son los que a continuación se transcriben:

Artículo 191.- Ataques a la paz pública; "... al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, o por incendio o inundación, realice actos en contra de las personas o los servicios públicos, para perturbar la paz pública o menoscabar la autoridad de los órganos locales de gobierno del Distrito Federal o presionar a la autoridad para que tome una determinación."

Artículo 199 bis.-Del peligro de contagio; "Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período inféctate, y sin que la víctima u ofendido tenga conocimiento de esta circunstancia, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible..."

Artículo 277.- Delito contra el Estado civil y bigamia; "... a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:"

Artículo 366 bis.- "Al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia **con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias** que la ley determina."

Sin embargo, posteriormente se da un giro total en materia de procuración de justicia en el Distrito Federal y con ello se crea en el Distrito Federal el Nuevo Código Penal que fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

Por lo que es conveniente plasmar en el presente trabajo el PROYECTO DE DECRETO QUE CONTIENE EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, únicamente lo que consideramos indispensable para la aportación del presente tema de estudio, así como el punto de vista de los grupos parlamentarios más sobresalientes en el ámbito político, el cual es realizado por la H. Asamblea, integrada esta por los Diputados que integran la Comisión de Administración y Procuración de Justicia en la segunda Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con fundamento en lo establecido por el artículo 122, Base Primera, Fracción V, Inciso h, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7, 8, 36 y 42, Fracción XII, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; 7, 10, Fracción I, 11, 45, 46, Fracción II, 48 y 50 de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 18, 22, 23 y 68 del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se permitió someter a la consideración y aprobación de ésta Soberanía el presente Proyecto de Decreto que contiene **el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal**, por lo expuesto anteriormente transcribimos literalmente el presente Decreto de Proyecto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal para no dejar la intención y el propósito que tuvo la Segunda Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

ANTECEDENTES

- I. El 14, 28 y 30 de noviembre del año 2000, los Partidos Políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, presentaron ante el Pleno de la Asamblea Legislativa, sendas Iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal. En las referidas fechas la mesa Directiva de este órgano Legislativo, turnó dichas iniciativas para su análisis, discusión y en su caso aprobación, a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia.

Resulta pertinente referir algunos de los aspectos y consideraciones que los citados Partidos Políticos esgrimieron al presentar las citadas Iniciativas.

Partido Revolucionario Institucional: Necesidad de un Nuevo Código penal para el Distrito Federal. La función del Legislador, lleva implícitos el deber y la responsabilidad de crear leyes que garanticen la adecuada regulación de los bienes jurídicos que constituyen el sustento y la base de la sociedad a la que representamos. **Nuestra labor debe de estar orientada** a buscar modelos normativos capaces de corregir las limitaciones de las instituciones jurídicas vigentes y adecuarlas a las condiciones sociales, económicas, políticas, etc., que prevalezcan.

Es innegable afirmar que el incremento desmedido de la delincuencia con las nuevas formas que ésta ha ido adquiriendo, ha determinado que la normatividad penal haya quedado a la zaga, ya que el marco teórico que sirve de base al actual Código Penal, ha sido rebasado por el progreso de la ciencia penal y de la política criminal, además de ser evidente con la ineficacia de su aplicación y los alcances de la misma.

Desde otra perspectiva; el tema de la delincuencia se ha convertido en un verdadero debate público, sin embargo, no hemos logrado condensar en un cuerpo normativo las tendencias, doctrinas y opiniones que al respecto han sido vertidas tanto por la opinión pública, así como por los estudiosos y

litigantes de la materia, que día a día, en su actuar, se enfrentan a la vaguedad de las disposiciones existentes en la materia penal.

El nuevo ordenamiento penal ha de ajustarse a los principios que deben regir en un sistema de justicia penal dentro de un Estado de Derecho; principios fundamentales que se derivan de la propia Ley Suprema y de los instrumentos internacionales suscritos por México.

Partido de la Revolución Democrática: El Código Penal vigente es reflejo de muchas tendencias y doctrinas a veces coincidentes, pero en otras confrontadas, por eso vemos necesario entrar a una versión integral y es en este marco, que presentamos esta iniciativa de Código Penal para el Distrito Federal, sin dejar de insistir en que estamos abiertos a otros puntos de vista y que buscamos, con todas y todos los diputados que conforman éste órgano de Gobierno, dar respuesta a la sociedad capitalina. En este orden de ideas, surgen cuestiones fundamentales que tendríamos que reflexionar: ¿Por qué un nuevo Código Penal para el Distrito Federal? ¿Qué tipo de Código Penal es el que requiere esta gran ciudad? ¿Uno que responda a exigencias democráticas o uno de corte autoritario o elitista? ¿Cuál debe ser su orientación filosófico-política? ¿Qué nuevas alternativas político-criminales contendrá?

En atención a ello, el Código debe precisar con nitidez los presupuestos de la pena, las medidas de seguridad y los criterios político-criminales para la individualización judicial de las penas. Asimismo, resulta imperativo revisar el catálogo de delitos, para determinar por una parte, qué nuevas conductas habrá de penalizar y cuáles se deben excluir del Código Penal, partiendo de la base de que sólo debe regularse aquellas conductas que revisten gravedad y buscando una mayor racionalización de las penas.

La atención central y definitiva del bien jurídico que se trata de proteger y la gravedad de su afectación, debe evitar tanto las penas que son ridículas como las penas sumamente elevadas. La iniciativa contempla como mínimo la pena de tres meses de prisión y como máximo la de cincuenta, en la

inteligencia de que penas menores y mayores traicionan el fin de prevención general al que al que está llamada la punición.

Del mismo modo, se planteó la necesidad de dar origen a un Código Penal que respete los derechos humanos en su misión fundamental de proteger los bienes jurídicos (individuales, colectivos o estatales) de mayor importancia para la vida ordenada en comunidad y, por tanto, que no se le utilice sólo como un medio de represión y de sujeción de la persona, si no como un instrumento a su servicio. No se trata de una reforma simple, el Código Penal de 1931, con sus adiciones y reformas, es fruto de la reflexión de muchos penalistas destacados y tiene, sin duda, aspectos encomiables que se retomaron en la iniciativa que presentamos ante esta Soberanía.

Ese Derecho Penal, por tanto, que debe regir en un Estado democrático de Derecho, debe estar en su contenido acorde con esas concepciones características del Estado al que sirve de instrumento de sus funciones, es decir, debe adecuarse a los postulados constitucionales que consagran esas concepciones y, por ello, reconocer y respetar la dignidad y las libertades humanas, especialmente en el ámbito en el que los bienes jurídicos que entran en juego son más vulnerables, sobre todo por la gravedad de las consecuencias jurídicas que su lesión o inminente peligro trae consigo.

Consecuentemente, una importante tarea legislativa como la que ahora emprende esta Segunda Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, consistiría en plantear cambios substanciales al Derecho Penal para hacerlo más funcional, la delincuencia debe ser enfrentada con normas jurídicas que garanticen la tranquilidad de la sociedad, que permitan separar las conductas antisociales de la vida pública y que logren reparar los daños causados a quienes demandan justicia y buscan la protección del Estado.

Partido Acción Nacional: La legitimidad del derecho penal se sustenta en la protección de los bienes jurídicos fundamentales, el sistema penal no es ni debe ser el único medio utilizado para resolver el problema de la inseguridad pública que actualmente padecemos, ésta tiene causas estructurales y

responde problemas integrales, por tanto, las respuestas también deben de ser de la misma naturaleza.

En el ámbito de la democracia, el derecho penal se vincula conceptualmente con la aplicación estricta de la Constitución y de la ley, analizar y proponer reformas en materia de derecho penal desde la óptica de la democracia, exige trascender la noción puramente procedimental de ésta, la cual se le identifica con aquellos procesos por lo que la mayoría llega a decisiones específicas sobre determinados temas, para asumir la democracia en el sistema penal es indispensable el estricto concepto de los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho contemporáneo, en otro orden de ideas, estamos absolutamente consientes que el Código Penal es solo una parte de lo que el Estado debe impulsar como política criminológica preventiva, la cual debe de ser elaborada y construida con el consenso y el respaldo de la sociedad.

No existe política pública alguna que tenga eficacia sin que la sociedad comparta los objetivos que se persiguen, en la medida que el individuo interiorice esos objetivos y valores hasta el punto de aceptarlos como propios y que en sus relaciones sociales se comporte conforma a dichos valores, la reacción punitiva será menos necesaria.

Presentamos una iniciativa que surge de las diversas propuestas en las diferentes disciplinas del conocimiento tanto del ámbito académico como de investigación, nos propusimos crear un instrumento claro y sencillo de entender, interpretar y aplicar para la sociedad, así como los encargados de procurar y administrar justicia, pero que al mismo tiempo nos abrirá la puerta a la posibilidad a violaciones de los derechos humanos o se atente contra las garantías del debido proceso, creemos que esa pluralidad que hoy se expresa en la sociedad debe incorporarse a los textos legales, eliminando los residuos de la arbitrariedad o la posibilidad de interpretar a capricho de la autoridad los conceptos de la ley.

La presente iniciativa es una propuesta elaborada con detenimiento, a partir del derecho comparado y de las opiniones de expertos en la materia e incluso con observaciones de compañeros diputados de diversos partidos; no se pretende darle un matiz político a los diversos tipos penales, por que incluso algunos permanecen como actualmente se encuentran plasmados en el Código Penal Vigente, el Código Penal forma parte de una reforma política criminológica integral, la cual debe abarcar no sólo reformas legislativas sustantivas, sino también procedimentales y ejecutivas, e incluso, la modificación y creación de instituciones que hagan efectivas tales disposiciones jurídicas.

- II. En Sesión de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, celebrada el día 20 de septiembre del año 2000, aprobó que un grupo multidisciplinario de especialistas en materia penal, realizara un documento ordenado en forma de Compulsa de las tres Iniciativas del Código Penal, el 19 de enero del año 2001, se presento a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, la Compulsa de las tres Iniciativas del Código Penal para el Distrito Federal, que en su oportunidad presentaron los Partidos, Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, respectivamente u se ordenó su impresión y distribución.

El propio 20 de diciembre, se aprobó que la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, convocara a Instituciones, especialistas y ciudadanos en general a Foros públicos para analizar y discutir la Legislación Penal.

En sesión celebrada el 12 de febrero del año 2001, la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, aprobó la Metodología a la que habría de sujetarse la realización del Foro de Análisis para la Modernización de la Legislación Penal del Distrito Federal, el cual se desarrolló en tres etapas de la forma que se anuncia a continuación, acto inaugural, 28 de Febrero del

año 2001. ETAPA I- FOROS DELEGACIONALES: 14 DE Marzo, Delegación Álvaro Obregón; 20 de marzo, Delegación Xochimilco; 26 de marzo, Delegación Azcapotzalco; 3 de abril, Delegación Venustiano Carranza; 10 de abril, Delegación Benito Juárez; 17 de abril, Delegación Tlalpan; 25 de abril, Delegación Coyoacán; 30 de abril, Delegación Tláhuac; 9 de mayo, Delegación Cuajimalpa; 16 de mayo, Delegación Milpa Alta; 21 de mayo, Delegación Cuauhtémoc; 30 de mayo, Delegación Miguel Hidalgo; 6 de junio, Delegación Gustavo A. Madero; 13 de junio, Delegación Magdalena Contreras; 19 de junio, Delegación Iztacalco; y 27 de junio, Delegación Iztapalapa.

ETAPA II- FOROS TEMÁTICOS: 5 de abril, Temática I.- "Las Consecuencias Jurídicas de los Delitos; la Imposición de las Penas, Alternativas"; 3 de mayo, Temático II.- "Averiguación Previa y Proceso Penal, Nuestras Perspectivas"; 31 de mayo, Temático III.- "Los Derechos Humanos de las Víctimas y los Responsables de los Delitos"; y 5 de julio, Temático IV; "Pena de Prisión o Penas Sustantivas".

ETAPA III- FOROS DE CONCLUSIÓN: 13 de agosto, Conclusiones I; Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.; 15 de agosto, Conclusiones II;- Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal; 20 de agosto, Conclusiones III; Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; y 21 de agosto, Conclusiones IV; Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Es necesario señalar que en referidos eventos participaron, entre otros el Ministro Genaro David Góngora Pimentel, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Magistrado Juan Luis González Alcántara Carrancá, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el Maestro Bernardo Bátiz Vázquez, Procurador General de Justicia del Distrito

Federal, el Senador Jorge Zermeño Infante, Presidente de la Comisión de Justicia del Senado de la República, el Diputado José Elías Moreno Apis, Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y el Dr. Sergio García Ramírez, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; de igual forma acudieron a éste acto, Subprocuradores y Directores de la Procuraduría General de la República y la del Distrito Federal, Magistrados y Jueces Penales y de Paz Penal, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Jueces Penales de Juzgados de Distrito, Maestros Universitarios, Postulantes, Estudiantes y Ciudadanos en general y se contó con la asistencia y participación de Coordinadores de los Comités Vecinales de todas y cada una de las Colonias en que se divide la Demarcación Políticas del Distrito Federal, así como funcionarios públicos relacionados con la Procuración de Justicia.

En la Referida sesión, la Comisión aprobó el punto de acuerdo consistente en integrar un Grupo Especial de Asesores, a razón de uno por cada Partido de los que confluyen al interior de la Comisión, que se abocará a la identificación, en primer término, de los puntos coincidentes y de los divergentes contenidos en la Compulsa de las Iniciativas del Código Penal, para un segundo término elaborar un documento base que unificara y sistematizara las propuestas que cada Partido formuló para cada Artículo, Capítulo y Título, y así elaborar un solo documento que recogiera lo mejor de cada una de las propuestas, el Grupo Especial de Asesores, se integró de la siguiente forma: C. Tzittalli Medina Machuca, quien fue sustituida por el Lic. Adrián Rubén Márquez Navarro, por el Partido Acción Nacional, Lic. Miguel Mancera Espinosa, quien fue sustituido por el Lic. Hernán Pizarro Monzón; por el Partido Revolucionario Institucional, el Lic. Raúl Espinosa, por el Partido de la Revolución Democrática, y el Lic. Eugenia González Anaya; por Democracia Social, Partido Político

Nacional, dicho Grupo celebró sesiones semanales a partir del mes de febrero y hasta el mes de diciembre del año 2001, a efecto de dar cabal cumplimiento al punto de acuerdo referido resultando que el citado documento se elaboró por consenso de sus integrantes.

- III. La Comisión de Administración y Procuración de Justicia en Sesión celebrada en el mes de agosto acordó la integración de una Comisión Revisora y Redactora del Código Penal, que tendría como objeto fundamental, analizar el documento que el Grupo Especial de Asesores elaboró, así como las propuestas y opiniones que durante el desarrollo de los Foros de Análisis para la Modernización de la Legislación Penal del Distrito Federal, en sus tres etapas, Delegacional, Temática y de Conclusiones se recabaron, para que con todos estos elementos, elaborara el Anteproyecto de Código Penal, el cual a su vez fue remitido al Grupo Especial de Asesores para su conocimiento, la Comisión Revisora y Redactora se integro de la forma que se indica: Por la Comisión de Administración y Procuración de Justicia: Dip. Juan José Castillo Mota, Dip. Gilberto Ensástiga Santiago, Hiram Escudero Álvarez, Dip. José Luis Buendía Hegewisch, Dip. Adolfo López Villanueva, Dip. Eugenia Flores Hernández, Dip. Jaime Guerrero Vázquez y Lic. Luis Herrera.

Por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal: Magistrada Margarita María Guerra y Tejada, Magistrado Javier Raúl Ayala Casillas y Juez Lic. Ramón Alejandro Senties Carriles.

Por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal: Lic. Renato Sales Heredia, Subprocurador de Averiguaciones Previas Centrales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Lic. María Dolores García Eslava, Asesora, como propietarios y el Lic. Javier Dondé Matute, así como el Lic. Héctor Valtierra y Valdés, como suplentes.

Por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal: Magistrado Horacio Castellanos Coutiño y Magistrado David García Mota.

Por la Universidad Nacional Autónoma de México: Dr. Luis Fernández Doblado.

Por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.: Lic. José Luis Izunza Espinosa y Dr. Moisés Moreno Hernández.

Por la Asociación de Abogados Litigantes de México, A.C.: Lic. Javier Patricio Romero Valencia.

Por el Colegio de Abogados, A.C. : Lic. Hernán Pizarro Monzón y

Por la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal: Lic. Miguel Ángel Arellano Pulido.

