

00781

33

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO ^{2^o}
FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE POSGRADO

"LA PROBLEMÁTICA EN LA ACREDITACIÓN DE LOS
ELEMENTOS DEL TIPO PENAL"

ALEJANDRO SOSA ORTIZ

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO.

39284

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1998



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.

PARA MI ESPOSA ALINA

PARA MIS HIJAS ALI Y ADRI.

MI GRATITUD AL MAESTRO
RICARDO FRANCO GUZMAN POR
SU ORIENTACION PARA ESTE TRABAJO.

Título de la tesis:

"La Problemática en la acreditación de los elementos del del tipo penal"

Grado y nombre del tutor o director de tesis:

Doctor en Derecho Ricardo Franco Guzmán

Institución de adscripción del tutor o director de tesis:

División de Posgrado de la Facultad de Derecho

Resumen de la tesis: (Favor de escribir el resumen de su tesis a máquina, como máximo en 25 renglones a un espacio, sin salir de la extensión de este cuadro.)

La investigación versa en torno a la reforma de enero de 1994 operada en el Código federal y distrital de procedimientos penales, en específico por cuanto hace a los artículos 168 y 122 respectivamente, mediante la cual se sustituye la noción "comprobar el cuerpo del delito" por la de "acreditar los elementos del tipo penal", y se asignan nuevos contenidos al diverso concepto de "responsabilidad penal". La tesis pretende responder al cómo se habrá de realizar y motivar la referida nueva acreditación, y si tal reforma se traduce o no en un avance de una aplicación más segura y científica del Derecho Penal. En el primer capítulo se describe el panorama que prevalecía antes de la reforma en estudio. En el segundo, se analiza la modificación de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales, como el antecedente inmediato de tal reforma, y en el tercero se reseña el proceso legislativo que dio lugar a esta última, resumiendo los motivos aducidos para ella. En el capítulo IV se estudian todos y cada uno de los elementos del tipo que reseña el multicitado artículo 168, se precisan sus contenidos, la interacción existente entre ellos, y los problemas que se presentan en la práctica para su acreditación y la debida motivación de ésta. En el capítulo V se critica la tesis jurisprudencial 1ª /J.6/97, relativa a la acreditación de las circunstancias agravantes o atenuantes en la preinstrucción y se propone una manera diferente de abordar dicho tópico. Para finalizar, en el capítulo VI se precisan cuales son los nuevos contenidos asignados a la nueva noción de "responsabilidad", y se concluye que se complementan con los diversos ya atribuidos a los elementos típicos, para conformar la concepción tripartita del delito, (compuesta de tipicidad, antijuricidad e inculpabilidad), así como que la reforma de mérito resuelve los problemas que se observaban en aplicación del anterior artículo 168.

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE, EN CASO DE CUALQUIER DISCREPANCIA, QUEDARÁ SUSPENDIDO EL TRÁMITE DEL EXAMEN

Fecha de solicitud: 14/Septiembre/1998.

Firma del alumno

Acompaño los siguientes documentos:

- ✓ • Nombramiento del Jurado del examen de grado
- ✓ • Aprobación del trabajo escrito por cada miembro del jurado
- ✓ • Copia de la última revisión de estudios
- ✓ • Comprobante de pago de derechos por registro del grado

Biblioteca del Plantel

Biblioteca Central

Entrega ejemplares de tesis

TRADUCCION AL INGLES DEL RESUMEN DE LA TESIS INTITULADA "LA PROBLEMÁTICA EN LA ACREDITACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL" ELABORADA POR EL LICENCIADO ALEJANDRO SOSA ORTIZ.

The research treats of the reform in January 1994 which was put in operation in the federal and district Code of the criminal procedures, in reference to the 168 and 122 articles, respectively, it substitutes, "to support the corpus delicti " notion by "to prove the penal type elements" idea, and there are new contents assigned to the varied concept of "criminal responsibility". The thesis tries to answer how it will have to make and to motivate the new accreditation, and if such reform can mean or not an advance for an application more sure and scientific of the Criminal Law. In the first chapter, it describes the panorama before the reform under consideration. In the second chapter, it analyzes the modification in 1993 to the 16 and 19 constitutional articles, as the antecedent close to the reform, and in the third chapter it gives a description of the legislative process that gave it place, summarizing the motives adduce for it. In the fourth chapter it studies every and each one the elements of the type given in the 168 article, it specifies its contents, the interaction between them, and the problems to its accreditation and its due motivation that there are in the practice. In the fifth chapter it criticizes the jurisprudential thesis 1ª /J.6/97, relative to the accreditation of the aggravating and extenuating circumstances in the preinstruction and it proposes a different way to approach that topic. Finally, in the sixth chapter it specifies the new assigned contents to the new notion of "responsibility", and it concludes that they are complementary with the several attributed contents to the typical elements, to conform the tripartite conception of crime (compound by typicity, unlawful, and guilty) as well as the reform of merit resolves the observed problems in the previous application of the 168 article.

ÍNDICE

"LA PROBLEMÁTICA EN LA ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL"

Introducción.....7

Capítulo I.

Panorama anterior a la reforma del artículo 168
del Código federal de Procedimientos Penales..... 11

Capítulo II.

La modificación de los artículos 16 y 19 de la
Constitución federal.....57

a) Proceso legislativo.....57

b) Resumen de la reforma66

Capítulo III.

Génesis del artículo 168 vigente87

a) Iniciativa del Ejecutivo de la Unión87

b) Dictamen de las Comisiones Unidas de
Gobernación y Puntos Constitucionales y de
Justicia de la Cámara de Diputados94

c) Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores.....	100
d) Resumen de los motivos invocados para la reforma durante el proceso legislativo	101

Capítulo IV.

La acreditación de los elementos del tipo penal según el artículo 168 vigente	105
1. La acción u omisión	107
1.1 La acción u omisión en los delitos tentados.....	118
1.2 La acción u omisión del autor mediano y de los sujetos activos secundarios	120
1.3 La acreditación de la conducta típica conlleva la identidad de los sujetos activos con los inculpados	125
2. La lesión del bien jurídico protegido o en su caso la puesta en peligro a que ha sido expuesto	134
3. La forma de intervención de los sujetos activos.....	145
3.1 Alcance de esta expresión	145

3.2 Reflexiones en torno a considerar "La intervención de los sujetos activos secundarios como un elemento del tipo básico ampliado"	147
3.3 La problemática en la acreditación de las distintas conductas intervinientes en el delito	150
3.3.1 Autoría material y coautoría.....	155
3.3.2 Coautoría correspectiva.....	167
3.3.3 Autoría mediata	170
3.3.4 Consideraciones generales de las conductas accesorias	174
3.3.5 Los que acuerden su realización.....	191
3.3.6 Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo	195
3.3.7 Los que preparen su realización.....	204
3.3.8 Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su consumación	208

3.3.9 Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.....	218
4. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión	220
4.1 La realización dolosa de la acción u omisión	223
4.1.1 El acreditamiento de la realización dolosa de la acción u omisión.....	235
4.2 La realización culposa de la acción u omisión.....	256
4.2.1 El acreditamiento de la realización culposa de la acción u omisión.....	267
5. La calidad del sujeto activo	272
6. La calidad del sujeto pasivo	278
7. El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión.....	280
7.1 El resultado y su acreditación	280
7.2 La relación de atribubilidad entre "el resultado material" y la acción u omisión	289

8. El objeto material	295
9. Los medios utilizados	297
10. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión	301
10.1 Las circunstancias de lugar	301
10.2 Las circunstancias de tiempo	303
10.3 Las circunstancias de modo	304
10.4 Las circunstancias de ocasión	305
11. Elementos normativos	306
12. Los elementos subjetivos específicos	311
12.1 Su evolución	311
12.2 Su conceptualización a partir de nuestra legislación	318
12.3 Su acreditación	324
13. Las demás circunstancias que la ley	326

Capítulo V.

La acreditación de las circunstancias agravantes o atenuantes en la preinstrucción	333
---	-----

Capítulo VI.

Contenido de la responsabilidad	341
---------------------------------------	-----

Conclusiones	353
---------------------------	------------

Bibliografía	369
---------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Se ha afirmado que la reforma de enero de 1994, operada en los Códigos federal y distrital de procedimientos penales ha sido la más importante desde que dichos ordenamientos iniciaron su vigencia. Aspecto destacado de esta reforma lo es la modificación respectivamente de los artículos 168 y 122 (y demás relativos), que sustituye la noción "comprobar el cuerpo del delito" por la de "acreditar los elementos del tipo penal"; delimita éstos últimos de manera expresa y asigna nuevos contenidos al diverso concepto de "responsabilidad".

Lo anterior nos plantea dos interrogantes estrechamente relacionadas entre sí: ¿Cómo se habrá de realizar y motivar por parte del Ministerio Público y del juzgador la referida nueva "acreditación de los elementos del tipo penal"? y ¿Tal reforma se traduce en la práctica en un avance de una aplicación más segura, certera y científica de nuestro Derecho Penal?.

En la búsqueda de la respuesta a estas preguntas, iniciamos este trabajo precisando cuál era antes de la citada reforma, el panorama que prevalecía en la aplicación cotidiana de los preceptos mencionados, en seguida investigamos los antecedentes constitucionales de tal modificación y las particulares razones que expuso el legislador para llevarla a cabo.

Continuamos con la problemática, en particular, de la acreditación de cada uno de estos elementos del tipo penal que se inicia fijando sus contenidos, prosigue con su identificación dentro del texto del tipo penal y el tema probatorio propiamente dicho, dentro del cual se examina cuándo se presume su existencia y, cuándo al contradecir el indiciado tal presunción le corresponde probar su versión. También nos ocupamos de la interacción entre algunos elementos del tipo, y del lugar en el que se debe realizar la motivación de su acreditación dentro de las resoluciones ministeriales y jurisdiccionales.

Todo ello sin dejar, conforme a nuestro propósito, de evidenciar la relación de estos temas con los particulares problemas que se suscitaban en la aplicación de las normas antes de su reforma, examinando si éstos se resuelven y, en su caso, que nuevos problemas generan los preceptos vigentes.

Cabe mencionar que sí bien los aspectos antes mencionados son tratados (algunos con menor profundidad que otros) por la doctrina y la jurisprudencia, se carece de un estudio que los sistematice y les dé coherencia, tal y como nos propusimos hacerlo en esta investigación.

Posteriormente, tocamos el tema relativo a la necesaria acreditación de las llamadas circunstancias agravantes o atenuantes del delito en el auto de término constitucional como una consecuencia, según la jurisprudencia imperante, de la reforma en comento y discurrimos en torno a sí este criterio es el más acertado para los fines de la justicia penal.

Para terminar se analizan, en forma breve y a manera de complemento del tema total de este trabajo, los nuevos contenidos asignados a la diversa noción de "acreditación de la responsabilidad" que, como se sabe, junto con la de "acreditación de los elementos del tipo" son ahora a las cuales tiene que atender el órgano jurisdiccional para dictar las distintas resoluciones dentro de la fase de preinstrucción (en la que la exigencia de la responsabilidad es tan sólo en grado probable) y para declarar en sentencia definitiva si una persona ha delinquido e imponerle la pena respectiva.

CAPÍTULO I. PANORAMA ANTERIOR A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Los antecedentes inmediatos del tema motivo de esta investigación, lo constituyen:

a) La situación prevaleciente antes de la última reforma del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en el Diario Oficial de la Federación en adelante (D.O.F.) el 10 de enero de 1994, y

b) La modificación a los artículos 16 y 19 de la Constitución federal, según decreto publicado en el referido Diario el 3 de septiembre de 1993.

El primer antecedente lo abordaremos en el presente capítulo y para ello queremos inicialmente destacar que nos referimos al Código Federal, en virtud de que es a partir de la reforma al artículo 168 de este ordenamiento, que la mayoría de las legislaturas locales modificaron en el mismo sentido sus respectivos códigos procesales penales los preceptos sobre la materia que nos ocupa, con motivo de la mencionada reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución federal.

En este orden de ideas, también se ha de precisar que antes de estas reformas, los códigos locales procesales contenían, en su mayoría, casi idénticas disposiciones a las del Código Federal sobre el cuerpo del delito, y es por ello que las consideraciones que a continuación realizaremos, a pesar de la

destacada referencia a este último, resultan válidas para la mayoría de los citados ordenamientos estatales.

Asentado lo anterior, debemos recordar que el artículo 168 antes de su última reforma establecía:

"El Ministerio Público con la intervención legal de sus auxiliares, la policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción penal y del proceso penal federal.

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

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

En la aplicación cotidiana de esta norma advertimos lo siguiente:

1) Se discutía si dentro de "los elementos que integran la descripción de la conducta", debía o no de considerarse al dolo y a la culpa, o si éstos deberían analizarse en el capítulo de la responsabilidad.

2) El tema de la eventual autoría mediata, y la participación (*stricto sensu*) en el delito, comprendiendo en ésta a todos los sujetos que sin realizar por sí la acción típica (autor o coautores materiales) concurrían en la comisión del ilícito: Autor intelectual, instigador y cómplice; era materia que debía analizarse en el capítulo de la responsabilidad.

3) Las circunstancias agravantes o atenuantes del delito no eran consideradas dentro del concepto del cuerpo del delito, sino datos para determinar el grado de responsabilidad.

4) Existían las denominadas reglas especiales para la acreditación del cuerpo del delito de determinados ilícitos.

5) La identidad del autor o autores y/o, en su caso, partícipes con el o los inculpados era abordada sólo en el capítulo de responsabilidad.

Pasamos a continuación a desarrollar cada uno de los citados temas:

1. El artículo 168 que estamos analizando se reformó desde el año de 1983 (D.O.F. 27/XII/83), para suprimir de su contenido la limitación de que los elementos que constituyen el hecho delictuoso a través de los cuales se tendría por comprobado el cuerpo del delito, serían sólo los "materiales", asentándose en la Exposición de Motivos correspondiente: *"El cuerpo del delito consiste, en los términos de una atendible interpretación, en la suma de elementos abarcados en la descripción típica contenida en el Código Penal o en las leyes penales especiales como queda precisado en la propuesta de reforma del artículo 168."*

Tal reforma no dejó en claro si dentro del nuevo contenido asignado al cuerpo del delito, deberían quedar incluidos como elementos subjetivos el dolo y la culpa. Así Luis de la Barrera Solórzano al ocuparse de la reforma al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (D.O.F. del 4/1/84), cuyo contenido fue idéntico (por lo que se refiere al cuerpo del delito) a la del artículo 168 que se comenta expresa:

"Es plausible la reforma al artículo 122. Este precepto disponía que 'el cuerpo del delito que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción'. Ahora dice: 'El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código'. El criterio de que el cuerpo del delito es lo externo o material del delito —defendido por González Bustamante y Julio Acero— es absolutamente ineficaz para resolver los casos que se presentan en la práctica. ¿Cómo identificar, con ese criterio, un parricidio, un aborto honoris causa, un robo, un rapto, un incesto, un estupro? ¿Cómo distinguir un delito de lesiones de un delito de homicidio en grado de tentativa? Los elementos subjetivos y los elementos normativos son también necesarios para integrar el cuerpo del delito. El cuerpo del delito dependerá del contenido de cada tipo, y de éste no puede excluirse, como elemento

*subjetivo de primera importancia, la voluntad dolosa o culposa, sin la cual no hay conducta típica."*¹

Lo anterior parece indicar que con motivo de esta reforma siempre habrían de analizarse en el cuerpo del delito, según sea el caso, el dolo o la culpa de la conducta.

Por su parte Marco Antonio Díaz de León, en resumen sostiene que con la citada reforma se ampliaba el concepto del cuerpo del delito para agregarse a su contenido solamente aquellos elementos normativos y subjetivos (dolo específico) que expresamente contuviesen los tipos penales, pero, sin comprender indiscriminadamente al dolo o a la culpa. Así se desprende del contenido de los siguientes párrafos:

*"Desde luego, el nuevo texto reformado de este artículo 168, a comento, si bien, por un lado se aparta del concepto antiguo de cuerpo de delito, configurado únicamente por los elementos materiales del tipo referidos a los objetos, los instrumentos, huellas o rastro dejados por el delito, como v. gr., la pistola o el cadáver, también lo es, por el otro, que (por ser inapropiado en algunos aspectos a nuestra legislación y jurisprudencia sobre este concepto), **no se incluye ciento por ciento la concepción finalista de la acción en el sentido de comprenderse indiscriminadamente dentro del cuerpo del delito, el dolo y la culpa y aún la antijuridicidad. El delito, con sus cita-***

¹ De la Barreda Solórzano, Luis, **Reformas al Código de Procedimientos Penales, La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de justicia**, Procuraduría General de la República, p. 810.

dos elementos ya probados en el proceso y atribuidos a su autor, sólo puede determinarse en la sentencia definitiva; antes de ésta, durante la averiguación previa o cualquier procedimiento de la instancia criminal, propiamente no puede hablarse de la existencia del delito —totalidad de sus elementos— y, menos aún, de que alguien sea delincuente responsable del mismo.

Si como elementos del cuerpo del delito se incluyera, a la manera de los finalistas en el tipo, el dolo, la culpa y aún al antijuricidad, 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 convertiría al órgano jurisdiccional casi como observador en el resto del proceso, al cual sólo correspondería fijar el quantum de la pena en base al reproche y a la peligrosidad del autor del cuerpo del delito. Esto es, constitucional y procesalmente hablando, el cuerpo del delito únicamente es prueba de la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina 'la ley penal', significando ello, primero, al hablar de 'conducta', que el proceso tiene por objeto acciones humanas —acción en sentido estricto u omisión de una acción determinada— contemplantes de un hecho típico y de un mínimo de elementos establecientes de su relevancia

jurídico-penal; en este sentido, pues, cuerpo del delito es de alguna manera también descripción de la conducta prohibida por un determinado y específico tipo penal (aspecto subjetivo), que desde luego no todos los tipos lo contienen. En segundo lugar, en esta definición se hace referencia, además del aspecto subjetivo, a los elementos integrantes del hecho delictuoso" (aspecto objetivo), representados, normalmente, por la consecuencia resultante como producto de la acción."

"Es decir, el cuerpo del delito se compone con los elementos del tipo y con el hecho típico, sin incluir la antijuridicidad. Se entiende por tipo, comúnmente, la descripción de la conducta prohibida por una norma. Por hecho típico entendemos el resultado concreto de la realización de un hecho prohibido como presupuesto de la aplicación de una pena; este concepto se refiere, pues, al hecho típico y no a quién o cómo lo produce; alude objetivamente al resultado delictivo y no a la acción final del autor dirigida a la realización del tipo o a la que sin dirigirse igualmente se integra éste como consecuencia de la falta de cuidado concreto. Ya en el proceso penal, para establecerse el cuerpo del delito se requiere que dicha descripción deberá adecuarse al hecho concreto a fin de poder establecerse que es típico. **De esta manera, la teoría procesal del cuerpo del delito, que aquí presentamos abarca la descripción del tipo y el hecho típico; pero no comprende al autor o partícipe de éste o a su conducta, pues esto último propia-**

mente es problema de la tipicidad, de la acción dolosa y culposa realizada como comportamiento relevante para el derecho penal, de la acción prohibida por la norma y sancionada con pena al resumirse en el tipo penal, y en suma, de la probable responsabilidad, primero (auto de formal prisión) y, después, de la plena responsabilidad del inculpado (sentencia definitiva). Esto sin embargo, no implica negar la posible existencia de algunos elementos subjetivos en el cuerpo del delito expresamente determinados así en ciertos tipos como elementos esenciales de algunos delitos como, v. gr., señalados en los artículos 336 bis ("al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia..." etc.), o 350 ("...La difamación consiste: en comunicar dolosamente..." etc), del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal."²

Cabe agregar que los códigos procesales penales de Zacatecas, Sonora, Tlaxcala y Veracruz, a pesar de la reforma del Código Federal de que se habla (27/XII/83) siguieron considerando únicamente los elementos materiales del hecho o conducta delictuosa en el cuerpo del delito. Los dos primeros fueron reformados hasta el año de 1994 (6/VIII y 2/IX), y permanecen a la fecha sin reforma los dos últimos, siendo sus textos respectivamente los siguientes:

² Díaz De León, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales comentado*, Editorial Porrúa, 3ª Edición, 1991, pp. 156 a 159.

"Artículo 62. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso. Estos elementos materiales se probarán con cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley."

"Artículo 164. El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar, ante todo, que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal."

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial."

Asimismo es de destacarse, que esta limitada concepción se consagró jurisprudencialmente por la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante dos ejecutorias pertenecientes a la Quinta Epoca y otras tres correspondientes a la Sexta mediante la siguiente tesis:

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

Quinta Epoca: Suplemento de 1956, Pág. 178. A. D. 173/53. Héctor González Castillo. Unanimidad de 4

votos. Tomo CXXX, Pág. 485, A-D- 6337/45. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XIV, Pág. 86 A. D. 110/57. Víctor Manuel Gómez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XVII, Pág. 77. A.D. 2677/58. Juan Villagrana Hernández. 5 votos. Vol. XLIV, Pág. 54. A.D. 6698/60. José Zamora Mendoza. 5 votos.

Esta tesis se publicó de nuevo, erróneamente, con el número 81, en la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985 y con el número 569 en el Apéndice 1917-1988, puesto que, como ya se apuntó, desde el año de 1984 estaba ya en vigor tanto en el ámbito federal como en la mayoría de las legislaciones locales (incluida la del Distrito Federal) la reforma comentada que suprimía la limitación de que únicamente los elementos materiales u objetivos del hecho delictuoso eran los que se habrían de referir en la comprobación del cuerpo del delito y, por ello, la referida jurisprudencia ya no tenía vigencia en la mayoría de las legislaciones procesales del país. Fue hasta el actual apéndice (1917-1995), que la tesis en cuestión es reproducida, con la indicación de ser "histórica-obsoleta."

Las anteriores circunstancias contribuyeron a seguir manteniendo un criterio eminentemente externo-materialista del cuerpo del delito.

2) El tema de la eventual autoría mediata y participación (*stricto sensu*) en el delito, comprendiendo en éste a todos aquellos sujetos que sin realizar por sí la acción típica (autor o coautores materiales) concurren a la comi-

sión del ilícito: Autor intelectual, instigador y cómplice (independientemente de otras denominaciones que pudiesen tener en la doctrina) era materia a analizarse en el capítulo de responsabilidad.

Con motivo de la reforma al artículo 168 del Código adjetivo penal federal, publicada en el D. O. F. de 19 de noviembre de 1986, le fue adicionado el siguiente tercer párrafo:

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

La respectiva exposición de motivos argumenta:

"Se sabe que los conceptos de cuerpo del delito y presunta responsabilidad poseen trascendencia determinante en el enjuiciamiento penal mexicano. Empero, no siempre hay precisión acerca del alcance de estos conceptos, cuyo perfil se ha venido definiendo por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Existe consenso, prácticamente, en que la presunta responsabilidad se pondera a la luz de la norma penal sustantiva que determina las hipótesis de participación en el delito. Por ello, se sugiere adicionar, precisamente en estos términos, el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales."

Por su parte el texto del artículo 13 del Código Penal federal anterior a su última reforma (D.O.F 10/1/94) preceptuaba:

"ART. 13. Son responsables del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.

VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilios a otro para su comisión.

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

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado."

Sobre el tema Sergio García Ramírez escribió:

"El último párrafo del artículo 168 Cf., que se refiere a la comprobación de la presunta responsabilidad del inculcado, manifiesta lo que es aquélla, en cuanto resuelve que se tendrá por comprobada cuando se deduzca, de los medios probatorios existentes, la participación del sujeto en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado (se entiende: cuerpo del delito demostrado). Para precisar el alcance de esa afirmación, debemos remitirnos a los artículos 13 y 14 Cp., que integran el Capítulo III del Título Primero del

*Libro Primero, denominado 'Personas responsables de los delitos'. En estos preceptos hallaremos las diversas formas de participación del sujeto en la conducta o en los hechos delictuosos, participación que dará lugar, vista desde el ángulo procesal, a la probable, presunta o presuntiva responsabilidad que se acredita en la averiguación previa, figura como elemento de fondo para el ejercicio de la acción y el auto de formal prisión o sujeción a proceso, se precisa o rechaza en las conclusiones que formulan las partes, y se desacredita o consolida, a título de responsabilidad cierta, en la sentencia judicial."*³

Así por ejemplo, en un auto de formal prisión o sentencia condenatoria por delito de homicidio, en el que además del autor material figuraran dos personas como partícipes: una como instigador, inductor o intelectual, y otra como auxiliar o cómplice, en el apartado del cuerpo del delito simplemente se apuntaba como aparecía demostrado aquél en virtud de que después de haber valorado los medios de prueba de la indagatoria se desprendía "que una persona del sexo masculino había privado de la vida a otra,..." estableciendo, en todo caso, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que este evento aconteció: "...mediante cinco disparos de arma de fuego realizados con un revólver marca Colt, calibre 38 especial, número de serie 13234, dos de los cuales provocaron en la víctima lesiones mortales, aconteciendo lo anterior el 10 de septiembre de 1993, aproximadamente a las 22.00 horas, en el Poblado de

³ García Ramírez, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, 5ª Edición 1989, p. 482.

San Buenaventura, Municipio de Toluca, cuando el pasivo José Ramírez Sánchez descendía de su vehículo enfrente de su domicilio sito en la calle de Mariposa número 36."

Y hasta el capítulo de responsabilidad se daba noticia y reseñaba lo concerniente a las conductas de los dos partícipes, adecuándolas, respectivamente, a las fracciones V y VI del artículo 13 del Código Penal federal.

Si a los dos textos anteriores (art.168, párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales y 13 del Código Penal Federal) se agrega el criterio dominante, materialista e impersonal del cuerpo del delito imperante, que afirmaba que esta noción tiende a fijar la fase externa del hecho delictivo por sí en el mundo de relación, se dio el hecho que causó la lesión jurídica; en tanto que ésta (la responsabilidad) determina la participación de un sujeto en dicho efecto;⁴ resulta comprensible que todo lo concerniente a la eventual participación de autores intelectuales, inmediatos, instigadores o cómplices fuese tratado en el capítulo de responsabilidad, toda vez que en el apartado del cuerpo del delito no tenía cabida, pues en éste sólo se describía la conducta prevista en la parte especial del Código que por técnica legislativa está únicamente referida al autor o autores (concurso necesario) materiales, sin identificar incluso a éste o a éstos con el o los inculpados, excluyendo por ende todo tratamiento referido a las distintas formas de participación (*stricto sensu*) que prevé el artículo 13 del Código Penal federal.

⁴ **Amparo directo 6992/1957**, Crecencio Abundis Gómez, resuelto el 20 de marzo de 1958, por mayoría de 4 votos, contra el del señor ministro Chávez S. Primera Sala, Boletín 1958, p. 203.

Con el fin de patentizar que el criterio expuesto era una práctica constante, reproducimos a continuación la parte relativa de un formato correspondiente a una sentencia condenatoria de primera instancia:

"CONSIDERANDO:

I.- Que el cuerpo del delito cuyo tipo describe el artículo _____ del Código Penal, se comprobó en el caso a estudio en la forma prevista por la regla general que se contiene en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, toda vez que:a).- Los elementos materiales del tipo, y que en el caso son: _____ y _____, se comprobaron específicamente con los siguientes elementos de prueba:.....c).- Los elementos valorativos del tipo, y que en el son: _____ y _____, se comprobaron en la especie con los siguientes elementos de convicción:....."Los elementos de prueba examinados tienen valor probatorio que les confieren los artículos 246, 250, 253, 254, 255, 256, 260 y 286 del Código de Procedimientos Penales, y de ellos se llega al conocimiento de _____ que _____ en _____ el caso: _____ (aquí describir el tipo como se contiene en la norma, sin precisar quién es el autor). _____

II.- Que la responsabilidad penal de _____ en la comisión del delito de _____ previsto en el artículo _____ en la forma de participación de _____ descrita en la fracción _____ del artículo 13, en relación con

*la fracción _____ del artículo 8o., del Código Penal para el Distrito Federal, y en los que fundó su pedimento el Ministerio Público, se comprobó en los términos en los términos del artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, toda vez que del enlace natural y lógico de los elementos de prueba que constan en el proceso, se llega de la verdad conocida a la que se busca, y se obtienen suficientes indicios hasta integrar la prueba plena requerida."*⁵

3) Las circunstancias agravantes o atenuantes del delito no eran consideradas dentro del concepto del cuerpo del delito.