- IV. Con fecha 30 de octubre del año 2001, la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, tomó el acuerdo consistente en integrar una Comisión Especial que se abocará al análisis del Anteproyecto de Nuevo Código Penal, que la Comisión Revisora y Redactora, elaboró, para así contar con un documento final que se sometió a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia para su análisis, discusión y como fue el caso, aprobación.
- V. Después del mes de Noviembre del año 2000 y hasta la fecha los C.C. Diputados de esta Asamblea y el C. Jefe de Gobierno del Distrito Federal, han presentado diversas iniciativas de modificación, derogación y en su caso adición al Código Penal para el Distrito Federal vigente, ante lo cual la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, acordó que dichas iniciativas no fueran dictaminadas de conformidad con el

procedimiento parlamentario, sino que fueran consideradas, tanto, por el Grupo Especial de Asesores como por las Comisiones que se integraron como propuestas; que de suyo lo son, que se incorporasen al procedimiento de análisis y elaboración del Nuevo Código Penal.

C o n s i d e r a c i o n e s

El Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal que la Comisión aprobó y consecuentemente se somete a la discusión y aprobación de esta soberanía contiene aspectos como los que a continuación se señalan:

La inclusión en los artículos que integraron el Libro Primero de los rubros que identifican la materia en que cada dispositivo se contiene, los que sin duda habrán de contribuir a una adecuada identificación de ésta, sin que represente que la actividad interpretativa se vea limitada o concluida.

Estructura: Dos Libros, con 32 Títulos, que contienen uno o varios Capítulos que sumándolos dan un resultado de 147 Capítulos y 364 artículos, que se reflejan en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Título Primero, que contiene cinco capítulos, aplicación espacial de la ley, que se refiere a los sistemas tradicionales de territorialidad para la aplicación de los dispositivos. Aplicación temporal del Código, que hace explícita la garantía de seguridad jurídica de aplicación exacta de la Ley vigente al momento de realizar la conducta punible, describiendo que el momento y lugar de realización del delito serán en los que concurran todos los elementos de la descripción legal, así como la garantía para el inculpaado y sentenciado de que al entrar en vigor uno o varios dispositivos que le sean favorables, les serán aplicables de forma retroactiva en beneficio. Aplicación personal del Código, que aplicará a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad. Concurso aparente de normas, que tiene el mecanismo para la apelación en la aplicación de diversos dispositivos que regulen la misma materia,

destacando que la de mayor protección al bien jurídico prevalecerá sobre la de menor y finalmente el Capítulo de leyes especiales, que de forma congruente con el principio de buscar una mejor protección al bien jurídico tutelado correspondiente, contempla que cuando se cometa algún ilícito que no se prevea en el Código y sí en una Ley diversa o especial del Distrito Federal, se aplicará esta y en lo no previsto el Código.

Título Segundo, que contiene cinco Capítulos, Formas de Comisión, en las que se puso especial cuidado para que en forma clara se consignaran los principios y alcances de este Código y a su aplicación concreta ante el hecho específico, previendo la comisión delictiva por medio de acción u omisión, atribuyendo el resultado producido a quien omita impedirlo si, es garante del bien jurídico que se tutela, si tenía la posibilidad por destreza u oportunidad para evitar dicho resultado y definiendo la condición de garante, que va desde que acepta su custodia, el que forma parte de un colectivo que afronta peligros naturales hasta de quien tiene el deber de cuidado desde su familia y pupilo. También se definen los momentos en los que se verifica la conducta delictiva, siendo instantánea, permanente o continua, o continuada, se define claramente que las conductas son dolosas, cuando se conocen los elementos objetivos y se requiere o acepta su realización, la culpa se define como el resultado no previsto, si es previsible o previéndose confíe en no producir el resultado descrito como delito, siempre que vulnere un deber de cuidado que resulta necesario observar, para así establecer que los delitos culposos serán sancionados sólo en los casos que el Nuevo Código expresamente lo señale.

Tentativa, señalando la existencia de ésta cuando se ponga en peligro el bien jurídico tutelado o bien se lesione de forma total o en parte exteriorizando la resolución de cometer el delito por medio de los actos ejecutivos que producirían el resultado o bien omitiendo los que deberían evitarlo por causas ajenas a la voluntad del agente no se logra la consumación, se contempla la posibilidad de no punibilidad cuando el sujeto activo desista espontáneamente de la ejecución o bien impide la consumación, siempre que con tales actos no se produzca un diverso hecho delictivo. Autoría y Participación, se establece con precisión quiénes serán responsables del delito, siendo desde luego quien

lo realiza directamente, en conjunto con otro u otros, se valga de otros en calidad de instrumento, determine dolosamente a otro para que lo cometa, también dolosamente preste ayuda o auxilio para su realización o posteriormente a su ejecución auxilie al autor por una promesa anterior, la instigación, planeación ayuda o auxilio serán punibles con el sólo hecho de que la conducta del autor alcance el grado de tentativa del delito que se quiso cometer, siendo por tanto un mecanismo proporcional a la responsabilidad de los autores, asimismo se estableció un sistema punible diverso para la ayuda o auxilio en el momento o posteriormente que será, sólo en estos casos, de las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate tal y como se estableció en el capítulo V, del título cuarto, se establece también que tanto los autores y partícipes responderán en la medida de su propia culpabilidad, por lo tanto cuando varias personas participen en dicha realización y alguno comete alguno diverso al acordado, todos serán responsables de aquel, salvo que el nuevo delito no sirva de medio para el principal o no sea consecuencia necesaria natural del principal, que se ignorase que se cometería el nuevo o no estuviese presente o al estario, hiciera lo necesario para evitarlo. Así, si de esta conducta descrita no pudiera precisarse el daño que cada uno causó, se les impondrá, a cada uno, las tres cuartas partes de las penas correspondientes, tal y como se ha señalado en el Capítulo V, del Título Cuarto. Se contempla además de que las garantías impuestas no trascenderán de la persona o bienes del autor o partícipes, finalmente se contempla que si bien sólo son penalmente responsables las personas físicas, a las personas morales, se les impondrá las consecuencias jurídicas accesorias, cuando los representantes o miembros de éstas cometan algún delito con los medios que la colectiva le proporcione, de tal modo que la conducta se cometa en su nombre, bajo el amparo o en su beneficio.

Concurso de delitos, distinguiendo entre el concurso ideal el que con una sola omisión u acción se cometen varios delitos, concurso real, cuando por medio de varias acciones u omisiones se cometen varios delitos, excluyendo al delito continuado. Causas de exclusión del delito, que constituye uno de los apartados del Nuevo Código Penal que definen de forma directa y precisa cuáles son las circunstancias que harán no punible una acción u omisión, un

primer elemento lo constituirá la voluntad del sujeto sin ésta, no hay hecho delictivo atribuible a él, la falta de alguno de los elementos que describen legalmente al delito, se actúe con consentimiento del titular del bien jurídico que se haya afectado, siempre y cuando dicho consentimiento sea expresa tácito y no tenga ningún vicio al consentir, incluyendo la presunción del consentimiento cuando las circunstancias permitan suponer que así se hubiera dado si el titular fuese consultado con anterioridad al hecho, se repela una agresión para defender bienes jurídicos propios y ajenos, sin mediar provocación dolosa al agresor, considerando además la presunción de la legítima defensa; instinto de conservación, cuando el daño causado al agresor sea el racionalmente necesario para defenderse él o su familia o a quien tenga obligación legal de proteger y el agresor pretende o trate de penetrar al lugar en que el activo o sus protegidos se encuentran, se actúe bajo la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, que no haya sido ocasionado por el agente y no exista forma de evitar la puesta en peligro, la conducta omisiva o la acción se verifiquen en cumplimiento de un deber jurídico o para ejercer un derecho, con la necesidad racional de la conducta desplegada.

Cuando por virtud del trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, se realice el hecho y esto impida comprender el carácter ilegal de la conducta, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental, actúe bajo un error invencible, que podrá ser con respecto de alguno de los elementos objetivos que se contiene la descripción legal del delito o por el desconocimiento de la ley o el alcance de ésta o más aún por creer que su conducta es justificada y finalmente de conformidad con las circunstancias de la realización del hecho no sea, racionalmente procedente exigir una conducta diversa, así, las causas de exclusión se resolverán de oficio en cualquier etapa del proceso. Sin dejar de contemplar la sanción procedente, cuando haya exceso en las causas de justificación, como son legítima defensa, salvaguarda o cumplimiento de un deber, que será de la cuarta parte de las penas correspondientes. De igual forma se establecen las sanciones para el caso de error, que en una primera instancia será las correspondientes al delito doloso o de una tercera parte de la aplicable al delito de que se trate.

Título tercero, que se integra con trece capítulos, como se enuncia a continuación, catálogo de penas, medidas de seguridad y consecuencias jurídicas; en principio se hace una adecuada separación entre las penas, medidas de seguridad y las consecuencias jurídicas accesorias que de forma progresiva e integral se describen, con prisión se clarificó el rango, que será de tres meses como mínimo y se cincuenta años de prisión como máximo aun en el cumplimiento sucesivo, tratamiento en libertad en imputables, que según las modalidades de cada caso consisten en medidas de carácter laboral, educativas, curativas o cualquiera; durante el tiempo señalado para que no vuelva a delinquir, pudiéndose poner como pena autónoma o sustantiva de la prisión, adicionalmente con alguna o algunas medidas de seguridad.

Semilibertad, que será la alternancia entre periodos de libertad y privación de la misma, cumpliéndose con la modalidad de externación durante la jornada de trabajo y de reclusión de fin de semana, salida al fin de semana y de reclusión en ésta, salida diurna y reclusión nocturna o viceversa, pudiendo imponerse también como pena autónoma o alternativa, señalamiento puntual requiere esta novedosa figura del trabajo en beneficio de la víctima que, sin duda habrá de contribuir a que las víctimas de delito que en estricto sentido no obtienen beneficio alguno con saber que los responsables cumplen una determinada condena, sin ver que los daños y perjuicios no les son cubiertos teniendo en consecuencia que enfrentan el drama solos y sin protección, por eso como una forma para contribuir a que la justicia tenga un verdadero sentido y cumpla con su cometido que está plasmado en nuestra forma fundacional, se prevé que el responsable de la comisión de un delito que haya causado daños y perjuicios, desarrolle una actividad remunerada cuyo producto se aplicará al pago de éstos, fuera de su horario habitual e indispensable para la realización de la actividad económica para su propia subsistencia, la jornada impuesta será establecida por el juez y se realizará en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o empresas privadas con las que el Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, tengan celebrados convenios, toda vez que será el Fondo el organismo que opere esta modalidad de reparación del daño y por tanto solvente a las víctimas, por lo que la actividad será de interés público, se regula también el trabajo a favor de la

comunidad a diferencia de que éste no es remunerado, la sanción pecuniaria, que se integra con otros elementos como son la multa, la reparación del daño y sanción económica.

Para el caso de la multa, se define a ésta como el pago de una cantidad en dinero al Gobierno del Distrito Federal, que se fija en días multa, para cuantificar su monto, se considera la percepción neta diaria del agente al momento de cometer el ilícito o las modalidades para el momento consumativo de éste, dicha cantidad en su caso, no será menor al equivalente al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, la multa no será menor a un día, no mayor a cinco mil días, con excepción de lo que el propio Código establezca, se contempla la necesidad de sustituir la multa por trabajo en beneficio de la víctima o en su defecto a favor de la comunidad, se prevé adicionalmente la posibilidad de que el juez establezca plazos razonables para el pago en parcialidades del importe total de la multa, los que no serán mayores a un año en su conjunto y finalmente se destaca el destino de la multa que en el Nuevo Código se contempla se aplique de forma preferencial al Fondo para la Reparación del Daño, que contempla el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de cometer el ilícito, la restitución de la cosa obtenida en la comisión del delito, incluyendo sus frutos y accesorios, el pago del daño moral sufrido e incluye el pago de tratamientos curativos para la recuperación de la salud psíquica o física en su caso, el pago de los perjuicios ocasionados y el pago de salarios o percepciones a la víctima cuando por lesiones se le ocasione incapacidad para trabajar en la actividad preponderante de éste, quien tendrá que resolver lo procedente con los elementos de prueba que el Ministerio Público aporte de forma insoslayable.

Se define a quienes tendrán la obligación de reparar el daño, siendo éstos, los tutores, curadores y custodios por ilícitos que cometan los inimputables a su cargo, los propietarios encargados de negociaciones por los delitos que cometan sus obreros o empleados, con motivo o en el desempeño de sus actividades asignadas, también lo serán las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o directivos de forma proporcional a las obligaciones que las leyes correspondientes le impongan, bajo éste concepto

en el Distrito Federal responderá por los delitos de sus servidores públicos, sin limitación para que éste repita contra el funcionario responsable, para así clarificar lo que la teoría ha definido como la responsabilidad objetiva que prevé la asunción de responsabilidades por parte de los entes colectivos o los obligados a responder por otro conforme a la Ley.

Para la reparación del daño, el juez considerará el monto la situación del agente y potestativamente fijará plazos prudentes para su liquidación que no excederán de un año, solicitando en su caso, la garantía correspondiente, para el caso de los delitos que afectan la vida o la integridad física el monto de la reparación no será menor del que fijan las disposiciones relativas de la Ley Laboral, finalmente se prevé que en caso que la víctima, o los derechohabientes de éste, renuncien o no cobren el importe de la reparación del daño éste se destinará al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito.

Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, se establece que el decomiso es de orden público, por lo que instrumentos, objetos o productos del ilícito se destinarán; preferentemente, a la reparación del año, a la multa y al mejoramiento de la procuración y administración de justicia, como elemento de seguridad jurídica, se establece que los objetos o valores en posesión de las autoridades judiciales o investigadoras se entreguen a sus legítimos dueños de forma inmediata en cuanto éstos lo soliciten y sólo cuando no acudan a reclamarlos se subastarán dejando por un plazo prudente el producto de la venta a disposición de los legitimados para reclamarlo y en el caso de no hacerlo aplicarlo al Fondo para la Reparación del Daño.

Suspensión o privación de derechos, destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos, comisiones o empleos, definiendo el efecto que cada figura tiene, según el sujeto al que se le impone o resulta de una consecuencia natural de la pena que se aplica, clarificando los momentos en que se cumplen, para el caso de que se imponga con pena privativa de libertad, la suspensión o privación comenzarán a cumplirse una vez que se haya cumplido la pena privativa de libertad.

Supervisión de la autoridad, que tiene como objeto el coadyuvar en la readaptación social del agente y la protección de la sociedad, por medio de la observación y orientación de la conducta de aquel, esta sanción se utilizará cuando se imponga pena de prisión o se sustituya ésta por cualquiera otra o se conceda la suspensión.

Prohibición de ir a un lugar determinado o rescindir en él: para la imposición de estas medidas se deberán conciliar la seguridad del ofendido, la tranquilidad pública y las circunstancias de la comisión del ilícito.

Tratamiento de inimputables o imputables-disminuidos; esta medida tiene por objeto lograr la curación del imputable y para imponerla se requerirá que la conducta de éste no se encuentre justificada, dicha medida se aplicará en el lugar adecuado sin que por ningún motivo se realice en reclusorios o cárceles ni en sus anexos, el tratamiento impuesto aun cuando sea requerido por el inimputable, no podrá prolongarse más que el equivalente a la pena privativa que correspondería imponer a un sujeto imputable por el delito de que se trate, se contempla la necesidad de que el juez, entregue al inimputable a sus familiares o responsables de él, sin cumplir con el tratamiento impuesto cuando reparen el daño y se obliguen a adoptar las medidas suficientes para el tratamiento y vigilancia. Para el caso de inimputabilidad transitoria, se aplicará el tratamiento cuando el agente lo requiera, en caso contrario se le liberará y para el caso de capacidad considerablemente disminuida, previo dictamen por lo menos de dos peritos de la materia y se le impondrá una cuarta parte de las penas correspondientes finalmente en la conclusión del tratamiento para inimputables, se entregará a este a sus familiares y en su caso, de no tener se hará a una institución de salud o asistencial.

Tratamiento de deshabitación o de desintoxicación; esta medida se impondrá cuando el agente comete un ilícito que se relacione con la adicción o abuso de bebidas o estupefacientes, con independencia de las penas correspondientes al delito, que no excederá del tiempo que corresponda a la pena impuesta.