A raíz de la reforma a la fracción I del artículo 20 de la Constitución federal publicada en el D. O. F. el 14 de enero de 1985, mediante la cual se estableció que en el otorgamiento de la libertad caucional se deberían tomar en consideración las "modalidades del delito" a fin de determinar el término medio aritmético de la pena, se recrudeció la discusión en torno a si estas circunstancias (agravantes o atenuantes), debían o no ser analizadas en el auto de formal prisión, a grado tal que dos distintos tribunales colegiados sostuvieron tesis jurisprudenciales contradictorias, pues uno consideraba que sí debían ser estudiadas en dicha resolución, y el otro opinaba lo contrario.

Dicha contradicción fue resuelta por la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la Jurisprudencia 4/89, publicada en la Gaceta del Semanario

⁵ García Ramírez, Sergio y Adato De Ibarra, Victoria, **Prontuario del Proceso Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, 7ª Edición, p. 654.

Judicial de la Federación número 16-18, abril-junio de 1989, pág. 59, y es del tenor siguiente:

"AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL. Atento lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos correspondiente y de la sentencia respectiva. No es obstáculo a la conclusión anterior, lo preceptuado por el artículo 20, fracción I, de la Constitución federal en el sentido de que al resolverse sobre la procedencia de la libertad provisional, deben tomarse en cuenta las calificativas o modificativas que para el delito materia del ejercicio de la acción penal se invoquen por el Ministerio Público, ya que esta última disposición no se refiere en concreto al auto de formal prisión, sino a la hipótesis en que el acusado solicite y se le conceda la libertad bajo caución; además de que al reformarse el último de los dispositivos

legales citados, en los términos aludidos, no sufrió enmienda el artículo 19 de la Constitución General de la República."

Contradicción de tesis 5/88. Entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito. 3 de mayo de 1989. Mayoría de cuatro votos, contra el voto de la Ministra Victoria Adato Green de Ibarra. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretario: Carlos Arellano Hobelsberger. Tesis de Jurisprudencia 4/89. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal en Sesión Privada celebrada el cinco de junio de 1989, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: Presidente Samuel Alba Leyva, Francisco Pavón Vasconcelos, Luis Fernández Doblado, Santiago Rodríguez Roldán y Victoria Adato Green de Ibarra. México, Distrito Federal, a doce de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Por su relevancia transcribimos a continuación el siguiente párrafo conclusivo contenido en el fallo que resolvió la referida contradicción:

"En términos del precepto recién transcrito (19 de la Constitución federal), se colige que en el auto de formal procesamiento únicamente se fija el tema del proceso, al encuadrar, el órgano jurisdiccional, los hechos que motivaron el ejercicio de la acción criminal dentro de la hipótesis normativa de una o varias disposiciones legales que tipifiquen algún delito y estimar, si hay bases para imputar la comisión del delito

*al acusado. Por lo que, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y probable responsabilidad del indiciado, sin abarcar el análisis de modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que esto último debe ser objeto de proceso criminal correspondiente, en cuyo fallo se define, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado."*⁶

Tocante a las expresiones "modalidades del delito", "circunstancias modificativas o calificativas del delito", empleadas por el constituyente permanente y los integrantes de la referida Primera

Sala, las consideramos desafortunadas, toda vez que, en realidad a lo que éstas se referían era a las denominadas por la doctrina, "circunstancias del delito" que traen consigo un agravamiento o atenuación de la punibilidad.

Como lo afirma Francesco Antolisei "Circunstancia del delito" es lo que rodea al delito, distinguiéndose de los elementos esenciales de éste, y por ende pueden existir o no, sin que el delito desaparezca de su forma normal, caracterizándose porque de ordinario determinan una mayor o menor gravedad del delito y consecuentemente un agravamiento o atenuación de la pena. Por tanto lo correcto es hablar de circunstancias agravantes y atenuantes.⁷

⁶ Tomo 2, de la **Compilación de jurisprudencias por contradicción de tesis**, Octava Epoca, del Semanario Judicial de la Federación, 1995.

⁷ Antolisei, Francesco, **Manual de Derecho Penal**, Parte General, 8ª Edición, Editorial Temis, 1988, pp. 404 a 406.

Ahora bien, de los anteriores textos y de la lectura total del citado fallo (consultable de las páginas 90 a 101 del tomo II de la Compilación de Jurisprudencias por Contradicción de Tesis de la Octava Epoca), se infiere que los señores ministros integrantes de la otrora Primera Sala, al conformar la jurisprudencia en comento, estimaron que las circunstancias de referencia no eran elementos integrantes del cuerpo del delito, sino en todo caso grados de la responsabilidad, respecto de los cuales sólo era dable pronunciarse en la sentencia definitiva, tal y como se desprende de la siguiente tesis que se invoca en la ejecutoria de mérito:

"AUTO DE FORMAL PRISION. ELEMENTOS.- En el auto de formal procesamiento únicamente se debe fijar el tema del proceso, al encuadrar el órgano jurisdiccional, los hechos delictivos en algunas de las figuras del catálogo de tipos que señala el Código y estimar si existen bases para reprochar la comisión del delito al imputado. De ningún modo está obligado el órgano jurisdiccional, en el auto de formal prisión, a precisar el grado de responsabilidad del imputado, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso penal, en el que se debe establecer en concreto si existió el hecho delictivo y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las conclusiones del Ministerio Público, en que se fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal; y, por tanto, en nada se agravia al reo por la determinación del resolutor de primera instancia al decretar la formal prisión simplemente por el delito de homicidio". Amparo directo 1175/86. Francisco Quepons Ugarte. 14 de Octubre de 1987. 5

votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra.- Secretario: Raúl Melgoza Figueroa.- Precedente: Sexta Epoca, Volumen CXXXIV, Pág. 11." ⁸

El criterio jurisprudencial reseñado por ser de carácter obligatorio, de conformidad con el artículo 192 de la Ley de Amparo era el que en la práctica prevalecía antes de la última reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

4) Existían las denominadas reglas especiales para la acreditación del cuerpo del delito de determinados ilícitos.

En este tema analizaremos los Códigos Procesales Penales Federal y para el Distrito Federal, toda vez que el resto de las legislaciones procesales en el país se ajustaban, en términos generales, a uno u otro ordenamiento, con excepción de aquellos que ya hemos citado y que conservaban (antes de la reforma) y conservan en la actualidad, todavía como regla genérica la acreditación tan sólo de los elementos materiales del hecho delictuoso.

Así, en el Código adjetivo federal para la comprobación del cuerpo del delito prescribía:

Primero: Una regla genérica consistente en acreditar la existencia de los elementos que integrasen la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determinara la ley penal:

Segundo: Reglas especiales para los siguientes delitos:

⁸ Tesis número 9 del Informe de 1987, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 8.

a) Lesiones (externas e internas). Arts. 169 y 170;

b) Homicidio: Arts. 171 y 172.

c) Aborto o infanticidio: Art. 173 en relación con el 170 y 171.

d) Robo de energía o fluido: Art. 176.

Mediante estas reglas especiales el legislador parecía exigir para los cuatro ilícitos primeramente citados, la práctica de las diligencias específicas a que aludían: inspecciones y dictámenes periciales, y para el último mencionado la constatación, sin decir por qué medio, de: a) La no existencia del contrato entre el indiciado y la empresa ofendida, y b) La conexión de las tuberías.

El artículo 169 del Código Federal Procesal establecía:

"Artículo 169. Cuando se trate de lesiones se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de éstas, hecha por el funcionario que hubiere practicado las diligencias de policía judicial o por el tribunal que conozca del caso, y con la descripción que de ellas hagan los peritos médicos."

No obstante se conformó la siguiente tesis jurisprudencial por la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice:

"LESIONES, CUERPO DEL DELITO DE. La fe de las lesiones inferidas al sujeto pasivo para la comproba-

ción del cuerpo del delito sólo es necesaria en ausencia de otros elementos de prueba que, por sí mismos, permitan llegar a la certeza de la existencia de las lesiones."

Dicha tesis indebidamente aparece publicada como vigente, con el número 200, en la página 113 del tomo II del último Apéndice de Jurisprudencia (1917-1995), cuenta habida de que la expresión "cuerpo del delito" ya no tiene vigencia.

Consultadas las ejecutorias con las que se integró la anterior tesis advertimos por una parte el criterio de que las reglas especiales, de alguna manera fueron confeccionadas "con el deliberado propósito de facilitar la tarea al aplicador del derecho", pero que ello no resulta óbice para aceptar cualesquiera medios indagatorios no reprobados por la ley para la acreditación del cuerpo del delito.

Así, en la ejecutoria del amparo directo 1164/58 se lee lo siguiente:

"... es cierto que el artículo 180 del Código de Procedimientos Penales de la Entidad señala como medios de justificación para el cuerpo del delito de lesiones, a la descripción médica e inspección de autoridad competente y de no ser posible ésta será suficiente con la primera que harán 'peritos médicos', pero de ahí no deriva la obligación ineludible de cumplimentarse esta regla especial adjetiva toda vez que el mismo legislador autoriza en el artículo 192 la libre receptación pa-

ra la evidencia del tema, con la sola limitación de que los medios empleados no sean contrarios a derecho."

Por otra parte, en la ejecutoria del diverso 7198/56 se argumentó lo siguiente:

"... es cierto que el legislador adjetivo local, siguiendo lineamientos del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, señala forma especial de comprobación del cuerpo del delito de lesiones, con el deliberado propósito de facilitar la tarea al aplicador del derecho, pero ello no es óbice para que, por cualesquiera medios indagatorios no reprobados por la ley logre el objetivo, toda vez que en el numeral 121 así lo establece."

Y tercero: Un sistema dual, que prescribía reglas especiales, siempre y cuando no fuere posible acreditar el cuerpo del delito conforme a la regla genérica, o viceversa.

En el primer caso encontramos los delitos de: Robo Arts. 174 y 175.

"Artículo 174. En los casos de robo, el cuerpo del delito podrá comprobarse, siempre que no haya sido posible hacerlo en los términos del artículo 168, cuando haya prueba de que el inculpado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no sea verosímil que haya podido adquirir legítimamente, si no justifica la procedencia de aquélla y si hay, además, quien le impute el robo."

"Artículo 175. Siempre que no fuere posible comprobar el cuerpo del delito de robo en la forma que determina el artículo anterior, se procurará desde luego investigar:

I.- Si el inculpado ha podido adquirir legítimamente la cosa robada;

II.- La preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa robada, y

III.- Si la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito y si es digna de fe y crédito.

Si la comprobación de todas estas circunstancias, así como de los antecedentes morales, sociales y pecuniarios, tanto de la víctima como del inculpado, resultan indicios suficientes, a juicio del tribunal, para tener por comprobada la existencia del robo, esto será bastante para considerar comprobado el cuerpo del delito.

Lo previsto en el párrafo anterior para los efectos del procedimiento judicial será aplicable, en su caso, a la averiguación previa."

Contra la salud, peculado, abuso de confianza y fraude.
Art. 177.

"Artículo 177. El cuerpo de los delitos contra la salud, peculado, abuso de confianza y fraude, si no hubiere sido posible comprobarlo en los términos del artículo 168, podrá tenerse por comprobado con la confesión del procesado, siempre y cuando esté administrada con elementos que a juicio del tribunal la hagan vero-

símil, pero para el de peculado es necesario, además, que se demuestren, por cualquier otro medio de prueba, los requisitos que acerca del sujeto activo prevenga la ley penal."

Contra la salud específicamente en su modalidad de posesión. Art. 178.

"Artículo 178. En el caso de posesión de una droga, substancia, semilla o planta enervante, siempre que no haya sido posible comprobar el cuerpo del delito en los términos del artículo 168, se tendrá por comprobado con la simple demostración del hecho material de que el inculpado las tenga o haya tenido en su poder, sin llenar los requisitos que señalan las leyes y demás disposiciones sanitarias, ya sea guardadas en cualquier lugar o trayéndolas consigo, aun cuando las abandone o las oculte o guarde en otro sitio."

Y en el último caso, es decir en el que se prescribe una regla especial y ante la imposibilidad de su observancia rige la regla genérica, encontramos el delito de: ataques a las vías de comunicación: Art. 179.

"Artículo 179. Cuando tratándose de delito de ataques a las vías de comunicación, no fuere posible practicar inspección, porque para evitar perjuicios al servicio público haya sido necesario repararlas inmediatamente, el cuerpo del delito se podrá comprobar con las demás pruebas practicables."

Por cuanto hace a la legislación procesal del Distrito Federal primeramente aparecían diversas disposiciones que, si bien no hacen mención expresa a la comprobación del cuerpo del delito, sí ordenaban el desahogo de ciertas pruebas: inspecciones oculares, dictámenes periciales, y testigos, para ciertos ilícitos: homicidio Arts. 105, 106, 107, 108, lesiones Arts. 109, 111, aborto o infanticidio Art. 112.

Más adelante, se consagra la regla genérica de que el cuerpo del delito se tendría por comprobado cuando se acreditase la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determinara la ley penal.

También establecía que, en su caso, se atendería a las reglas especiales previstas en el código. Estas reglas se refieren a los siguientes delitos: robo Art. 115, fraude, abuso de confianza y peculado Art. 116, robo de energía o fluido Art. 117, lesiones internas Art. 123.

"Artículo 115. En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito;

II.- Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia;

III.- Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito, y

IV.- Por la prueba de que la persona ofendida se halla en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada.

Estas pruebas serán preferidas en el orden numérico en que están colocadas, aceptándose las posteriores sólo a falta de las anteriores."

"Artículo 116. El cuerpo del delito en el fraude, abuso de confianza y peculado, se comprobará por el medio expresado en la fracción I del artículo anterior, observándose lo que dispone su párrafo final. Además para el delito de peculado es necesario que se demuestre, por cualquier medio de prueba, los requisitos que acerca del sujeto activo prevenga la ley penal."

"Artículo 117. Se dará por comprobado el cuerpo del delito de robo cuando, sin previo contrato con una empresa de energía eléctrica, de gas o de cualquier fluido, se encuentre conectada una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa respectiva, o cualquier tubería o línea particular conectada a las tuberías o líneas de dicha empresa."

"Artículo 123. En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente de delito, se tendrá por comprobado el cuerpo de éste con la inspección y descripción, hecha por las personas a

quienes se refiere el artículo 94, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen médico en que se expresarán los síntomas que tenga, si existen lesiones y si han sido producidas por causa externa; en caso de no existir manifestaciones exteriores, bastará con el dictamen médico."

Los preceptos anteriores fueron derogados con motivo de la reforma en comento.

Como se advierte, por cuanto hace a los delitos de robo, abuso de confianza, y peculado de manera preferente se exigía la "comprobación de los elementos materiales del delito", apartándose del artículo 122 del mismo código, que ya había sido reformado (D. O. F. de 4 de enero de 1984) para ampliar el concepto cuerpo del delito a todos los elementos del hecho delictivo y no sólo a los materiales.

Por cuanto hace al delito de robo, la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conformó en contradicción de tesis, la siguiente jurisprudencia:

"CUERPO DEL DELITO, EXISTE IDENTIDAD REFERENCIAL EN LAS HIPOTESIS DE LOS ARTICULOS 115 FRACCION I Y 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN LA COMPROBACION DEL. En esencia no existe contradicción en el contenido de las reglas que para la comprobación del cuerpo del delito previenen, respectivamente, los preceptos 122 y fracción I del

115, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pues ambas normas requieren coincidentemente el acreditamiento de "los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo. Octava Epoca: Contradicción de tesis 4/90. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal. 18 de noviembre de 1991. cinco votos."

Dicha tesis publicada en el último apéndice ya aparece como "histórica-obsolleta;" y en nuestra opinión era inexacta, pues la regla genérica contenida en el citado artículo 122 que exigía la acreditación de "los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo" precisamente se reformó para suprimir, como ya se apuntó, el adjetivo de "materiales" que contenía el sustantivo "elementos", con la finalidad de erradicar el criterio externo-materialista del concepto cuerpo del delito, y considerar también los elementos subjetivos de cada tipo, que en el ilícito que nos ocupa sería la intención de apoderamiento del activo, consecuentemente no podría existir identidad entre aquella regla genérica, y la especial prevista en la fracción I del artículo 115, que tan sólo requería de la "comprobación de los elementos materiales", es decir la primera, comprende a la segunda, pero ésta es de menor amplitud que aquélla.

Por otra parte, el contenido del artículo 116 al ordenar que se debería observar lo dispuesto en el párrafo final del artículo 115 que dice: "Estas pruebas (I a IV) serán preferidas en el orden numérico en que están colocadas, aceptándose las posteriores sólo a falta de las anteriores", resultaba contradictorio

con su redacción inicial que disponía: "El cuerpo del delito en el fraude, abuso de confianza y peculado, se comprobará por el medio expresado en la fracción I del artículo anterior", y que parecía indicar que sólo mediante "la comprobación de los elementos materiales del delito" (es decir la fracción I del artículo 115) se podría acreditar el cuerpo del delito en dichos ilícitos, y no con las otras pruebas que se señalaban en las restantes fracciones. Mismas que, difícilmente podrían relacionarse con estos delitos.

Finalmente estimamos que la disposición de que para la comprobación del cuerpo del delito se tenía: "La acción más amplia para emplear los medios conducentes según su criterio aunque no fueren de los que mencionaba la ley siempre que estos medios no fuesen contrarios a derecho", prevista en los artículos 180 y 124 respectivamente de los Códigos Procesal Penal Federal y para el Distrito Federal, parecía contradecir lo dispuesto por las reglas especiales, por lo que surgieron las dos siguientes tesis de la referida Sala del más alto Tribunal:

"CUERPO DEL DELITO, MEDIOS PARA COMPROBARLO. La autoridad judicial goza, en principio, del más amplio criterio para estimar los elementos conducentes a la comprobación de un hecho delictuoso, aun cuando no sean de los que define y detalla la ley, si no están reprobados por la misma de tal manera que, aun cuando alguno de los medios que la ley señala para comprobar el cuerpo del delito, no se hayan usado o se hayan usado deficientemente, si con los demás que la ley proporciona, se llega a la comprobación del hecho criminoso, ello es bastante para que

no se puedan tener por conculcadas las garantías individuales." Primera Sala, tesis 313, Apéndice 1954, pág. 606.

"CUERPO DEL DELITO. AMPLITUD DE LA PRUEBA. EL juez natural goza en principio de las más amplias facultades para la comprobación del cuerpo del delito, aun cuando se aparte de los medios específicamente señalados por la ley, con tal de que los empleados no pugnen con la propia ley, con la moral o con las buenas costumbres." Primera Sala, tesis 568, Apéndice 1988, Segunda Parte, pág. 977.

Del panorama reseñado salta a la vista que el sistema dual de regla genérica y reglas específicas, con sus particularidades ya apuntadas era confuso y complejo.

5) La identidad del autor o autores y/o, en su caso, partícipes (*stricto sensu*) con él o los inculpados es abordado también en el capítulo de responsabilidad.

El criterio de ubicar la identidad de que trata este último apartado, en el capítulo de responsabilidad, aparece consagrado tanto en la legislación, como en ejecutorias de la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito, e incluso respaldado por la doctrina.

Ya en la exposición de motivos de una anterior reforma al citado artículo 168 (D.O.F.27/XII/83) comentada líneas atrás se asentaba:

*"El cuerpo del delito consiste, en los términos de una atendida interpretación, en la suma de elementos abarcados en la descripción típica contenida en el Código Penal o en las leyes penales especiales, como queda precisado en la propuesta de reforma al artículo 168. A su vez, **la responsabilidad se surte cuando una persona ha intervenido en una conducta o en un hecho delictuoso bajo cualquiera de las formas de autoría o participación que la misma ley penal sustantiva contempla.**"⁹*

Una debida interpretación de este párrafo, nos lleva a considerar que la expresión "una persona", se refiere a un sujeto ya perfectamente identificado a quien se le atribuye la conducta típica: acusado, puesto que una interpretación letrística de lo transcrito resultaría inentendible, ya que es evidente que el "cuerpo del delito" como "suma de elementos abarcados en la descripción típica", presupone que la conducta delictuosa haya sido desplegada necesaria-mente por un ser humano.

Esta interpretación se plasmó ya abiertamente en el tercer párrafo del mencionado artículo 168 del Código de Procedimientos Penales:

"La presunta responsabilidad del inculpaado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado"; que le fuera adicionado mediante reforma publicada en el D. O. F. el 19/XI/86, y que ya comen-

⁹ Reformas Legales en Materia de Procuración, Impartición y Administración de Justicia 1984, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1984, p.299.

tamos en el apartado número 2, debiendo entender en este precepto la palabra "participación" en su sentido amplio, es decir como intervención del acusado, ya sea autor material, instigador o cómplice y no como conducta accesoria a la principal, pues de no ser así, no tendría cabida el autor material en el concepto de "presunta responsabilidad del inculcado."

Tocante a las ejecutorias de la judicatura federal apuntamos las siguientes:

*"La exigencia constitucional de comprobación del cuerpo del delito tiene como motivo prelegislativo la necesidad de que si alguien va a ser enjuiciado, se demuestre desde un principio que en el mundo de relación se dio el hecho independientemente de que le sea imputable en el sentido causal, material y psicológico, pues dicho problema corresponde a la llamada responsabilidad. El cuerpo del delito como base externa de la acción puede escindir-se de la noción de responsabilidad, y debe hacerse por motivos de orden técnico constitucional. **En el momento de comprobación de la materialidad del hecho delictivo no tiene por qué hacerse referencia al sujeto; es un concepto impersonal pero absolutamente concreto, pues comprende la conducta en el más objetivo de los sentidos en cuanto aparece descrita en la definición legal o tipo. La noción que se comenta es impersonal, ello es, no guarda relación alguna con el agente pues se refiere al hecho...**" (En contraposición) "...el problema de la responsabilidad es personal*

y diferente a la materialidad del hecho cuya existencia se afirma."¹⁰

*"CUERPO DEL DELITO EN EL HOMICIDIO, COMPROBACION DEL, A FALTA DE AUTOPSIA Y FE DEL CADAVER. La falta de fe del cadáver y del certificado de autopsia no entraña en sí misma la imposibilidad de comprobación de la materialidad del delito. La exigencia constitucional de comprobación del cuerpo del delito como base para todo proceso criminal, tiene por objeto la seguridad de que en el mundo de relación tuvo lugar la conducta descrita en la ley; el cuerpo del delito está constituido por el proceso material de ejecución del hecho descrito como delictivo y, en el caso de homicidio, su comprobación entraña que alguien fué privado de vida por otra persona, **independientemente** de referencias a sujeto determinado, pues ellas corresponden al proceso de culpabilidad."*¹¹

"ROBO, PARA COMPROBAR EL CUERPO DEL DELITO DE, NO ES NECESARIO QUE EL OFENDIDO INDIQUE AL AUTOR. El delito de robo se consuma cuando el ladrón se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella conforme a la ley, sin que

¹⁰ **Amparo Directo 6337/1945**, Jesús Castañeda Esquivel, resuelto el 15 de noviembre de 1956, por unanimidad de 4 votos, excusa del Sr. Ministro Chávez S. Ponente el Sr. Ministro Chico Goerne, Srío. Lic. Javier Alba Muñoz, Primera Sala, Boletín 1957, p. 16.

¹¹ **Amparo directo 2507/53**, Carlos Méndez Martínez y Coagdo., 17 de octubre de 1955, Unanimidad 4 votos, Ponente: Juan José González Bustamante, Tomo 126, p. 241, Quinta Epoca del Semanario Judicial de la Federación.

*sea necesario que el ofendido indique al autor del apoderamiento, porque es evidente que el cuerpo del delito puede acreditarse en plenitud aunque el ofendido y las autoridades ignoren quién es el responsable, cuestión absolutamente distinta de aquélla."*¹²

"IDENTIDAD DEL INculpADO. ES NECESARIA CUANDO LOS TESTIGOS DE CARGO PROPORCIONAN CARACTERISTICAS DIFERENTES DEL AUTOR DEL DELITO.- Si los testigos de cargo al señalar como autor del delito a determinada persona se refieren a ésta por su nombre y proporcionan datos diferentes respecto de sus características personales, es obvio que ante la negativa del inculcado en la comisión del delito, uno de los aspectos principales que deben dilucidarse en el proceso lo constituye precisamente la identidad del inculcado con la persona que señalaron los testigos como autor del delito; de tal manera, que si el Ministerio Público sostiene que el inculcado es la misma persona a que se refieren los testigos de cargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 136 fracción IV del Código Federal de Procedimientos Penales, corresponde a dicho representante social allegar al juzgador los medios idóneos **para acreditar la responsabilidad de los inculcados, en la especie, las relativas a lograr la identificación entre uno y otro,** pues en el proceso penal deben estar perfectamente identificadas las personas que se relacionan con los hechos delictivos que en él se investigan porque

¹² Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. L, p. 67, A. D. 2,599/61, Juan Vargas Nieves, 5 votos.

*dentro del mismo se requiere saber con certeza, que las actuaciones de la instancia se refieren precisamente a los sujetos involucrados en ella y no a otros diferentes, por ello cuando existe sospecha de que los testigos se refieren o señalan a una persona sin conocerla plenamente, se hace necesario que la identifique en lo personal, bien sea ante el Ministerio Público durante la integración de la averiguación previa o ante el Juez instructor en el procedimiento, ello para despejar plenamente las dudas sobre si realmente la conocen o no, por ende, ante la falta de esa identificación por parte de los testigos o de otra prueba apta para establecerla, **no puede tenerse por acreditada plenamente la responsabilidad del inculpado en la comisión del delito.**"¹³*

Eduardo Herrera Lasso y Gutiérrez, comenta las dos ejecutorias señaladas en primer término como sigue:

"Enseñan que la autoría material es el primer elemento de la responsabilidad. Si el acusado no ha sido identificado (verosímilmente al menos) como autor material del cumplimiento del tipo, no hay atribución personal. El cuerpo del delito subsistirá, en espera del responsable, presunto o cierto."

Más adelante escribe:

¹³ Amparo directo 58/96, Antonio Solorio Balderas, 14 de marzo de 1996, Unanimidad de votos, Ponente: Miguel Angel Morales Hernández, Secretario: Miguel Aválos Mendoza, Visible en el Tomo III Mayo 1996, Novena Epoca, p. 639.

"Comprobado, entonces, el cuerpo del delito, cerciorado el juez de que el hecho se produjo exactamente como lo describe el tipo, puede ya examinar la posibilidad de atribuirlo personalmente al acusado. En caso afirmativo, restringe provisionalmente su libertad o lo sujeta a proceso. De acuerdo con la composición hecha en el artículo 19, responsabilidad es lo que resta de la entidad delito, excluidos tipo y cuerpo. Tal remanente —enseñan Islas Magallanes y Ramírez Hernández— **no puede ser otro que la identificación del acusado como autor material**, la imputabilidad, la violación de la norma o deber jurídico y la culpabilidad; circunstancias, todas ellas, referentes al sujeto activo. Si a esos datos asociamos una medida de posibilidad, no de certeza, tendremos ya el contenido de la responsabilidad probable o presunta, como la llama la Corte. Sobra decir que la presunción, por ser *juris tantum*, cederá únicamente ante la prueba plena en contrario. **Vistas así las cosas, el análisis de la responsabilidad probable se convierte, para el juez, en la doble obligación verificar la existencia de pruebas que permitan la atribución provisional o la impidan absolutamente.**

Las variantes fundamentales serían las siguientes:

I.- *Identidad entre el acusado y autor material.*

a).- *Si el juez carece de pruebas que señalen que autor y acusado son la misma persona, debe declarar la irresponsabilidad.*

b).- Si existen pruebas que permitan afirmar, con certeza, que autor y acusado no son la misma persona, debe declarar la irresponsabilidad

II. Imputabilidad o inimputabilidad.....

III. Violación del deber jurídico o causas de licitud.....

IV. Culpabilidad o inculpabilidad....." ¹⁴

Como se advierte, éste escritor pone claramente de manifiesto que la identidad entre el acusado y el autor material debe ser materia de un examen incluso preferente en relación con los demás componentes de la responsabilidad: imputabilidad, violación del deber jurídico y culpabilidad, destacando que basta que estos datos estén asociados con una medida de posibilidad para la probable responsabilidad, la cual se desvirtuará únicamente ante la prueba plena en contrario. Esta última afirmación resulta de gran importancia y la retomaremos en el capítulo VI de este trabajo.

Juan González Bustamante, al responder a la pregunta ¿Qué debemos entender por presuntos responsables?, se contesta:

"Para imputar a una persona un hecho, es necesario que ésta haya sido la causa productiva o eficiente. Lo primero que debemos investigar es si el hecho que se persigue ha sido imputado al agente."

¹⁴ Herrera Lasso Y Gutiérrez, Eduardo, *Garantías Constitucionales en Materia Penal*, INACIPE, México 1984, pp. 53, 57 y 58.

Más adelante agrega:

"La posible responsabilidad debe tenerse por comprobada cuando existan indicios o sospechas que nos hagan presumir, racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye." ¹⁵

Este autor, parece referirse ya no sólo a la identificación entre el acusado y el autor material o sujeto activo del delito, sino a cualquier persona que pudo haber intervenido en el delito, con lo cual da cabida en el apartado de la probable responsabilidad al examen de las eventuales conductas accesorias de los partícipes (*stricto sensu*).

Fernando Arilla Bas, sobre el particular escribe:

"Diremos que en términos generales, responsabilidad es el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito. Sin embargo, parece que el artículo 19 constitucional, entiende por responsabilidad la intervención del sujeto en la realización de una conducta, principal o accesoria de adecuación típica. Obviamente, la concurrencia de alguna de las causas excluyentes enumeradas en el artículo 15 del propio ordenamiento, destruye la responsabilidad." ¹⁶

¹⁵ González Bustamante, Juan José, **Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano**, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 187.

¹⁶ Arilla Bas, Fernando, **El Procedimiento Penal en México**, 12ª Edición, Editorial Kratos, S. A. de C.V. México, 1989, p. 86

De lo transcrito se observa que el Doctor Arilla Bas, considera que la expresión "responsabilidad" fue utilizada por el constituyente en un alcance más limitado, que el que jurídicamente tiene; y que es "el deber del sujeto de soportar las consecuencias del delito", pues la refiere únicamente a la identidad entre el acusado y el autor material o partícipe, en tanto que interviene en la realización de un hecho delictuoso.

Guillermo Colín Sánchez, sostiene:

*"Tanto en la práctica, como en la doctrina, se hace referencia indistintamente a la responsabilidad probable o presunta de una persona; ambos calificativos, son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha, por tener indicios. En consecuencia, **existe presunta responsabilidad, cuando existan elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable.**"*¹⁷

La anterior definición deja fuera del examen de la probable responsabilidad al inductor del autor material y a los auxiliares o cómplices contemplados en las fracciones V, VI y VII del artículo 13 del Código Penal federal, también parece excluir todo examen referido a las causas de licitud o inculpabilidad, referidas al menos a la conducta principal, pues la antijuridicidad y culpabilidad de ésta son adjetivos que expresamente presupone la definición en comento, considerándolos previos al

¹⁷ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 14ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1993, p. 339.

examen propiamente de la probable responsabilidad, que se limita a la participación del acusado, en ese acto.

César Augusto Osorio Y Nieto, al ocuparse del tema afirma:

*"Por presunta responsabilidad se entiende la probabilidad razonable de que **una persona determinada** haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción preparación o ejecución o inducir o compeler a otro a ejecutarlos. Se requiere, para la existencia de la presunta responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues tal certeza es materia de la sentencia." ¹⁸*

El ahora magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal implícitamente relaciona la presunta responsabilidad, con la identidad (sustentada en indicios y no necesariamente en prueba plena) entre el acusado y el "sujeto activo" del delito, considerando al "sujeto activo" en una acepción amplia pues en él comprende no sólo al autor material sino también el que concibe o prepara el ilícito y al que induce o compele a otro a ejecutarlo, sin explicar el motivo por el cual no menciona las figuras del auxilio o complicidad.

¹⁸ Osorio Y Nieto, César Augusto, *La Averiguación Previa*, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1985, p. 25.

Por su parte, Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández escriben:

"Nuestra teoría lógica del cuerpo del delito. Para construir el concepto de cuerpo del delito es necesario, en primer lugar, situar el tema en el marco no del tipo sino del delito. En segundo lugar, y ya ubicados en el campo fenoménico del delito, es preciso anotar que el cuerpo del delito es sólo una parte del hecho constitutivo del delito. Por último para integrar el concepto ha de considerarse únicamente aquella parte consistente en presupuestos y elementos típicos del delito. Ahora bien, esta última afirmación no implica que el cuerpo del delito se configure con todos los presupuestos y elementos del delito adecuados al tipo; es decir, cuerpo del delito no es lo mismo que la total tipicidad. Aquí surge la necesidad de analizar cada presupuesto típico del delito y cada elemento típico del mismo para determinar cuáles de ellos sí son materia del cuerpo del delito, y cuáles, junto con la culpabilidad, dan contenido a la responsabilidad."

Más adelante agregan:

"El sujeto activo, cuyo contenido es complejo, da lugar a dos categorías de problemas, referida una al cuerpo del delito y otra la responsabilidad. Son materia del cuerpo del delito: a) La voluntabilidad, primer escaño de capacidad psíquica de delito; b) la calidad de garante; c) la calidad específica; d) el número específico.

Dan contenido a la responsabilidad: a) La imputabilidad; b) la autoría material."

"En páginas anteriores se anotó que la responsabilidad se obtiene restando del delito el cuerpo del mismo. En consecuencia, la responsabilidad se construye con aquellos conceptos, que siendo materia del delito, no lo son del cuerpo del delito. Estos conceptos son: a) La autoría material; b) la imputabilidad; c) la violación del deber jurídico penal; d) la culpabilidad. Los cuatro conceptos integran un conjunto, y, por ello, la falta de uno, cualquiera que fuese, trae como consecuencia la ausencia de responsabilidad. **Así, al no acreditarse que el sujeto al que se atribuye la responsabilidad es el autor material, no hay responsabilidad.** Igualmente, si el autor material tiene perturbada la conciencia, o sea, si es un inimputable, no hay responsabilidad. Suponiendo existentes la autoría material y la imputabilidad, no hay responsabilidad si opera una causa de licitud, ya que en tal caso no hay violación del deber jurídico penal. Por último, tampoco hay responsabilidad cuando el ejercicio de la libertad psicológica del sujeto está aniquilado en razón de funcionar un reductor de ese ejercicio de la libertad, o sea cuando no hay culpabilidad." ¹⁹

Como se advierte, a diferencia de los autores que hemos citado, Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez

¹⁹ Islas Magallanes, Olga y Ramírez Hernández, Elpidio, *El Delito en el Derecho de Procedimientos Penales*, Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la UJAT. #1, 1975, pp. 92 a 95.

Hernández, hablan del contenido del concepto procesal de responsabilidad y no limitadamente de la probable o presunta responsabilidad, y explican la relación que observan entre aquel concepto y el cuerpo del delito.

Sin embargo, en su exposición no clarifican lo que entienden por autoría material, pues únicamente expresan que es uno de los conceptos (el primero citado) que junto con otros tres: la imputabilidad, la violación del deber jurídico y la culpabilidad; construyen la responsabilidad, sin explicar aquélla. No obstante de su exposición se infiere, como lo apunta Herrera Lasso, que tal "autoría material" es la relación de identidad entre el acusado (persona determinada) y el sujeto que "concretiza el contenido semántico de elementos del particular tipo legal" (sujeto activo). Para ellos, "Los llamados autores mediatos, autores intelectuales y cómplices, por la imposibilidad en que se hallan de concretizar el contenido semántico de los elementos del tipo" quedan excluidos del concepto de sujeto activo.

Empero, mas adelante, refiriéndose al artículo 13 del Código Penal Federal vigente en aquella época (1975) apuntan: "Es un artículo que describe tres tipos típicos autónomos: 1) Inducir a otro a cometer un delito; 2) Compeler a otro a cometer un delito; 3) Prestar auxilio de cualquiera especie para la ejecución de un delito. En consecuencia, al inductor se le sanciona por su propia conducta; igualmente al que compele o auxilia."

De lo anterior se colige que de acuerdo a su modelo, los citados autores mediatos, intelectuales y cómplices, deben con-

siderarse como "sujetos activos" de sus correspondientes tipos legales: a) servirse de otro para cometer un delito b) determinar intencionalmente a otro a cometer un delito, y c) ayudar o auxiliar intencionalmente a otro para la comisión del delito.²⁰

²⁰ Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez Hernández, Elpidio, **Ob. cit.**, p. 64.

CAPÍTULO II. LA MODIFICACIÓN A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

A) Proceso legislativo

Estando vigente el panorama que se ha reseñado en el capítulo anterior se generó la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución federal, publicada en el D. O. F. de 3 de septiembre de 1993. A continuación se transcriben las partes relativas de los textos anteriores y los reformados, de dichos numerales que se relacionan con este trabajo.

Textos anteriores

"Art. 16.- ...

No podrá liberarse ninguna orden de aprehensión o detención sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyados aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado."

Textos reformados

"Art. 16.- ...

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

Textos anteriores

"Art. 19.- ...

Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que debe ser bastantes para comprobar e cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado."

Textos reformados

"Art. 19.- ...

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido hagan probable la responsabilidad de éste."

Estas reformas surgieron con motivo de dos iniciativas presentadas por diversos diputados federales de la LV Legislatura. En la primera se comprendía además de la modificación al artículo 16, la de los diversos 20 y 119, y en la segunda además de la reforma al 19 proponía la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, todos ellos de nuestra ley fundamental.

En la parte que nos interesa de la primera iniciativa se lee:

"Las reformas que se proponen buscan, con mejora técnica legislativa, otorgar mayor claridad al artí-

culo 16, dado que este precepto en la actualidad se compone de cuatro párrafos. Con la reforma propuesta dicho artículo contará con nueve párrafos. El primer párrafo conserva lo preceptuado en el inicio del citado texto constitucional. El segundo, regularía lo correspondiente a la orden judicial de aprehensión, precisando los elementos de fondo que deben de cumplirse para que la autoridad judicial pueda girar dicha orden."

En la segunda iniciativa, en la parte relativa, se adujo:

"Como es público, en días anteriores diputados de esta Legislatura suscribimos una iniciativa para reformar los artículos 16, 20 y 119 de nuestra Carta Magna, la cual a la fecha se encuentra en la etapa de estudio y dictamen en las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia. Con objeto de elaborar un dictamen que responda a los requerimientos de la realidad que vive nuestro sistema constitucional, en su aspecto de garantías en materia penal, estas comisiones hemos llevado a cabo reuniones con diputados y senadores, en las cuales se han mostrado diversas inquietudes con motivo de dicha iniciativa. Es por ello que, ante la necesidad de lograr una reforma coherente en la materia a estudio y de una mejor sistemática constitucional y, fieles al espíritu que motiva a la iniciativa original, los suscritos proponemos la reforma al artículo 19 y la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 de nuestra Constitución. Ante la observación de los representantes del

Senado y de algunos miembros de las comisiones unidas, se apreció la necesidad de reformar el artículo 19 por motivos de coherencia, lo que se sustenta en las siguientes razones:

a)...

b) La conveniencia de sustituir el concepto de cuerpo del delito por el de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal."

Una vez turnadas ambas iniciativas a las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados éstas elaboraron el dictamen correspondiente, en el que en la parte que se relaciona con esta investigación se apuntó:

*"Sociedad y gobierno deben contar para lograr la tranquilidad pública y la seguridad jurídica con normas claras y precisas. La iniciativa persigue estos objetivos. En la actualidad nuestro máximo ordenamiento consagra estos derechos, pero nadie niega que los mismos pueden ser perfeccionados; esto es una labor que el Constituyente Permanente debe concretar. **Con las reformas que se propone, de ser aprobadas, se logrará dar mayor énfasis y precisión a los principios contenidos en los artículos 16, 19, 20 y 119 de nuestra Carta Magna, ampliándose esa reforma por motivo de coherencia constitucional."***

"Artículo 16. Conforme lo señala la propia exposición de motivos de la iniciativa, en el artículo 16 Constitu-

cional se busca con mejorada técnica jurídica, otorgar mayor claridad y precisión a este precepto, por lo que se propone darle una estructura distinta comprendiendo once párrafos, dos más que los previstos originalmente.

Primer párrafo.- ...

Segundo párrafo.- Se refiere a las órdenes de aprehensión dictadas por autoridad judicial, señalándose las siguientes aportaciones:

a).-...

f).- Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que se tienen que acreditar para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberán existir 'datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la responsabilidad del indiciado.'

Con lo anterior se quiere superar la ambigüedad del texto vigente que no señala con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, ya que la mención de pruebas se refiere solo al aspecto de la presunta responsabilidad.

Además, en consonancia con lo que se propone para el artículo 19, se busca equiparar a la orden de aprehensión los extremos de prueba que se exigen para un auto de formal prisión.

Por lo que, tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se busca precisar conceptos que en lo procesal se vinculen de mejor manera con la teoría

del Derecho Penal Sustantivo, para que ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política criminal del Estado Mexicano y no como teorías disasociadas, lo que en ocasiones ha generado distancias considerables, y hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.

En este tenor de ideas, se culmina en la Constitución el esfuerzo de muchas décadas por estudiosos en la materia, por unificar criterios que articulen de mejor manera la política criminal mexicana."

"Artículo 19. La reforma a dicho artículo fue propuesta en la iniciativa que se comenta, ante la observación de los representantes del Senado de la República y de algunos miembros de estas Comisiones Unidas, por lo que se observó la necesidad de su reforma por motivos de coherencia, lo cual se sustenta en las siguientes razones:

a).- ...

b).- La necesidad de compatibilizar la exigencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión o en su caso de sujeción a proceso, superando el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal; con lo que se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y de esta manera se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados, al puntualizarse la obligación por parte

de la autoridad de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculpado."

De las discusiones en el seno de la Cámara de Diputados, sobresale la intervención del diputado Fernando Gómez Mont quien en la parte que interesa argumentó:

"Tercero, ¿qué diferencias hay entre los elementos del tipo penal y cuerpo del delito? Aquí se conjuga uno de los beneficios más notables que yo le veo a la reforma que se plantea. El concepto 'cuerpo del delito', señor Diputado, generó una teoría procesal propia, divorciada de la teoría sustantiva. Es decir, en materia de la ley penal, generándose muchas veces contradicciones que quería decir 'cuerpo del delito.'"

Hubo quienes decían que sólo los elementos materiales y objetivos ya eran 'cuerpo del delito'. Bastaba que existiera el cuerpo, en el homicidio, el cadáver, pues. Ni siquiera se tenía que probar que había sido muerto por causa externa o no. Ya estaba ahí el 'cuerpo del delito'. Es una figura que tomamos nosotros del Derecho Romano. Y se generó toda una teoría procesal.

Y por otra parte se hablaba del 'tipo penal', de que el 'tipo penal' es la norma que indica cual es la conducta prohibida por la ley penal y se generaba otra teoría.

La reforma busca regresar a una armonía entre el derecho sustantivo penal y el derecho adjetivo penal, porque son parte, son dos brazos de un mismo sistema y no tienen que seguir escuelas separadas.

Ese es el propósito.

Y lo que le quiero decir es que la acreditación de una conducta prohibida por la ley sustituye ahora el concepto ambiguo de "cuerpo del delito."

Finalmente el proyecto de decreto de mérito fue aprobado por 300 votos en pro y 20 en contra, habiendo pasado al Senado para sus efectos constitucionales.

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación, de Puntos Constitucionales y de Justicia del Senado, en sus partes atinentes, se lee:

"Asimismo, se subsanó la ambigüedad del texto en vigor, al señalar que deben existir 'datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado', a fin de que pueda ser librada la orden de aprehensión."

"En el caso de la reforma al Artículo 19 constitucional, el dictamen de la Colegisladora precisa que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas a partir de que el indiciado haya sido puesto a su disposición, sin que se justifiquen mediante el auto de formal prisión correspondiente. Asimismo, se precisa la obligación que tiene la autoridad de verificar la existencia de los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y que hagan probable la responsabilidad de éste."

"En caso de merecer la aprobación de este Cuerpo Colegiado, las modificaciones introducidas a los dife-

rentes artículos constitucionales materia del presente dictamen y que deberán continuar siendo sometidas a la consideración de las Legislaturas Locales, precisan, clarifican y amplían el ámbito de libertad, legalidad y seguridad jurídica de los gobernados. Asimismo, buscan asegurar la deseable articulación entre el derecho sustantivo penal y el derecho adjetivo penal, al dar un tratamiento jurídico homogéneo a ambas perspectivas frente a las conductas ilícitas."

Por cuanto hace a las intervenciones en este Cuerpo Colegiado, la única que toca el tema que nos ocupa es la de el senador Ernesto Luque Feregrino quien expuso:

"Así tenemos que en el Artículo 16, se reafirma la orden escrita de aprehensión de un juez, fundamentada y motivada legalmente y con datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la responsabilidad del indicado, para que un gobernado pueda ser afectado en su libertad mediante un debido proceso legal, salvo en los casos de flagrancia y urgencia. En las reformas de este Artículo, se refleja la unificación de criterios para evitar contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal."

El dictamen de referencia fue aprobado en lo general y en lo particular por 49 votos en pro y 2 en contra y pasó a las legislaturas de los Estados para los efectos constitucionales; así se declararon reformados los artículos 16, 19, 20 y 119 y derogada la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos por la Comisión Permanente del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución federal y previa la aprobación de las Cámaras del Congreso de la Unión, así como de la mayoría de las legislaturas de los estados mediante decreto del 2 de septiembre de 1993.

B) Resumen de la reforma:

La reforma en estudio, en el tema motivo de este trabajo, se puede resumir de la siguiente manera:

1.- En el artículo 16 de la Constitución federal se adiciona textualmente como requisito para el libramiento de la orden de aprehensión la acreditación de los elementos del tipo penal del delito.

2.- En el artículo 19 de la Constitución federal se sustituye el concepto "comprobación del cuerpo del delito", como requisito para el dictado de un auto de formal prisión, por el de "acreditación de los elementos del tipo penal del delito."

3.- Como consecuencia de lo anterior se uniformizan expresamente los requisitos estructurales de la orden de aprehensión: acreditación de los elementos del tipo penal y probable responsabilidad, a los del auto de formal procesamiento.

Esta última, fué el único efecto inmediato que tuvo esta reforma en la práctica, puesto que la sustitución del concepto "comprobación del cuerpo del delito" por el de "acreditación de

los elementos del tipo penal del delito" no tuvo por el momento mayor relevancia, en tanto que se estimó como simple ajuste terminológico, es decir, sin considerar que el nuevo concepto tenía un contenido distinto o más extenso que el sustituido. Para evidenciar lo anterior, es oportuno transcribir a continuación la parte relativa del instructivo del Procurador General de la República número 02/1993, fechado en 29 de septiembre de 1993.

"Por elementos del tipo penal se entenderán los que hasta ahora han dado contenido al cuerpo del delito, en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por tanto, en todos los artículos del mencionado Código Federal que hacen referencia al 'cuerpo del delito', esta expresión será considerada equivalente a 'elementos del tipo penal', pudiéndose citar después de esta última expresión, entre paréntesis, la de 'cuerpo del delito'."

La uniformidad de que se habla, a nuestro juicio vino a consagrar constitucionalmente una interpretación que tanto parte de la judicatura, mayormente apoyada en tesis antiguas, como de la doctrina e incluso parte de la legislación secundaria ya sustentaban, en el sentido de que la acreditación de la probable responsabilidad (como requisito para el libramiento de la orden de aprehensión) presuponía necesariamente la demostración de los elementos del hecho delictuoso, en ese entonces "cuerpo del delito", y que por tanto los requisitos que constitucionalmente se exigían para el libramiento de una orden de aprehensión no eran menos de los que se requerían para el

dictado de un auto de formal prisión. Criterio que se hace patente en las siguientes tesis:

*"ORDEN DE APREHENSION. Si los datos recogidos en la averiguación previa, son suficientes para juzgar si existe o no, el delito, debe estudiarse desde luego esa cuestión, porque es evidente que si de esos datos no se desprende la prueba del delito, mucho menos pueden desprenderse indicios de responsabilidad del acusado."*²¹

*"ORDEN DE APREHENSION. No es bastante para librar orden de aprehensión, la acusación que se apoye solo en la apreciación de hechos que haga el representante de la sociedad, no sostenida por ninguna otra constancia del proceso; pues no basta que se formule una acusación, y que en ella se den los motivos que la apoyan, **sino que es indispensable la comprobación material de los hechos delictuosos**, para que pueda dictarse la orden de aprehensión."*²²

*"ORDEN DE APREHENSION. No basta para dictarla, la acusación que se presente por delito que merezca pena corporal, sino que es necesario que **tal delito esté comprobado en autos.**"*²³

²¹ Quinta Epoca: Tomo XXIX, Pág. 1501, Sequerra Judah y Coag.

²² Visible en la p. 369, Tomo XVI, Quinta Epoca, del Semanario Judicial de la Federación, Instancia: Pleno.

²³ Visible en la p. 452, Tomo X, Quinta Epoca del Semanario Judicial de la Federación, Instancia: Pleno.

"ORDEN DE APREHENSION. Para que proceda una orden de aprehensión, es necesario que se haya establecido la base del procedimiento, o sea, la, **comprobación de la existencia del delito** y que de la averiguación resulten indicios de responsabilidad contra una persona para proceder a su aprehensión."²⁴

"ORDEN DE APREHENSION. REQUISITOS PARA EMITIRLA. Para librar una orden de aprehensión, no basta que en la denuncia o querrela el ofendido señale que se cometió en su perjuicio determinado delito que la ley sancione con pena corporal, **sino que aquélla debe apoyarse en medios de prueba que lleven a la convicción de la existencia de hechos que configuren la hipótesis normativa.**"²⁵

En relación con la doctrina cabe apuntar, en el mismo sentido, lo expuesto por Guillermo Colín Sánchez quien escribe:

"Debo advertir que, para dictar la orden de aprehensión, no es necesario, según jurisprudencia emitida por los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que esté integrado el cuerpo del delito; bastará que estén satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional.

²⁴ Visible en la p. 689, Tomo VIII, Quinta Epoca, del Semanario Judicial de la Federación, Instancia: Pleno.

²⁵ Visible en la p. 369, Tomo II, Segunda Parte de la Octava Epoca del Semanario Judicial de la Federación.

Semejante jurisprudencia, es inaceptable, porque el Constituyente de 1917 aunque literalmente no utiliza las palabras 'cuerpo del delito' al indicar que la denuncia, acusación o querrela 'sean sobre un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal', es obvio que, hace referencia al cuerpo del delito, pues si éste no está integrado no existe base ninguna en qué apoyarse para limitar la libertad de una persona, ¿si no está integrado el cuerpo del delito, cuál es entonces lo que motiva la petición de que se dicte la orden de aprehensión?...

Por lógica y permítaseme citar un ejemplo, al parecer corriente: para que haya guisado de liebre, es indispensable que se tenga la liebre, si esto no es así habrá cualquier cosa, hasta un desaguizado, pero nunca, el para muchos, delicioso guisado de liebre...

Esa jurisprudencia, como muchas otras tesis sustentadas por los integrantes del más alto tribunal de los Estados Unidos Mexicanos, a nadie extraña, mientras se siga integrando, salvo honrosas excepciones con las personas escogidas, aunque mal, para integrarlo.²⁶

Así como lo que Sergio García Ramírez afirma:

"Se ha sostenido uniformemente que para pedir y resolver una orden de aprehensión no es necesario que esté acreditado el cuerpo del delito, sino basta con que se cumpla lo exigido por el artículo 16 C., es de-

²⁶ Colín Sánchez, Guillermo, *Ob. cit.*, p. 317.

cir, basta con la probable o presunta responsabilidad del indiciado. Sin embargo, considérese que dados los que "llamamos presupuestos normales de la consignación, y considerando que ésta ocurre antes de que se dicte orden de aprehensión, previamente a la solicitud de tal mandato ya se deberá haber comprobado el corpus criminis, o al menos se habrá procurado comprobarlo." ²⁷

Y finalmente lo que Eduardo Herrera Lasso escribía sobre el particular:

*"Requisitos de la orden de aprehensión. Sin fundamentación y motivación adecuadas, reiteramos, ningún acto de molestia es constitucionalmente posible; y hemos advertido también, a lo largo de este trabajo, que **la comprobación previa y plena del cuerpo del delito constituye el mínimo de motivación posible para que opere la garantía, y que, sin esa comprobación, no puede abordarse siquiera el estudio de la responsabilidad.** En contraste con premisas tan claras, las leyes secundarias y la Corte sostiene que para el dictado de una orden de aprehensión no es necesario comprobar el cuerpo del delito; bastan para ello, dicen, acusación previa de un hecho determinado que amerite prisión, y que la acusación esté apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del acusado. Los sostenedores más simplistas de tan*

²⁷ García Ramírez, Sergio, *Ob. cit.*, p. 505.

*peligrosa teoría se apoyan en la redacción textual del segundo párrafo del artículo 16, considerado aisladamente, olvidando que la rigurosa exigencia de fundar y motivar, contenida en la párrafo primero, no sólo rige para todo el precepto, sino que es expresión de otro principio constitucional más amplio, el de atribución de facultades expresas, en virtud del cual las autoridades no pueden hacer sino aquello que la ley les permite; de donde se sigue que para el ejercicio de cualquier facultad deben invocar el derecho que les dio competencia y demostrar que su actuar se ciñe rigurosamente a él. Y esto, es también obligación de fundar y motivar."*²⁸

Por cuanto hace a la legislación procesal, tenemos que el Código de Hidalgo en su artículo 398, ya establecía:

*"398.- Si los datos que arroja la averiguación previa son bastantes para **comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpa-**do, el juez deberá:*

I.- Librar orden de aprehensión en contra del inculpa-
do, si el delito que se imputa merece pena privativa
de libertad y no se concedió durante la averiguación
previa, la libertad provisional previa; o"

El artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, adicionado mediante decreto publicado en el D. O. F. el 3 de enero 1989, estipulaba:

²⁸ Herrera Lasso Y Gutiérrez, Eduardo, *Ob. cit.*, pp. 63-64.

*"ART. 286 bis. Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y **que se han comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado**, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda."*

En el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales se establecía:

*"Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se ha **comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado**, en los términos de la primera parte del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales. Para el libramiento de orden de aprehensión, éstos se ajustarán a lo previsto en el artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código."*

Estos dos últimos preceptos, si bien no exigían de manera expresa para el libramiento de la orden de aprehensión, la acreditación del cuerpo del delito, sí la contemplaban como presupuesto del ejercicio de la acción penal, y si la solicitud del libramiento de orden de captura presupone el ejercicio de la acción debe inferirse que tal acreditación también era un requisito para el dictado de aquélla, independientemente de lo preceptuado por el 16 de la Constitución federal.

Sin embargo esta interpretación del referido artículo 16 contradecía la jurisprudencia vigente hasta antes de esa reforma que decía:

*"ORDEN DE APREHENSION. Para dictarla, no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino sólo que se llenen los requisitos prevenidos por el artículo 16 constitucional."*²⁹

Ciertamente el criterio judicial dominante, hasta antes de la reforma que se comenta, era el de que si bien se requería examinar los actos de la denuncia o querrela, este examen iba encaminado exclusivamente a establecer si los mismos encuadraban o no en una hipótesis penal y si ésta tenía prevista una pena de prisión, pero no se estudiaba si los medios probatorios que obraban en la indagatoria demostraban la existencia del hecho delictuoso, tal y como se pone en evidencia con la siguiente tesis de la también otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"ORDEN DE APREHENSION. La comprobación del cuerpo del delito no es indispensable para que pueda dictarse una orden de aprehensión, sino que para ello basta que se llenen los requisitos que establece el artículo 16 constitucional, entre los cuales no se menciona la comprobación citada, dicho precepto manda que la orden de aprehensión llene los siguientes requisitos: que preceda denuncia, acusación o querrela

²⁹ Publicada en la Segunda Parte del Apéndice de Jurisprudencia 1917-1988, con el número 1228, p. 1974, y en el Último Apéndice (1917-1995) ya se publica como "Histórica y obsoleta."