Sin duda, es de gran importancia la trayectoria que dan las autoridades capitalinas al presentar el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por ello las autoridades de esta Ciudad están al pendiente de las diferentes formas de actuar de los delincuentes, así como la necesidad de la sociedad, la manera de actuar frente a los delincuentes o probables responsables de la comisión de un delito, es por eso que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Secretaría de Seguridad Pública, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Asamblea Legislativa así como los Foros Ciudadanos en las diferentes Delegaciones que se llevaron a cabo para la misma sociedad opine al respecto de la inseguridad que actualmente estamos viviendo; por ello también se tomó la necesidad de consultar a juristas y catedráticos de La Universidad Nacional Autónoma de México específicamente de la Facultad de Derecho para tener una visión jurídica, es por eso que se tomarán las medidas de seguridad que fueran necesarias, sin la necesidad de violentar las garantías individuales de los ciudadanos de esta Ciudad.

Sin embargo, en fecha 15 de mayo del año en curso se crea por parte de nuestros Diputados de la II Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, específicamente la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la misma, un Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas disposiciones del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el cual se ven plasmados en los Considerandos del presente Dictamen los siguientes puntos:

- I. Que en su exposición de motivos, el C. Jefe de Gobierno del Distrito Federal sostiene: "Uno de los aspectos primordiales de la seguridad pública está constituido por la prevención, persecución y sanción de los delitos. En el ejercicio eficaz de las funciones inherentes a esas tareas, descansa la mayor o menor credibilidad de las instituciones del Estado; sin embargo, los esfuerzos estatales no deben encaminarse sólo al logro de esa credibilidad, sino básicamente a suprimir la sensación de

inseguridad que se ha vuelto cotidiana en los gobernados, y más aún, deben dirigirse a la cancelación de las causas objetivas de esa inseguridad”.

- II. Es un propósito de esta iniciativa brindar a los habitantes del Distrito Federal una mayor seguridad en sus actividades cotidianas, darles la certeza de que aquellos que cometan delitos de los más frecuentes en la actualidad, serán juzgados sin que exista el temor de que, en tanto sean sancionados puedan incurrir en la comisión de otros delitos; existe la necesidad de brindar mayor protección a los habitantes de esta ciudad, a efecto de que recobren la expectativa de seguridad que han ido perdiendo, ante la amenaza de ser víctima en cualquier momento y lugar, toda vez que quienes delinquen habitualmente disponen de múltiples facilidades para ser sometido a un procedimiento penal gozando de cabal libertad.
- III. Lo primordial de este Decreto es el contenido del mismo en el que se plasma: negar la libertad provisional bajo caución en los casos de lesiones graves cometidas culposamente con motivo del tránsito de vehículos, cuando el agente conduzca en esta do de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares, por otra parte, el delito de robo, sin importar el monto de lo robado, es decir, no se castiga el robo si no se cometió con violencia, no intervienen dos o más personas, sea la primera vez que se delinque y se pague el valor de lo robado.
- IV. Por otra parte, el delito de robo como actualmente se encuentra establecido en el Nuevo Código Penal, presenta diversos problemas, entre ellos los siguientes:
 - No hay prisión si el monto de lo robado no excede de \$873.00 o no se puede determinar el valor de lo robado;
 - Sin importar el monto de lo robado, no se castiga el robo si no se cometió con violencia, no intervienen dos o más personas,

sea la primera vez que se delinque y se pague el valor de lo robado;

- Cuando el monto de lo robado no excede de \$873.00 o no se pueda determinar el valor de lo robado, aún cuando se hubiera cometido con violencia, el denunciante podrá ser enjuiciado estando en libertad, entre otros delitos.

Por lo que además de la magnitud de las penas previstas hace muy factible el obtener la libertad provisional, aún cuando la penalidad se incremente por presentarse agravantes, es por eso que la Comisión de Administración y Procuración de Justicia se ve en la necesidad de expedir el presente Decreto en el que se reforman, adicional y derogan diversas disposiciones del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal ya que son constitutivos de anomalías y no son sancionados como tal en un estado Democrático de Derecho en el cual la mayoría de los capitalinos que habitamos ésta urbe le gustaría vivir.

Empero, existe un descontento social y se percibe como una injusticia para las víctimas, el que de manera pronta y fácil obtengan su libertad provisional aquellas personas que en forma reiterada se dedican a la realización de actos ilícitos, por lo que se genera una mayor desconfianza en nuestras leyes y autoridades en virtud de que las penas son menores y por lo tanto obtienen fácilmente el beneficio de la libertad bajo caución.

Una vez expuesto el dictamen del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mencionaremos a continuación la comparación de los artículos que contenían elementos subjetivos del tipo distintos del dolo en el anterior Código Penal para el Distrito Federal:

Una nueva figura que contempla nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal es sin duda el siguiente:

Art. 149.- De la Procreación Asistida e inseminación artificial: " **A quien disponga** de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes..."

Art. 159.- Del Peligro de Contagio: " **Al que sabiendo** que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia..."

Art. 183.- De la corrupción de menores e incapaces: " **Al que por cualquier medio, procure, induzca o facilite** el que una persona menor de edad o quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, realice actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, prostitución, ebriedad, consumo de drogas o enervantes, prácticas sexuales o a cometer hechos delictivos..."

Otra de las figuras jurídicas significativas que contempla el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que no se tenía previsto en el anterior Código Penal de 1999 que ha causado expectativa es sin duda:

Art. 187. De la Pornografía Infantil: " **Al que por cualquier medio procure, facilite o induzca** a una persona menor de edad a realizar actos de exhibicionismo corporal o sexuales, con el objeto de video grabarla, fotografiarla o exhibirla a través de medios..."

Art. 205. Del estado civil: " **Al que con el fin de alterar el estado civil** incurra en alguna de las conductas siguientes..."

Art. 235. De la insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores: "Al que se coloque en estado de insolvencia, **con el objeto de eludir las obligaciones a su cargo con respecto a sus acreedores...**"

3.4 En la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y otras leyes.

En 1996, se expidió la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, con el objeto de dotar al Ministerio Público de la Federación de un instrumento jurídico que le permitiera combatir con éxito a las bandas organizadas de delincuentes que en razón de la particularidad de los delitos, constituyen un serio peligro para la seguridad de las personas.

Al respecto, el Doctor Sergio García Ramírez explica lo siguiente:

"Delincuencia Organizada

"En el plano internacional ha avanzado la tendencia a establecer el tipo penal autónomo de delincuencia organizada, en la *Declaración Política y Plan de acción mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada* a la que anteriormente me he referido, se observa: de ser necesario, los Estados deberán considerar la promulgación de normas penales para tipificar como delito la participación en asociaciones o en conspiraciones para delinquir.

Como antes se advirtió, la delincuencia organizada puede ser entendida bajo diversos conceptos, y de hecho así ha ocurrido y sucede actualmente. Ha sido una forma de comisión de los delitos —como se deduce del artículo 16 constitucional y de las primeras normas secundarias derivadas de ese precepto supremo—, o un delito autónomo, independientemente de los otros hechos típicos en que incurran los sujetos organizados para delinquir —como se desprende de la LFDO.

La doctrina ha concebido al crimen organizado como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno; sus acciones no son impulsivas, sino más bien resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazos, con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y así amasar grandes oportunidades de dinero y poder real, la exposición entiende a esta forma de delincuencia como una organización permanente con estructura jerárquica respetada, compuesta por individuos disciplinados que se agrupa para cometer delitos.

Sólo es importante recordar que el proyecto de este ordenamiento manifestó que las disposiciones consultadas atendían a la finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación.⁴³

Esta ley contiene el tipo penal de delincuencia organizada, en los términos que se expresan en su artículo 2°:

“Artículo 2°. Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, **tienen como fin o resultado** cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;

⁴³ García Ramírez, Sergio, Delincuencia Organizada, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000. pp. 102 y 103.

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales."

En la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura:

"Artículo 3°. Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad."

Entre otros tipos penales...

3.5 Jurisprudencia.

1.- Séptima Época

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 31 Sexta Parte

Página: 57

RAPTO, ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). La estructura típica del artículo 257 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, revela que son elementos integrantes del delito de raptor: a) el apoderamiento de una mujer; b) la concurrencia necesaria de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño; c) que el agente se proponga satisfacer algún deseo erótico sexual o tenga la intención de casarse. La motivación y el fin, cuando forman parte de los elementos descriptivos del tipo, constituyen elementos subjetivos, ya referidos a la ilicitud del hecho o bien a la culpabilidad del autor, por lo que a tales tipos se les ha conocido tradicionalmente en la doctrina, con el nombre de tipos anormales. Dichos elementos, así como los meramente descriptivos, deben demostrarse plenamente para considerar que ha cobrado vida o realidad la entidad típica de que se trata, de tal manera que cuando no existe elemento alguno que permita establecer que dicho apoderamiento violento tuvo como motivación o como fin precisamente la satisfacción de un deseo erótico sexual o el propósito del agente de contraer matrimonio, se está en presencia de un hecho que no tipifica en forma perfecta la hipótesis legislada.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo D-172/71. Ignacio Carranza Manzanares. 16 de julio de 1971.

Unanimidad de votos. Ponente: Mario Gómez Mercado.

2.- Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, CXXX

Página: 11

ASALTO, DELITO DE. Es inexacto que el delito de asalto deba tener por consecuencia la comisión de otro delito, ya que expresamente la conducta que constituye el núcleo rector del tipo, es el ejercicio de la violencia física o moral sobre una persona, pero matizada tal conducta con el propósito del agente de causarle un mal al pasivo, obtener un lucro o lograr el asentimiento del ofendido para cualquier fin, lo que revela que éste es un delito que se integra por la concurrencia de uno o varios de estos elementos subjetivos del injusto, lo que implica que basta el propósito o la tendencia para que se integre el delito.

Amparo directo 4906/66. Francisco Magaña Vázquez. 17 de abril de 1968.
Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

3.- Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, LXXX

Página: 25

INTENCIONALIDAD O NO INTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8o. del Código Penal Federal, los delitos pueden ser intencionales o no intencionales, de manera que puede afirmarse en principio que todo delito admite los dos grados de la culpabilidad, a menos que la descripción legal sea tal que necesariamente implique la voluntariedad del resultado, ya sea por contener elementos subjetivos que implícitamente la requieran (el que engañando a otro), o bien cuando explícitamente el legislador al crear el tipo, consignó la intencionalidad como elemento del mismo.

Amparo directo 4428/63. Ramón Acuña Pacheco. 20 de febrero de 1964. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

4.- Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXVI

Página: 787

RAPTO (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El rapto existe, conforme a la descripción que del tipo hace nuestra ley vigente, aun cuando el agente que lo realiza no consiga dar cima a los propósitos libidinosos o matrimoniales que como elementos subjetivos finalistas perseguía al sustraer a la mujer de su ambiente de vida ordinaria, pues que son esos propósitos de tono psicológico los que integran el elemento constitutivo del delito y no su realización positiva, atendiendo a que el delito tiene dos elementos que lo integran en su plenitud: el subjetivo y el objetivo, de los cuales, el primero lo define con claridad el artículo 224 del Código Penal del Estado de Guanajuato al referirse a los propósitos libidinosos o matrimoniales que norman la conducta ilícita del raptor en la dinámica de su acción; y el objetivo, como lo ha reconocido ya la Primera Sala, se contrae exclusivamente a la sustracción de la raptada de su ambiente familiar, dado que en este delito la víctima no es la raptada (que en algunos casos puede estar conforme con el acontecimiento) sino la familia, que es a la que se hiere con la sustracción del hogar, de uno de sus miembros.

Amparo directo 6525/48. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 3 de julio de 1949. Unanimidad de cuatro votos, respecto a la parte resolutive y Mayoría de tres votos respecto a la considerativa. Disidente : Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

5.- Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLIV

Página: 178

ROBO EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA. El artículo 363 del Código Penal del Estado de Chihuahua, define el delito de robo diciendo: que lo comete el que se apropia de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella, con arreglo a la ley. Del término "apropiarse", adoptado por esta definición, se desprende que el robo implica el traslado de una cosa del patrimonio de su dueño al del delincuente, sin consentimiento de aquél. Aunque la ley de Chihuahua diga "apropiación", es claro que el término no envuelve la idea de propiedad, ya que el delito no puede transferir el dominio. En el fondo, el código que se cita, para la existencia del delito de robo, el mismo elemento constitutivo que los demás códigos, a saber: que haya apoderamiento de una cosa. Apoderamiento es el acto de hacer llegar una cosa a nuestro poder. Por este término "poder", se entiende la facultad de disposición sobre la cosa para fines propios, siendo, ante todo, la facultad de disponer, un acto de la voluntad, por el que actuamos sobre la cosa, deliberada y conscientemente; de lo que se desprende que para que se pueda estimar existente el robo, se requiere fundamentalmente la concurrencia de elementos objetivos y elementos subjetivos. Los primeros consisten en el hecho de tomar la cosa, esto es, separarla del alcance de su dueño o de la persona que, conforme a la ley, puede disponer de ella. Los segundos están constituidos por el ánimo de disponer de la cosa, con el fin de sacar de ella una utilidad, o de lucrar, según la expresión consagrada, por lo que si no se prueba, ya sea por medios directos o, cuando menos, por presunciones, que han concurrido estos dos elementos, el robo no puede estimarse cometido, ya que, de acuerdo con la doctrina, sin el ánimo de lucro, podrá constituir el hecho de otro delito, notoriamente el de daño, mas no ciertamente el de robo ni el de hurto, en el que es esencial aquella circunstancia constitutiva. Por ánimo de lucrar, en el sentido que requiere el elemento subjetivo del robo, debe entenderse no sólo el propósito de usar de la

cosa para fines meramente especulativos o comerciales reducibles a ganancias pecuniarias, si no que el término "lucro", debe tomarse, para estos efectos jurídicos, en su aceptación más lata, comprendiendo en ella en el simple uso o la disposición de la cosa, para fines propios o ajenos del agente, cualesquiera que ellos sean. Lo decisivo para que el lucro se realice, es que se tome la cosa con el ánimo de apropiársela, de usarla, de disponer de ella, según el arbitrio personal del delincuente. De lo expuesto se desprende que el robo nunca puede ser un delito de culpa, cuya característica está constituida en cuanto al elemento subjetivo, por simple negligencia, impericia o imprudencia, y decir que se cometió un robo por simple descuido o por un accidente ocasionados por circunstancias ajenas a la voluntad de la gente, resulta una expresión sin sentido; por lo que para que pueda tenerse por consumado el delito de robo, es preciso que haya en el inculpado, el ánimo de lucrar, o el de apropiarse de la cosa.

Amparo penal directo 4385/33. Núñez Higínio. 3 de abril de 1935. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

6.- Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Informes

Tomo: Informe 1959

Página: 66

TIPICIDAD Y AUSENCIA DEL TIPO. Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad (aspecto negativo del delito) y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencia temporales o especiales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley.