*de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y que estén apoyadas aquellas, por declaración bajo protesta, de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; de suerte que es de todo punto indispensable que el hecho determinado que sea materia de la denuncia, acusación o querrela, sea de los que la ley castiga con pena corporal; es decir, que la simple enunciación de los hechos ocurridos, conduzca a considerar los comprendidos dentro del precepto legal que amerite la pena; cosa muy distinta a pretender que, previamente, queden comprobados de modo pleno, todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito; de manera que si el hecho determinado no es de los que la ley castiga con pena corporal, aun cuando existan datos que apoyen la imputación que se haga al inculpado, la orden de **aprehensión resulta violatoria del artículo 16 constitucional.**"³⁰*

Así se llegó a afirmar que en el libramiento de la orden de aprehensión no se requería la exacta clasificación del delito y que no era necesario realizar la valoración de los testimonios de cargo. Lo anterior se pone de manifiesto con las dos siguientes tesis: una del entonces Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y otra de la mencionada Sala, que a continuación se transcriben:

³⁰ Visible en la p. 1677, Tomo XXXIII, Quinta Epoca, del Semanario Judicial de la Federación.

*"ORDEN DE APREHENSION, CUERPO DEL DELITO EN LA. NO SE REQUIERE. Una vez demostrada la comisión de hechos considerados como delictivos que la ley castigue con pena corporal, y la existencia de elementos que hagan probable la responsabilidad del indiciado en su comisión, tales elementos bastan para fundar la orden de aprehensión, sin que para el efecto se requiera el establecimiento del tipo delictivo en el que encuadra exactamente la conducta, puesto que la comprobación del cuerpo del delito sólo se requiere al momento de dictar un auto de formal prisión de acuerdo con el artículo 19 constitucional."*³¹

*"ORDEN DE APREHENSION. Apareciendo en autos comprobado un hecho delictuoso que la ley castiga con pena corporal, y declaración de dos personas que imputan responsabilidad a los quejosos en ese hecho antijurídico, es indudable que la orden de aprehensión que combaten los quejosos está ajustada a derecho, pues tales declaraciones sería necesaria apreciarlas, para fundar el auto de formal prisión o para condenar en definitiva, pero no para dictar la orden de aprehensión."*³²

³¹ Visible en la p. 1677, Tomo XXXII, Quinta Epoca, del Semanario Judicial de la Federación.

³² Quinta Epoca: Tomo CVII, Pág. 2201. Adolfo Domínguez y Coagda., Unanimidad de 4 votos, Publicada como tesis relacionada de la jurisprudencia 1232, en la página 1982 del Apéndice de Jurisprudencia 1917-1988.

Ahora bien nuestro particular punto de vista coincide con el de los que siempre consideraron que entre los requisitos constitucionales para el libramiento de una orden de aprehensión, se encontraba implícita la entonces acreditación del cuerpo del delito, pues no era comprensible que se pudiese declarar que aparecía acreditada **la probable responsabilidad de una persona en un hecho delictuoso**, sin antes demostrar que ese hecho aparecía (si se quiere de manera provisional) acreditado en el mundo fáctico. En este entendido en realidad a lo único que se podía arribar conforme al criterio jurisprudencial apuntado era que habiendo formulado **una persona una denuncia o querrela de un delito, existían datos que hacían probable la atribuibilidad de ese hecho (el narrado por el denunciante y no del hecho delictuoso probado) al acusado**, ya sea mediante testimonio o por otros datos de prueba; cuestión diametralmente distinta a la primera, que presupone la acreditación de un hecho delictivo probado y la identidad entre el sujeto activo (autor de ese hecho) y el acusado.

De lo anterior resultaba evidente que en el segundo supuesto la falta de constatación de los elementos del tipo legal durante la fase de averiguación previa, provocaba que al formular el denunciante o querellante una reseña equivocada e incluso dolosamente falseada de los hechos, no advertida por el agente del Ministerio Público, precisamente por la no verificación de aquellos elementos, al término de setenta y dos horas se resolviese la libertad del detenido, habiendo éste sufrido una ociosa privación de su libertad que se hubiese evitado de considerar a la entonces acreditación del cuerpo del delito, como requisito para el libramiento de captura.

Por lo expuesto, más que considerar que la reforma en estudio trajo consigo la uniformización de los requisitos de la orden de aprehensión con los del auto formal prisión (hasta antes desconocida), estimamos que dejó en claro y de una vez por todas la citada uniformidad, teniendo tal reforma como evidentes destinatarias la tesis de jurisprudencia y las tres aisladas que hemos citado en último término, y que de manera desafortunada, como suele acontecer, quedaron a la zaga de una interpretación más lúcida y acorde con un derecho procesal respetuoso de los derechos humanos.

En efecto, la segunda tesis aislada en comento, que sostiene que para librar una orden de aprehensión no es exigible el encuadramiento de la conducta exactamente en el tipo delictivo, atenta contra los principios de seguridad jurídica, debida fundamentación y motivación, y de estricta aplicación de la ley penal ya que con tal criterio, con independencia de que tal conducta pudiese encuadrar en otra descripción legal distinta a la que menciona la orden; también pudiera resultar enteramente atípica, puesto que el encuadramiento de referencia no admite grados, es decir, existe de manera "exacta" o no se surte.

Por cuanto hace a la última tesis aislada que se menciona, que refiere que en el libramiento de una orden de aprehensión no es necesaria la valoración de los testimonios de cargo, sino solo para el dictado de un auto de formal procesamiento o una sentencia condenatoria; admitimos que el alcance de la valoración de los medios de prueba que se realizan al dictarse un auto de formal prisión es diferente de la que se hace en el dictado de una sentencia condenatoria definitiva, en la

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

medida en que en el primer auto, por ser de carácter provisional requiere únicamente la obtención de una probabilidad, y en la segunda debe examinar si esos datos nos permiten arribar de manera categórica e indubitable a considerar penalmente responsable a una persona.

Sin embargo, la diferenciación señalada no la observamos entre una orden de aprehensión y un auto de formal prisión, dado que ambos son provisionales y, por ello, no se justifica que la valoración de los mismos medios de prueba tengan que analizarse de distinta manera en uno y otro caso.

Sobre el tema Julio Acero opinaba:

*"No exige la Constitución como lo hace para la formal prisión, que esté ya comprobado en autos el cuerpo de delito, porque si se fueran a esperar esas actuaciones para poder verificar una captura que de ordinario urge verificar tan luego como se comete la infracción; no habría delincuente que no pudiera fácilmente ponerse a salvo entre tanto se evacuaban las diligencias correspondientes, resultando después ilusoria la orden que para capturarlo se expidiera."*³³

Contra la expresada opinión, insistimos que no existe razón de peso para considerar que los requisitos de la orden de aprehensión debieran ser menores a los que exige un auto de formal procesamiento, más aún si tomamos en consideración que el plazo constitucional de setenta y dos horas no está con-

³³ Acero, Julio, *El Procedimiento Penal Mexicano*, Ediciones Especiales del Norte 1991, p. 130.

cedido a favor del órgano de acusación para que éste perfeccione su indagatoria, sino como una garantía de brevedad a favor del detenido; tan es así que puede solicitar se duplique (sólo para que él pueda aportar pruebas) y en cuyas cuarenta y ocho primeras horas, por imperativo de la fracción III del diverso artículo 20 constitucional, se habrá de recabar su declaración preparatoria, pudiendo incluso el órgano jurisdiccional dictar el auto de término antes de las referidas setenta y dos horas, lo que significa que no se puede aducir que en este plazo el Ministerio Público ha de perfeccionar su indagatoria (acreditando los elementos del cuerpo del delito) amén de que en la práctica rara vez aporta en este período algún medio de prueba.

Por tanto, si el objetivo de una orden de captura es finalmente lograr el formal procesamiento del detenido, y no tan solo que rinda su declaración, puesto que para ello existen otros medios procesales como lo es la orden de presentación e incluso, si se pretende que una vez rendida no se evada de la acción de la justicia, el arraigo domiciliario (44 fracción II y 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales); la citada orden de aprehensión ya debe satisfacer cuando menos los requisitos del auto de formal prisión, pues de lo contrario no tendría sentido librar la orden de captura sin que estuviese acreditado el cuerpo del delito, a sabiendas de que basta que en su declaración preparatoria inicial negase su intervención en los hechos o incluso guardase silencio, para que se provocara su soltura, con el consiguiente perjuicio irreparable ocasionado a la persona detenida, el cual se hubiese evitado de considerar como requisito de la orden de aprehensión la acreditación, si se quiere probable, del entonces cuerpo del delito.

Respecto a la sustitución del término "comprobación del cuerpo del delito" por el de "acreditación de los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido", diversos tratadistas se han pronunciado en contra, como son los siguientes:

José Ovalle Fabela al respecto escribe:

*"La sustitución de un concepto procesal como el del cuerpo del delito por el concepto de 'elementos del tipo penal', de origen netamente dogmático sustantivo, era innecesaria, pues si lo que se deseaba era precisar cuáles eran los elementos del tipo a que ya se referían los artículos 168 y 122 de los Código Federal y del Distrito de Procedimientos Penales, respectivamente, bastaba con adicionar dichos preceptos legales, sin tener que modificar la Constitución ni hacer la sustitución del concepto del cuerpo del delito, la cual ha resultado sumamente confusa en la práctica."*³⁴

Por su parte Sergio García Ramírez sostiene:

"Cuando se emprendió la reforma constitucional de 1993, se adujo en alguno de los documentos de este proceso, que la voz cuerpo del delito encerraba un concepto 'complejo', acaso con el propósito de apoyar su relevo por otro concepto. Cabía suponer que se trataría de una noción 'menos compleja' o hasta 'simple'. Ahora bien, el relevo del cuerpo del delito ocurrió

³⁴ Ovalle Fabela, José, **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Octava Edición, Editorial Porrúa S.A., U.N.A.M., p. 174.

en favor de una figura infinitamente más 'compleja', o en todo caso más 'discutida' que aquélla: tipo penal. Son —han sido y seguirán siendo— interminables las discusiones en la doctrina penal para establecer el contenido del tipo penal, al través del examen y la ubicación de sus elementos. En todo caso; se trata de un problema escolástico que nada aporta a un texto de Derecho positivo, como no sea más oportunidades de discusión. Esto ha ocurrido y probablemente ocurrirá durante mucho tiempo. ¿Era en verdad—digo en verdad— necesario el cambio de términos? ¿Se resuelve así verdaderamente un auténtico problema de la justicia penal?

También se dijo, en la hora de la reforma constitucional, que la nueva expresión implicaba la culminación de un esfuerzo científico en torno a la teoría del delito. Se ignoraba u olvidaba, sin embargo, que aquí venía al caso un punto procesal, no uno penal —aunque no desecho ni reduzco el enlace que hay entre ambos campos del conocimiento jurídico—, y que la noción prevaleciente del corpus delicti era a su vez el resultado de un gran esfuerzo del Derecho mexicano, durante décadas, para arribar a una caracterización útil y satisfactoria. Este esfuerzo de la doctrina nacional, que dejó su huella en la legislación y en la jurisprudencia, fue borrado de un plumazo por el Constituyente." ³⁵

³⁵ García Ramírez, Sergio, *Procedimiento Penal Federal, Temas actuales*, Revista Criminalia, año LX No. 1, enero-abril 1994, Editorial Porrúa, S.A., pp. 151-152.

Nuestra opinión particular sobre el tema de la sustitución conceptual que se analiza, es el de que, a pesar de que junto con Sergio García Ramírez, reconozco los indudables esfuerzos de la doctrina mexicana de confeccionar un concepto de "cuerpo de delito", cada vez más amplio y funcional, lo cierto es que se debe reconocer que no existía unificación ni en la doctrina, ni en la legislación respecto de su alcance y contenido, como se ha dejado patente en el capítulo que antecede y, por ello, su funcionalidad se veía mermada.

Cuestión que de alguna manera el propio García Ramírez reconocía antes de la multicitada sustitución al escribir respecto al cuerpo del delito: *"No obstante el alzado valor del concepto que ahora nos ocupa ha mediado gran confusión en torno al mismo."*³⁶ En efecto, como ya se apuntaba, a pesar de la reforma que tuvieron los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los años de 1983 y 1984, en sus artículos 168 y 122 respectivamente, para suprimir la limitante de que el cuerpo del delito sólo lo constituían los elementos "materiales del hecho delictivo", y señalarse que aquél se integraba con todos los elementos del tipo penal, dicha modificación no fraguó en la judicatura ni en el foro, debido a que según apunta Roberto Hernández Martínez:

"No se derogaron las reglas especiales de comprobación del cuerpo del delito, las cuáles se sustentaban

³⁶ García Ramírez, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, 5a. Edición, 1989, p. 467.

*en el primer concepto histórico de dicha institución procesal."*³⁷

Pero, nosotros creemos que debido también fundamentalmente a la arraigada concepción materialista y objetivista que a lo largo de décadas había tenido la citada noción de "cuerpo del delito", a tal grado de que, como ya se destacaba en el capítulo anterior, la siguiente tesis jurisprudencial continuó publicándose como vigente en los apéndices de 1917-1985 y 1917-1988:

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

Bajo este panorama varios códigos procesales de diversas entidades federativas, a pesar de las citadas reformas (1983-1984), siguieron considerando únicamente a los elementos materiales para la configuración del cuerpo del delito, más aun hoy en día, como ya se especificó en el capítulo anterior, los códigos procesales de Tlaxcala y Veracruz conservan este ajejo criterio.

En este entendido consideramos que la intención del constituyente permanente no fue la de hacer sólo una simple sustitución terminológica, ni la de "articular el derecho sustanti-

³⁷ Hernández Martínez, Roberto, **Reformas en torno al Cuerpo del Delito, artículos 122 y 168 de los Códigos Procesales Penales Distrital y Federal**, Conferencia dictada en la Procuraduría General de la República el 23 de marzo de 1994, pp. 9 y 10.

vo con el derecho adjetivo penal" sino que su objetivo primordial fue el de que se abandonara definitivamente la expresión "cuerpo del delito", que se mostraba reacia a ampliar su contenido, y sustituirla por la noción con la que infructuosamente ya se había pretendido identificar: "tipo penal del delito", pero también que posteriormente en la legislación secundaria se definiesen claramente, sus elementos y se diera un diferente contenido a la noción de responsabilidad, como finalmente aconteció mediante la modificación a los artículos 168 y 122 de los Códigos Procesales Penales Federal y para el Distrito Federal respectivamente.

Es por lo anterior que en nuestra opinión tales reformas (constitucional y procesal) significaron un avance, al robustecer la garantía de seguridad jurídica, en tanto que además de uniformizar los requisitos que se han de satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión a los exigidos para el de un auto de formal prisión, se definieron con mayor claridad los contenidos de éstos.

La explicación de esta última afirmación la haremos en los capítulos IV y VI al analizar por separado y en su conjunto la "acreditación de los elementos del tipo penal" y la "responsabilidad" a los que se refiere el citado artículo 168.

CAPÍTULO III. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 168 VIGENTE.

La importancia en esta investigación de conocer el proceso legislativo del cual surge el actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales es manifiesta, no sólo porque este numeral viene a establecer una nueva regulación para la acreditación de lo que anteriormente se denominaba "cuerpo del delito", ahora "elementos del tipo penal del delito" y la "probable responsabilidad", sino también en virtud de que la reforma de este precepto se da de manera simultánea y en el mismo sentido que la del artículo 122 del Código de la misma materia para el Distrito Federal, y porque hoy en día un número considerable de ordenamientos procesales de diversas entidades federativas han modificado sus correspondientes textos en el sentido en que lo hizo la referida legislación federal.

A) Iniciativa del Ejecutivo de la Unión.

Esta reforma a los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, surge a iniciativa del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, conjuntamente con la propuesta de reforma de los siguientes ordenamientos: Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero federal, Ley de Amparo, Ley de Extradición Internacional, Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia federal, Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Ley Orgánica del Tribunal Fis-

cal de la Federación, Ley del Tribunal de lo Contencioso de lo Administrativo del Distrito Federal, Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

De las reformas a estos últimos ordenamientos únicamente se encuentran relacionadas con el tema de esta tesis, de manera sobresaliente, algunas modificaciones relacionadas con el Libro Primero del Código punitivo citado, y de los cuales nos ocuparemos en el capítulo siguiente, y, de modo secundario, la modificación al artículo 16 de la Ley de Extradición Internacional que en su párrafo segundo sustituye la expresión: "*La prueba de la existencia del cuerpo del delito*" por la de "*La prueba que acredite los elementos del tipo del delito*"; como requisito, entre otros, que debe contener la petición de extradición del Estado solicitante.

En la referida iniciativa se apunta, en principio, que las reformas propuestas en materia penal obedecen a la necesidad de actualizar la legislación para ajustarla a las reformas recién aprobadas de los artículos 16, 19, 20 y 119, así como la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución Federal, entre otros motivos, y específicamente por cuanto hace a la reforma del referido artículo 168 y demás relacionados con éste se lee:

"Por ajuste con los artículos 16 y 19 constitucionales, en los preceptos procesales en que se emplean las expresiones 'cuerpo del delito' y 'presunta responsabilidad', ahora se usan las de 'elementos del tipo pe-

nal y de 'probable responsabilidad', también se ha sustituido la expresión 'diligencias de policía judicial', por 'diligencias de averiguación previa' y se ha cuidado de suprimir toda mención que dé pie a la idea de que la policía judicial pueda actuar y aun practicar detenciones de propia autoridad. Por ese motivo observamos que esas figuras aparecen ahora en los artículos 2o., 3o., 4o., 36, 38, 45, 113, 132, 134, 141, 157, 162, 168, 180 y 422, por lo que se propone modificarlos."

Más adelante en el mismo documento se argumenta:

"Para los efectos de la comprobación de los elementos del tipo se propone suprimir las llamadas reglas general y especial, que producían no solamente confusión, sino impunidad por el manejo incontrolable que se hizo de la parte del llamado error judicial, y por ese motivo, siguiendo el criterio de la doctrina para el acreditamiento de los elementos del tipo, de la probable responsabilidad, del delito y sus circunstancias y de la responsabilidad, debe de emplearse la prueba conducente y útil para los efectos del caso concreto; lo anterior independientemente de que en algunas hipótesis se dan reglas específicas para el desarrollo de la investigación, sin que con ello se establezca limitación que impida practicar algunas otras diligencias que resulten procedentes en cada caso (artículos 168, 169, 170, 171, 173, 176, 179)."

Así, el titular del Poder Ejecutivo propuso que el Capítulo I, denominado "Comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado", del Título Quinto del Código Adjetivo Penal Federal quedase en los siguientes términos:

"Artículo 168.- El Ministerio Público integrará 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 o culposa de la acción u omisión.

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

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y

que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

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

Artículo 169.- Cuando se trate de lesiones externas éstas serán objeto de inspección con asistencia de peritos médicos, describiéndolas pormenorizadamente y se recabará dictamen de aquéllos peritos, que las describa y las clasifique en orden a su naturaleza, gravedad consecuencias y cualquier otra circunstancia atendible para ese fin.

Artículo 170.- En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, además de cualesquiera otras diligencias que resulten procedentes, se practicará inspección haciéndose constar las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y se recabará el dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, se hará constar esta circunstancia, agregándose el dictamen pericial.

Artículo 171.- Si se tratare de homicidio además de otras diligencias que sean procedentes, se practicará la inspección del cadáver, describiéndosele minuciosamente y se recabará el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si hubiere sido

sepultado, se procederá a exhumarlo. Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto Ministerio Público, o el tribunal en su caso, estimen que no es necesaria.

Artículo 172.- Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en el expediente, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas. (sin reforma)

Artículo 173.- En los casos de aborto o infanticidio además de las diligencias mencionadas en los artículos 171 y 172, así como de cualesquiera otras que resulten pertinentes, en el primero, también reconocerán los peritos médicos a la madre, describirán las lesiones que presente y dictaminarán sobre la causa del aborto. En uno y otro caso expresarán la edad de la víctima, si nació viable y todo aquello que pueda servir para fijar la naturaleza del delito.

Artículo 174.- Se deroga.

Artículo 175.- Se deroga.

Artículo 176.- Tratándose del delito a que se refiere la fracción II del artículo 368 del Código Penal cuando, sin previo contrato con una empresa de energía eléctrica, de gas, o de cualquier fluido, se encuentre conectada a una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa respectiva, o a cualquier tubería o líneas particulares conectadas a las tuberías o líneas de dicha empresa, en la inspección que se practique, con asistencia de peritos en la materia, se harán constar estas circunstancias y se recabará el

dictamen pericial que las describa y además precise la naturaleza del fluido de que se trate y cuantifique, en lo posible, la cantidad de fluido que haya sido consumido mediante la conexión de que se trate.

Artículo 177.- Se deroga.

Artículo 178.- Se deroga.

Artículo 179.- Cuando tratándose de delito de ataques a las vías de comunicación, no fuere posible practicar inspección porque para evitar perjuicios al servicio público haya sido necesario repararlas inmediatamente, se practicará inspección de las huellas u otros signos que constituyan posibles indicios de la existencia del hecho incriminado y de la antigüedad y extensión de la reparación, además de recabarse facturas u otros documentos relativos a ella y cualesquiera otras pruebas a las que se pueda tener acceso.

Artículo 180.- Para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculgado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho."

B) Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados.

Una vez turnada para su estudio y dictamen, la Iniciativa del Ejecutivo a las Comisiones citadas de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, éstas acordaron invitar a la Comisión de Derechos Humanos de la propia Cámara de Diputados a participar en su estudio, análisis y discusión, y propusieron al pleno de la Cámara de Diputados el dictamen correspondiente, con el mismo texto del proyecto presidencial en el tema que nos ocupa.

En dicho dictamen, en lo que interesa a la presente investigación, además de reiterar la necesidad de actualizar la legislación secundaria con las recientes modificaciones constitucionales, se destaca la trascendencia del contenido propuesto para el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y de esta manera apunta:

"5. Elementos del tipo y probable responsabilidad:

a) La iniciativa procura ajustarse a la nueva terminología que utilizan los artículos 16 y 19 constitucionales de 'elementos del tipo penal' y 'probable responsabilidad', en sustitución de los anteriores cuerpo del delito y presunta responsabilidad. De ahí las reformas que se sugieren para los artículos 38, 134, 157, 161, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 422, entre otros.

b) Pero aparte de la mera adecuación terminológica, resulta de gran importancia práctica el contenido que

la iniciativa le asigna al artículo 168, pues de manera muy clara señala cuáles son los elementos que integran tipo penal, así como la forma de determinar la probable responsabilidad del inculpado, para cuya acreditación se podrá hacer uso de cualquier medio probatorio.

Con relación a los 'elementos del tipo penal', debe recordarse lo señalado tanto en la exposición de motivos de la iniciativa de reformas a los artículos 16, 19, 20 y 119 constitucionales como en el dictamen respectivo que elaboraron las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia. Tanto doctrina como jurisprudencia en materia penal han tenido diversidad de criterios por lo que hace al concepto y a los elementos del "cuerpo del delito" y; no obstante que en 1983 (D.O.27/dic) fue reformado el párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales así como el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, con lo que se estableció que el cuerpo del delito se integra de los elementos del tipo penal, el problema no se aclaró mucho sobre todo para quienes aplican la ley, pues cada quien ha tenido un criterio distinto respecto de lo que es el tipo penal y de lo que son sus elementos, porque la ley no lo precisa. De ahí la importancia del nuevo contenido del artículo 168, que sirve para orientar al Ministerio Público y a la autoridad judicial, ya sea para los efectos del ejercicio de la acción penal o bien para la orden de aprehensión o los autos de formal prisión y de suje-

ción a proceso. El listado de elementos típicos destaca, por una parte, los que son constantes en todo tipo penal y, consecuentemente, que en todos los casos serán analizados, como son los señalados en las tres fracciones del párrafo primero; mientras que en el segundo párrafo se señalan aquéllos que se irán analizando según lo requiera el tipo en particular. La regulación que se propone, además de establecer mayores exigencias a los órganos del Estado, proporciona sin duda mayor seguridad jurídica.

Por lo que hace a la 'probable responsabilidad' se observa una notable diferencia con el actual párrafo tercero que propone la iniciativa determinando que: 'Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.' Lo anterior plantea una cierta secuencia en el análisis que la autoridad debe realizar; una vez afirmados los elementos del tipo penal en segundo lugar debe constatar si no existe acreditada una causa de licitud o justificación en favor del inculpado; si en este momento se determina que si opera una causa de licitud, entonces no se entrará al análisis de la 'probable' culpabilidad, pues aquélla es requisito previo de ésta. Para los efectos del ejercicio de la acción penal, de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión y de sujeción a proceso, es suficiente con que esté acreditada la probable culpabilidad del sujeto; ésta, por su parte, no se acreditará

por la mera constatación de que el sujeto tuvo participación en el hecho, como actualmente se señala, pues la forma de intervención es una cuestión que debe verse entre los elementos del tipo. Se requerirán, pues otros datos, que serán esclarecidos por la doctrina y la jurisprudencia, ya que la ley no los especifica por ahora; sin embargo, se ofrece un criterio firme para la tarea interpretativa, que sin duda será intensa."

Por su estrecha relación con el tema en estudio, y por haber sido modificado, como ya se apuntó, el artículo 122 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal en el mismo sentido que el mencionado 168, creemos pertinente por ser orientadores para el intérprete de la ley, transcribir los siguientes párrafos del aludido dictamen; que se refieren al precepto primeramente citado:

"Asimismo, se cambia el rubro del Capítulo I de la Sección Primera de dicho Título Segundo, para dar entrada a la expresión utilizada ahora por la Constitución de elementos del tipo penal; lo que lleva aparejada la modificación terminológica en diversos artículos del Código, como anteriormente se señaló. b).- Consecuentemente con lo anterior, se precisa el contenido del artículo 122, que establece por una parte, que 'el Ministerio Público integrará 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, por otra que 'la autoridad judicial a su vez examinará si ambos requisitos están

acreditados en autos', quedando claro con ello la función que este caso corresponde a cada autoridad. Asimismo, en el contenido de dicho artículo se enlistan los elementos del tipo penal, entre lo que destacan tanto los de carácter objetivo como los de índole subjetiva, tanto los descriptivos como los normativos; los que son comunes a todo tipo penal y los que se requieren según exigencias del tipo en particular. Este nuevo contenido, que sin duda es una gran importancia práctica, que orienta en forma amplia la actividad del órgano estatal y ofrece determinantes criterios de interpretación, aparte de propiciar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, redundará en beneficio de una mejor aplicación de la Ley. Se precisa, igualmente el mecanismo a seguir por el Ministerio Público y la autoridad judicial, para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, así como los datos que debe tomar en cuenta; lo que, sin duda, supera definitivamente al tradicional e inadecuado criterio que se sigue hasta ahora para la comprobación de la probable responsabilidad, dada la falta de claridad de la ley."

Durante la discusión de este dictamen en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, se cuestionó por alguno de sus integrantes (Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática y Grupo Parlamentario de Diputados Independientes), la falta de una amplia consulta con la sociedad de la reforma legislativa planteada y, por ello, propusieron su moción suspensiva para poder realizar un análisis más

puntual y preciso de la misma, no sólo por los legisladores, sino también por los sectores interesados.

La petición fue desechada por la mayoría.

El diputado Emilio Becerra González, por cuanto hace al tema que nos interesa, criticó que en el referido dictamen se reconozca que "no se puede determinar ni definir lo que es probable responsabilidad" y al respecto concluye: "nosotros tenemos que hacer una ley que sea clara, que sea entendible, que sea aceptable y que sea justa. No podemos decir que ahí otros interpreten, definan y decidan que es lo que nosotros no podemos definir y que nos comprometimos a definir,...".³⁸

Por su parte el diputado José Guadalupe Enríquez Magaña, propuso la modificación del dictamen respecto de los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales del Distrito Federal, consistentes en substituir en ambos casos la expresión inicial de: "El Ministerio Público *integrará* los elementos del tipo penal..." por la de "El Ministerio Público *acreditará* los elementos del tipo penal...", misma que fue aceptada por ese cuerpo colegiado.³⁹

El dictamen que se analiza se aprobó finalmente, por la Cámara de Diputados con la modificación propuesta, por 345 votos en pro y 27 en contra y pasó al Senado para sus efectos constitucionales.

³⁸ Diario de debates de la Cámara de Diputados, Año III, No. 26, Sesión del 20 de diciembre de 1993, p. 3483.

³⁹ Ob. cit., pp. 3500-3501.

C) Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores.

En este documento se sostiene que se trata de la reforma legal más importante promovida hasta ahora desde que los códigos correspondientes fueron aprobados en su momento, y de nueva cuenta se vuelve a destacar el necesario ajuste de las leyes secundarias a la reforma de los artículos 16 y 19 de la Constitución federal, y agrega:

"La puntual aplicación de las nuevas disposiciones sustantivas requiere de un adecuado tratamiento de las mismas en los códigos adjetivos. De ahí la importancia de la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

*Más allá de las adecuaciones terminológicas 'elementos del tipo penal' por 'cuerpo del delito' o 'dolo' y 'culpa' por 'intención' e 'imprudencia' la reforma en materia procesal implica importantes adecuaciones en materia de competencia, habida cuenta la conexidad de los delitos y las razones de seguridad que han sido analizadas previamente; las reformas en materia de averiguación previa, las cuales incluyen y determinan con precisión las funciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial; las reformas en materia de instrucción, **la cuestión de fondo relativa a los elementos del tipo cuya probable responsabilidad;** el aseguramiento de bienes; el aseguramiento del inculgado; la regulación más precisa en materia de prue-*

ba, sobreseimiento y recursos de impugnación."
*(sic)*⁴⁰

El dictamen del Senado propuso la aprobación del mismo proyecto aprobado por la colegisladora.

Durante la discusión del dictamen solamente el senador Roberto Robles Garnica se manifestó en contra, pero sin hacer alusión alguna de manera específica a los preceptos ni a los temas que son materia de esta investigación.

Hablaron en pro del dictamen los senadores Antonio Melgar Aranda y Angel Sergio Guerrero Mier, pero de igual modo ninguno de ellos hizo alusión expresa a los temas que nos ocupan. El proyecto fue aprobado en general y en lo particular por 49 votos a favor y dos en contra y se pasó al Ejecutivo de la Unión para los efectos constitucionales. Finalmente el 10 de enero de 1994 este último publica en el D.O.F., el Decreto fechado el 23 de diciembre de 1993 que, entre otros ordenamientos, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales.

D) Resumen de los motivos invocados para la reforma durante el proceso legislativo.

Los argumentos que en el proceso legislativo reseñado, pretenden justificar el nuevo contenido del artículo 168 y del capítulo "COMPROBACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y DE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL IN-

⁴⁰ Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios legislativos de la Cámara de Senadores, p. XLI.

CULPADO", del Código Federal de Procedimientos Penales se pueden resumir de la siguiente manera:

1.- La actualización terminológica del artículo 168 con los nuevos textos de los artículos 16 y 19 constitucionales, sustituyendo así las expresiones: "cuerpo del delito" y "presunta responsabilidad" por las de "elementos del tipo penal del delito" y "probable responsabilidad".

2.- Determinación de los elementos que integran el tipo penal, comprendiendo tanto los de carácter objetivo como los de índole subjetiva, descriptiva y normativa, especificando cuáles son los constantes en todo tipo y los que pudiesen eventualmente comprender algunas descripciones legales en particular, con lo que se resuelve el problema de cuales son los elementos del tipo penal.

3.- Se suprimen las llamadas reglas general y especiales, para la comprobación del "cuerpo del delito" porque producían no solamente confusión, sino impunidad por el manejo incontrolable que se hizo de parte del llamado error judicial, por lo que ahora debe emplearse la prueba conducente y útil para cada caso concreto a fin de acreditar los elementos del "tipo penal".

4.- El nuevo contenido asignado a la expresión "probable responsabilidad":

a) Ya no comprende la mera constatación de que el sujeto tuvo participación en el hecho, pues tal forma de intervención es una cuestión que debe verse entre los elementos del tipo.

b) Plantea una secuencia en el análisis que la autoridad debe realizar, pues primero se habrá de concluir que están reunidos los elementos del tipo penal, posteriormente constatar si no opera una causa de licitud o justificación a favor del inculpa-do y finalmente se entrará al estudio de la "probable culpabili-dad".

5.- Y, que la puntual aplicación de las nuevas disposi-ciones sustantivas (sin mencionar cuáles) requieren la corres-pondiente adecuación en los códigos adjetivos.

CAPÍTULO IV. LA ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL SEGÚN EL ARTÍCULO 168 VIGENTE.

El actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales preceptúa:

"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 o culposa de la acción u omisión.

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

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe

acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

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

Del contenido del precepto transcrito se pueden apreciar los siguientes apartados:

A) Enumeración de los elementos del tipo penal;

B) El contenido de la probable responsabilidad;

C) Los medios probatorios permitidos para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y

D) La obligación del Ministerio Público de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad como base del ejercicio de la acción penal, y la del juez de examinar si tal acreditación se deriva de autos.

Como es de advertirse el primer apartado de este precepto distingue entre elementos constantes o comunes a todo tipo penal y los contingentes, requeridos por ciertos tipos en particular que pueden ser fundamentales o básicos, o bien de los denominados especiales o complementados, configurándose estos últimos, precisamente mediante el agregado a los primeros de alguno o varios de estos elementos.

Dentro del primer grupo se ubican los detallados en sus tres primeras fracciones, como son: 1) La acción u omisión, 2)

La lesión al bien jurídico protegido o, la puesta en peligro a que ha sido expuesto, 3) La forma de intervención de los sujetos activos y, 4) La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

En el segundo grupo se encuentran:

1) La calidad del sujeto activo, 2) La calidad del sujeto pasivo, 3) El resultado y, 4) Su atribuibilidad a la acción u omisión, 5) El objeto material, 6) Los medios utilizados, 7) Las circunstancias de lugar, 8) Las circunstancias de tiempo, 9) Las circunstancias de ocasión, 10) Los elementos subjetivos específicos y, 11) Las demás circunstancias que la ley prevea.

1) La acción u omisión.

El Código Penal federal utiliza los vocablos *acción u omisión* en los artículos 8, 15 fracción VIII, y 52 fracción II, y en los artículos 7 y 12 emplea la palabra *acto* como sinónimo de acción, como se observa en las siguientes transcripciones:

*"7o. Delito es el **acto u omisión** que sancionan las leyes penales."*

*"12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los **actos** ejecutivos que deberían producir el resultado, u **omitiendo** los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente;"*

La doctrina mayoritariamente ha considerado que la acción y la omisión son las dos diferentes formas que puede

adoptar la conducta, entendida ésta como *comportamiento humano voluntario que se manifiesta exteriormente*.

Con lo dicho se pone de manifiesto que *la voluntariedad* es ingrediente de toda conducta, y así se desprende también del actual artículo 15 fracción I del Código sustantivo mencionado que preceptúa:

"El delito se excluye cuando: I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente."

Este contenido deriva de su última reforma operada simultáneamente con la del artículo 168 en comento. En la exposición de motivos correspondiente al respecto se lee:

*"Bajo el nuevo rubro de causas de exclusión del delito, se sugiere en el artículo 15 una nueva regulación de las actualmente llamadas 'circunstancias excluyentes de responsabilidad', observándose un orden distinto en atención a la naturaleza que a cada una de ellas corresponde, y se agregan otras causas no previstas por la actual regulación. En base a ello, se contienen en el nuevo artículo 15 causas que se refieren a la **ausencia de conducta**, atipicidad, justificación e inculpabilidad, precisándose la fórmula, requisitos y alcances de cada una de ellas."*

Fernando Gómez Mont, al justificar la reforma de la anterior fracción I, del artículo 15 del Código Penal Federal que decía: *"Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria"*, por la actual redacción ya transcrita, adujo que la noción con-

ducta no debe comprender a la inactividad como una de sus formas. El argumento utilizado en este sentido fue:

"...que la inactividad como concepto ontológico sólo se puede reflejar en la muerte, que todo acto humano implica una actividad que ya no se puede partir de que la actividad, se defina por movimiento corporal o no, hay actividad aún sin movimiento corporal, estar firme es una actividad, por ejemplo, la noción de movimiento con actividad ya no reflejaba con claridad lo que se debe entender por conducta. Por conducta entendíamos la mayoría, así se terminó afirmando al hacer voluntario... Así es porque no se podía tomar como elemento de la conducta a la omisión, por lo menos para mí, no es un aspecto de la conducta humana, para poder hablar de omisión para poder nosotros referirnos a la omisión tenemos que acudir a un concepto normativo, entonces ya no estamos hablando sólo de conducta humana, tenemos que referirnos a un aspecto normativo. Entonces ésta tiene que ser tratada en un elemento posterior de la conducta, pero no en la base de la pirámide que es la actividad humana... Para poder hablar de omisión no podemos hacerlo en la primera fase, tenemos que irnos a la segunda, el deber de hacer algo, al nivel de la tipicidad, donde venga el mandato de portarse de determinada manera, así que a los que sostenemos esta teoría, la omisión no puede tener un tratamiento pre-típico, podemos hablar de conducta sin tener que hablar de tipo pero no podemos hablar de omisión sin

*poder hablar de conducta penal, de ahí que se quitara esta diferencia entre actividad e inactividad."*⁴¹ (sic)

Los argumentos que, en síntesis invocara el entonces presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, resultan ser:

- 1º La inactividad como concepto ontológico sólo se puede reflejar en la muerte.
- 2º La omisión requiere, necesariamente, una referencia normativa.
- 3º Por tanto sólo puede ser "tratada" a nivel típico y no "pre-típico" a diferencia de la "conducta" (entendida como acción *stricto sensu*) que sí puede ser "tratada" a nivel pre-típico.

Nuestro desacuerdo, con tal punto de vista, se sustenta en lo siguiente: Por cuanto hace al primer argumento, la "inactividad" referida al tipo penal no se identifica con un "no hacer absoluto" o con un "no hacer nada", los cuales sí podrían equipararse con una cesación de la vida, sino siempre con un "no hacer *algo* contenido en la descripción legal".

En relación con las dos restantes afirmaciones (2 y 3) aún considerándolas válidas, es evidente que no conducen a la conclusión de que la noción de conducta no comprenda a la omisión.

⁴¹ Gómez Mont, Fernando, **Causas de Exclusión del delito**, Coloquio "Reformas a la Constitución y diversos ordenamientos legales en materia penal", Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, Mayo de 1994, p. 79.

A mayor abundamiento, respecto al tercer aserto cabe decir que la calificación que le da precisamente el artículo 168 en comento, a la acción *stricto sensu* como elemento del tipo (y no pre-típico) invalida, dentro del marco legal, cualquier razonamiento que de esa aseveración se pretendiese derivar para arribar a la conclusión propuesta por Gómez Mont.

En las relatadas condiciones, salta a la vista que lo dicho por el entonces legislador carece de la fuerza argumental suficiente para poner siquiera en tela de duda, la aseveración de que la omisión o "el no hacer algo", es una de las dos especies del genero conducta, y con la cual están de acuerdo incluso penalistas de diversas corrientes.⁴²

Finalmente, Gómez Mont en su ponencia más adelante admite que durante la discusión de la reforma, su postura no alcanzó el consenso deseado.⁴³ De tal suerte que en una interpretación histórica del referido artículo 15 fracción I, resulta válido considerar que ésta comprende a la ausencia de voluntad del agente referida tanto a la acción como a la omisión.

⁴² Al respecto Hans Welzel, escribe: "En realidad, acción u omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la 'conducta' susceptible de ser regida por la voluntad final", **Derecho Penal Alemán**, 11ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, p. 238.

⁴³ Tocante a ello expresó:

"... no se quiso hacer mención para llegar a un consenso en este debate, hacer mención a actividad e inactividad cuando el hecho se produzca sin la voluntad del agente, otros decíamos que cuando la actividad se produzca de manera involuntaria, pero en un consenso de llegar y no pelearse con aquellos que siguen postulando la omisión como una forma de conducta..., quedamos en poner el hecho, el hecho relevante se haga sin la intervención del agente, es decir llegamos a una especie de consenso académico que nadie perdiera, pero que se quitara un elemento muy cuestionado por alguien de los autores de la reforma." **Ob. cit.**, p. 80.

Ahora bien, de la ubicación que hace el numeral en estudio del dolo y la culpa como formas de realización de la conducta dentro del tipo penal, se colige que esta "voluntariedad" de que hablamos debemos referirla a la teoría final de la acción, pues es ésta la que sostiene tal estructuración, a diferencia de la teoría causal de la acción que sitúa al dolo y a la culpa como formas de la culpabilidad.⁴⁴

En este entendido, la mencionada voluntariedad no consiste sólo en que ese comportamiento humano se derive de una "decisión" del sujeto, es decir, únicamente como "libertad de inervación muscular en el caso de la acción y distensión muscular en el de la omisión", según la expresión utilizada por Ernst von Beling⁴⁵, sino que comprende siempre la finalidad de ese comportamiento, es decir es una "voluntad de" o una "voluntad para".

Hans Welzel creador de la teoría finalista al respecto escribe:

"La ciencia y la práctica del Derecho Penal han exigido unánimemente la 'voluntariedad' de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico-penal, sin que pueda limitarse el concepto de vo-

⁴⁴ Con nuestro punto de vista coincide el doctor Pedro Emiliano Hernández Gaona quien al referirse a las reformas y adiciones al Código Penal y a los Códigos de Procedimiento Penal y del Distrito Federal, publicadas en el D.O.F. de 10 de enero de 1994, apunta: "En dichas reformas se aprecia un cambio sustancial en la legislación mexicana debido a que su tendencia nos conduce hacia la teoría finalista." **"Ensayo de una sentencia penal a la luz de la teoría finalista."** Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1994, Edición Especial, p. 257.

⁴⁵ Beling, Ernst von, **Esquema de Derecho Penal**, 11ª Edición, 1930, traducción de Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires 1944, pp. 19-20.

luntariedad a la ejecución efectiva de una acción voluntaria, sino ha de entenderse como la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad (esto es, a través de la capacidad para un querer final)."

Y más adelante afirma:

"Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso acontecer 'final', no solamente 'causal'. La 'finalidad' o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante casual de los componentes causales existentes en cada caso.

*Por eso la finalidad es —dicho en forma gráfica— 'vidente', la causalidad, 'ciega'."*⁴⁶

⁴⁶ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11ª Edición, 4ª Edición castellana, traducción por Juan Bustos y Sergio Ramírez Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, pp. 38 a 40.

Consideramos correcta la afiliación que hace el legislador con la reforma en comento, a la teoría final de la acción, puesto que en la praxis resultaba inoperante el criterio de ubicar al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad. Con independencia de otros argumentos, basta para evidenciar lo anterior la falta de una respuesta satisfactoria al tema de la tentativa, la cual no puede ser comprendida sino como una acción dirigida a una finalidad consumativa que no pudo realizarse por causas independientes de la voluntad. Así, lo único que puede diferenciar un tipo de lesiones de un diverso de homicidio en grado de tentativa, o bien de un tipo de lesiones en grado de tentativa de otro diverso de homicidio en grado de tentativa, lo es el contenido de la dirección final que les imprime el agente.

Lo expuesto hasta aquí podemos resumirlo afirmando que la acción se traduce en un hacer algo voluntariamente; y la omisión en un dejar de hacer algo voluntariamente, y que ambas nociones se ubican dentro del concepto genérico de conducta, así como que la reforma en comento muestra una filiación de este concepto a la teoría finalista de la conducta.

De la cita que realiza el artículo 168 que se estudia, así como de los demás preceptos citados del código sustantivo se infiere que la acreditación de todo tipo penal se realiza necesariamente mediante una acción u omisión.

Ese hacer o no hacer algo voluntariamente se encuentra contenido en cada tipo penal.

Así vamos a encontrar tipos penales de acción o de omisión, según contengan una actividad o inactividad.

Por lo que se refiere a los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, consideramos que se ubican dentro de la clasificación de tipos omisivos, pues de conformidad con el segundo párrafo del artículo 7 del Código Penal, lo que se describe es la **inactividad consistente en omitir** impedir el resultado material típico producido, cuando el agente tenía el deber jurídico de evitarlo.

Ahora bien, esta acción u omisión contenida en cada tipo penal no siempre aparece de manera clara y explícita, porque en ocasiones lo que se describe de manera literal en la norma a través de un verbo transitivo lo es tanto la acción u omisión como el resultado material, que éstas (acción u omisión) producen, siendo en estos casos necesario un análisis del precepto para lograr identificar la acción u omisión típica.

Para mejor entender lo anterior, citamos como ejemplos de delitos en los que la conducta típica sí aparece claramente delimitada y explicada los siguientes:

El delito de portación de armas, previsto en el artículo 162 fracción III del Código Penal federal que reza:

"Se aplicará de seis meses a tres años de prisión o de 180 a 360 días multa y decomiso:

*III. Al que **porte un arma** de las prohibidas en el artículo 160."*

El delito contra la salud en su modalidad de posesión previsto en el artículo 195 del Código Penal:

"Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos 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."

El delito de cohecho en sus hipótesis de solicitud, recepción o aceptación de promesa, y entrega u ofrecimiento.

"ARTICULO 222. Cometén el delito de cohecho:

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

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

El delito de omisión de auxilio:

"ARTICULO 341. Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo se le impondrá de quince a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, independiente-

mente de la pena que proceda por el delito de que con el atropellamiento se cometa."

En estos casos las acciones "portar un arma", "poseer un narcótico", "solicitar o recibir dinero o cualquier dádiva", "aceptar una promesa", "dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva" y la omisión "no prestar auxilio a quien se ha atropellado" aparecen claramente descritos.

En otros delitos, empero, la situación es diversa, como son los siguientes:

"HOMICIDIO: ARTICULO 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

LESIONES: ARTICULO 288. Bajo el nombre de lesión se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

ARTICULO 289. Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del juez. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa."

Las conductas correspondientes no lo son "privar de la vida" o "lesionar" sino: toda acción idónea y suficiente para producir el resultado: muerte o cualquier alteración de la salud, u **omisión** (para el tipo legal de comisión por omisión), también suficiente para producir dichos resultados, cuando el agente tenía el deber de actuar impidiéndolos.

Esto pone de manifiesto que no siempre la acción u omisión típica, se identifican con lo que la doctrina ha denominado el "núcleo verbo del tipo" y que Alfonso Reyes Echandía explica de la siguiente manera:

*"Como quiera que desde el punto de vista gramatical la conducta típica es una oración, su contexto gira en rededor del verbo principal o único que la gobierna; por eso se le llama 'verbo rector' o 'núcleo rector del tipo'. Cuando se habla de verbo rector se requiere diferenciarlo de otros verbos o formas verbales que el legislador suele emplear al describir una determinada conducta y cuya función es accesoria."*⁴⁷

1.1) La acción u omisión en los delitos tentados.

Por cuanto hace a los delitos en grado de tentativa, consideramos que los contenidos de la acción o la omisión serán, de conformidad con el primer párrafo del artículo 12 del Código Penal, tratándose de los tipos de acción: Los movimientos corporales que se traducen en la realización en parte

⁴⁷ Reyes Echandía, Alfonso, **Derecho Penal**, Undécima Edición, Editorial Temis, S.A., 1996, p. 105.

(tentativa inacabada) o total pero insuficiente (acabada) de los actos que deberían producir el resultado (entendido éste como la acreditación de los restantes elementos) en el tipo penal (consumado) correspondiente, a grado tal que mediante ellos el agente exteriorice su resolución de cometer dicho ilícito. Y en los tipos de omisión: La inactividad parcial (tentativa inacabada) o total pero finalmente insuficiente (tentativa acabada) de los actos que debieran evitar ese resultado, a grado tal que con ellos el agente exteriorice su resolución de cometer dicho delito.

Discrepamos con Mariano Jiménez Huerta en cuanto considera a la norma que consagra la tentativa (artículo 12 del Código Penal) como un dispositivo legal *"amplificador del tipo de carácter objetivo: la base de una figura típica se ensancha y aprehende un comportamiento que, si bien se ha dirigido a la ejecución de un hecho típico, encarna un momento anterior al que la figura describe."*⁴⁸

En efecto, amplificar un tipo penal significaría que manteniendo los elementos que lo configuran se adicionan otros más, lo cual no acontece al variar un tipo penal consumado (tal y como aparece

en la parte especial del Código Penal) a uno tentado. Por el contrario, lo que acontece es que la agresión al bien jurídico en la tentativa es de menor intensidad en el delito tentado que en el consumado, y cuando este último requiere de una lesión efectiva de aquél, la tentativa se conforma con su sola puesta en peligro, por otra parte en la tentativa inacabada el

⁴⁸ Jiménez Huerta, Mariano, *Ob. cit.*, p. 263 y 264.

contenido de la acción se queda en un momento anterior a la acción del tipo penal consumado.

Sin embargo, esta relación estrecha que siempre ha de guardar el tipo penal de tentativa con respecto al tipo penal consumado, no debe impedir que se les reconozca no sólo como diferentes en atención a sus diversos contenidos, sino incluso excluyentes entre sí, es decir, si se afirma la acreditación de los elementos del tipo de un delito tentado se niega la de los elementos del tipo del delito consumado y viceversa. A pesar de que se admita, que se trata sólo de una variación de grado del delito para efectos de la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo.

1.2) La acción u omisión del autor mediato y de los sujetos activos secundarios.

Esta acción u omisión como elemento del tipo penal por imperativo de la fracción II del artículo 168 en comento "*la forma de intervención de los sujetos activos*", no está referida únicamente al autor material o sujeto activo primario (*stricto sensu*) del delito, sino que, llegado el caso debemos relacionarla con las restantes formas de intervención en términos de los artículos 13 y 14 del Código Penal, así los verbos: acordar o preparar la realización de un delito (fracción I), llevarlo a cabo sirviéndose de otro (fracción IV), determinar a otro a cometerlo (fracción V), prestarle ayuda o auxilio para su comisión o después de que lo ejecuta (fracciones VI y VII), intervenir con otros en su comisión, sin acuerdo previo y se esté ante la imposibilidad de precisar el resultado que cada quién produjo (fracción VIII), y coautoría sin haber directamente intervenido (Art. 14); deberán

ser materia de acreditación, como elemento típico: acción u omisión referida a los intervinientes mencionados, independientemente de los elementos típicos adicionales que requerirán tales formas de intervención y que precisaremos en el apartado 3.3.

Aunque es claro que deberán ser analizados en un momento posterior a la conducta principal y dentro del apartado correspondiente a "*la forma de intervención de los sujetos activos*" como elemento del tipo, toda vez que la acción u omisión de estos últimos siempre va a estar relacionada con aquella conducta. Así, por ejemplo, el establecer que se acreditó la acción del sujeto activo secundario consistente en: haber preparado el robo o que lo llevó a cabo sirviéndose de otro, o que determinó a otro a cometerlo, o que prestó ayuda o auxilio para su comisión, necesariamente presupone que ya se acreditó el apoderamiento respectivo.

Profundizaremos sobre el particular al tratar "*la forma de intervención de los sujetos activos*" como elemento del tipo.

Conforme a lo expuesto, la acreditación de esta acción u omisión, se realiza demostrando que en el mundo fáctico se ha generado:

1) Ese hacer o no hacer contenidos en el tipo, y

2) Que ha sido voluntario (derivado de una decisión del sujeto). Sin considerar por el momento la dirección o contenido de esa voluntad, lo cual se deberá hacer al examinar el elemento del tipo denominado "*la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.*"

Lo primero, se realiza necesariamente mediante la aportación de las pruebas pertinentes. No resulta ocioso señalar que a pesar de que la acreditación del no hacer "contenido en el tipo" se traduce en probar un acto negativo, ello no significa de manera alguna la imposibilidad de su demostración. En efecto, el principio "*probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat*" (la prueba le incumbe a quien afirma y no a quien niega), no debe confundirse con la supuesta imposibilidad de probar los actos negativos u omisiones.

Sobre el particular, hemos de precisar que la diferencia que advertimos entre el acreditar una acción y acreditar una omisión cualquiera es la de que, la primera nos es dable percibirla de manera directa e inmediata por medio de los sentidos, lo cual no ocurre con la omisión, que requiere se conozca previamente el contenido de la acción ordenada (y no atendida) que ínsitamente contiene toda omisión.

Presentamos el siguiente ejemplo para explicar lo dicho:

A observa en una cantina que **B** juega a las cartas con otras personas durante varias horas y que, en un momento determinado riñe y lesiona a **C** con una arma de fuego. **A** pudo advertir lo ocurrido sin que para ello le hubiese sido necesario tener conocimiento de algún otro dato, diferente a los que percibió mediante sus sentidos de la vista y del oído. Sin embargo, **A** no puede aseverar que **B** precisamente a la hora en que jugaba a los naipes **omitía** asistir a una diligencia judicial para la cual estaba legalmente citado, sin antes tener conocimiento previo de esa citación.

En los delitos de omisión impropia, se habrá de hacer referencia a la acreditación del resultado material y, en seguida, a la calidad de garante del sujeto activo (que es la relación especial en que se halla el agente respecto del bien tutelado y que hace que surja ese deber de evitación) pues la acreditación de la acción omisiva de que se habla, sólo se entiende a partir de la acreditación de ese resultado y esa calidad específica del sujeto activo, temas estos últimos que trataremos más adelante.

Por cuanto hace a la "voluntariedad", en el limitado alcance que le hemos apuntado, opera la presunción humana (admitiendo en consecuencia la prueba en contrario) de que ésta se ha generado, cuenta habida de que la vida diaria nos demuestra que "el hacer o no hacer algo", referidos a un ser humano, ordinariamente derivan de su decisión y, sólo de manera extraordinaria ésta se encuentra ausente,⁴⁹ independientemente de que esa decisión sea libre o no.

Al respecto, Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene:

"La conducta es voluntaria cuando no es un mero resultado mecánico, o sea, cuando hay una decisión por parte del sujeto. Esto es independiente de que la decisión sea formada libremente por el sujeto, o de que éste la tome motivado por coacción o circunstan-

⁴⁹ José Chiovenda, refiriéndose a las *praesumptiones hominis (o facti)* escribe: "Cuando, según la experiencia que tenemos del orden normal de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, o cuando acompaña a otro hecho, nosotros, conocida la existencia de uno de ellos, presumimos la existencia del otro. La presunción, es, pues, una convicción fundada en el orden normal de las cosas y que dura mientras no se prueba lo contrario." *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, Madrid, tomo II, p. 308.

cias extraordinarias: este es problema de culpabilidad y no de conducta, que en tal caso existirá igualmente: 'voluntad' no implica 'voluntad libre'." ⁵⁰

En tal entendido es dable afirmar que esta "voluntariedad" se presume, recurriendo al ejemplo anterior en quien: a) jala del gatillo de un revólver y b) omite realizar lo ordenado (se abstiene de acudir a la cita judicial); en la medida en que: En la primera ese movimiento ordinariamente está referido al ejercicio de la propia energía psíquica del agente como poder de impulso, y en la segunda "el hacer cualquier otra cosa" distinta a la ordenada (en el ejemplo citado: jugar naipes) que necesariamente presupone el no realizar lo ordenado, también resulta ordinariamente referido al ejercicio de su propia energía psíquica. Independientemente de que en ambos casos ese ejercicio psíquico haya sido motivado libremente o derive de una coacción.

Por consiguiente, a quien invoca algún supuesto que anule esta voluntariedad en "el hacer o no hacer algo" le corresponde demostrar su existencia.

La doctrina es unánime en admitir como tales supuestos, los siguientes: a) la fuerza física irresistible, que puede provenir de una conducta humana (*vis absoluta*) o de una fuerza de la naturaleza (*vis maior*), b) los actos reflejos, y c) los estados de inconsciencia absolutos: sueño profundo y sonambulismo.

⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1973, pp. 95-96.