Amparo directo 4794/53. Guillermo Jiménez Munguía. 21 de abril de 1959. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Secretario: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

7.- Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Noviembre de 1998

Tesis: XIV.2o.84 P

Página: 517

DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICO CON LA FINALIDAD DE COMETER DIVERSA CONDUCTA ILÍCITA, PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. PARA NO DEJAR EN ESTADO DE INDEFENSIÓN AL INculpADO, BASTA CON ACREDITAR LA FINALIDAD SIN ESPECIFICARSE LA CONDUCTA. Una nueva reflexión sobre el tema relativo a que desde el auto de formal prisión debía especificarse la conducta que el activo pretendía realizar con el narcótico cuya posesión detentaba para no dejarlo en estado de indefensión; conduce a este Tribunal Colegiado a apartarse del criterio sostenido en la tesis TC142007.9PE1, que bajo el rubro: "DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICO PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL DIVERSO ARTÍCULO 194, ES UN ELEMENTO DEL TIPO PENAL DEL.", fue publicada en la página 913 del Tomo III, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente al mes de marzo de 1996. En efecto, el tipo penal previsto en el primer párrafo del numeral 195, del Código Penal Federal, se refiere al delito contra la salud en su modalidad de posesión de algún narcótico señalado en el artículo 193, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, ambos del mismo

ordenamiento. Ahora bien, la razón toral por la que en aquella ocasión, este cuerpo colegiado estimó que desde el auto de formal prisión debía indicarse la conducta que el activo pretendía realizar con el narcótico cuya posesión detentaba, consistía en que si tal requisito no era cumplido, éste quedaría en estado de indefensión y, por otra parte, que era necesario aportar una prueba directa que evidenciara la finalidad de la posesión, por no ser admisible jurídicamente apoyarse en presunciones. Sin embargo, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 7/96, al resolver la contradicción de tesis 5/95, publicada a fojas 477 del Tomo III del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta bajo el rubro: "POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD.", sustancialmente sostiene el criterio, de que resulta necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal (existencia, tipo y cantidad de droga) y posteriormente las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión y, por último los elementos subjetivos como el dolo y la especial finalidad. Por otra parte, en el diverso criterio sostenido por la misma Primera Sala, al resolver la contradicción de tesis 48/96, el día 28 de mayo de 1997, que aparece publicada a fojas 223, Tomo V, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta correspondiente al mes de junio de 1997 bajo el rubro: "PRUEBA INDICIARIA. CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL.", se sostiene medularmente que existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente para llegar a una conclusión. Ahora bien, a fin de ser congruente con los razonamientos acabados de sintetizar, se estima que el elemento subjetivo del tipo penal del delito contra la salud que nos ocupa, consistente en la finalidad o intención con la que se detenta la posesión de la droga afecta, es difícil demostrarse con prueba directa, como sería una testimonial o inspección, dada la naturaleza de la conducta que se encuentra íntimamente relacionada con la voluntad del activo, que no siempre puede percibirse por medio de los sentidos, de donde se deduce que en la mayoría de los casos, habrán de concatenarse distintos hechos conocidos para inferir, con base en la prueba circunstancial, que el acusado poseía el narcótico con un fin distinto de la simple posesión. Lo anteriormente expuesto, nos

conduce a la conclusión de que si desde la fase indagatoria quedaron acreditados los elementos objetivos a que alude el criterio jurisprudencial citado en primer término (existencia, tipo y cantidad de droga) y, por otra parte, también existen medios convictivos suficientes derivados de indicios que se apoyan entre sí para probar el elemento subjetivo típico consistente en que la finalidad de la posesión del narcótico es la de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal (producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar, introducir, extraer, aportar recursos para financiar o realizar actos de publicidad o propaganda para que se consuman), es inconcuso que el indiciado no queda en estado de indefensión, al no precisarse en el auto de formal prisión alguna de las conductas específicas del aludido precepto, dado que al haberse demostrado la finalidad, se encuentra en aptitud de preparar su defensa adecuadamente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 277/98. Eligio Alcántara Maraión. 14 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretaria: María Isabel Cetina Rosas.

Nota: La tesis de rubro: "POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD.", aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 477.

8.- Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Marzo de 1996

Tesis: 1a./J. 7/96

Página: 477

POSESION DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACION CON LA FINALIDAD.

El tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, pero ello siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén aparejadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto poseía (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo, y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de que efectivamente la poseía y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera. En tales circunstancias, el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, no resultando por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba.

Contradicción de tesis 5/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 16 de febrero de 1996. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: María Elena Leguizamón Ferrer.

Tesis de jurisprudencia 7/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cinco votos de los Ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga María Sánchez Cordero de García Villegas.

9.- Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Febrero de 1996

Tesis: VI.3o.16 P

Página: 390

AUTO DE FORMAL PRISION. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISION. NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LAS REFORMAS DE LOS ARTICULOS 19 CONSTITUCIONAL Y 83 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA. Este Tribunal Colegiado, estima que la jurisprudencia cuyo rubro es: "AUTO DE FORMAL PRISION. NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", ha quedado superada por las reformas que sufrieron los artículos 19 constitucional y 83 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, por los siguientes razonamientos. Del contenido del artículo 19 constitucional reformado, se desprende que para dictar un auto de formal prisión, es necesario que de lo actuado en el proceso penal, aparezcan datos suficientes que justifiquen los elementos del tipo penal que se impute al acusado y además hagan probable su responsabilidad penal en la comisión del mismo; lo que significa que debe examinarse la descripción que del ilícito se haga en la legislación penal; ahora bien, el empleo de la expresión "elementos del tipo", en dicho precepto legal tiene como finalidad fortalecer la seguridad jurídica del gobernado para que pueda defenderse adecuadamente del delito atribuido. Al respecto el artículo 83 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social reformado, dispone que los elementos del tipo penal son los siguientes: "I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; II. La forma de intervención de los sujetos activos; y III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo penal lo requiere: a). Las cualidades del sujeto activo y pasivo; b). El resultado y su atribución a la acción u omisión; c). El objeto material; d). Los medios utilizados; e). Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f). Los elementos normativos; g). Los elementos subjetivos específicos; y, h). Las demás circunstancias que la ley prevea." Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha dicho que desde un punto de vista doctrinario, en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementados. De acuerdo con lo anterior el delito de robo calificado con violencia moral, es un tipo complementado, circunstanciado o subordinado, pues necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, que en la especie, resultan ser los medios utilizados por el acusado para llevar a cabo el delito, esto es la violencia moral consistente en amagar a la víctima con un arma, a fin de desapoderarlo de sus bienes, circunstancia que se encuentra prevista en el artículo 380 fracción I del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla; razones por las que resulta apegado a derecho que el juez natural estudie tal situación agravante en el auto de formal prisión, incluyéndola como parte integrante del tipo penal complementado.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 679/95. Ernesto Sánchez Flores. 25 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Olivia Heiras de Mancisidor. Secretario: Jesús G. Luna Altamirano.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V-Febrero de 1997, pág. 197, tesis por contradicción 1a./J.6/97.

10.- Octava Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV, Noviembre de 1994

Tesis: XXI. 1o. 39 P

Página: 427

CONFESION DEL INculpADO. ES PRUEBA IDONEA PARA TENER POR ACREDITADA LA FINALIDAD A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 195 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. El artículo 195 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal vigente, establece: "Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194...". Ahora bien, la finalidad a que se refiere el precepto transcrito, queda suficientemente acreditada con la confesión del poseedor del estupefaciente, pues ésta es idónea para demostrar aspectos subjetivos del delito, como lo son la intención no consumada o una finalidad específica, que por su naturaleza no siempre son susceptibles de comprobación directa o con pruebas diversas a la señalada. Tampoco son exigibles mayores datos y distintos a la confesión, pues no se trata de la comprobación de los elementos que integran el tipo penal, sino tan sólo de un elemento, el cual, demostrado junto con los demás exigidos por el artículo 195, primer párrafo, del código punitivo en cuestión, en términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, trae consigo el acreditamiento de la modalidad de posesión agravada de narcóticos del delito contra la salud, prevista por el primer numeral.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 260/94. José Luis Luna Morales. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Roberto Cantú Barajas. Secretario: Fernando Rodríguez Escárcega.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III-Marzo de 1996, pág. 477, tesis por contradicción 1a./J.7/96.

11.- Octava Época

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: III, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1989

Página: 003

DIFAMACION, DELITO DE. LLEVA IMPLICITO EL DOLO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). El delito de difamación previsto y sancionado por el artículo 288 del Código Penal del Estado de Chiapas, sólo dolosamente puede cometerse, en virtud de que los tipos penales que contienen elementos subjetivos excluyen por sí solos la forma culposa, en atención a la naturaleza diferente de sus elementos, supuesto que para este tipo penal basta para la interpretación típica del ilícito, comunicar a otra u otras personas imputaciones ciertas o falsas de hechos determinados o indeterminados, que pueden causar deshonra, descrédito, perjuicio o exponer al desprecio de alguien, de la persona a quien va dirigido determinado acto, concluyéndose por ende, que se lleva imbitito el dolo en tal delito.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 96/87. Saturnino Sánchez Gómez y otras. 8 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Carlos S. Suárez Díaz.

12.-Novena Época

Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Mayo de 2001

Tesis: I.6o.P.20 P

CUERPO DEL DELITO. FORMAN PARTE DE ÉL LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DISTINTOS AL DOLO. De la interpretación armónica y sistemática de los preceptos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 15, fracción II, del Código Penal Federal, se desprende que los elementos subjetivos específicos distintos al dolo forman parte del cuerpo del delito, en primer término, por encontrarse contenidos en la descripción típica (cuando así se observe de la misma), al igual que los elementos objetivos y normativos; en segundo lugar, en virtud de que los aspectos que integran la probable responsabilidad versan exclusivamente sobre la participación dolosa o culposa del indiciado en el injusto, la existencia de las causas de licitud y las excluyentes de culpabilidad. En este orden de ideas, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, esas ultraindicaciones -como se les conoce en la dogmática penal-, deben analizarse por los tribunales como elementos del cuerpo del delito; sin embargo, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los elementos subjetivos específicos distintos al dolo no requieren acreditarse a plenitud, toda vez que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de dichos elementos, deben analizarse por el juzgador con posterioridad al dictado de tales determinaciones.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1956/2000. 28 de febrero de 2001. Unanimidad de votos.
Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.

Por lo que podemos concluir al respecto de las diferentes reformas que se han dado a lo largo de la historia de nuestro país respecto de las leyes mencionadas anteriormente, así como su respectiva jurisprudencia, es que efectivamente, un sistema de justicia penal en el cual, desde la averiguación previa hasta el proceso penal, se detenga y procese a personas en contra de las cuales existen pruebas fundadas de que han cometido una conducta típica

y antijurídica y, de ser confirmada la responsabilidad, se imponga la sanción penal correspondiente, es requisito indispensable en un Estado social y democrático de Derecho.

Un sistema de impartición de justicia penal regido bajo los lineamientos anteriores implica y tiende a la efectiva lucha contra la delincuencia y su correspondiente disminución, pues cuando los ciudadanos tienen conciencia de que quien la hace la paga, se abstienen, generalmente, de la comisión de delitos. Pero al mismo tiempo, esos mismos principios debidamente observados en la realidad generan la tranquilidad de quienes no han cometido delitos alguno, pues tendrán la confianza de que no serán privados de su libertad por simples sospechas o circunstancias, por lo que si lo anterior hubiera sido sustento de la reforma del 8 de marzo de 1999, estuviéramos en la vía correcta para aspirar a un Estado Social Democrático de Derecho, sin embargo, la pretensión del legislador es otra: justificar la lucha contra la delincuencia y el mejoramiento de la impartición de justicia penal a través del incremento estadístico de sujetos detenidos y procesados penalmente.

CAPÍTULO CUARTO.

ASPECTOS RELEVANTES DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO.

4.1 Importancia de la Evolución Doctrinal sobre los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y Teorías relacionadas.

Una vez analizadas todas y cada una de las diferentes teorías que constituyen el panorama del presente tema de estudio como son: el causalismo, el finalismo y el funcionalismo; explicaremos el alcance que los Doctrinarios en materia Penal han dado a lo largo de nuestra historia, para que en lo sucesivo los estudiosos del Derecho comprendan la trascendencia e importancia que tiene estudiar la doctrina en materia de Derecho Penal.

Así, mencionaremos a continuación la importancia que ha tenido cada una de las teorías mencionadas anteriormente, para posteriormente dar paso a lo que consideramos como las teorías modernas sobre los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

Por lo que el causalismo es un sistema que se ha caracterizado por la gran influencia que sobre él ejercía el pensamiento filosófico positivista, en general se regía por el ya criticado principio sistemático "objetivo-subjetivo": el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva, por lo que la conducta a la que se privaba de la finalidad estaba convertida en un acontecer causal, por lo que la voluntad era una capacidad de "inervación muscular", el tipo abarcaba la exterioridad de la conducta, por que prescindía de cualquier elemento subjetivo, la antijuridicidad era objetiva en el sentido de que recaía sobre esta exterioridad de la conducta y era señalada en aquel entonces como concepción material como una dañosidad social, el injusto abarca así como la causación física en tanto que la culpabilidad, eminentemente subjetiva, consistía en la causación psíquica, de allí que se concibiera a la culpabilidad como una relación psicológica entre la conducta y el resultado (teoría

psicológica de la culpabilidad), este sistema esta fundamentalmente expuesto en las obras de Liszt y Bebing, al punto de que los autores contemporáneos lo mencionan por el nombre de éstos.

Dentro del causalismo se da una calificación jurídica que será necesaria para el dolo típico si condiciona la comprensión en la esfera del sujeto, por ejemplo, es necesario para el hurto saber que la cosa que se toma es jurídicamente "ajena", el que cree que toma una cosa que jurídicamente le pertenece por creer erróneamente que el Derecho le atribuye la propiedad sobre la misma, no sólo yerra sólo la calificación jurídica de la cosa, sino que tal error le impide la valoración paralela en la esfera del sujeto que requiere el dolo. Es decir, sean descriptivos o normativos, los elementos del tipo que ha de abarcar el dolo pueden ser **esenciales o accidentales**, se utiliza esta distinción no en el sentido de que los elementos accidentales no deban ser necesariamente abrazados por el dolo, sino para expresar la diferencia que existe entre aquellos elementos de los cuales depende la presencia del delito de que se trate (esenciales) y aquellos otros cuya concurrencia determina sólo la agravación o la atenuación de los delitos base, por lo que la ausencia no lleva consigo la de éste (accidentales). Los elementos accidentales pueden hallarse previstos de forma específica para el tipo de que se trate, o bien en forma genérica, como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes o agravantes), por lo que a los primeros son llamados elementos típicos accidentales, en contraposición a las circunstancias atenuantes o agravantes.

Ejemplo: En el delito de aborto causado por tercero la muerte del feto es elemento esencial, mientras que la utilización de violencia, intimidación, amenaza o engaño sobre la mujer alude a elementos accidentales, cuya concurrencia agrava la pena, pero que no son necesarios para la presencia del delito de aborto.

Pues bien, para que corresponda la penalidad señalada a los tipos agravados (cualificados) o atenuados (privilegiados), será preciso en principio que los elementos accidentales de que se trate sean también abarcados por el

dolo, pero puesto que el error sobre los mismos no hace desaparecer la voluntad de realizar el delito básico, no podrá ser tratado según las reglas generales, que remiten a la imprudencia cuando esta es punible, si el error es vencible, o la impunidad cuando es invencible, por lo que las peculiaridades del tratamiento que corresponde al error sobre los elementos accidentales deberán examinarse al considerar el tema del tratamiento jurídico-positivo del error.

Posteriormente, con el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad y la introducción de los elementos subjetivos del tipo, se construye un nuevo esquema del delito que lo concibe como una individualización del acto prohibido (conducta típica) y una doble desvalorización: del acto (antijuridicidad) y del autor (culpabilidad). Por lo que, éste análisis no altera fundamentalmente el sistema clásico, sino que se trata de nuevos argumentos para sostener una sistemática clásica: hay un solo ropaje neoclásico, pues así la vieja teoría viene a apuntalar la antigua sistemática, por lo que el dolo y la culpa permanecen en la culpabilidad: y el tipo sigue siendo predominantemente objetivo y la antijuridicidad también, esta construcción neoclásica tuvo numerosos sostenedores (el causalismo alemán contemporáneo se identifica con ella) y, por nuestra parte, entendemos que el más acabado intento de construcción de la misma fue el realizado por un autor de nombre Edmund Mezger.

LA ACCIÓN CAUSALISTA.

Según la **doctrina causalista clásica** el dolo se concebía como **dolus malus**, contenía como tal dos aspectos: a) el conocimiento y la voluntad de los hechos, b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho).

LA ACCIÓN CAUSAL, SUS ELEMENTOS:

- A) Inervación muscular o movimiento corporal voluntario; esto nos da como resultado la teoría de la voluntad del acto y así, como la voluntad, es

como un acto psíquico, es sólo el factor causal desencadenante del movimiento corporal que produce el cambio en el mundo externo.

B) Que produce un resultado (realiza una mutación en el mundo externo perceptible por los sentidos); por lo que nos da dos resultados, el primero es un Daño Efectivo y el segundo un Daño Potencial, por lo que el primero tiene o puede tener una lesión de bienes jurídicos, mientras que el segundo pone en peligro de dichos bienes jurídicos.

C) Relación de causalidad entre movimiento y resultado, por lo que da origen a:

I. TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS.- Las cuales destacan como "causa" y uno de los antecedentes y condiciones que produjo el resultado; sin embargo esta es desencadenante de:

- a. Teoría del Equilibrio o la Preponderancia;
- b. Teoría de la condición más eficaz;
- c. Teoría cualitativa.

II. TEORÍAS GENERALIZADORAS.- Por lo que todas las condiciones que intervienen en el acto tienen el mismo valor causal, ya que a falta de uno, no se hubiera causado el resultado, por lo que esto genera:

- a. Teoría del equilibrio o de la Preponderancia
- b. Teoría de la adecuación o relevancia.

Resultan incontables las teorías formuladas para dilucidar cuando puede atribuirse un resultado a un sujeto como a su causa, pudiendo englobarlas en

las llamadas *Teorías Materializantes del nexo causal* que a su vez se dividen en *teorías individualizadoras* y *teorías generalizadoras*, las que, en lo particular se prefieren denominar por varios autores como *Teorías de condición o causa única* y *teorías de condición múltiple*, respectivamente, que a continuación se analizarán:

TEORÍAS DE CONDICIÓN O CAUSA ÚNICA.

Las teorías de condición o causa única, también llamadas individualizadoras son aquellas que tratan de destacar del conjunto de antecedentes del resultado (condiciones) que constituye la causa, cuya distinción entre causa y condición del resultado repercute después en la teoría de la participación, por lo que pueden subdividirse también en:

Del equilibrio o de la preponderancia (BINDING).

Binding sostuvo que la aparición de un evento criminal está determinado por circunstancias que tienden a producirlo, llamadas "condiciones positivas" y otras que impiden que aquellas surtan efecto: "condiciones negativas", entendiéndose por causa la producción de una preponderancia de las condiciones positivas sobre las negativas del resultado, mediante la voluntad humana.

De la condición más eficaz (BIRKMEYER).

En términos generales ésta doctrina de la relación causal expuesta en la obra de Birkmeyer precisó que la causa tiene una naturaleza cuantitativa; esto es, que si el evento criminal depende de una serie de causas (en número), la mayormente prevaeciente en igualdad de condiciones es la más eficaz y, por ello, la causa en el sentido del Derecho Penal.

Teoría cualitativa (JOSE KOHLER).

Por lo que, este autor propone una teoría cualitativa al concebir a la causa como el impulso decisivo para la calidad del efecto y todas aquellas causas secundarias serian meras condiciones.

TEORÍAS DE CONDICIÓN Y CAUSA MÚLTIPLE.

Las teorías de causa múltiple o generalizadoras parten del supuesto que no pueden establecerse diferencias entre causa y condición, en atención a que cada una de las condiciones sin las cuales no se hubiera ocasionado el resultado tiene igual valor causal, porque el Derecho Penal maneja el mismo concepto de causa que las ciencias fisico-naturales.

Entre ellas es de mencionarse la siguiente subdivisión, la cuál será retomada con exhaustividad en referencia a la imputación objetiva:

De la equivalencia de las condiciones.

La teoría de la equivalencia de las condiciones, también llamada Teoría de la Condición, fue sostenida en el año de 1860 por Von Buri, según la cual no es lícito distinguir entre condiciones esenciales y no esenciales para la producción del resultado, ya que todas tienen el mismo valor, pues se entiende por causa toda condición que suprimida mentalmente daría lugar a que no se produjese el resultado, postulando la fórmula de la *conditio sine qua non*, basada en una concreción que sólo excluye de la conclusión causal, aquellas cuestiones anteriores o posteriores al resultado.

De la adecuación o relevancia.

La existencia de los delitos calificados por el resultado pretendió restringir los efectos de la teoría de la equivalencia señalando que no toda

causa es relevante desde el punto de vista jurídico; y más aún, para que una *conditio sine qua non*, tenga tal relevancia jurídica es menester que el resultado producido por ella sea adecuado; esto es, que se refiera a circunstancias generalmente favorecedoras del resultado delictivo.

Sin embargo son innumerables las vertientes sobre cuál ha de considerarse la causa más adecuada, concluyendo que se llega a dicho conocimiento cuando se analiza tres órdenes:

1.- Se fija la base, es decir, qué antecedentes del resultado se han de tomar en consideración; pudiendo ser todos los existentes, sólo los conocidos por el sujeto o los conocidos por un sujeto de ciertas características (coeficiente intelectual), entre otros.

2.- Una vez fijada la base se debe establecer el módulo o criterio de adecuación: previsible o calculable para el sujeto actuante, para un tercero. o bien, para el juez.

3.- El último punto entraña considerar el momento al que han de referirse la base y el módulo: antes o después de producirse el resultado.

Por lo que, finalmente cabe destacar que la doctrina de la acción causal reitera el aforismo *causa causae est causa causati* (el que es causa de la causa, es causa del mal causado), pudiendo resumirse los elementos de dicha doctrina.

Por lo que respecta a la Acción o Teoría Finalista observamos que la actividad humana en la sociedad representa una realidad ordenada y llena de sentido cuya existencia es previa al Derecho Penal de modo que las formaciones conceptuales que contempla la ley son simplemente descripciones de un sector de la realidad representado por determinados actos que deben ser prohibidos al encerrar un desvalor social.

Por tanto, el concepto de acción que debe manejar el Derecho Penal, es estrictamente "ontológico" que no es único ni exclusivo del derecho sino de todas las acciones humanas in genere, y por ende, debe satisfacer distintas exigencias para ajustarse al papel que le corresponde en el conjunto de la Teoría del Delito, realizando una función de clasificación, definición, enlace y delimitación.

El maestro Enrique Díaz Aranda en su obra "Dolo", menciona al respecto que "el sistema final de acción asumió los postulados de la teoría causal, a nivel de tipo objetivo, así el tipo objetivo de injusto comprende:

Los elementos objetivos del acto integrados ante todo por la acción de ejecución con la Lesión del correspondiente bien jurídico, así como los demás medios y formas de ejecución, y las restantes modalidades de la acción como el tiempo y el lugar. Por lo contrario el tipo subjetivo y la reubicación sistemática del dolo y la culpa, de acuerdo con el sistema finalista, el tipo subjetivo del injusto comprende a su vez: el dolo (como elemento de dominio final sobre el acto) y la culpa."⁴⁴

Como resultado de la innegable subjetivización del tipo, se concibió a éste en forma compleja, o sea, objetivo y subjetivo, en tanto que para Weber el delito era concepto bipartido, por que sostenía que la tipicidad implica la antijuridicidad (teoría de los elementos negativos del tipo: las causas de justificación son causas de atipicidad), por lo que la antijuridicidad es el juicio que recae sobre el aspecto objetivo del tipo y la subjetividad sobre el subjetivo.

Esta sistemática es perfeccionada por Welzel, quien sosteniendo un criterio tripartito afirma la pertenencia del dolo al tipo subjetivo, la independencia de la antijuridicidad y de la pertenencia de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad a la culpabilidad, o sea, separada del dolo,

⁴⁴ DIAZ Aranda, Enrique. Dolo, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 2002, Pp 50.

por lo que, este concepto ya había sido tomado por otros autores, que aún cuando consideren al dolo en la culpabilidad, lo hacían separadamente, por lo que los autores van puliendo la teoría, particularmente en lo que a la estructura del tipo culposo se refiere y sus máximas exposiciones de conjunto se hallan en su Derecho Penal Alemán.

Por ello en la actualidad se oye hablar de un Sistema u Teoría Finalista Ortodoxo y de un Finalismo Heterodoxo, por lo que tales calificativos son carentes de cualquier sentido, pues el más heterodoxo de los finalistas es el propio doctrinario Welzel que se somete a permanente autocritica. Por tanto, mencionaremos que la teoría finalista parte de la base de que no existe un concepto jurídico penal de acción, sino que, este pretendido concepto y el óntico-ontológico se identifican.

Sin embargo, la Teoría Finalista, es sin duda una de las más relevantes y por ello la podemos considerar en el presente tema de estudio como una Doctrina Nueva que ha sobresalido por encima de las demás, es decir, la Teoría Finalista ha sido eficiente en comparación de todas aquellas Teorías que sin duda han servido para el avance del Derecho Penal, con esto no queremos confundir al lector o encaminarlo a que sea partidario de la ya mencionada teoría, por lo que se pretende explicar en este punto, que la mayoría de los Doctrinarios opta por los criterios que abarca la teoría mencionada.

Por lo que esta inteligencia, estamos siempre ante la presencia de una acción final que puede tener un sentido múltiple por su relación con las diferentes consecuencias producidas voluntariamente, por ejemplo en la acción de lesionar, con un fin predominantemente propuesto por el sujeto activo, o bien cuando esta es solo un medio para otro objetivo (como el robo), o se plantea con un efecto concomitante (al oponer resistencia el pasivo del lenocinio y perpetrarse violentamente), aún cuando también en muchos casos nuestros movimientos corporales se han hecho automáticos por su constante ejercicio sin que ello afecte la dirección final de una acción.

Así, mencionaremos que efectivamente la Nueva Doctrina que interviene en los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo es sin duda la Teoría Finalista ya que esta cuenta con una acción final el cual puede tener un sentido múltiple, por lo que hay acciones finales en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de relación, es decir, hay una obtención concreta del fin; puede ser un medio para un fin ulterior o puede ser un efecto concomitante producido por la voluntad de realización.

Desde antes, se discute si el dolo requiere conocimiento y voluntad (teoría de la voluntad) o sólo conocimiento (teoría de la representación).

La Doctrina dominante se ha inclinado por exigir tanto el conocimiento como la voluntad, aunque últimamente ha ganado terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento.

Es evidente que el hecho doloso presupone un conocimiento humano que, en cuanto tal, requiere voluntariedad.

Asimismo es obvio que dicha voluntariedad no es suficiente para el dolo, como lo prueba el hecho de que también la imprudencia presupone un comportamiento humano voluntario.

Pero la cuestión es si para el dolo basta o no añadir a dicha voluntariedad general el conocimiento de la situación típica, por lo que las teorías de la voluntad suelen dar una respuesta negativa a esta situación, y ello tiene consecuencias a la hora de delimitar el dolo de la imprudencia (más concretamente, el dolo eventual de la culpa consciente): conduce a exigir para el dolo una aptitud interna de aprobación, consentimiento o, al menos, aceptación del hecho.

Las teorías del conocimiento o de la representación niegan la necesidad de añadir ninguna actitud interna como éstas, por ello, quien realiza un comportamiento humano (voluntario) conociendo los elementos que lo hacen

típico actúa ya, sin más, con la voluntad consciente que caracteriza al dolo, quien efectúa una conducta de matar sin ninguna causa de exclusión del comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente mata con dolo, basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica para poder afirmar que se requiere al menos en el sentido de que acepta.

Ello puede interpretarse en el sentido de que la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino sólo del comportamiento humano, pero es conveniente pensar que el dolo es la voluntad consciente resultante, sin más, de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano y que dicho dolo implica querer en el sentido, por lo menos, de aceptar.

Aunque sólo se añada a la voluntariedad general del comportamiento el conocimiento de que se realiza el tipo, este objeto de conocimiento se convierte también en objeto de la voluntad, lo que se requiere en el delito doloso, es distinto, a lo que se requiere en el delito imprudente, por lo que la adición del conocimiento afecta, pues, al contenido de lo querido, esto es, de la voluntad.

Por lo que, en la actualidad, gracias al **finalismo**, se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como **dolo natural**. Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y el querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiera que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad).

Es lógico, que la doctrina se haya esforzado en distinguir dos conceptos tan próximos y, no obstante, de tan distintas consecuencias jurídico-positivas, por lo que entre las numerosas teorías que a tal fin se han formulado, dos posiciones destacan por su importancia, por lo que a estas cabe reconducir la mayor parte de las formulaciones, estas son la teoría del consentimiento o de la aprobación y de la probabilidad o de la representación.

Con relación a la **Teoría Funcionalista**, podemos mencionar que esta parte de un concepto social de conducta, dicha concepción no es tan nueva como se piensa y se pueden encontrar pronunciamientos, incluso anteriores al finalismo, en donde se sostuvo la relevancia de la conducta en función de su significación de social.

En donde se manifiesta que la conducta humana es relevante para el derecho penal cuando tiene suma importancia en un determinado sistema social de comunicación y no porque lesione un bien jurídico tutelado, por lo que, la ya mencionada teoría se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal esta orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.

De lo anterior podemos desprender que la base sociológica de la sociedad, como una entidad conformada por individuos que pactan ceder su soberanía a favor del Estado para el ejercicio del poder en beneficio del pueblo, es sustituida por un concepción de la sociedad como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico o más bien normativista, que éste se ve afectado cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva, contradiciendo las expectativas de la sociedad, por lo tanto, la prestación que realiza el Derecho Penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad, el derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad.

La mayoría de los estudiosos en derecho no estarían de acuerdo en adoptar un sistema que es semejante al sistema nacionalista de Hitler, por lo que consideramos que sería peligroso adoptar la teoría funcionalista normativista en México, pues consideramos que nuestras bases democráticas son todavía endebles y el Poder Legislativo todavía no cumple cabalmente con su función de emitir leyes única y exclusivamente para beneficio del pueblo, de tal suerte que si aceptáramos la aceptación incuestionable de la ley por el hecho de haber seguido el proceso legislativo ordenado en la Constitución, estaríamos admitiendo que es Estado tiene derecho a sancionar lo que sea.

En éste sentido, la reforma del 8 de marzo de 1999 a los artículos 16 y 19 de la Constitución, por la cual se puede detener y procesar a cualquier ciudadano con pruebas que acrediten plenamente el cuerpo del delito (tipo objetivo), con indicios de la probable responsabilidad, nos da una buena muestra de lo afirmado.

Empero, esta teoría funcionalista normativista pareciera ser atractiva por su construcción lógica, pero sus postulados consideramos que deben tomarse con mucha cautela si es que el legislador los quisiera aplicar en nuestro país, ya que consideramos discutible la propuesta de ésta teoría, en donde se pretende depender a la culpabilidad de la prevención general, de acuerdo con lo cual la pena se sustentaría en la necesidad de garantizar la fe de la sociedad en el derecho.

TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO O DE LA APROBACIÓN.

Lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente es que el autor consienta en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe, por lo que suele expresarse esta idea acudiendo a un juicio hipotético, si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual? Si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual, por el contrario, hay culpa consciente si el autor sólo lleva su actividad abrazándose a la posibilidad de que no se produzca el delito, y diciéndose: si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría enseguida de actuar.

Por su parte el Doctrinario Santiago MIR PUIG en su libro Derecho Penal Parte General, menciona que "esta Teoría a conseguido numerosos adeptos por que parece destacar como elemento diferencial de dolo e imprudencia un elemento equivalente a la voluntad, la cual, junto al conocimiento, se considera esencial del dolo.

Mas el consentir en la posibilidad del resultado aprobándolo, supone algo más que el querer el resultado.

Para querer no es preciso aprobar en el uso del lenguaje también quiere quien acepta, aunque sea a disgusto, como forma de conformarse o resignarse.

La aprobación que exige la teoría dei consentimiento viene, pues, a distinguir el dolo eventual de la culpa consciente en base no a un momento volitivo, sino a una aptitud interna del autor que exige más que la voluntad, por lo que tal consecuencia resulta inadmisibile en un Derecho Penal no autoritario que no crea licito castigar la esfera íntima del autor, sino solo sus actos internos.

La teoría del consentimiento lleva a afirmar el dolo eventual en supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, si el autor no se oponía interiormente al resultado.

Y al contrario, obliga a estimar sólo culpa conciente en actividades extremadamente peligrosas, con tal de que el autor, pese a ser conciente de su gran peligrosidad, desease que no produjese el resultado, por lo que estas consecuencias resultan contradictorias con la función de protección de bienes jurídicos que corresponde a Derecho Penal.

Por último, tampoco es admisible la fórmula hipotética según la cual el dolo dependería de si, de haber sabido seguro el sujeto que el delito se produciría hubiese desistido o no de su conducta, de darse esta seguridad, la situación sería del todo distinta, por lo que es incorrecto compararla con las de seguridad típica en que se cuestiona el dolo eventual, es perfectamente imaginable que, ante la duda de si se produciría un delito que no desea u otro resultado que le interesa, el sujeto esté dispuesto a probar suerte a un aceptando sin reservas que pueda producirse el delito, y que en cambio no tuviese para él ninguna utilidad de acción si no pudiese con ella obtener en

ningún caso el resultado no delictivo que persigue (casos en que el resultado perseguido y el eventual delito se excluyen mutuamente).⁴⁵

Ejemplo: Una persona apuesta con otro a que logrará alcanzar con un disparo un vaso que tiene otra persona en la mano; el tiro causa la muerte de la persona que tiene el vaso en la mano, aunque el sujeto aceptara claramente la posibilidad de errar el disparo, es indudable que no lo deseaba y que, de haber sabido seguro que se hubiese producido, hubiera perdido todo sentido la apuesta y no habría disparo.