Se discute si también lo son: a) los estados hipnóticos, pues hay quienes se pronuncian por considerarlos causal de exclusión de la capacidad de imputabilidad, considerando que en ellos sigue presente la base de la acción ⁵¹ y b) las acciones denominadas de "corto circuito" en las que si bien se produce la intervención del elemento voluntad, ello ocurre a una velocidad tal, que para el sujeto actuante no existe posibilidad de poner en movimiento una reacción que impida incurrir en aquella acción y, por tanto, se opina que "resulta dudoso saber si el comportamiento, en general, ha sido conducido en forma consciente o querido." ⁵²

1.3 La acreditación de la conducta típica conlleva la identidad de los sujetos activos con los inculpadados.

En el capítulo I de este trabajo apuntamos que los temas de: a) la eventual autoría mediata y participación (*stricto sensu*) y b) la identidad del autor o autores y/o partícipes con el o los inculpadados, hasta antes de la reforma en estudio, era materia que debía analizarse en el capítulo de la responsabilidad. ⁵³

La citada limitación temporal se hizo en virtud de que con motivo de la nueva redacción del artículo 168 que se co-

⁵¹ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por Juan Córdoba Roda s/f, Ediciones Ariel, Barcelona, p. 216.

⁵² Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal, Parte General*, I, traducción de la 2ª Edición alemana (1976) de Gladys Romero, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., p. 53.

⁵³ V. Supra, pp.11, 12, 19 a 24 y 41 a 55.

menta, estos temas deben ahora ser abordados en el apartado correspondiente a la acreditación de los elementos del tipo.

Ciertamente, como también ya se señaló en el capítulo III en el proceso legislativo de la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se destacó este cambio de manera expresa en el Dictamen de la Comisión Unida de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados. Por su importancia nuevamente se reproduce la parte conducente:

"Para apreciar los efectos del ejercicio de la acción penal, de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión y de sujeción a proceso, es suficiente con que esté acreditada la probable culpabilidad del sujeto; ésta, por su parte, no se acreditará por la mera constatación de que el sujeto tuvo participación en el hecho, como actualmente se señala, pues la forma de intervención es una cuestión que debe verse entre los elementos del tipo. Se requerirán, pues otros datos, que serán esclarecidos por la doctrina y la jurisprudencia, ya que la ley no los especifica por ahora; sin embargo se ofrece un criterio firme para la tarea interpretativa, que sin duda será intensa."

Además de la introducción de "La forma de intervención de los sujetos activos" como uno de los elementos del tipo penal en el citado artículo 168, el cambio en comento operó también mediante: a) La supresión del tercer párrafo del citado artículo 168 en vigor hasta el 31 de enero de 1994, que establecía:

"La presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado", e indirectamente con b) La modificación del párrafo inicial del artículo 13 del Código Penal federal, que decía: *"Son responsables del delito:"* por el de *"Son autores o partícipes del delito:"* y, c) El señalamiento en el mismo numeral vigente de: *"La realización dolosa o culposa de la acción u omisión."* También como elemento del tipo penal.

Tocante al párrafo señalado y al anterior encabezado del artículo 13 del Código Penal federal, nos remitimos a lo dicho en el Capítulo I (páginas 19 a 24 y 41 a 55), resultando evidente su relevancia en el cambio que se comenta. Al respecto Sergio García Ramírez sostiene:

"Como antes señalé, los textos legales anteriores construyeron el concepto de probable responsabilidad precisamente a partir de la norma penal que aludía en forma específica y directa al tema de la responsabilidad. A la cabeza del artículo 13 del Código Penal se decía: 'Son responsables del delito:', y en seguida aparecían los extremos de la autoría y la participación delictuosas. Por ello, pero también, obviamente, por el sentido sustancial de la responsabilidad que enuncian las normas procesales, el tercer párrafo del artículo 168 determinó que 'la presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado'. Según la reforma de 1993, el

artículo 13 no dice ya quiénes 'son responsables del delito', sino quienes son 'autores o partícipes de éste'. Ha desaparecido, pues, la liga explícita entre la 'probable responsabilidad' que aún establece el texto Constitucional, y las formas de participación delictuosa que contuvo el artículo 13 del Código Penal. Ahora bien, es evidente que el legislador reformista tiene una idea diferente de la que tuvo el legislador anterior acerca de esta cuestión".⁵⁴

Independientemente de que en el siguiente apartado se abordará el estudio del elemento del tipo penal denominado "*La realización dolosa o culposa de la acción u omisión*", salta a la vista que su inclusión en el multicitado artículo 168, tiene una importancia significativa en el tema que nos ocupa, pues como elemento subjetivo del tipo, su acreditación debe estar ya referida a una persona determinada a quien se identifica como sujeto activo (primario o secundario), pues malamente se puede afirmar que "alguien" actuó con dolo o culpa sin haber identificado precisamente al autor de ese comportamiento.

La anterior aseveración se muestra aún con más solidez en los delitos que exigen un sujeto activo con calidad específica y que sólo admiten la comisión dolosa, por ejemplo: los cometidos por servidores públicos, el de bigamia o el de incesto, pues en estos casos se debe establecer dicha calidad (la de servidor público, el de estar unido en matrimonio y la calidad de ascendiente o hermano con respecto a la persona con la que se tiene

⁵⁴ García Ramírez, Sergio, *Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal*, UNAM, Corte Constitucional de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1994, p. 17.

relación sexual, respectivamente), lo que presupone necesariamente el conocimiento de la identidad del sujeto activo; así, al motivarse la acreditación del dolo, se debe señalar, entre otras cuestiones, que el agente actuó con conocimiento de que tenía esa calidad específica.

Así se observa que el tratamiento impersonal que antes de la reforma caracterizaba a la acreditación del "cuerpo del delito", no encaja en la acreditación de los ahora llamados "elementos del tipo penal".

Roberto Hernández Martínez sostiene el mismo criterio al referirse a la fracción II del artículo 168, como sigue:

"La forma de intervención de los sujetos activos, el legislador, tomando en consideración los argumentos señalados por la moderna doctrina penal, pretendió que a nivel de tipo se estudiaran los problemas de participación a que se refiere el artículo 13 del Código Penal, obligando a las autoridades a establecer el nombre del que realizó la acción típica, criterio que difiere mucho al establecido anteriormente en la Constitución de 1917, en el modificado artículo 168 del Código Federal y en la costumbre judicial. A pesar de ser tan claro el legislador moderno, en la práctica se han presentado dos posiciones, una correcta ciñéndose al contenido de la disposición estudiando la forma de intervención del incoado y la segunda estableciendo que dicha disposición sólo obliga a señalar la conducta realizada por los inculpados, esto es si fue autor, coautor, autor mediato, instigador o cómpli-

ce, pero sin establecer el nombre del inculpado, señalándose el nombre hasta el nivel de probable responsabilidad. Dicho criterio no tiene en la actualidad sustento alguno ni de derecho sustantivo penal moderno ni de derecho adjetivo penal, ya que en la actualidad los contenidos de los conceptos de tipo y probable responsabilidad son claramente delimitados. Al señalar que sólo se establece la conducta típica se olvida el contenido de la primera fracción para el caso de los autores y al señalarlo en responsabilidad penal se olvida el contenido de la misma (antijuridicidad y culpabilidad), por lo tanto optar por este criterio sería no cumplir con la ley procesal".⁵⁵

A diferencia de lo que acontecía con la motivación de la acreditación del "*cuerpo del delito*", que hasta antes de la reforma que se analiza, se centraba en la descripción legal del delito que alude como ya se apuntó, exclusivamente a la autoría material y que omitía el tratamiento de la atribuibilidad de ésta hacia el inculpado, ahora en la acreditación de los elementos del tipo penal no sólo se debe abordar las restantes formas de participación que se desprenden del citado artículo 13, sino también la atribuibilidad de esas conductas principales y accesorias hacia los inculpados, estableciendo así la identidad de estos últimos con los sujetos activos primarios (autores) y secundarios (partícipes).

Sin embargo, la acreditación de esta atribuibilidad no se traduce en un tener que probar un dato adicional y distinto a la

⁵⁵ Hernández Martínez, Roberto, *Ob. cit.*, pp. 19-20.

conducta típica, como acontecía antes en que el apartado del cuerpo del delito se ocupaba exclusivamente de una conducta "impersonal" en tanto que no identificaba al autor de ésta con el inculpado, y era hasta el apartado de la responsabilidad en que se le atribuía a éste dicho proceder, incluso con pruebas distintas (como ya señalamos en el capítulo I de este trabajo); sino que es una sola línea probatoria la que ha de conducirnos a la demostración, tanto de la conducta típica, como de la atribución de ésta al inculpado. Independientemente de que, en algunos casos, sea dable distinguir las pruebas que pudiesen demostrar de manera impersonal la conducta típica, de aquéllos que evidencien la atribución de ésta al acusado.

Retomando el caso hipotético que nos formulamos en dicho capítulo I (apartado 2) ya no será menester primeramente demostrar que "*una persona*" ha privado de la vida a otra en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar" y después acreditar que la persona que desplegó tal conducta lo fue precisamente el inculpado, puesto que ahora la conducta típica debe ir unida a la identificación de su autor.

Esta exigencia nos parece atinada porque escindir la demostración del "hecho delictuoso" de la identificación de su autor trae las siguientes consecuencias:

1. Resulta enteramente ocioso, en una gran cantidad de delitos como son: a) Los que exigen un sujeto activo con calidades específicas, comprendiendo en ellos a los delitos de comisión por omisión (calidad de garante del sujeto activo), en los que sin estar identificado el autor difícilmente se podía afirmar que está acreditado el "cuerpo del delito", pues precisamente la

naturaleza delictiva del hecho se hace derivar de esa calidad, la cual deberá constatarse necesariamente en relación con una persona específica y, b) los delitos que por sus características presuponen necesariamente el conocimiento de la identidad del sujeto activo; por ejemplo en los delitos de abuso de confianza y fraude, el afirmar "que alguien" dispuso para sí de una cosa respecto de la cual se le había transmitido la tenencia pero no el dominio, ó "que alguien" engañando a otro o aprovechándose del error en que éste se encontraba se hizo ilícitamente de una cosa, conlleva ordinariamente el conocimiento de la identidad de los autores de esas conductas.

2. En los delitos en que sí era dable hacer esta separación, en la práctica a nada útil conducía y sí, por el contrario, hacía más engorroso y reiterativo el contenido de las resoluciones.

Por ejemplo, en un caso en que a Pedro se le atribuyese la comisión del delito de homicidio doloso en agravio de Juan, siendo el primero inocente debido a que no hubiese sido él sino Roberto quien lo privó de la vida; a nada útil conduce el que, en lugar de afirmar (en una sola línea argumental) que Pedro privó de la vida dolosamente a Juan, se sostenga primeramente que "alguien" privó de la vida a Juan, y que después se justifique que ese "alguien" fue Pedro. Si lo realmente trascendente para éste va a ser desvirtuar las pruebas que permiten atribuirle la conducta típica, pudiendo comprender inclusive tal desvirtuación, el demostrar que el homicida fue precisamente Pedro. Aún más, en el caso excepcional de que tal inocencia derivase de que Juan se hubiere suicidado, el sostener que Pedro mató dolosamente a Juan, sin haber primeramente

argumentado que a Juan "alguien" lo privó de la vida, no impide que Pedro demuestre su inocencia, probando el suicidio de Juan, es decir, que la acción típica ni siquiera se generó.

Este cambio resulta además congruente con el concepto de "injusto personal", de la teoría finalista de la acción con la que, como ya se apuntó líneas atrás, se identifica la reforma legislativa en estudio: en efecto, Hans Welzel, al respecto sostiene:

*"Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico) desligado en su contenido de la persona del autor, sino que **la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado**: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligan a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión el bien jurídico, la antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un **autor determinado**. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es "injusto personal".⁵⁶*

No compartimos, sin embargo, el criterio expuesto por Raúl González Salas-Campos, quien al referirse a la reforma en estudio considera:

"... al injusto personal como elemento del tipo penal, que acredita que realizó el comportamiento típico' (sic); para después concluir '...Si se admitiera también

⁵⁶ Welzel, Hans, Ob. cit., p. 74.

que la 'probable responsabilidad' es un elemento del tipo penal se podría resolver con mayor claridad el sentido de las figuras procesales que se desprenden de los artículos 122 y 168 de los Códigos Procesales. Según esto, el contenido de la probable responsabilidad sería considerado como un elemento del tipo penal que se refiere al sujeto activo y que se identifica con las fracciones II y a) de los artículos 122 y 168 de los Códigos Procesales, es decir se correspondería con la 'probable' coautoría o participación, o bien 'la forma de intervención de los sujetos activos'.⁵⁷

Esta posición resulta abiertamente contraria al contenido del propio artículo 168 en estudio, que distingue con claridad las nociones "elementos del tipo penal" y "probable responsabilidad", y delimita su contenido con aspectos propios y diferentes entre sí, señalando incluso de manera expresa que las causas de licitud y, por ende, el estudio de la antijuridicidad, es materia de la "probable responsabilidad".

2) La lesión del bien jurídico protegido o en su caso la puesta en peligro a que ha sido expuesto.

De la sola redacción de este elemento constante del tipo se derivan las siguientes afirmaciones:

a) Todo tipo penal tutela, cuando menos, un bien jurídico y,

⁵⁷ González Salas-Campos, Raúl, *La sustitución de las figuras procesales, 'el cuerpo del delito' y 'la presunta responsabilidad', por las de 'acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad'*, en *Anales de Jurisprudencia*, T. 223, año 6, 3ª. Época, abril, mayo, junio, 1995, pp. 172 y 176.

b) La agresión a este bien jurídico puede realizarse mediante:

b.1) Su lesión o,

b.2) En algunos casos exponiéndolo a peligro.

Por cuanto hace al primer aserto, en la práctica la identificación del bien jurídico protegido dentro del particular tipo penal con que se pretende relacionar una conducta concreta, viene a significar en algunos tipos un problema a resolver previo a la acreditación propiamente de la lesión o puesta en peligro del referido bien.

En efecto, a diferencia de lo que acontece con otros elementos cuyos contenidos expresamente aparecen descritos en el tipo, el bien jurídico que éste tutela no siempre se menciona en la redacción del tipo, supuesto en el cual se requerirá para precisar aquél de una interpretación de los elementos expresos de éste. En algunos casos, sin embargo, las denominaciones que de los delitos se hace en los diferentes títulos del Libro Segundo del Código Penal federal hacen alusión a los bienes jurídicos tutelados por los correspondientes tipos penales.⁵⁸

Dicho lo anterior, a continuación hemos de partir de una definición del concepto "bien jurídico protegido", para poste-

⁵⁸ Por ejemplo el Título Cuarto del citado libro denominado **Delitos contra la seguridad pública** comprende a los ilícitos de "Evasión de presos, quebrantamiento de sanción, los relativos a armas prohibidas, y el de asociación delictuosa", en cuyos correspondientes tipos penales no hace referencia a la seguridad pública, la cual viene a constituir evidentemente uno de los bienes jurídicos tutelados por los mencionados tipos.

riormente exponer la problemática de la acreditación de su lesión, o, en su caso puesta en peligro y, por ende, de las causas que impiden tal demostración conforme al Código sustantivo federal de la materia.

El bien jurídico referido al tipo penal es *"el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal"*.⁵⁹

Reinhart Maurach señala como bienes jurídicos de los individuos: La vida, la vida en gestación, la integridad corporal, la libertad personal, la autodeterminación sexual, el honor, la esfera de la privacidad, el derecho sobre la morada propia, así como el patrimonio en sus diversas manifestaciones; y como bienes jurídicos de la colectividad: los valores comunitarios, supra estatales, la paz interna y externa, el sentimiento de piedad, la humanidad, la obligación de ayuda al prójimo, la seguridad del tráfico jurídico, el aseguramiento ante peligros comunes, la subsistencia del estado en cuanto tal, el poder estatal en sus diferentes formas de manifestación, la administración de justicia y la pureza de la actividad funcionaria.⁶⁰

Conforme a lo expuesto se hace patente que el concepto de bien jurídico no puede concebirse prescindiendo de la consideración de su titular, lo cual tiene relevancia procesal en el tema que nos ocupa, por cuanto hace al consentimiento de éste (cuestión que más adelante se abordará) y, dicho sea de

⁵⁹ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, Editorial Trillas, 2ª Edición, 1985, p. 29.

⁶⁰ Maurach, Reinhart, *Ob. cit.*, p. 252.

paso, con el requisito de procedibilidad de la querrela, en tanto que ésta corresponde formularla al titular del referido bien.

Por lo que hace a la segunda aseveración: La agresión al bien jurídico puede realizarse mediante su lesión, o exponiéndolo al peligro; la doctrina por una parte ha considerado que en algunos tipos penales el legislador toma en consideración aquellas conductas productoras de daño para el objeto del ataque en que encarna el bien jurídico protegido y en otras simplemente la probabilidad de que dichos objetos puedan ser dañados, lo cual se traduce en una puesta en peligro del citado bien, diferenciando los tipos penales de lesión y tipos penales de peligro. Así Eduardo Novoa Monreal apunta:

"La casi totalidad de los códigos penales, permiten hallar tipos que manifestadamente deben ser clasificados como de peligro, en los que, sin embargo, la ley no menciona en la correspondiente descripción, la exigencia de peligro ni de riesgo, ni otros semejantes, sino que están contruidos a base de una indicación de hechos, situaciones o circunstancias externas generalmente creadas o aprovechadas por el sujeto activo, que en concepto del legislador envuelve el peligro para un bien jurídico digno de 'protección penal'".⁶¹

Francesco Antolisei, por su parte al referirse a la ofensa del interés protegido por el tipo apunta:

⁶¹ Novoa Monreal, Eduardo, **Algunas reflexiones sobre el delito de peligro**, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Buenos Aires, número 3, julio y septiembre de 1968, p. 10.

"Dicha ofensa puede adoptar dos formas según que el bien protegido sea lesionado en todo o en parte, o sea solamente amenazado; en otras palabras, según como se produzca un perjuicio afectivo o solamente potencial (probabilidad de daño)".⁶²

Como ejemplos de los tipos penales de lesión en nuestro Código Penal federal se pueden citar los siguientes: homicidio, lesiones, robo, fraude, violación, delitos contra el honor, difamación, calumnias, privación ilegal de la libertad, etc., y como tipos penales de peligro los delitos contra la salud, del peligro de contagio, falsificación de documentos en general, provocación de un delito o apología de éste o de algún vicio.

Para el modelo lógico del Derecho penal, la lesión del bien jurídico es elemento del tipo de consumación y la puesta en peligro de aquél es elemento del tipo de tentativa.

Así se afirma que "El tipo de tentativa se obtiene relacionando el tipo de consumación que se pretende analizar y el artículo 12 del Código Penal. La construcción se lleva a cabo, por una parte sustituyendo en el tipo de consumación y a base del artículo 12, los elementos discordantes y, por otra eliminando del mismo tipo de consumación los elementos innecesarios de acuerdo con el propio artículo 12".⁶³

Al respecto Luis Jiménez de Asúa en su conocido Tratado reseña las por él denominadas teorías materiales que ex-

⁶² Antolisei, Francesco, *Ob. cit.*, p. 142.

⁶³ Islas de González Mariscal, Olga, *Ob. cit.*, p. 50.

plican la tentativa desde la perspectiva del peligro originado al bien jurídicamente protegido, y ubica dentro de ellos a Max Ernest Mayer, A. Köhler, y a Sauer.⁶⁴

Nosotros estimamos que, siendo cierto que el tipo legal de tentativa generalmente se diferencia del tipo penal consumado en que, mientras en el primero la conducta típica se colma al provocar que el bien jurídico tutelado sea expuesto al peligro de su lesión, en el tipo consumado tal conducta debe producir la comprensión o lesión del bien jurídico referido. También existen tipos consumados en los que, como ya se apuntó, las conductas que describen no generan necesariamente la lesión del bien jurídico tutelado sino sólo su exposición al peligro, por lo que en éstos no opera el criterio diferenciador aludido. En apoyo a lo anterior, cabe citar lo expuesto por el maestro Francisco Pavón Vasconcelos al tratar el tema: *"La validez del criterio analizado ha sido puesto en duda, piénsese que si el peligro es la razón de ser de la tentativa, en los delitos de peligro la forma del delito tentado habrá de construirse con ausencia de dicha noción"*.⁶⁵

Tocante a la problemática en sí, de la acreditación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, hemos de abordarla partiendo de que cronológicamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, como es de advertirse, presupone la existencia de éste.

⁶⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, El Delito y su exteriorización, 3ª Edición, Editorial Losada, S.A., 1985, Buenos Aires, pp. 535-536.

⁶⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Breve ensayo sobre la tentativa*, Editorial Porrúa, S.A., 4ª Edición, 1989, p. 36.

En algunos tipos penales, como lo son aquellos en los que el titular del bien jurídico tutelado lo es la sociedad, verbigracia los delitos contra "la seguridad de la Nación", "la seguridad pública", "la debida administración de Justicia", etc. etc., su existencia se da por sentada en el mundo fáctico, no siendo dable admitir prueba en contrario; a diferencia de lo que acontece con otros tipos penales en los que sí se requiere acreditar la existencia del bien jurídico tutelado, como lo serían los de homicidio y robo.

Ciertamente si en el mundo fenoménico la acción del agente para privar de la vida a una persona, se perpetra sobre un cadáver, o la cosa ajena sobre la cual recayó el apoderamiento resulta ser un bien inmueble mostrenco o extraviado, se habrá de concluir en ambos casos, que la conducta desplegada por el sujeto resulta atípica en relación con los delitos de homicidio y robo respectivamente, por ausencia del bien jurídico tutelado, ya que éste en el primer ejemplo lo es la vida y en el segundo lo es el patrimonio, en la medida en que el sujeto pasivo en su carácter de tenedor o poseedor de la cosa se ve ilegítimamente desposeído de ésta.

Como es de advertirse en estos casos en los que se requiere acreditar la existencia del bien jurídicamente tutelado previamente a su lesión o puesta en peligro, tal constatación dependerá de la naturaleza y características del bien jurídico en cuestión, siendo dable mediante prueba pertinente demostrar su inexistencia, como lo serían en los ejemplos citados: el dictamen pericial que demostrara que la persona ya había fallecido antes de que el inculpado accionara un arma de fuego en dirección a su cabeza, y los testimonios de que el objeto mate-

ria del apoderamiento se encontraba extraviado o era un bien mostrenco, respectivamente; lo cual por consecuencia haría patente la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico de mérito.

Precisado lo anterior, y partiendo del supuesto de que el bien jurídico tutelado existe al desplegarse la acción u omisión típica, hemos de afirmar que ordinariamente la lesión o puesta en peligro del referido bien se genera al colmarse la conducta y, en caso de exigirlo el tipo legal: las calidades del sujeto activo o pasivo, el resultado material, los medios, los elementos temporales, espaciales o de ocasión, normativos y demás circunstancias que prevea; es decir los restantes elementos del tipo.

Lo anterior se explica en la medida en que la norma jurídico penal se estructura con un tipo legal y una punibilidad que es la conminación de privación de bienes para quien agote el comportamiento descrito en aquél, con la finalidad de lograr de esa manera la protección de determinados bienes jurídicos.

Dicho de otra manera, la realización de ese comportamiento (acción u omisión y los restantes elementos del tipo), generalmente trae consigo la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado en el tipo, precisamente porque aquéllos fueron redactados y conformados de tal modo que su realización lesionara o pusiera en peligro uno o varios bienes jurídicos.

Por cuanto hace específicamente a esta acreditación en los tipos penales de peligro, la doctrina ha diferenciado los de peligro concreto o efectivo y los de peligro presunto o abstracto.

Esta clasificación tiene relevancia en el tema que estamos tratando, pues a decir de Mariano Jiménez Huerta: *"En los primeros la realidad del peligro debe presentarse y demostrarse en cada caso enjuiciado, pues el desvalor que implica la figura típica tanto recae sobre la conducta —peligro creado— como el resultado —peligro corrido—. En los segundos, el peligro se considera abstractamente supuesto en la conducta descrita en el tipo, sin que se admita en ningún caso prueba en contrario sobre su existencia".*⁶⁶

Como ejemplo de los primeros dicho autor menciona el tipo legal previsto en el artículo 199 bis del Código Penal federal que establece: *"El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa...";* y de los segundos cita el previsto en el artículo 335 del mencionado ordenamiento que preceptúa: *"Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido."*

Respecto a los tipos legales de tentativa, consideramos que conforme a lo expuesto, se ubican dentro de la clasificación de los tipos de peligro concreto o efectivo, en donde se habrá de constatar que la acción u omisión típicas: realización parcial

⁶⁶ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., 4ª Edición, 1983, pp. 263 y 364.

o total de los actos efectivos que debieran producir el resultado, o de la omisión que debiera evitado, no alcanzado por causas ajenas al agente verdaderamente pusieron en peligro real o efectivo el bien jurídico protegido, siendo dable aportar prueba en contrario. Los casos de excepción son aquellos tipos legales de tentativa de delitos de peligro, en los que se habrá de presumir que tal acción u omisión típicas ponen en peligro el referido bien.

Parte de la doctrina afirma que el consentimiento del titular del bien jurídico impide la lesión o puesta en peligro de éste, y otro sector sostiene que en ocasiones opera como causa de atipicidad (sin precisar cual es el elemento típico cuya configuración impide), en otras como causa de justificación, y en el resto es irrelevante.

Nosotros consideramos correcta ésta última posición, que además es acorde con la actual redacción del artículo 15 del Código Penal que lo contempla como causa de ilicitud, partiendo, claro está, del supuesto de que dicho consentimiento se genera propiamente sobre *la lesión o puesta en peligro* del bien jurídico, por eso se refiere "al consentimiento del titular del bien jurídico *afectado*",⁶⁷ lo que resulta compatible con la posibilidad de que cuando ese consentimiento se otorga únicamente sobre la conducta típica (sin haberse afectado el bien), éste se erige como causal de atipicidad. Pero agregamos la precisión de que cuando el tipo penal contiene expresamente la ausencia de dicho consentimiento, mediante las expresiones "sin consenti-

⁶⁷ Fernando Gómez Mont, a quién en su carácter de legislador se le considera como uno de los autores de la citada reforma, corrobora la naturaleza del consentimiento como causal de ilicitud, *Ob. cit.*, p. 82.

miento", "sin permiso" (que vienen a configurar elementos normativos) o exija la violencia como medio de ejecución, que siendo elementos a los que se asocia la acción típica son incompatibles con el consentimiento referido; la mencionada atipicidad se generará, en primer término, por la no acreditación de estos elementos y sólo como consecuencia de ello, por no haberse producido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.

Por ejemplo, en el delito de robo de uso previsto en el artículo 380 del Código Penal que preceptúa: *"Al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla."* Salta a la vista que sí existió el consentimiento de mérito, por haber mediado un préstamo, la conducta será atípica por estar ausente el elemento normativo "sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor", y como una consecuencia de ello tampoco habrá existido lesión o puesta en peligro del patrimonio del comodante.

Finalmente se ha de agregar que discrepamos con el Modelo lógico del Derecho penal en cuanto considera al desistimiento y al arrepentimiento eficaz como aspectos negativos de la puesta en peligro del bien jurídico en los tipos legales de tentativa.

En efecto, sin que hayamos encontrado una explicación expresa de tal consideración pues al respecto sólo se afirma: *"El aspecto negativo de la puesta en peligro del bien jurídico típico deriva del desistimiento o del arrepentimiento activo y efi-*

caz" ⁶⁸, no advertimos por nuestra parte el sustento de tal aserto, y si por el contrario coincidimos con Francisco Pavón Vasconcelos cuando apoyado en Mariano Jiménez Huerta y Luis Jiménez de Asúa, asevera que:

"El arrepentimiento, como el desistimiento, motiva la atipicidad de la tentativa al estar ausente la referencia típica a la 'causa ajena' de la inconsumación del delito". ⁶⁹

Esto es, en estos casos a pesar de haber desplegado el agente total (en el caso del arrepentimiento) o parcialmente (en el caso del desistimiento) los actos ejecutivos que debieran producir el resultado típico, la atipicidad no se genera por ausencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido, pues tales actos ya resultan por si suficientes para tal efecto, sino en virtud de que no se surte la circunstancia exigida por el tipo legal de tentativa de que el impedir la consumación del delito se haya realizado por "causas ajenas" ya que en este supuesto es la voluntad libre y espontánea del propio agente la causa de la inconsumación.