TEORÍA DE LA PROBABILIDAD O DE LA REPRESENTACIÓN.

Por lo que se refiere a esta teoría, lo único decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el auto, aunque la mayoría de los Doctrinarios del Derecho Penal opinan que a la hora de determinar exactamente el grado de probabilidad que separa a dolo y culpa, por lo que observamos que existe acuerdo en este sector en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado y de culpa consciente cuando la posibilidad de éste reconocida por el autor era muy lejana, *por lo que no importa la aptitud interna del autor-* de aprobación, desaprobación o indiferencia- frente al hipotético resultado, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción, sin embargo, esta teoría no está exenta de dificultades, por lo que puede reprochársele que le resulta difícil decidir si concurre un dolo eventual o culpa consciente en los casos límite, es decir, cuando la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña, por lo que es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe razón para elegir ninguna cifra, por lo que el 20% o el 30% pongo por caso, como frontera de dolo y culpa consciente.

⁴⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, (Parte General, Pag.246 y 247.

Por otra parte, se objeta que para afirmar la presencia de dolo no basta con el conocimiento de la peligrosidad de una acción, sino que es preciso probar la concurrencia de una verdadera voluntad, por ello, aquel conocimiento concurriría también en culpa consciente.

Ante las dificultades expresadas, un sector de la Doctrina Alemana actual, se inclina hacia una postura, en parte ecléctica, que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento voluntativo.

Se exige así, por una parte, que el sujeto tome en serio la posibilidad del delito, aunque sea a disgusto.

Por lo que, tomar en serio la posibilidad del delito equivaldría a no descartar que se pueda producir a contar con la posibilidad del delito.

Así pues, conformarse con la posible producción del delito significa, por lo menos, resignarse a ella, siquiera sea como consecuencia eventual desagradable cuya posibilidad no consigue hacer desistir al sujeto de su acción, por lo que significa el grado mínimo exigible para que pueda hablarse de aceptar y, por tanto, de querer.

No concurrirá y por tanto existirá sólo culpa consciente cuando el sujeto actúa confiando en que el delito no se produzca.

Por ello, el dolo exige **conocimiento**, de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido, por lo que esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo.

Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de posibilidad que deba advertir el sujeto como pretende la teoría de la probabilidad.

Por ejemplo: en la posibilidad de control del peligro que tiene el sujeto u otra persona, pero también en motivos irracionales, como la superstición,

aunque el juez no podrá partir de esto último salvo que existan pruebas que lo confirmen, por lo que esta posibilidad de coexistencia de la conciencia de del peligro estadístico y a la vez de la creencia de que no va a realizarse, es lo que permite la existencia de la culpa consciente.

Una vez ejemplificado lo anterior es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero querer como aceptar.

Así, la aceptación de la concreta posibilidad de que realice el peligro es necesaria, como ya se ha mencionado anteriormente, para el dolo eventual, pero sólo a condición de que, como es correcto, no se exija la aceptación del resultado delictivo, si no sólo de la conducta capaz de producirlo.

Ejemplo: Un terrorista que cumpliendo ordenes decide en colocar una bomba en un local en el que sabe que es muy posible que se encuentre un amigo suyo, lo hace con plena conciencia de que éste morirá si efectivamente se haya presente en lugar de la explosión, pero desea con todas las fuerzas que no suceda así, si supiera seguro que su amigo morirá, no pondría la bomba, pero ante la posibilidad de que no sea así acepta correr el riesgo esperando que no se realice, aun sabiendo que puede fácilmente no ser así. No cabe duda de que concurrirá dolo eventual si la muerte tiene lugar y, no obstante, será difícil afirmar que el terrorista quería el resultado.

4.2 Dificultades para acreditar los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo e imprudencia, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado *quantum* de injusto.

El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva, por lo que esta es la realización de aquella acción con la que el autor deja salir de su ámbito de organización el curso causal conducente al resultado, realmente (consumación) o según su representación (tentativa).

Por lo que los pormenores se estudian en la teoría de la participación y de la tentativa, sin embargo, no basta que el tipo subjetivo concorra antes de la acción ejecutiva (no existe el *dolus antecedens*); por ejemplo: si el autor es consciente antes de consumir bebidas alcohólicas de que después conducirá un automóvil, pero al conducir ha olvidado que consumió alcohol, la conducción en estado de embriaguez, por falta de conciencia actual, no constituye un hecho doloso.

Tampoco el correlato subjetivo del tipo que aparece tras la realización del hecho completamente el acontecer objetivo hasta convertirlo en tipo de delito; en especial, el dolo posterior no puede completar la previa acción ejecutiva, por ejemplo: el encargado del almacén que ve como ha incendiado sin querer las existencias, e incluso se alegra de ello por que le contenta cualquier desgracia que afecte a la dirección de la empresa, no ha cometido ninguna acción de incendio doloso, naturalmente a una acción ejecutiva no dolosa puede añadirse a continuación, si hay dolo posterior, un comportamiento ejecutivo doloso en la forma de un omitir.

Un tema muy difícil de comprender es sin duda aquellas dificultades que se presentan en el procedimiento penal, para poder acreditar los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, ya que, en nuestros libros de Derecho Penal no encontraremos como tal el presente subtítulo, por lo que trataremos de ser un poco claros para que el lector no encuentre lagunas en el presente tema de estudio.

Por ello, a nuestro entender, el dolo completo exige la conciencia de la antijuridicidad pero es conveniente distinguir tres grados o niveles de dolo, el dolo típico, que sólo exige el conocimiento y la voluntad del hecho típico, el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de

justificación, y el dolo completo, que además supone el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*).

Al estudiar el tipo doloso importa únicamente el primer nivel del dolo típico, que se corresponde al concepto de dolo natural usado por el finalismo, por lo que el dolo completo será necesario para la imputación personal de la antijuridicidad penal.

El Doctrinario Santiago MIR PUIG, en su libro *Derecho Penal* (parte general), menciona al respecto "contra lo que opina el finalismo ortodoxo, el dolo típico no agota el dolo natural que también comprende el dolo referido a la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación. Ello se desprende de la observación, que ha propiciado la teoría de los elementos negativos del tipo, de que tanto los elementos del tipo (positivo) como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del supuesto de hecho que constituye la situación objeto de la prohibición, y todos ellos deben distinguirse de esta prohibición en sí misma, de ahí que ninguno de ellos pueda considerarse como mero objeto del conocimiento de la prohibición o de la antijuridicidad, sino que todos deben constituir objeto de dolo natural como conocimiento de la situación requerida para la prohibición. Por otra parte el dolo constituye una característica de la conducta prohibible en delito doloso, por lo que sólo es necesario que se refiera a la parte externa de la conducta, si el tipo se concibe, como en esta obra, como tipo penal, que contiene no sólo la descripción de la conducta prohibible, sino también otros elementos que condicionan la relevancia penal del hecho, como el resultado típico *ex post* y las condiciones objetivas de punibilidad, no será necesario que el dolo típico se extienda a estos otros elementos ajenos a la conducta en sentido estricto.

Es importante mencionar que si como elementos del cuerpo del delito se incluyera, a la manera de los finalistas en el tipo, el dolo, la culpa y aún la antijuridicidad, se llegaría a la aberración procesal de que la consignación o el auto de formal prisión equivalieran a una sentencia definitiva y el cuerpo del delito, al delito, pues, comprobados todos estos elementos, por el Ministerio

Público durante la averiguación previa o por el Juez durante la preinstrucción, prácticamente se convertirá al órgano jurisdiccional casi como observador en el resto del proceso, al cual sólo correspondería fijar el *quantum* de la pena en base del reproche y a la peligrosidad del autor del cuerpo del delito.”⁴⁶

Cabe aclarar, que en el presente tema de estudio se esta dando una breve introducción de lo que es comprendido como dolo y sus modalidades, ya que es necesario que el lector comprenda y razone lo que es considerado como dolo.

Por otra parte, Enrique Díaz Aranda en su libro *Dolo*, menciona que “el tipo subjetivo en el sistema funcionalista se conforma tanto del dolo como de los elementos subjetivos distintos del dolo.

Uno de los problemas que llama la atención es el referente a la prelación lógica entre el tipo objetivo. Es decir, si se debe partir de los mismos principios sistemáticos válidos para la teoría del delito en el sentido de que las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad o responsabilidad, deben tener ese orden de análisis dogmático de una conducta en la antijuridicidad o en la culpabilidad, por que para llegar a esas dos categorías es necesario haber realizado previamente el análisis de su tipicidad.

Si bien es cierto que el análisis sistemático del delito debe obedecer a ese orden de prelación, ello no significa que ese principio valga necesariamente para el análisis interno de cada una de esas categorías, así por ejemplo, quien analiza la antijuridicidad de una conducta típica, no esta obligado a realizar primero el análisis de la legítima defensa para después poder pasar al estado de necesidad y seguir con el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, es indistinto por cual de esas causas de justificación se inicie.”⁴⁷

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. (Parte General). 5ta Edición. Barcelona, 1998, pag. 239 a 241.

⁴⁷ Díaz Aranda, Enrique. *Dolo*. Editorial Porrúa. México 2002, pag. 104 y 105.

Los elementos que integran la situación típica pueden hallarse representados por elementos descriptivos o por elementos normativos. Importa subrayar que **el conocimiento de los elementos normativos presenta dificultades mayores que el de los elementos descriptivos**, por ejemplo, generalmente es sencillo decidir en qué consiste saber que se mata a otro, no lo es tanto determinar con precisión cuándo se conoce que un acto es de "exhibición obscena", la comprensión de un elemento normativo como el anterior variará según las apreciaciones de cada grupo social e, incluso, de cada individuo, por lo que el hombre medio tendrá sólo una imagen aproximada de lo que es obsceno, y desde luego datada de menor precisión que la del sociólogo, por lo que nos preguntamos ¿qué grado de conocimiento será exigible para el dolo.

Un problema que se presenta en la actualidad es sin duda el dolo en las leyes penales en blanco, es decir, en una ley penal en blanco (una ley marco-que se completa mediante otra norma posterior), por lo que, resulta difícil determinar el objeto del dolo, sin embargo, con arreglo a una versión orientada hacia la teoría de la culpabilidad, los tipos (no la existencia ni la consecuencia jurídica) de la norma complementadora y de la norma-marco se reúnen en un tipo total, debiéndose extender el dolo a los elementos pertenecientes a ese tipo total, pero no a la existencia de la ley en blanco y de la norma complementadora, el anterior punto es un poco abstracto por lo que me permito en citar un ejemplo: la caza mayor fuera de los períodos de caza constituye una infracción penal; los períodos de caza y veda se establece en el reglamento sobre períodos de caza, por lo que un sujeto al realizar un acto de caza fuera de los períodos de caza estará incurriendo en una falta que será sancionada por la ley penal, y eso quiere decir, que la ley penal en algunos casos es blanca, es decir, que a veces no se completa mediante otra norma posterior, empero, hay que distinguir según lo que debe castigarse en caso de infracción de la norma penal en blanco.

4.3 Consecuencias de su acreditación o no acreditación.

Una seria consecuencia de la no acreditación de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo es la atipicidad de la conducta, de ahí la importancia que tiene acreditar fehacientemente, cuando al tipo así lo requiere, dichos elementos materia de nuestro estudio, para comprender mejor el tema, recurrimos ahora a los tratadistas españoles que están tan informados de las recientes teorías jurídico penales.

Al respecto los maestros Quintero Olivares, Gonzalo, Morales Prats, Fermín y Prats Canut, J. Miguél, en su obra "Manual de Derecho Penal", mencionan que "los elementos subjetivos del injusto van referidos a fines y propósitos, cuya concurrencia confiere al hecho su dimensión de injusto penal, mientras que el dolo va referido, en sus componentes cognoscitivas y volitivas, a todo aquello que compone la parte objetiva del tipo (elementos de acción, elementos valorativos y normativos, resultado, dominio en la provocación del resultado, circunstancias del sujeto pasivo o víctima, etc.)

Respecto de los elementos subjetivos del injusto. Solamente advertir dos cosas:

a) La ausencia de un elemento subjetivo del injusto, cuando el tipo lo ha incluido como elemento, determina la atipicidad de la conducta. (el subrayado es nuestro)

b) La afirmación de que se da un elemento subjetivo del injusto presupone que el comportamiento es doloso. Se puede obrar dolosamente sin perseguir la intención especial a que se refiere el elemento subjetivo del injusto; pero carece de relevancia esa intención si no va acompañada de un actuar doloso.

Los elementos subjetivos del injusto pueden estar presentes en la ley de modo expreso o implícito, en el primer caso, en los propios tipos de delito se incluye una referencia a la finalidad que impulsa al sujeto (ánimo de lucro,

propósito de perjudicar, etc.), mientras que en el segundo grupo de supuestos la orientación de la conducta del autor a una determinada finalidad se desprende de la interpretación ya sea sistemática, ya sea axiológica de la correspondiente figura legal, pero no hay una "expresión concreta" de la ley que así lo indique, por lo cual en ocasiones la doctrina se puede plantear dudas acerca del significado o el alcance de ese elemento.

Tal ese el caso del ánimo lúbrico en la agresión sexual, del ánimo de alterar un elemento de valor probatorio en la falsedad o en el falso testimonio, del ánimo de lucro en la estafa o en la apropiación indebida, y de otros muchos tipos, **de su existencia e importancia, establecida por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de mucho tiempo, no se duda, sobre todo porque resultan imprescindibles para poder establecer una diferencia entre actos ofensivos para bienes jurídicos y actos indiferentes para el derecho.**⁴⁸

No es importante únicamente el problema de la acreditación o no de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, también es conveniente que hagamos una breve reflexión respecto de su aplicabilidad en otros momentos del delito o si se entiende mejor, en otros aspectos del evento antisocial.

Al respecto el Doctrinario Hans Jescheck nos ilustra de la siguiente manera: "el tratamiento de los elementos subjetivos del tipo:

1. Los elementos subjetivos del tipo son, como el dolo, componentes del tipo del injusto de la correspondiente clase de delito. Por eso deben concurrir también para imponer una medida de corrección o seguridad a quien carece de capacidad de culpabilidad, ya que en otro caso faltaría la acción conminada con pena.

2. En caso de coautoría, los elementos subjetivos previstos en el tipo han de darse respecto a todos los intervinientes, ya que la imputación recíproca entre los coautores sólo tiene lugar en cuanto a los elementos

⁴⁸ Quintero Olivares, Gonzalo, Morales Prats, Fermin y Prats Canut, J. Miguel, Manual de Derecho Penal, parte general, Editorial Aranzadi, S.A., España, 1999, pp. 350 y 351

objetivos del tipo. No obstante, en la inducción y en la complicidad basta con que el elemento subjetivo del tipo concorra en el autor y el partícipe lo sepa.

3. En la tentativa deben concurrir todos los elementos subjetivos de la correspondiente figura del delito, porque en aquella sólo falta la consumación del tipo objetivo.⁴⁹

De la lectura y análisis de los autores antes citados, podemos concretar que es indispensable que se acrediten los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo para establecer la tipicidad de la conducta, si no se acreditan, la conducta será atípica y si es erróneamente integrado el delito, la conducta, aún cuando fuera típica, si no se acreditan, además, los elementos subjetivos distintos del dolo, será impune.

De esto vemos la importancia que tiene, en primer lugar, comprender el concepto y alcance de estos elementos y en segundo lugar integrar probándolos, dichos elementos, tanto para el Ministerio Público como para el Juez, así como para que el defensor acredite su no integración para lograr una defensa exitosa.

4.4 El error de tipo en relación con los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

Un tema de mayor relevancia es sin duda el error de tipo, por lo que, el Doctrinario MIR PUIG en su obra "Derecho Penal", menciona al respecto que "el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno de todos los elementos del tipo de injusto. Tal es la esencia del error de tipo, que se distingue del error de prohibición en que éste último no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino sólo del hecho de estar prohibida su realización.

⁴⁹ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, cuarta edición, Editorial Comares, Granada, España, 1993, p. 288.