3) La forma de intervención de los sujetos activos.

3.1) Alcance de esta expresión.

La expresión contenida en la fracción III del artículo 168 comprende: a) La autoría material *stricto sensu*, prevista en las

⁶⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *Ob. cit.*, p. 63.

⁶⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Ob. cit.*, p. 125.

fracciones II y III del artículo 13 del Código Penal, entendida como una forma (la principal) en que puede una persona intervenir en la comisión de un delito, y mediante la cual concretiza las conducta contenidas en: 1) las figuras delictivas de la parte especial del Código Penal, o, 2) en la figura de la tentativa (artículo 12 del mismo ordenamiento); y b) las otras formas de intervención previstas en las restantes fracciones del citado numeral y además el 14 del mismo ordenamiento.

La acreditación de dicha autoría material (realización por sí o conjunta del delito consumado o tentado) por tanto se encuentra insita en la acreditación de los restantes elementos del tipo penal (descritos en las diversas fracciones del artículo 168) cuenta habida de que esta última acreditación necesariamente se realiza mediante la intervención de una persona que concretiza las conductas típicas.

Así, las expresiones "*al que*", "*a los que*", "*a quien*", "*a quienes*", contenidas en estas figuras delictivas consumadas y "*quien*" exterioriza la resolución de cometer un delito en los términos del mencionado artículo 12, tratándose de los delitos tentados, se identifican precisamente con el autor material.

Bajo este entendido, el señalamiento como elemento del tipo de "*La forma de intervención de los sujetos activos*", en la parte en que comprende a la autoría material (sujetos activos primarios), resulta un tanto ociosa, y sólo tendrá justificación respecto a las restantes formas de intervención, es decir, la del autor mediato y la de los sujetos activos secundarios dentro de los que se considera a todos los demás intervinientes en el delito, es decir, los partícipes *stricto sensu*. Intervención que tiene

además una naturaleza eventual, en la medida en que no siempre la comisión de un delito se realiza con la intervención de personas distintas al autor material del mismo.

3.2) Reflexiones en torno a considerar "la intervención de los sujetos activos secundarios como un elemento del tipo básico ampliado".

Conforme a lo expuesto, la expresión: "*La forma de intervención de los sujetos activos*" como elemento del tipo viene a incorporar a éste todas las eventuales conductas accesorias distintas a las del autor material.

Sin embargo nos preguntamos ¿Realmente estas conductas accesorias se integran al tipo delictivo básico que contiene la conducta principal, amplificándolo, o, cada una de ellas forma un nuevo tipo delictivo sin desconocer su relación con el primero?

Para dar una respuesta a esta interrogante es menester recordar que la mayoría de la doctrina coincide en que el *tipo penal* es, ante todo, la descripción de una conducta (abstracta e impersonal) a la cual el legislador asocia una punibilidad, conformándose de esta manera la norma jurídico-penal.

Así, Eugenio Raúl Zaffaroni define al tipo penal como: "*El instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la **individualización de conductas humanas penalmente relevantes***".⁷⁰

⁷⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob. cit.*, p. 171.

Günter Stratenwerth al respecto afirma: "*El tipo penal en sentido estricto consiste en la descripción del comportamiento prohibido a que se refiere una amenaza penal.*"⁷¹

Esta noción de "tipo penal" tiene, entre otras funciones, el permitirnos arribar a otra diversa que es la "tipicidad", entendida como la correspondencia de *una conducta específica y concreta* con todos y cada a uno de los elementos de la descripción legal, y que en la teoría del delito, con la cual se identifica nuestra legislación, viene a conformar un elemento esencial de éste.⁷²

Conforme a lo dicho salta a la vista, que aun cuando un solo tipo penal puede estar referido al comportamiento de varias personas: tipos plurisubjetivos y coautoría (13 fracción III), no puede describir dos o más conductas diferentes y excluyentes entre sí respecto a una sola persona, como lo serían una principal (autoría material) y otras accesorias (formas de participación *stricto sensu*); ya que ello traería como consecuencia que el juicio de tipicidad de ambos comportamientos, a pesar de tal diferencia y exclusión (ya que se es autor material, o, se es partícipe *stricto sensu*) recaería en un mismo tipo penal, con lo cual se trastocaría la función de éste como el instrumento que, como ya se dijo, nos permite arribar a uno de los niveles de la estructura del delito: la tipicidad, puesto que cada una de estas conductas agotaría sólo parte y no todo el "tipo

⁷¹ Stratenwerth, Günter, *Ob. cit.*, p. 62.

⁷² Así, Fernando Castellanos Tena afirma: "*La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración*" y define aquélla, como "*el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley*", *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S.A., 14ª Edición, 1980, pp. 165 y 166.

penal amplificado"; amén de que la declaración de que una conducta específica y concreta encuadra en un "tipo penal amplificado" es una conclusión vaga e imprecisa ya que nada nos dice respecto a cual de las seis restantes formas de participación *stricto sensu* (fracciones I, IV, V, VI, VII y VIII del artículo 13 del Código Penal) se refiere.

Por lo anterior, no compartimos la posición de los estudiosos que, como Mariano Jiménez Huerta consideran a la norma que prevé las diferentes formas de intervención de los sujetos activos secundarios como un "dispositivo legal amplificador del tipo", ya que estimamos que cada una de estas formas de intervención viene a erigirse como un tipo penal distinto, aunque subordinado necesariamente a uno básico, inserto en la parte especial del Código Penal, que es el que describe a la conducta principal, con la cual se vincula, sin que lo anterior implique una afiliación a la concepción pluralística, en torno al concurso de personas en el delito que considera "*que se producirán tantos delitos como participantes hayan intervenido, aun cuando se encuentren unificados por una voluntad común y por el resultado*".⁷³

Cuenta habida de que precisamente en estos casos la unidad del delito se encuentra dada por la existencia de: a) una sola lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, en su caso, b) por un solo resultado material, y c) la misma dirección de voluntad de todos los sujetos activos hacia la realización del ilícito.

⁷³ Franco Guzmán, Ricardo, *El concurso de personas en el delito*, Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, julio-septiembre 1962, núm. 47, p. 402.

Conforme a lo expuesto, si en el mundo fáctico se demuestra que *Pedro* priva de la vida a *Enrique* y para ello *José* le presta auxilio, se afirmaría que respecto a *Pedro* se encuentran acreditados los elementos del *tipo penal del delito de homicidio* y que en relación con *José* están acreditados los elementos del *"tipo penal de auxilio en el (mismo) delito de homicidio"*.

Como corolario de lo expuesto en éste y los anteriores apartados propondríamos la eliminación como elemento constante del tipo penal de *"la forma de intervención de los sujetos activos"* y agregar al finalizar de describir los elementos del tipo básico, que: Cuando el inculpado tenga el carácter de sujeto activo secundario se habrán de acreditar los elementos del tipo penal correspondiente; cuyos elementos precisaremos más adelante para cada una de las formas de intervención que prevé el citado artículo 13, sin olvidar que, como ya lo dijimos, en relación con la lesión y puesta en peligro del bien jurídico y, en su caso, con el resultado material existe identidad con los tipos penales de autoría consumados y tentados respectivamente.

3.3. La problemática en la acreditación de las distintas conductas intervinientes en el delito.

Precisados los alcances de la expresión *"la forma de intervención de los sujetos activos"* como elemento del tipo penal, a continuación examinaremos los principales cuestionamientos y problemas que presenta su acreditación: a) en el campo probatorio propiamente dicho, y b) a nivel de estructura de las resoluciones ministeriales y judiciales.

Sin dejar de poner en relieve que actualmente este tema tiene trascendencia en el ámbito de la punibilidad (pues a partir del decreto de reformas y adiciones al Código Penal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984 dejó de ser uniforme para todos los intervinientes) ya que, la diferenciación de ésta se acentuó mediante el diverso decreto publicado en el multicitado diario el 10 de enero de 1994. A propósito Moisés Moreno Hernández apunta:

"Lo importante que contiene este nuevo artículo 13, es el de darle un tratamiento diferenciado a ciertas figuras de intervención en la comisión de un hecho delictivo, sobre todo porque se ha considerado, también por la doctrina, de que tales figuras merecen ser consideradas con una valoración menor a nivel del injusto y, consecuentemente, con una penalidad menor. De ahí, por tanto, que ahora para la figura de la 'complicidad', de la llamada 'complicidad correspectiva' o 'autoría indeterminada' y del 'auxilio que se presta con posterioridad a la comisión del hecho en virtud de una promesa anterior', se señala en el último párrafo del mencionado artículo una pena menor que la que corresponde al autor."

Y más adelante agrega: "Hay otro párrafo importante que se adiciona a este artículo 13, que establece que cada uno de los intervinientes en la comisión de un hecho, ya sea como autor o como partícipe, debe responder en la medida de su propia culpabilidad. Con esto se está planteando que hay que tomar en cuenta, precisamente, el criterio de la culpabilidad, de la culpabilidad de cada uno de los sujetos, para poder

*determinar la pena que habrá de imponerles, como se deriva ahora del artículo 52 del Código Penal."*⁷⁴

Con el propósito de una mejor exposición de estos temas, en seguida se transcriben los contenidos de los actuales artículos 13 y 14 del Código Penal federal que regulan estas distintas formas de intervención. Hemos de advertir que en su desarrollo no respetaremos el orden aparentemente cronológico que parece haber seguido el legislador, sino el que la doctrina mayoritaria observa en el tratamiento de estos temas (con excepción de la concertación y preparación, un tanto exclusivas de nuestra legislación), como son: autoría material, coautoría, autoría mediata, determinación y cómplicidad, ya que este orden nos permitirá hacer una exposición más sistematizada, que parte de quienes realizan de manera directa la conducta principal (autoría material y coautoría), continúa con los que la realizan por medio de otro (autoría mediata) y finaliza con los que efectúan las conductas accesorias a la principal, ordenadas éstas sí con un criterio temporal.

"Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

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

⁷⁴ Moreno Hernández, Moisés, *Reformas al Código Penal*, Revista Criminalia, año LX, No.1, enero-abril de 1994, p. 19.

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

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

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

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código".

"Artículo 14.- Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado, y algunos de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y

IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo."

Resulta necesario primeramente hacer la observación de que tanto el título: "*Personas responsables de los delitos*",

del Capítulo III del Título Primero, del Libro Primero del Código Penal, que comprende a los artículos 13 y 14 del Código Penal, como el inicio del primer numeral: "*Son autores o partícipes del delito*", podrían presuponer la existencia de un acto típico, antijurídico y culpable: el delito, al que hacen referencia.

Lo anterior amerita ser precisado, pues en relación con la primera expresión, si bien resulta cierto que para que a una persona pueda considerársele penalmente responsable de un delito se requiere necesariamente que hubiere participado en éste bajo alguna de las formas de intervención descritas en los referidos numerales, no lo es que únicamente por acreditarse esta intervención se le pueda considerar como tal, pues de conformidad con el artículo 168 en estudio sería necesario, además, demostrarse que esta conducta interviniente hubiere resultado antijurídica y culpable.

En otras palabras, se es responsable de un delito, no propiamente por haber participado en él, en algunas de las distintas formas de intervención previstas, sino porque habiendo así intervenido (tipicidad), tal conducta resultó ser antijurídica y culpable. Esta idea se complementa con lo que ya expusimos en relación con la necesidad de considerar a las diferentes conductas de los sujetos activos secundarios como tipos penales distintos, aunque subordinado a uno básico, y sin que ello importe sumarnos a la concepción pluralística en el concurso de personas.

Por otra parte, en el nivel de análisis que nos ocupa, estas distintas "*formas de intervención*" como "*elemento del tipo*" no se deben entender como algo dado, del cual se derivan

estas formas de intervención, pues tratándose de: la autoría, coautoría, y autoría mediata, son propiamente integradoras de la acción típica principal (es decir con ellas se genera) y no exactamente formas de intervención en esta última, por cuanto hace a las restantes formas de intervención accesorias, si bien presuponen la existencia de una conducta típica principal, basta como veremos en su oportunidad, que ésta resulte ser antijurídica y no necesariamente culpable.

Esta apreciación concuerda con lo que Moisés Moreno Hernández señala respecto al sentido del nuevo artículo 13:

*"...que regula lo que comúnmente se conoce como el problema de las 'personas responsables de los delitos', utiliza ahora una nomenclatura distinta en su primer párrafo al hablar de autores y partícipes, con lo que permite desde ahí **distinguir las diferentes formas de intervención en la comisión de un hecho penalmente relevante**. Es decir, al hablar ahí de 'autores' o 'partícipes', ofrece una serie de datos para efecto de determinar en los casos concretos cuándo estamos ante la figura de un 'autor', de un 'coautor' o de un 'instigador' o un 'cómplice', que ya existían desde las reformas que entraron en vigor en abril de 1984."*⁷⁵

3.3.1. Autoría material y coautoría.

Estas formas de intervención del delito se encuentran respectivamente previstas en las fracciones II y III del mencio-

⁷⁵ Moreno Hernández, Moisés, *Ob. cit.*, pp. 19-20.

nado numeral 13 y en el 14 del mismo ordenamiento, respectivamente.

Como ya lo apuntamos, la acreditación de la autoría material se encuentra insita en la demostración de los restantes elementos, en virtud de que será siempre a través del autor material o los coautores, que se colmen los contenidos de los tipos penales, tanto de la parte especial del Código como de la figura de la tentativa.

En efecto este autor material de que hablamos se identifica con el denominado por la doctrina "autor inmediato" o "directo"; es decir, el que de manera directa ejecuta la conducta delictuosa descrita en el tipo penal.

Ciertamente la afirmación de que está demostrado que "un sujeto privó dolosamente de la vida a otro" implícitamente contiene la afirmación de que una persona realizó por sí la conducta descrita en el tipo penal del delito de homicidio doloso previsto en los artículos 302 y 8 fracción I del Código Penal.

Por ello, ya señalamos en el apartado 3.1., lo ocioso que resulta considerar como elemento del tipo mediante el empleo de una expresión tan amplia como "*la forma de intervención de los sujetos activos*" a la autoría material.

En este entendido la "problemática del acreditamiento de la autoría material" se identifica con la problemática de los restantes elementos de cada tipo penal en particular, pues sólo en la medida en que se acrediten estos últimos se podrá afirmar que alguien "realizó por sí la conducta típica descrita en

aqué" y, consecuentemente, se tendrá por "acreditada la autoría material" de ese ilícito.

En este entendido, si en el ejemplo anterior se demuestra que directamente el ejecutor de la conducta típica, a pesar de que actuó con dolo, es inimputable por ser menor de edad, no por ello dejaría de haber "realizado por sí los elementos del tipo penal del delito de homicidio doloso", ni consecuentemente dejaría de tenerse por acreditada la autoría material, y sería en un nivel posterior de análisis, en el apartado de la responsabilidad, que se le declarará no culpable por su inimputabilidad. Caso contrario sería en el que no se demostrase que el actuar del agente haya sido doloso, pues en este supuesto estaría ausente uno de los elementos del tipo penal del delito referido, el dolo y, en consecuencia, tampoco aparecería acreditada la "autoría material" respectiva.

En tal entendido, esta "autoría material" en los delitos dolosos queda comprendida dentro del concepto de autor, referido a estos delitos. Así lo expuso Hans Welzel como sigue: *"...aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"* ⁷⁶ con la salvedad de que en este último concepto, también queda comprendida la "autoría mediata" de la que nos ocuparemos más adelante.

Esta autoría material es la única forma de intervención que admiten, tanto los tipos dolosos como los culposos.

⁷⁶ Welzel, Hans, *Ob. cit.*, p. 119.

Respecto a la coautoría, su contenido está delimitado por el concepto final de acción, así Hans Welzel la define de la siguiente manera:

"La coautoría es autoría; su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito."

Y, mas adelante agrega: "La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito; por eso responde también por el todo."

"Además tiene que ser coportador del dominio final del hecho."

"Siempre es coautor quien —en posesión de las cualidades personales de autor— efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común del hecho." ⁷⁷

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 129 y 132.

El creador de la teoría final de la acción ubica esta forma de intervención en el artículo 47 del anterior Código Penal alemán: "*Cuando varios ejecuten en común una acción punible, cada uno será castigado como autor.*"⁷⁸

De lo dicho podemos distinguir los siguientes supuestos de coautoría:

1. Coautoría *stricto sensu*, en la que los coautores aportan con dominio colectivo del hecho porciones pertenecientes a la acción típica, que finalmente concurren en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; verbigracia en el delito de violación, uno realiza la violencia mientras el otro impone la cópula a la víctima; en el delito de robo con violencia, uno ejerce la violencia hacia el pasivo y otro lo desapodera de sus pertenencias, o en el delito de fraude en su hipótesis de engaño, varios agentes realizan simultáneamente acciones que generan en la víctima la apreciación errónea de la realidad.

2. Coautoría por codominio funcional del hecho, en la que la aportación del hecho delictivo, sin ser una porción de la acción típica, sí resulta adecuada y esencial al hecho; por ejemplo: en el delito de homicidio, mientras uno inmoviliza al pasivo, otro lo apuñala; y en el delito de robo mientras uno de los activos se apodera de la cosa ajena, otro impide con su presencia que los ofendidos acudan a pedir auxilio.

Respecto al tema el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ha conformado la tesis jurisprudencial

⁷⁸ El Código Penal Alemán, Parte General, traducido por Marcelo Finzi y Ricardo C. Nuñez, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 72.

dencial I.1°.P.J/5 publicada en la pág. 487 en el Tomo VI, Agosto de 1997, Tribunales Colegiados de Circuito del Semanario Judicial de la Federación y cuyo texto dice:

"COAUTORIA MATERIAL. SE GENERA CUANDO EXISTE ENTRE LOS AGENTES CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO.- Aun cuando la aportación de un sujeto al hecho delictivo no pueda, formalmente, ser considerada como una porción de la acción típica sí aquella resulta adecuada y esencial al hecho de tal manera que evidencia que existió entre los agentes un reparto del dominio del hecho en la etapa de su realización (codominio funcional del hecho), tal aportación es suficiente para considerar a dicho agente coautor material del delito en términos del artículo 13, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, como ocurre en el delito de robo, cuando uno de los activos es el que se apodera materialmente de la cosa ajena, mientras otro, amén de brindarle apoyo con su presencia, impide que uno de los ofendidos acuda a solicitar auxilio."

3. Coautoría por dominio colectivo del hecho, en los delitos de resultado material sin haber sido el causante directo del mismo o existir incertidumbre al respecto.

En este supuesto quedan comprendidos los intervinientes que mediante acuerdo previo, para asegurar el éxito de su empresa criminal, actúan conjuntamente en la fase ejecutiva de un delito con resultado material, y: a) no resultan ser los cau-

santes del mismo o, b) se desconoce (por ausencia o dificultad de prueba) quién en lo particular lo originó.

Ejemplo del primer caso, lo sería el de un grupo de personas que acuerden dar muerte a otra y, para tal efecto, todas ellas disparan sus armas de fuego con ese propósito, pero sólo un disparo resulta ser el causante de la lesión mortal y, por medio de pruebas de criminalística se logra identificar al sujeto que lo realizó. En el segundo, la variante consistiría en la imposibilidad de demostrar quién realizó ese disparo en lo particular.

En este supuesto, el dominio colectivo del hecho se hace patente mediante el previo acuerdo referido y la circunstancia de que las actuaciones de todos los intervinientes estuvieron regidas directamente a lograr ese resultado, pudiendo haber sido su causa cualquiera de ellas.

Apunta en ese sentido la siguiente tesis de la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 504, de la Segunda Parte del Apéndice 1917-1985:

"RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y PARTICIPACION (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO). La responsabilidad correspectiva, prevista por el artículo 283 del Código Penal del Estado de Guerrero, existe cuando, ausente el acuerdo tácito o expreso de causar daño, se ignora concretamente quiénes produjeron las lesiones mortales y el homicidio resultante es imputable a cada uno de los agresores, debiendo sancionarse a todos con la misma pe-

*alidad atenuada; pero si, por el contrario varias personas se ponen de acuerdo para privar de la vida a un tercero, adoptando tácticas que descartan todo peligro para ellas, éstas actúan en función del propósito que fue común a todas de darle muerte al ofendido, y **entonces la conducta de los partícipes estructura coautoría**, pues la voluntad que adoptaron fue establecida en momento previo a la comisión del ilícito, lo que viene a descartar la complicidad correspondiente."*

4. Coautoría en un delito medio, por intervenir en una empresa delictiva que comprende otro diverso como delito fin, sin haber intervenido directamente en el primero.

Ejemplo de este supuesto sería el robo del dinero de la bóveda de un banco, en el que el grupo delictivo acuerda de antemano, con base a la división del trabajo, que uno de sus integrantes dé muerte a un vigilante, para facilitar su realización; el resto de los integrantes no ejecutores directos del homicidio, sino sólo del robo, serán considerados como coautores en el homicidio en virtud de haberlo querido o aceptado como propio, y servirse de él para lograr el delito fin.

5. Coautoría de un delito sin haberlo ejecutado directamente, por intervenir en una empresa delictiva, cuyo objetivo central fue la realización de otro diverso, pero que eventualmente generó el primero. Esta es una variante de la anterior, cuya diferencia estriba en que la realización del delito en el que no se interviene directamente no está preordenada, ni existe un previo acuerdo, sino que su realización es eventual, y puede

correr a cargo de cualquiera de los que tácitamente la han previsto; tal sería el caso del grupo delictivo cuya finalidad principal es apoderarse de ciertas obras de arte de un museo (robo), y convienen en ir armados para el efecto de vencer, mediante el amago, la resistencia de los vigilantes, sin acordar expresamente algo respecto a privar de la vida a alguno de ellos; sin embargo, ante la oposición persistente de uno de ellos, y no habiendo sido suficiente la referida violencia moral, uno de los activos lo priva de la vida. En la hipótesis anterior también existe un dominio colectivo del acto homicida, que se deriva de la tácita aceptación de esa colaboración eventual (aunque no hubiere sido acordada), y que cualquiera de los intervinientes en el robo pudo concretar al enfrentar la resistencia de la víctima. Esta forma de coautoría es la que consagra el citado artículo 14.

Precisamente este numeral presupone en su primer párrafo, cierta secuencia temporal y relación, entre el delito realizado por todos, que es el propósito principal de los coautores, y el "delito distinto" o "emergente", cuya realización es eventual, y tácita su aceptación (sin existir acuerdo expreso) que hace derivar la ley de cualquiera de las siguientes circunstancias previstas en ese numeral: 1. Que el nuevo delito sirva de medio adecuado para cometer el principal. 2. Que sea una consecuencia necesaria o natural de éste o de los medios concertados. 3. Que haya sabido que se iba a cometer el nuevo delito. 4. Que haya estado presente en la ejecución del nuevo delito y no haya hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

Por lo expuesto no compartimos lo dicho por Francisco González de la Vega cuando expresa que este numeral regula

"un caso de coparticipación con exceso en la ejecución por parte de uno o varios de los protagonistas" ⁷⁹, ya que precisamente las dos primeras circunstancias señaladas, que generan esta forma de coautoría, riñen con esa posibilidad, puesto que no puede sostenerse que el nuevo delito haya servido de medio para cometer el principal o que sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados, y a la vez afirmar que se trata de un "exceso" respecto de ese mismo delito, es decir el originalmente acordado y ejecutado por todos.

El citado exceso, por su naturaleza, descartaría la posibilidad de estar comprendido dentro del dolo de los no directamente intervinientes en el nuevo delito, lo cual contrariaría la siguiente tesis de la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en la página 350, del Apéndice 1917-1985, que a la letra dice:

"DELITO EMERGENTE. La figura legal conocida como 'delito emergente', a la que se refiere el artículo 10 del Código Penal de Baja California, de igual contenido al 14 de la Ley Substantiva Penal del Distrito Federal, establece como 'ratio essendi' del juicio de reproche, el dolo eventual, o bien, el de consecuencia necesaria toda vez que si el nuevo delito fuere el medio adecuado para cometer el principal, o la consecuencia natural de éste o de los medios concertados, o si se supiere con anticipación que se cometería, es claro que la previsión del legislador responsabiliza del resultado típico producido aunque no acordado, por

⁷⁹ González de la Vega, Francisco, *El Código Penal Comentado*, Editorial Porrúa S.A., 5ª. Edición, México 1981, p. 73.

haberse previsto y aceptado para el caso de que se realizará; o por ser el nuevo delito consecuencia obligada del ilícito concertado y de los medios en que se estuvo de acuerdo para realizarlo, en cuya hipótesis el resultado típico logrado era inevitable."

En este supuesto, se requerirá acreditar primeramente la realización del delito en el que intervienen todos, sin importar si lo hacen como coautores o cómplices y, después su relación con el delito emergente, en la que éste figure como delito medio, es decir que sea una consecuencia necesaria o eventual de aquél.

Y, sólo la concurrencia de estas cuatro circunstancias en sentido contrario impedirá que al agente, no directamente interviniente en el "nuevo" delito, se le considere como coautor.

6. La coautoría por colaboración alternativa, contempla a decir de Karl Heins Gösell *"...aquellos casos en los cuales existen diversas posibilidades fácticas de realización típica y en que diversos miembros del ente colectivo se hallan preparados para la ejecución de cada una de tales alternativas de realización, la que sólo tiene lugar por parte de uno de los miembros, quien llevando a la práctica una de esas alternativas ejecuta la lesión del bien jurídico."*

El tratadista alemán menciona como ejemplo el de:

"Una organización delictiva que decide asesinar al dirigente sindical G, durante un acto del 1° de mayo, para lo cual envía una persona a cada uno de los seis lugares de celebración en los cuales podría estar la

*víctima. Ocurrido el hecho en alguno de ellos, los seis encargados del asesinato son coautores, al igual que en los casos en que el comando asesino se parapeta frente a cada una de las seis puertas de acceso a una vivienda. El dominio fáctico del colectivo se deriva del hecho que la planificada lesión al bien jurídico puede ser ejecutada en cualquiera de los lugares mencionados, es decir, de la colaboración de cada uno de los encargados."*⁸⁰

La coautoría requiere, por tanto, en términos generales, que se demuestre: a) Una división del trabajo en la empresa delictiva previamente acordada o aceptada, lo cual presupone tener la representación de los elementos del tipo penal del delito, y un querer o aceptar la realización de éste (dolo) y, b) Que la tarea asignada y realizada se traduzca en una participación en el dominio colectivo del hecho o en la empresa delictiva concertada.

En los delitos de propia mano se requiere, además, que los coautores reúnan las calidades específicas del sujeto activo y la calidad de garante en los delitos de omisión impropia.

No es configurable la coautoría en los delitos culposos, de omisión simple, ni tampoco en aquellos cuya pluralidad de autores está prevista en el tipo básico, por ejemplo: asociación delictuosa, sedición, motín, etc.

⁸⁰ Maurach, Reinhart; Gösell, Karl Heins y Zipf, Heins, **Derecho Penal Parte General**, tomo II, traducción de la 7ª Edición alemana por Jorge Bofill Genzch, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 337.

3.3.2. Coautoría correspectiva.

Esta forma de intervención así denominada por nosotros, se encuentra prevista en la fracción VIII del pluricitado artículo 13: "Los que sin acuerdo previo intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo", y que la doctrina y la jurisprudencia han denominado, responsabilidad o complicidad, correspectiva o correlativa.

Estimamos que estas últimas denominaciones no son correctas, puesto que en relación con la primera, como ya apuntamos, las diferentes fracciones del citado artículo 13 describen sólo diferentes formas de intervención en una acción típica (hecho penalmente relevante), y no propiamente grados de responsabilidad de quienes actualizan con sus conductas tales intervenciones; luego entonces, si no se puede válidamente afirmar que una persona es penalmente: "responsable correspectiva o correlativamente" únicamente por haber ajustado su actuación a la citada fracción VIII en comento, tampoco es correcto denominar a esa forma de intervención como "responsabilidad correspectiva o correlativa".