Ejemplo: Quien dispara sobre un cazador tomándolo equivocadamente por una pieza incurre en error de tipo, pues desconoce un elemento esencial del tipo de homicidio que requiere que se mate a otro hombre. Quien creyendo erróneamente que la ley lo permite, da muerte ha un delincuente que huye, actúa en error de prohibición, pues conoce los elementos del tipo (que mata a otro), pero entiende que su realización no está prohibida.

Por ello, en la concepción tradicional del dolo como *dolus malus*, el error de prohibición excluía también el dolo, ya que éste requería no sólo conocer y querer la situación típica, sino que también su realización es antijurídica, por lo que es prohibida por la ley, así, algunos autores lo consideraban como teoría del dolo, en cambio, referido al dolo solamente a los elementos del supuesto del hecho (dolo natural), el error sobre el estar prohibido del mismo no excluye el dolo, sino que, según la doctrina dominante, sólo disminuye o excluye la culpabilidad, y los doctrinarios la consideran la teoría de la culpabilidad.⁵⁰

Se discute la naturaleza del error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

Por afectar como el error de tipo al supuesto de hecho prohibido por la norma, y no a ésta, no puede admitirse la opinión del finalismo ortodoxo que lo considera constitutivo de error de prohibición, sino que ha de atribuírsele la misma significación que al error de tipo, cuyo tratamiento ha de compartir. Por lo que del error de tipo deben distinguirse, también los supuestos de **desconocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, de alguna causa personal de exclusión de la pena o de la posibilidad de imputación personal**, como las condiciones objetivas de punibilidad no precisan ser

⁵⁰ Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal, Pp. 253

abarcadas por el dolo, el error acerca de las mismas es irrelevante y carece de efectos jurídico-penales, por lo que, lo mismo sucede respecto del error relativo a una causa personal de exclusión de la pena, así, de mayor complejidad en cierra el tratamiento jurídico-penal del error sobre la posibilidad de imputación personal (el llamado error sobre la culpabilidad).

La terminología error de tipo ha sustituido en la doctrina actual la anteriormente empleada de error de hecho, del mismo modo que la expresión error de prohibición ha desplazado ala anterior error de derecho.

La razón es que el tipo puede contener tantos elementos de hecho como derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hecho o de derecho.

Sabemos que se presenta el error de tipo cuando se tiene una falsa creencia referida a alguno o algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal.

Tenemos que el error de tipo puede tener la característica de ser vencible o invencible, que podemos considerar también que son sus especies y que cuando se presenta alguno de estos tiene consecuencias distintas.

En el caso de error de tipo vencible o evitable se puede imputar el delito en forma culposa, cuando dicho ilícito penal puede revestir tal configuración; en el caso de un error de tipo invencible o inevitable, la conducta del sujeto queda impune.

Un concepto genérico del error de tipo es el que nos ofrece el profesor alemán Hans Jescheck, al explicar:

"a) La teoría del error de tipo conecta directamente con la teoría del dolo, porque el error de tipo no es otra cosa que la negación del cuadro de representación requerido para el dolo: el autor desconoce los elementos a los que ha de extenderse el dolo según el correspondiente tipo, hay error de tipo

cuando alguien en la comisión del hecho desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, con estas circunstancias se alude en primer lugar a todos los elementos objetivos del tipo legal, de manera similar ha de aplicarse el precepto a todas las restantes circunstancias a las que debe referirse el dolo, en cuanto a su contenido, el error de tipo puede consistir tanto en una representación falsa como en la falta de una representación, pues error es, en términos generales, la discrepancia entre conciencia y realidad.⁵¹

De lo anterior vemos que si el sujeto activo desconoce o tiene una falsa apreciación de los elementos del tipo, existe error de tipo, por tal motivo consideramos que si se desconocen los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, también existirá error de tipo, lo que constituye el aspecto negativo de dichos elementos.

El error de tipo y sus variantes, alguna relacionada con los elementos que son materia de nuestro estudio:

Error de tipo.

El dolo tiene dos elementos: conocimiento intelectual y volitivo o voluntad, habrá conocimiento siempre y cuando no haya obrado con error o ignorancia respecto de alguno de los elementos del tipo objetivo, como indica Gómez Benítez.

El error sobre el tipo es un error sobre los elementos integrantes de la infracción penal o tipo objetivo.

El autor debe conocer los elementos integrantes del tipo de injusto, cualquier desconocimiento por error sobre la existencia de algunos de esos elementos excluye el dolo; si el error fuera vencible, deja subsistente el tipo del injusto de un delito culposo.

⁵¹ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, cuarta edición, Editorial Comares, Granada, España, 1993. pp. 275 y 276

V. gr: En un hospital dependiente del Estado, es declarada muerta una mujer de 30 años, la cual es trasladada a las planchas del anfiteatro del mencionado hospital, en ese lugar trabaja Juan "N", quien al ver el cadáver se excita, y decide introducir su pene en la vagina del cadáver (necrofilia), al realizar esta acción, a medio acto, la mujer despierta, recuperando todas sus funciones orgánicas, solicitando el auxilio de las autoridades, Juan "N" es detenido.

En este ejemplo, primero hay que analizar si existe acción u omisión. Resulta claro que Juan realizó una acción consistente en introducir el pene, no hay causa que excluya la acción; el problema es determinar en qué hipótesis legal encuadra la acción, algunos consideran que hay violación equiparada cuando la víctima no puede resistir la conducta.

Por nuestra parte pensamos que se está en presencia de un Error de Tipo, ya que Juan tenía como finalidad introducir su pene en un cadáver, teniendo falsa apreciación de la realidad, por los certificados médicos que acreditaban la muerte de esta mujer, además, en el supuesto de que fuera vencible, el tipo penal de violación no reviste la forma cuiposa, por lo tanto no se le puede aplicar pena.

DIVERSOS ERRORES DE TIPO- TRATAMIENTO JURÍDICO POSITIVO.

Debe distinguirse entre **error sobre elementos esenciales y elementos accidentales** del tipo.

A. ERROR SOBRE ELEMENTOS ESENCIALES.

En este caso, puede suceder dos cosas, que el error sea *vencible* o que sea *invencible*, por lo que el **primero**, es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse error imprudente, es decir, excluirá el dolo pero no la imprudencia

por lo que procederá, de ser punible ésta en el delito de que se trate, la estimación de la modalidad de imprudencia correspondiente, por lo que en la actualidad la imprudencia no es punible en la mayoría de los delitos, así, el error vencible determinará generalmente la impunidad; y el **segundo**, por el contrario, el que no hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida (error no imprudente), es decir, éste excluirá tanto el dolo como la imprudencia, por lo que en principio dará lugar a la impunidad, pues en el Derecho Positivo general sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos, de modo que la pura causación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta *atípica*.

B. ERROR SOBRE ELEMENTOS ACCIDENTALES.

B.1. ERROR SOBRE ELEMENTOS QUE ELEVAN LA PENA

El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación, las circunstancias agravantes son sólo las expresadas bajo esta designación.

Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o su cooperación para el delito, por lo que las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurren.

Por lo que este precepto se refiere al problema de la comunicabilidad de circunstancias entre codefinientes (si concurren varios sujetos en un delito), por lo que tales circunstancias sólo se aplicarán a sujetos que intervengan en un delito, pero no niega que para que concurren en ellos deban conocerlas, e incluye la esencia de las dos circunstancias agravantes más claramente

personales, es decir, la reincidencia y el parentesco, pero requería el conocimiento de sus presupuestos.

B.2. ERROR SOBRE ELEMENTOS QUE DISMINUYEN LA PENA.

En este punto hay un desconocimiento de circunstancias atenuantes en sentido estricto, distinta es la situación respecto a las atenuantes que no afectan al injusto, sino a la imputación personal, por lo que el error sobre las mismas no constituye error de tipo, sino que sigue las reglas del error sobre la imputación personal.

Ejemplo: el que deja en libertad al quien tenía encerrado dentro de los tres días de su detención, pensando erróneamente que este plazo ya había transcurrido, desconoce un elemento que disminuye la pena, pero ello supone inevitablemente la suposición de otro que, en comparación con la situación real, la eleva.

Negar la aplicación del tipo atenuado supondría, pues, elevar la penalidad por la suposición errónea del tipo descrito, por lo que no es lícito.

C. MODALIDADES PARTICULARES DEL ERROR.

a) ERROR SOBRE EL OBJETO.- Por lo que el supuesto más importante lo constituye el *error in persona*, se confunde a la víctima tomándola por otra persona y deben distinguirse dos supuestos:

- el error versa sobre **persona que goza de protección penal especial**, (por ejemplo el Rey), el hecho equivocadamente realizado puede merecer una calificación distinta a la que hubiese correspondido al hecho que se quería ejecutar, regresando al ejemplo, creyendo que se mata al Rey, pero en realidad se mata a un ciudadano que no goza de protección penal especial o viceversa, por lo que el error será relevante y tendrá consecuencias jurídicas.

En el ejemplo propuesto no excluirá el dolo respecto del homicidio producido, por que se quería matar al rey y ello implica que se quería matar a un hombre, pero en error *in persona* obligará a castigar, además de por homicidio doloso, por tentativa inidónea de un delito contra la Corona.

En el caso contrario del que queriendo matar a un particular mata al Rey, el error impedirá apreciar un regicidio doloso, por lo que constituirá solamente un homicidio doloso, por que se quería matar a un hombre y el Rey también lo es.

- El error versa sobre una **persona protegida de la misma forma** por la ley penal que la que se creía atacar, por ejemplo: creyendo disparar sobre Julián lo hago sobre Pepe, o confundo a una hija del Rey con la otra, por lo que el error será irrelevante, por que para el tipo de homicidio es suficiente que se mate voluntariamente a otro, y no es preciso conocer la concreta identidad de la víctima.

Así, quien mata a Julián creyendo matar a Pepe, ha querido matar a otro, igual que si hubiera acertado en la identificación, por lo que con o sin error deberá apreciarse, pues, el mismo tipo de homicidio.

b) ERROR SOBRE EL PROCESO CAUSAL. En este caso se quería causar el resultado pero por otro conducto, y pueden suceder dos cosas:

- que la desviación del proceso causal **excluya la posibilidad de imputación objetiva** del resultado por ruptura de la necesaria relación de riesgo del mismo con la conducta.

- Que la desviación **no excluya la imputación objetiva** del resultado causado, por lo que el error será irrelevante si el riesgo concretamente realizado no constituye una clase de riesgo distinta a la abarcada con dolo directo o eventual.

- O desviación del golpe (*aberratio ictus*), este se diferencia del error *in objecto* en que no supone la confusión del objeto por otro, sino sólo que se yerra la dirección del ataque.

Por ello, la solución depende del concepto de bien jurídico que se maneje.

Si por bien jurídico se entiende un valor abstracto como la vida o la salud como valores abstractos, será coherente la solución de estimar irrelevante el error y admitir un delito doloso consumado: por que se quería lesionar ese valor y se ha conseguido, aunque sobre un objeto material distinto, pero si, parece más correcto, se entiende por bien jurídico un *objeto empírico* dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre características no típicas como identidad de la víctima a la que se dirige el ataque, a sabiendas de que la única reúne las condiciones típicas, así la confusión de Julián con Pepe en error *in persona* irrelevante, pero sí el error sobre la dirección del ataque al objeto empírico: será relevante que no se alcance el objeto empírico atacado, por que en tal caso la agresión dolosa no se habrá dirigido a este bien jurídico.

Desde esta concepción del bien jurídico lo coherente es, la solución de apreciar tentativa respecto del ataque al objeto no alcanzado en eventual concurso con delito, imprudente, si concurre imprudencia y ésta es punible, respecto al objeto lesionado, esta solución tiene la ventaja de facilitar una diferenciación más precisa de los distintos supuestos imaginables.

Así, es posible que la lesión efectivamente producida no fuera previsible atendidas las circunstancias concretas del caso, lo que se resolvería fácilmente como tentativa sin más con arreglo a aquella solución, por lo que la opinión contraria tendría que negar la imputación objetiva para conseguir la misma calificación

Sin embargo, observamos que, el error sobre los elementos del tipo excluye el dolo y puede afectar distintos elementos típicos:

1. Error sobre el objeto de la acción (error in objeto vel in persona):

La doctrina en general considera irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción, el sujeto yerra sobre la característica o identidad del objeto de la acción. v. gr.: A le dispara a un perro, pero falla en el blanco, lesionando con el disparo a B, quien pasaba por el lugar.

2. Error sobre la relación de causalidad:

Son irrelevantes las desviaciones inesenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor.

Si el resultado se produce descontando del autor, sólo podrá imputarse el hecho como una tentativa.

3. Error en el golpe:

Se presenta sólo en los delitos contra la vida y la integridad física, piénsese el siguiente caso: A quiere matar a B a golpes con un bastón; luego de propinarle un número considerable de golpes en el cuerpo y en la cabeza, cree haberle producido la muerte. Para ocultar el cadáver lo arroja a un pozo con agua, al descubrirse el hecho, los médicos comprueban que B murió ahogado y que, por lo tanto, no estaba muerto como creyó A, cuando éste lo arrojó al pozo.

En consecuencia, cuando el autor quiso matar no logró el resultado; cuando creyó que no mataba; produjo el resultado muerte, las opiniones se dividen, una considera tentativa de homicidio; la segunda, homicidio culposo, para un grupo se trata de un único hecho en el que debe admitirse un dolo general de matar que se concretó en la obtención del resultado.

Por lo que, según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la atipicidad o no conformidad a los elementos del tipo.

Para señalar las atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

- Ausencia del elemento subjetivo del injusto

CONSECUENCIAS QUE SE PRODUCEN CUANDO EXISTE ATIPICIDAD:

A este respecto, es posible señalar en tres hipótesis los efectos de la misma.

- a) No integración del tipo
- b) Existencia de otro delito
- c) Existencia de un delito imposible"

Consideramos, después de analizar las exposiciones de los tratadistas, que en el caso de existir error invencible respecto de algún elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, se alcanzaría la impunidad de la conducta del agente.

Por lo que se concluye que el error de tipo es el aspecto negativo de los elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Cuestiones trascendentales son las que nos ocupan en el presente tema de estudio, es por eso que la historia del Derecho Penal a través de los grandes Doctrinarios ha sido de gran importancia, ya que la mayoría de ellos opina al respecto del dolo cuestiones que otros tantos no las consideran tan importantes como los primeros, sin embargo, consideramos necesario mencionar lo que pensamos respecto del mismo, es por eso que opinamos que el dolo es aquel que se entiende como una finalidad tipificada, que implica el conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo penal y la voluntad, por lo que esta da una dirección final orientada a la realización del tipo; es decir, significa conocer y querer la realización típica, que exige como condiciones: el conocimiento de las circunstancias del hecho, la previsión del resultado y la previsión del curso de la acción (conexión causal). Así, el dolo constituye el núcleo del injusto personal de la acción en los hechos dolosos, siendo el elemento subjetivo general del tipo que determina el curso, dirección y meta de la acción.

SEGUNDA.- Congruentes con lo antes expuesto, señalaremos un concepto de lo que consideramos como elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, y éste es un particular motivo, intención, tendencia o propósito requerido, expresa o implícitamente al agente durante la realización de la conducta típica, así al dolo se suman con frecuencia especiales elementos subjetivos del tipo, que son también componentes del injusto personal de la acción, en tanto caracterizan más detalladamente la voluntad de acción del autor, estos elementos ofrecen, al igual que el dolo la estructura de la finalidad y se refieren, como éste, al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a la forma y manera de su lesión, por lo que, los elementos subjetivos del tipo sirven para constituir el injusto de una determinada clase de delito, pero se emplean también, con menor frecuencia, para constituir figuras cualificadas o privilegiadas a partir de un delito base.

TERCERA.- Ahora, nos ocuparemos de la diferencia que existe entre el dolo y los elementos subjetivos del tipo, por lo que es difícil dar una distinción de estos; sin embargo, consideramos que el **dolo** es *el elemento subjetivo personal que fundamenta y configura la acción como acontecer final*, por lo que en algunos tipos existen elementos subjetivos especiales que refieren el contenido ético-social o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción guiada por su actitud anímica de un modo específico, que viene a caracterizar una especial circunstancia psíquica, en cambio, **los elementos subjetivos del tipo confirman la finalidad específica perseguida por la acción típica en que se encuentra la intención** (tendencia interna trascendente), *los momentos especiales de ánimo, propósito* (tendencia especial de acción), *o deseo, que confieren sentido a la realización dolosa del tipo y fundamentan o fortalecen el juicio de desvalor social respecto del hecho*; además de encontrarse generalmente descritos en forma expresa en los tipos penales, cuando se trata de especiales ánimos, propósitos o intenciones.

CUARTA.- Se encuentra mencionado en el presente trabajo un capítulo especial denominado Evolución Doctrinal respecto del tema que nos ocupa, es por eso, que de las teorías analizadas consideramos de mayor relevancia en la actualidad la teoría finalista, por lo que en ésta quedaron explicados los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, donde se precisa al estudiar el dolo en el tipo, como tipo subjetivo, y quedaron encuadrados estas tendencias, ánimos e inclinaciones especiales requeridos por algunos tipos penales. Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tiñen el contenido ético-social específico de la acción, la expresión “elementos subjetivos del injusto” no es incorrecta, pues estos elementos, como elementos subjetivos del tipo penal que son, resultan tan bien elementos del injusto cuando, en realidad, hay un injusto.

QUINTA.- Por lo que respecta al fundamento constitucional es de gran importancia destacar que nuestra Carta Magna menciona dentro de ella a los

artículos 16 y 19 de la ya mencionada, sin embargo, han tenido ambos artículos infinidad de reformas, pero la discusión cobra mayor fuerza a partir de las reformas de 1994, cuando a nivel de la Constitución y de los correspondientes códigos procesales, se ordena la ubicación del dolo a nivel de tipo, todo ello vuelve a ser materia de reformas a la Constitución en 1999, de lo anterior es recomendable una somera referencia a la evolución legislativa del dolo en los ordenamientos jurídicos de México, para establecer las diferentes líneas de política criminal que ha adoptado el legislador mexicano a lo largo de nuestra historia, es por eso, que Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha considerado de gran importancia los ya citados artículos para mejor proveer el Derecho y así hacer una justa aplicación de las leyes penales y sobre todo una buena aplicación de las mismas en la Procuración de Justicia.

SEXTA.- Respecto al tema de estudio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación menciona al respecto una tesis Jurisprudencial que nos ayuda a concluir el presente trabajo, ya que es de gran importancia el punto de vista de esta suprema autoridad que menciona al respecto que se desprende que los elementos subjetivos específicos distintos al dolo forman parte del cuerpo del delito, en primer término, por encontrarse contenidos en la descripción típica (cuando así se observe de la misma), al igual que los elementos objetivos y normativos; en segundo lugar, en virtud de que los aspectos que integran la probable responsabilidad versan exclusivamente sobre la participación dolosa o culposa del indiciado en el injusto, la existencia de las causas de licitud y las excluyentes de culpabilidad, en este orden de ideas, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, esas ultra-intenciones como se les conoce en la dogmática penal, deben analizarse por los tribunales como elementos del cuerpo del delito; *sin embargo, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los elementos subjetivos específicos distintos al dolo no requieren acreditarse a plenitud, toda vez que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de dichos elementos, deben analizarse por el juzgador con posterioridad al dictado de tales determinaciones.*

SÉPTIMA.- Dentro del presente trabajo se encuentra un punto referente a las Importancia de la Evolución Doctrinal sobre los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y Teorías relacionadas , es por eso que, consideramos necesario abarcarlas en el presente tema de estudio, y mencionaremos unas como: de acción causal; que nos da como resultado la teoría de la voluntad; otra por ejemplo es la teoría normativa de la culpabilidad y la introducción de los elementos subjetivos del tipo que construye un nuevo esquema del delito que lo concibe como una individualización del acto prohibido; teorías individualizadoras las cuales destacan como "causa"; teorías generalizadoras, entre otras; sin embargo, la Teoría Moderna que interviene en los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo es sin duda la Teoría Finalista ya que esta cuenta con una acción final el cual puede tener un sentido múltiple, por lo que hay acciones finales en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de relación, es decir, hay una obtención concreta del fin; puede ser un medio para un fin ulterior o puede ser un efecto concomitante producido por la voluntad de realización, así, el tipo subjetivo y la reubicación sistemática del dolo y la culpa, de acuerdo con el sistema finalista, el tipo subjetivo del injusto comprende a su vez: el dolo (como elemento de dominio final sobre el acto) y la culpa.

OCTAVA.- Sin duda uno de los puntos de mayor trascendencia a lo largo de nuestra historia y de nuestro tema de estudio son aquellas dificultades para acreditar los elementos subjetivos del tipo, por ello, observamos que en la actualidad se encuentran en la práctica infinidad de dificultades para poder acreditar los elementos subjetivos del tipo, por lo que, si como elementos del cuerpo del delito dichos elementos subjetivos se incluyera en el proceso penal a la manera de los finalistas en el tipo, el dolo, la culpa y aún la antijuridicidad, se llegaría a la aberración procesal de que la consignación o el auto de formal prisión equivalieran a una sentencia definitiva y el cuerpo del delito, al delito, pues, comprobados todos estos elementos, por el Ministerio Público durante la averiguación previa o por el Juez durante la preinstrucción, prácticamente se convertirá al órgano jurisdiccional casi como observador en el resto del proceso, al cual sólo correspondería fijar el *quantum* de la pena en base del reproche y a la peligrosidad del autor del cuerpo del delito, de tal manera que

es preocupante en la actualidad que dichos elementos subjetivos del tipo sufran gran dificultad para su acreditación.

NOVENA.- Una seria consecuencia de la no acreditación de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo es la atipicidad de la conducta, de ahí la importancia que tiene acreditar fehacientemente, cuando al tipo así lo requiere, dichos elementos materia de nuestro estudio, los elementos subjetivos del tipo son, como el dolo, componentes del tipo del injusto de la correspondiente clase de delito, por eso, deben concurrir también para imponer una medida de corrección o seguridad a quien carece de capacidad de culpabilidad, ya que en otro caso faltaría la acción conminada con pena, por ejemplo: es el caso del ánimo lúbrico en la agresión sexual, del ánimo de alterar un elemento de valor probatorio en la falsedad o en el falso testimonio, del ánimo de lucro en el fraude o en la apropiación indebida, y de otros muchos tipos.

DÉCIMA.- Observamos en los años de enseñanza de nuestra carrera de derecho que se presenta el error de tipo cuando se tiene una falsa creencia referida a alguno o algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal, así, tenemos que el error de tipo puede tener la característica de ser vencible o invencible, que podemos considerar también que son sus especies y que cuando se presenta alguno de estos tiene consecuencias distintas, la teoría del error de tipo conecta directamente con la teoría del dolo, porque el error de tipo no es otra cosa que la negación del cuadro de representación requerido para el dolo: el autor desconoce los elementos a los que ha de extenderse el dolo según el correspondiente tipo, hay error de tipo cuando alguien ""en la comisión del hecho desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal"", con estas ""circunstancias"" se alude en primer lugar a todos los elementos objetivos del tipo legal, de manera similar ha de aplicarse el precepto a todas las restantes circunstancias a las que debe referirse el dolo, por lo que **el error** es, en términos generales, *la discrepancia entre conciencia y realidad*, de lo anterior vemos que si el sujeto activo desconoce o tiene una falsa apreciación de los elementos del tipo, existe error de tipo, por tal motivo consideramos que si se desconocen los elementos subjetivos del tipo distintos

del dolo, también existirá error de tipo, lo que constituye el aspecto negativo de dichos elementos.

PROPUESTA.

Después de realizar el presente trabajo de investigación surge una propuesta que pensamos que permitirá una mejor procuración y administración de la justicia penal.

Una vez lo anterior, es conveniente mencionar que "los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo" es un tema sin duda difícil de comprender en la actualidad.

Por lo que, la presente propuesta se refiere a dejar sin efecto la reforma de 1999 a la Constitución Política Mexicana referente a los artículos 16 y 19 del mismo ordenamiento y retomar la iniciativa de 1993-94, y así, nos evitaríamos complicaciones tanto para el defensor del inculcado como para el Ministerio Público y el mismo Juez.

El artículo 19 constitucional menciona al respecto del auto de formal prisión, que se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado; es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva, por lo que, pretendemos que en la presente propuesta se tome en cuenta un requisito primordial para poder emitir un auto de formal prisión, y es, sin duda, "la demostración de los elementos del tipo penal", cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate.

De lo anterior se desprende que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debería exigir mayores requisitos como la ya mencionada para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculcado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que

resulta preferente la aplicación a nuestra Carta Magna de ese requisito primordial antes mencionado.

Empero, a partir de la reforma de 1999 a la Constitución la situación es distinta, pues el legislador ha puesto de manifiesto en la exposición de motivos su repudio al finalismo y ha retornado al concepto de cuerpo del delito, término que, según el legislador, ha sido ampliamente estudiado en México, e incluso manifiesta que antes de las reformas de 1993-94 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció Jurisprudencia conforme a la cual por cuerpo del delito se entendía el conjunto de elementos objetivos externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Por lo que respecta al artículo 16 Constitucional tomando las mismas iniciativas antes mencionadas, considero que actualmente el citado artículo referente a la reforma es un tanto cerrada y compleja, por lo que respecta al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, lo anterior nos plantea la duda de cómo debemos realizar el análisis sistemático de un delito dentro de los conceptos procesales, preguntas como: ¿qué se debe entender actualmente como cuerpo del delito en México?, ¿dónde se ubica al dolo?, y ¿qué elementos conforman la responsabilidad penal?, por ello es menester acudir a la dogmática-jurídico-penal, sin embargo, si no acudiéramos ésta, los términos procesales, cuerpo del delito y probable responsabilidad, carecerían de sentido, ello en virtud de que su contenido se encuentra precisamente en la teoría del delito y ésta, obedece a una sistemática cuya estructura sirve para determinar si una conducta es o no delictiva.

Sin embargo, antes de la reforma de 1999, el citado artículo era más amplio ya que comprendía a los elementos que integran el tipo penal, por lo que consideramos que sin dicha dogmática cómo podríamos determinar si la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado es producto de la comisión de un delito o no, y cómo determinar qué conductas son penalmente relevantes, y todavía más, si no siguiéramos alguno de los sistemas cómo sabríamos dónde y cómo analizar cada elemento del delito, por lo consiguiente, en desacuerdo con los postulados actuales de la Constitución la base del

procedimiento penal descansa en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, con respecto al dolo considero que surgen muchas interrogantes como son: ¿el dolo ha pasado a formar parte de la responsabilidad penal?, si esto es así, ¿como explicar y sustentar dicho cambio?, ¿se debe acreditar el dolo al ejercitar acción penal?, o, ¿será el dolo materia de prueba sólo durante el proceso penal?, o con una interpretación extrema, ¿el dolo ya no es materia procesal en México?.

Por lo que nos inclinamos totalmente por la doctrina finalista, que gracias a ésta el legislador 1993-94 se guió en los postulados sistemáticos de la doctrina final de acción y los elevó a nivel de ley, llevándolos incluso hasta la Constitución.

Así, el legislador en 1993-94 reformó la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales y el respectivo para el Distrito Federal, suprimiendo el concepto de cuerpo del delito y refiriéndose en su lugar a los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, por lo que aclaró también el legislador a nivel del Código adjetivo qué se debía acreditar en cada uno de estos apartados y disponiendo que el dolo debía acreditarse como uno de los elementos del tipo penal,

En efecto, con la reforma de 1993-94 se podía esperar una mayor certeza jurídica, pues tanto el Ministerio Público, el Juez y el Abogado defensor sabían en donde debían ubicar, entre otros elementos, al dolo y a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, y en consecuencia, dónde hacer las argumentaciones tanto dogmáticas como probatorias referentes a éstos.

Por ello, el Ministerio Público sabía en dónde debía ubicar en el Pliego de Consignación al dolo y los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y lo mismo en sus conclusiones acusatorias dentro del proceso penal; y para el Juez, también significaba la guía para poder determinar tanto el Auto de Formal Prisión como en la Sentencia, en dónde había que hacer referencia a las

pruebas y argumentaciones referentes al dolo y a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo en que había sustentado su resolución, por lo que el Abogado defensor sabía en donde buscar todo lo referente al dolo y a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, y de la misma forma preparar sus contra argumentaciones y la defensa respectiva del procesado.

Las autoridades del Gobierno Federal, de los Gobiernos Estatales y del Distrito Federal, los legisladores y los miembros del Poder Judicial, deben asumir la tarea que les corresponde. La seguridad pública es una deuda del Estado con los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- BACIGALUPO, ENRIQUE, Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989.
- 2.- BACIGALUPO, ENRIQUE, Manual de Derecho Penal, segunda reimpresión de la primera edición, Colombia, Editorial Temis, S.A.1994.
- 3.- BARRITA LÓPEZ, FERNANDO, Delitos, Sistemáticas y Reformas Penales segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.
- 4.- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. Y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, Lecciones de Derecho Penal, volumen II, Editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 1999.
- 5.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL Y CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Decimanovena Edición. Editorial Porrúa. México 1997.
- 6.- CÓRDOBA RODA, Juan. Una Nueva Concepción del Delito (la Doctrina Finalista). Barcelona, España. Ediciones Ariel.1963. 99 Págs.
- 7.- DAZA GÓMEZ, CARLOS, Teoría General del Delito, primera reimpresión de la segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000.
- 8.- DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, Dolo, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- 9.- FRANCO GUZMÁN, Ricardo. Delito e injusto. México D.F. Sin editorial, 1950. 203 Págs.
- 10.- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, Delincuencia Organizada, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

- 11.- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida, cuarta edición, Editorial Trillas, México, 1998.
- 12.- ISLAS, OLGA Y RAMÍREZ, ELPIDIO, Lógica del Tipo en el Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana, primera edición, México, 1970.
- 13.- JAKOBS, GUNTHER, Derecho Penal, segunda edición, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.
- 14.- JESCHECK, HANS-HEINRICH, Tratado de Derecho Penal, Parte General, cuarta edición, Editorial Comares, Granada, España, 1993.
- 15.- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, Derecho Penal Mexicano, sexta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- 16.- LUNA CASTRO, JOSÉ NIEVES, El Concepto de Tipo Penal en México, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.
- 17.- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, MORALES PRATS, FERMÍN Y PRATS CANUT, J. MIGUEL, Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Aranzadi, S.A., España, 1999.
- 18.- MALO CAMACHO, GUSTAVO, Derecho Penal Mexicano, tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- 19.- MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL, Derecho Penal. Parte General, Editorial Trillas, S.A., primera reimpresión de la cuarta edición, México, 2001.
- 20.- MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL, El Tipo Penal, primera reimpresión de la primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.
- 21.- MEDINA PEÑALOZA, SERGIO J., Teoría del Delito, primera edición, Editor Ángel, México, 2001

- 22.- MEZGER, EDMUND, Derecho Penal, segunda edición mexicana, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1990.
- 23.- MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal. Parte General, quinta Edición. Barcelona, 1998.
- 24.- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. La Política Penal Legislativa en México. Editorial Porrúa. México. 1998. Pág. 199-200.
- 25.- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Teoría General del Delito, reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1999.
- 26.- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000
- 27.- PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Diccionario de Derecho Penal, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.
- 28.- PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, segunda reimpresión de la primera edición, México, 1998.
- 29.- PORTE PETITI CANDAUDAP, CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, decimaséptima edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1998.
- 30.- REYNOSO DÁVILA, ROBERTO, Teoría General del Delito, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.
- 31.- ROXIN, CLAUS, Teoría del Tipo Penal, ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- 32.- SOSA ORTIZ, ALEJANDRO, Los Elementos del Tipo Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

33.- WELZEL, HANS, Derecho Penal Alemán, décimo primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997.

34.- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal, cuarta reimpresión, Cárdenas, Editor, Distribuidor, México, 1998.

35.- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Teoría del Delito, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 1973.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Ediciones Fiscales ISEF, S.A.
México, 2004

Código Penal Federal
Ediciones Fiscales ISEF, S.A.
México, 2004

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal
Ediciones Fiscales ISEF, S.A.
México, 2004

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada
Ediciones Fiscales ISEF, S.A.
México, 2004

MEDIOS INFORMATIVOS

CD-ROM JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, IUS 2003: 1917-2003
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. MÉXICO, DF. PODER
JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. MARZO DE 2003.

CD-ROM COMPILACIÓN DE LEYES. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN. MÉXICO, DF. PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.
ENERO DE 2001.

<http://www.juridicas.unam.mx>