Por otra parte, la denominación de "complicidad correspectiva o correlativa", nos parece incorrecta, puesto que un principio inherente a toda forma de complicidad, respecto del cual abundaremos más adelante, es que existan uno o varios autores materiales que ejecuten la conducta principal y, otro u otros que realicen las accesorias y, en el supuesto legal en estudio, precisamente por la dificultad de demostrar quién realizó aquélla, la ley considera como autores y no como cómplices, a

todos los que con su intervención no sólo pudieron realizarla, sino evidenciaron su voluntad de querer o aceptar su concreción.

Esto es, no los considera como realizadores de conductas accesorias, que probablemente ni siquiera se han generado, sino como ejecutores del hecho principal, mediante una ficción jurídica que consiste en la atribución del resultado material a todos los intervinientes como si fuera uno.

Francesco Carrara nos da noticia de los antecedentes de esta figura al referirse al caso de homicidio en riña, pero ignorándose la mano que ocasionó la lesión mortal y así apunta:

*"...la práctica ha sentido repugnancia en dejar completamente impunes a los partícipes y apoyándose en la Ley Item Mela (11), Sed Si Plures (2), Digesto, Título Ad, Legem Aquiliam (la cual por otra parte, no habla de reconocimiento de daños), reconoce culpa común en todos los participantes, pues el hecho ilícito de reñir, ha sido causa de la muerte de un hombre, sino de manera inmediata, si por lo menos de manera mediata."*⁸¹

La incorporación de esta figura al mencionado artículo 13, tuvo su origen en el citado decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, pues anteriormente sólo se encontraba prevista para los delitos de lesiones y homicidio.

⁸¹ Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen I, Editorial Temis, Santa Fe, Bogotá, 1991, p. 426.

Esta específica forma de coautoría se acredita demostrando: a) Una plural intervención de sujetos en la fase ejecutoria de la conducta típica; b) Respecto de un delito de resultado material; c) Que esa intervención sea dolosa; d) De características tales que pudiera haber sido causante directo del resultado material; e) Imposibilidad de probar quién o quiénes específicamente causaron el referido resultado material y, f) Ausencia de previo acuerdo entre los intervinientes.

Respecto de las características de la intervención del coautor correspectivo, para mejor explicarla, tomemos el caso en el que Juan, Pedro y Luis, sin previo acuerdo, accionan sus revólveres con dirección hacia una persona quien recibe sólo el impacto de un disparo, y criminalísticamente se descarta la posibilidad que el autor del mismo hubiere sido Luis, pero no Juan ni Pedro. Estos dos últimos son los únicos que podrán ser considerados como "coautores respectivos" y Luis, en todo caso, autor de tentativa de homicidio.

Si existe concierto previo entre los intervinientes, éstos responderán, como ya se apuntó en el apartado respectivo, simplemente como coautores (y no como coautores correspectivos o correlativos), correspondiéndoles la punibilidad genérica y no la "atenuada" que esta forma de intervención contempla de conformidad con el artículo 64 bis del Código Penal. Respecto de la naturaleza atenuada de esta punibilidad, resulta interesante lo observado por el propio Francesco Carrara:

"No es que se castigue menos al homicida, pues se ignora quien es, sino que se castiga más a los partí-

*cipes de la riña por ignorarse quién es el homicida; es una ampliación de rigor, no de benignidad."*⁸²

Nosotros, coincidiendo con este autor, diríamos que es una punibilidad agravada desde la óptica de que es mayor a la establecida para el delito tentado, cuya autoría es la que pudiera estar plenamente demostrada de operar esta ficción a favor del reo, en el sentido de considerar que el resultado material no se concretó, por no ser atribuible específicamente a ninguno de los que actuaron con ese propósito.

3.3.3. Autoría mediata.

Esta forma de intervención se encuentra prevista en la fracción IV del multimencionado artículo 13: *"Los que lleven a cabo el delito sirviéndose de otro"* y, como lo indica su nombre es una especie de autoría. Tal forma fue introducida mediante el referido Decreto de reformas al Código Penal, publicado en el Diario oficial de la Federación de 13 de enero de 1984.

Hans Welzel la explica de la siguiente manera:

"El autor no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no sólo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Se habla en estos casos, tradicionalmente, de autoría 'mediata' (concepto que fue creado para llenar vacíos de la punibili-

⁸² *Ibidem*, p. 428.

dad, que se habían originado en parte por el estado de la legislación y en parte a través de la dogmática). Bajo el predominio de la accesoriedad 'extrema' no era posible el castigo de la participación (instigación o complicidad) en hechos de terceras personas que actúan sin culpabilidad, de modo que sólo la transformación de esta participación en autoría 'mediata' dio lugar a una solución. Del mismo modo, según el concepto restrictivo del autor, debía circunscribirse la autoría al ejecutor inmediato, de manera que parecía, pues, necesaria la figura jurídica independiente (complementaria) de la autoría mediata, para el caso de utilización de otro hombre con el objeto de efectuar la acción típica (sea un actuante no doloso, sea uno no cualificado). Estas formas de la autoría 'mediata' pueden ser en la actualidad aprehendidas como casos de aplicación del dominio final del hecho (sea de la autoría simple o de la coautoría)." ⁸³

López Bentancourt al respecto asevera: "El autor mediato no realiza el delito directo ni personalmente, acude a otra persona extraña que utiliza como instrumento para su perpetración." ⁸⁴

Como se advierte, presupone la realización del supuesto de hecho previsto en el tipo penal del delito de que se trate (ya sea consumado o en un grado de tentativa), por una persona diversa al autor mediato. Presupuesto que, por tanto,

⁸³ Welzel, Hans, *Ob. cit.*, p. 122.

⁸⁴ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa, S.A., 1994, p. 42.

ha de demostrarse de modo pleno y, en primer lugar, en la estructura de las resoluciones.

En segundo lugar, habrá de acreditarse al menos una de las diversas circunstancias en que ese supuesto ha de ser realizado por el causante directo (intermediario), para poder ser éste considerado instrumento del autor mediato.

La doctrina, en términos generales, señala como tales circunstancias a las siguientes: ausencia de conducta, de imputabilidad o de dolo, o, licitud o inculpabilidad de la conducta.

Respecto a la ausencia de dolo, Reinhart Maurach refiere que es indiferente que el error de tipo en que pudiese incurrir el intermediario sea culposo o no, y sostiene incluso que un supuesto de autoría mediata sería la determinación dolosa de otro a un hecho culposo.⁸⁵

Tal sería el caso, citado por Ricardo Franco Guzmán como ejemplo de "participación dolosa en el delito culposo" de un grupo de sujetos que para producir graves daños a una población, se ponen a jugar baloncesto con los encargados de cerrar las compuertas de una presa, quienes sin tener la intención delictuosa causan daños en forma imprudente.⁸⁶ Sin embargo, a diferencia del catedrático universitario, consideramos que por no existir convergencia en las voluntades, a pesar de la identidad en la lesión del bien jurídico y el resultado típico, estaríamos excepcionalmente en presencia de dos delitos diferen-

⁸⁵ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, traducido por Juan Córdoba Roda s/f, Ediciones Ariel, Barcelona, pp. 322 y 314.

⁸⁶ Franco Guzmán, Ricardo, *Ob. cit.*, pp. 411 y 412.

tes: el de daño en propiedad ajena dolosa, generado por los autores mediatos y el de daño en propiedad ajena culposo, atribuible a los encargados de las compuertas.

A continuación se habrá de probar que ese causante directo, fue el medio del que se sirvió el autor mediato para la realización del delito, es decir, la específica acción que va a provocar el que aquél a su vez genere el supuesto de hecho referido.⁸⁷

En este aspecto cobra especial relevancia el dominio del hecho en la persona "del hombre de atrás" (autor mediato), sin cuya existencia no es dable afirmar que se ha generado esa relación de intermediación entre el autor mediato y el causante directo. Reinhart Maurach en esta dirección sostiene: *"Sólo quien tiene el dominio del hecho está en situación de abusar de otra persona para su ejecución."*⁸⁸

La misma expresión del texto de la ley "llevar a cabo el delito sirviéndose de otro" ya lleva insito un obrar con: a) conocimiento de que el mismo ha de significarse como el motivador para que otra persona — instrumento — lleve a cabo la realización de un delito y, b) que se quiere que así acontezca.

Esto es, la acción del autor mediato debe ser dolosa.

⁸⁷ Reinhart Maurach sostiene que la autoría mediata también es posible mediante la omisión, y cita como ejemplo el caso del enfermero que a cargo de la vigilancia de un enfermo mental peligroso, permite conscientemente que éste agreda físicamente a otro. Aunque reconoce que otros ven en este caso un supuesto de autoría directa por omisión, *Ob. cit.*, p. 327. Con esta última opinión es con la que coincidimos y por ello no admitimos la citada posibilidad.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 318.

Finalmente, como la autoría mediata es una de las formas que adopta la autoría, deben concurrir con el autor mediato las calidades específicas que eventualmente exigen algunos tipos penales para el sujeto activo primario.

3.3.4. Consideraciones generales de las conductas accesorias.

Para mejor aprehender los problemas relacionados con la acreditación de las restantes formas de intervención que describe el artículo 13 del Código Penal: acordar y preparar la realización del delito, determinar dolosamente a otro a cometerlo, prestarle auxilio dolosamente para su comisión y, auxiliar al delincuente con posterioridad a su ejecución en cumplimiento a una promesa anterior, es menester precisar los siguientes puntos:

1. Su naturaleza accesoria con respecto a las formas de intervención ya tratadas autoría y coautoría (*stricto sensu*).

2. Los requisitos mínimos que ha de satisfacer la conducta principal para ser considerada como tal, en relación con las accesorias.

3. Elementos comunes que deben reunir las conductas accesorias:

a) Contribución causal a la producción de la conducta principal.

b) Dolosa (dolo del partícipe).

Estos aspectos guardan un orden al cual se debe atender para la acreditación de estas formas de intervención, de tal suerte que la acreditación del segundo presupone la satisfacción del primero, y así sucesivamente; basta que uno de ellos no se demuestre para impedir la configuración, como accesoria, de la conducta interviniente invocada como tal.

En relación con el primer punto, la conducta accesoria, como su nombre lo indica, siempre va a estar referida a una principal, en cuya ausencia aquélla carecerá de relevancia jurídica.

Hans Welzel sobre el particular escribe: *"Toda participación está en su esencia relacionada con un hecho principal. No existe ninguna instigación o complicidad 'en sí' sino solamente una instigación o complicidad al hecho: es la llamada accesoriadad de la participación."*⁸⁹

Así, a pesar de que en el mundo fáctico alguien: 1)Acuerde o 2) Prepare la realización de una conducta típica y antijurídica⁹⁰, 3) Induzca a otro a cometerla, 4) Lo auxilie durante su comisión, o 5) Después de su ejecución; si esa conducta principal no se genera (tratándose únicamente de las tres primeras formas de intervención) o surtiéndose, no es dolosa (requisito que a continuación precisaremos), tampoco es dable afirmar que se ha generado alguna de las formas de intervención accesorias referidas, siendo en este sentido que opera la

⁸⁹ Welzel, Hans, **Derecho Penal, Parte General**, Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1956, traducción del alemán de Carlos Fontán Balestra, p. 118.

⁹⁰ Decimos conducta principal, típica y antijurídica, y no delito, en concordancia con lo que ya expusimos al final del apartado 3.3 y con lo que adelante agregaremos.

regla de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" y que esa conducta principal típica (dolosa) y antijurídica se erige como un presupuesto para la acreditación de cualquiera de las formas de intervención accesorias.

Por cuanto hace al siguiente punto: Los requisitos mínimos que ha de satisfacer esta conducta principal, para ser considerada como presupuesto de las accesorias, como ya se dijo, resultan ser los siguientes: 1) típica, 2) dolosa y 3) antijurídica. Esta tipicidad exige que el hecho principal colme, de conformidad con el artículo 168 en estudio, algún tipo penal de los delitos contenidos en la parte especial del Código, o cuando menos de un delito en grado de tentativa (artículo 12 del Código Penal).

Günter Stratenwerth respecto a esto último afirma: *"El hecho principal con el que colabora el partícipe debe haber alcanzado, además, un determinado grado de realización, precisamente aquel con el que da comienzo lo ilícito jurídico-penalmente relevante."*⁹¹

Relacionado con este requisito encontramos el problema de la "participación en cadena" que es la participación en una acción del partícipe, y que en la doctrina comprende: inducción a inducir, inducción a la complicidad, complicidad en la inducción, y complicidad en la complicidad, y se admite que el número de eslabones se puede a la vez multiplicar. La doctrina alemana, apoyada en jurisprudencia del Tribunal Imperial, sostuvo que estas conductas no representan mayor problema *"...dado que toda acción que realiza un aporte en este sentido*

⁹¹ Stratenwerth, Günter, Ob. cit., p. 261.

(inducir otro a la instigación o a la complicidad, así como colaborar tanto en una como en la otra forma), provoca la decisión del hecho o facilita su ejecución,..”⁹² y, consecuentemente, se le deberá considerar a su ejecutante como inductor o cómplice respectivamente. Esto es, el punto de referencia final sigue siendo el hecho principal del autor, y no una conducta de participación, la cual sólo debe ser considerada en estos casos como un paso intermedio.

Por cuanto hace al siguiente requisito, la tipicidad de esta conducta principal ha de comprender una acción necesariamente dolosa por parte de su autor, esto significa conforme a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 9° del Código Penal que debe querer o aceptar la realización del hecho descrito por la ley, previa cabal representación del mismo.

Esta exigencia deriva fundamentalmente de parte de la doctrina y la jurisprudencia, no así directamente de la Ley.⁹³

En efecto, compartimos la opinión de aquellos estudiosos que rechazan la posibilidad de que se generen conductas accesorias respecto de una conducta principal, culposa.

En atención fundamentalmente a que toda forma de participación (*stricto sensu*), como veremos más adelante apoyados en la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, presu-

⁹² *Ibidem*, p. 286.

⁹³ Como acontece en el nuevo texto del Código Penal alemán en vigor a partir del año de 1975, al respecto Hans Heinrich Jescheck apunta: "En el ámbito de la participación el nuevo derecho aclaró, ante todo, que el hecho principal debe cometerse dolosamente (párrafos 26 y 27)". *Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, traducción por Conrado A. Finzi, p. 62.

pone una convergencia de voluntades referidas a la realización del delito, y ésta resulta imposible en el supuesto en examen, de conformidad con el segundo párrafo del citado artículo 9° que dice: *"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."*

Este proceder por definición, excluye la voluntad respecto al resultado producido.

Así opina Pavón Vasconcelos quien apunta: *"Sin discusión alguna, el delito culposo excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no existe intención delictiva, ya por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sobrevendría."*⁹⁴

Este mismo autor, en respuesta a los que pretenden sostener la participación del delito culposo, con el argumento de que la referida convergencia de voluntades se genera en el hecho imprudente que produce el resultado típico, contesta pulcramente lo siguiente: *"La convergencia de voluntades se limita, en el delito culposo, a la realización de las acciones particulares para un fin común, pero ello no implica **conocimiento de que en los propios actos se contribuya a la ejecución del***

⁹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 11ª Edición, Editorial, Porrúa, S.A., 1994, p. 446.

delito y por ende no puede hablarse con propiedad de una participación o concurso culposo en el delito culposo." ⁹⁵

También el creador de la teoría de la acción final estima, en los siguientes términos, exigible una conducta dolosa en el hecho principal:

"Aunque la accesoriedad limitada no exige un hecho principal culpable, presupone, sin embargo, un hecho principal antijurídico doloso. Esto se demuestra claramente en los delitos especiales; la obtención maliciosa de una sentencia que no esté de acuerdo con los hechos, no es complicidad, menos aún 'instigación' al prevaricato 'no doloso' (&336). Ésta sería una 'construcción jurídica' entendido esto último en mal sentido completamente ajena a la realidad, que es una estafa procesal. Inducir dolosamente a la confección dolosa de un documento falso, no es 'instigación' o 'complicidad' del & 348, sino que es penado, con razón, en el & 271, como delito autónomo. Quien induce al juramento falso no doloso, no comete 'instigación' al 'perjurio', sino, igualmente, un delito especial de acuerdo con el & 160. Pero, independientemente de los delitos especiales, la aceptación de una 'instigación' al hecho principal no doloso, conduciría a la subversión completa de la situación real y a representaciones completamente distintas de las que tiene la conciencia popular. En el ejemplo del médico, de la p. 106, el médico es el autor principal,

⁹⁵ *Ibidem*, p. 546.

no la enfermera; él no ha 'instigado' a la enfermera al homicidio culposo (¡que representación equivocada!), ni ha instigado a la desprevénida al 'asesinato', sino que es el asesino (como autor mediato). Solamente ésta es la apreciación del hecho de acuerdo con la realidad y con la conciencia de la generalidad.

Pero también la aceptación de una **complicidad** al hecho principal no doloso subvertiría la situación real. Esto demuestran igualmente los ejemplos ya citados de los delitos especiales. Independiente de ello, quien **a sabiendas** ayuda a un actuante no doloso es autor mediato, pues él tiene el dominio final del hecho sobre el resultado, porque él aprovecha dolosamente la no dolosidad del intermediario para lograr la producción del resultado, y sería impropio penarlo solamente por complicidad." ⁹⁶

No desconocemos lo argüido por diversos autores, que sostienen la posibilidad de la participación (*stricto sensu*) en el delito culposo, entre ellos, Luis Jiménez de Asúa⁹⁷, Mariano Jiménez Huerta⁹⁸, Sebastián Soler⁹⁹, Ricardo Franco Guzmán¹⁰⁰, José Arturo González Quintanilla¹⁰¹; sin embargo consideramos que ninguno de sus respetables razonamientos in-

⁹⁶ Welzel, Hans, *Ob. cit.*, p. 119 y 120.

⁹⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal*, Editorial Hermes, S.A., 1996, 1ª. Edición, p. 505.

⁹⁸ Jiménez Huerta, Mariano, *Ob. cit.*, pp. 423-425.

⁹⁹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, 5ª. Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 315.

¹⁰⁰ Franco Guzmán, Ricardo, *Ob. cit.*, p. 411.

¹⁰¹ González Quintanilla, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Editorial Porrúa, S.A., 2ª Edición, pp. 404-405.g

validan lo ya expuesto, y sí por el contrario riñen con las tesis jurisprudenciales relativas a la exigencia de una convergencia de voluntades en torno a la realización del ilícito, para la configuración de la participación (*stricto sensu*) hoy por hoy vigentes en nuestro marco jurídico.

Resulta interesante destacar en este tópico, lo expuesto por Enrique Gimbernat Ordeig como una de las repercusiones de adoptar en la legislación la tesis de la acción final, en sustitución del sistema causalista, y que, según su opinión, desemboca en términos tan radicales que en un mismo supuesto se habría que declarar la impunidad conforme a la primera y la punición con apoyo al segundo.

Se refiere al caso de los delitos especiales propios, en el Derecho español: bigamia y revelación de secretos por funcionarios públicos. Y al efecto señala:

"Imaginemos que A convence a B, casado, de que su matrimonio anterior es nulo y que, por consiguiente nada le impide que contraiga nuevo matrimonio con la mujer C. O imaginemos que A, que en realidad no tiene noticias de ellos, hace creer al funcionario B que conoce determinadas materias reservadas; B inicia así una conversación sobre esos secretos, sin darse cuenta que de esta manera los está revelando por primera vez a A.

En estos dos supuestos, para la teoría tradicional es factible fundamentar la responsabilidad de A. Para el finalismo, en cambio, esa responsabilidad no puede existir en ningún caso. La participación delictiva (esto

es: la responsabilidad en concepto de inductor, coautor ejecutivo, cooperador necesario o cómplice) es punible en cuanto —y porque— supone la contribución a un delito cometido por el autor principal. Qué características generales (antijuricidad, culpabilidad) deben concurrir en el hecho principal para que puedan entrar en juego la responsabilidad por participación delictiva es un discutido problema: el de la accesoriedad. Pero existe unanimidad en — y es evidente— que lo que comete el autor principal debe **ser por lo menos típico**: si la acción que éste ejecuta no está si quiera prevista en el CP, entonces no puede haber responsabilidad alguna en los que contribuyen a que tenga lugar un hecho jurídicopenalmente atípico.

Volviendo a nuestros dos ejemplos. Como para el finalismo el dolo es un elemento de todos los tipos dolosos, el que contrae segundo matrimonio creyendo —sin ser cierto— que su anterior matrimonio es nulo, no actúa dolosamente y, por ello, tampoco típicamente, en la realidad, pues, no ha tenido lugar el tipo de la bigamia. Por el mismo motivo, el funcionario que sin saberlo, revela los secretos de que tiene conocimiento por razón de su oficio, tampoco realiza para el finalismo —por faltar el dolo— el tipo del artículo 367. Y si no hay tipicidad, falta la base para construir una responsabilidad por participación.

A otros resultados **podría** llegar la doctrina tradicional. Para ella el que falte el dolo en un comportamiento de revelación de secretos no afecta a la tipici-

dad, sino a la culpabilidad de la acción típicamente antijurídica. Aun sin dolo, pues, existe un hecho principal típico del cual poder derivar la responsabilidad del inductor.

*El problema se plantea en estos términos tan radicales de punición o impunidad precisamente en los delitos especiales propios. Pues en otras clases de delitos la responsabilidad del que engaña al ejecutor directo puede fundamentar, fuera del campo de la participación acudiendo a la figura del autor mediato. En los delitos especiales propios ello no es posible. Pues el causante del engaño no puede responder como autor mediato de un delito del artículo 367 (o de bigamia) por no ser él funcionario (o el casado que contrae nuevo matrimonio); y un delito común que se corresponda con el tipo especial y en el que podría subsumirse su conducta —en calidad de autor mediato— tampoco existe. Por consiguiente, la alternativa es: O el que provoca el engaño responde como partícipe de una violación de secretos o de una bigamia (solución que sólo puede admitirse sobre la base de una teoría causalista del delito), o no existe responsabilidad penal (tesis a la que se ve obligado a acudir el finalismo)."*¹⁰²

No coincidimos con el anterior planteamiento, cuenta habida de que en nuestra opinión lo determinante para la resolución de estos casos no lo es la distinta ubicación que ambas

¹⁰² Gimbernat Ordeig, Enrique, *El Sistema del Derecho Penal en la actualidad*, Separata del Anuario de Ciencia Jurídica de España 1-1971-2, pp. 3-4.

corrientes le dan al dolo del autor principal, sino la ausencia de éste. Ciertamente para la doctrina finalista esta ausencia motivará la atipicidad de la conducta principal y, a partir de ese momento, se descarta toda posibilidad de participación en relación con ella. Sin embargo, para el sistema tradicional (causalista), a pesar de ser típica tal conducta (e inclusive antijurídica), no dejaría, por ello, de ser no dolosa (verificándose tal ausencia como una de las formas de culpabilidad) y, en este entendido de cualquier manera tal ausencia anularía el surgimiento de cualquier conducta accesoria. Es decir, no habría justificación para darle un diferente tratamiento al mismo caso, pues la exigencia de que hablamos de una acción dolosa en el hecho principal, finalmente es con total independencia de la ubicación que se le dé al dolo conforme a las referidas corrientes.

Por el momento basta señalar lo anterior, en el entendido que la problemática de su acreditación quedará comprendida cuando examinemos *"la realización dolosa de la acción u omisión"* como elemento del tipo.

La conducta principal, además de típica y dolosa, requiere ser antijurídica. Esta exigencia es invocada de manera mayoritaria por la doctrina, bajo el siguiente argumento: *"Queda impune quien coopera en un hecho justificado, porque es un contrasentido hablar de participación criminal en un hecho lícito."* ¹⁰³

De esta suerte, y a reserva de profundizar sobre el particular al tratar el tema de la responsabilidad penal, hemos de

¹⁰³ Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, tomo II, 2ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 451-452.

señalar que la manera de acreditar esta "antijuricidad" es a través de la no constatación de alguna causa de licitud (fracciones III, IV, V y VI del artículo 15 del Código Penal).

Hemos de señalar finalmente, que atendiendo al estado actual que guarda la discusión de este tópico en la doctrina, y a lo dispuesto por el penúltimo párrafo del citado artículo 13: "*Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.*" No se requiere que el autor de la conducta principal haya actuado culpablemente. Es decir, a diferencia de lo que acontece con la antijuricidad, es perfectamente válida la participación en el hecho de un autor no culpable. Con lo anterior dejamos manifestada nuestra adhesión a la denominada por la doctrina accesoriadad limitada, que exige que la realización del tipo por el autor sea antijurídica a diferencia de la accesoriadad mínima que requiere únicamente que el autor haya concretado el tipo legal, y de la extrema que exige además que haya actuado culpablemente. Pasando a los elementos comunes que han de tener estas conductas accesorias, para considerarlas acreditadas, tenemos en primer término que han de significarse:

a) Como una contribución causal a la producción de la conducta principal.

La problemática que encierra el determinar los criterios mediante los cuales se ha de estimar si una conducta debe ser considerada como causa de otra, no es pacífica y, al respecto, encontramos numerosas teorías ¹⁰⁴, no obstante estimamos

¹⁰⁴ Sobre el tema puede consultarse la obra de HART y HONORE, *Causation in the law*, Oxford, 1959.

que en la especie el problema se reduce porque esta contribución causal no se agota con una relación natural o física de causa-efecto, o, de aporte de una condición a lo causado, sino que en un extremo debe tener una dirección específica que es la de motivar o colaborar (según sea la específica forma de intervención accesoria de que se trate), con la conducta principal y, en el otro, conforme a lo que hemos venido exponiendo, debe estar caracterizada por la ausencia del dominio final del hecho principal, que es exclusivo de las formas de autoría dolosa. Y son estas dos limitantes, las que permitirán determinar en cada caso concreto si la conducta que se invoca como accesoria ha o no contribuido causalmente como tal con el hecho principal. Lo anterior a reserva de abundar sobre este tema al analizar en particular cada una de las conductas accesorias.

Relacionado con este punto y como un dato común a todas las formas de intervención accesorias, se ha de agregar que tanto la doctrina, casi unánime, como los precedentes de nuestro más alto tribunal no admiten la posibilidad de la figura de la tentativa en la participación.

Francesco Carrara ya sostenía:

*"Es esencial a la **complicidad** que el hecho constitutivo de la misma haya tenido **eficiencia** sobre el delito principal, en cuya responsabilidad se quiere comprender el autor de aquélla. Es esencial a la **tentativa**, que el hecho al cual se aplique la noción de ella, **no haya tenido eficiencia** bastante para producir el fin deseado. Ambas proposiciones apodícticas com-*

*binadas muestran la repugnancia ontológica de una tentativa de complicidad."*¹⁰⁵

Y, en el mismo sentido es de citarse la tesis de la otrora

Primera Sala visible en la página 1771 Tomo XXXIV, de la Quinta Epoca del Semanario Judicial de la Federación, que a la letra dice:

"COMPLICIDAD. Aun cuando la complicidad se caracteriza por una cooperación no esencial para la comisión del delito, ya que sin ella éste puede realizarse, y que sólo tiende a facilitar la ejecución del acto criminal, es de todo punto necesario para que exista ese grado de responsabilidad penal, que los hechos ejecutados por el cómplice, constituyan propiamente una cooperación y no que permanezcan en la esfera de simples intentos fracasados; pues la ley no castiga la simple intención."

El otro elemento común de las conductas accesorias, lo es:

b) El dolo del partícipe.

Este dolo, así denominado por la jurisprudencia, consiste en la representación que el sujeto activo secundario debe tener respecto a que con su conducta ha de motivar o colaborar con el hecho principal, sin mediar error alguno respecto a la

¹⁰⁵ Carrara Francesco, *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad*, vertido al castellano por Vicente Romero Girón, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1926, 2ª Edición, corregida y aumentada, pp. 293-294.

apreciación de este último, y, que quiere o acepta, que así acontezca. Este elemento, aunado al dolo del autor principal, viene a configurar un nexo psíquico entre este último y el partícipe, mediante la convergencia de sus voluntades hacia la realización de la conducta principal típica (dolosa) y antijurídica.

En efecto, como ya lo habíamos apuntado al tratar la exigencia de una acción dolosa en el hecho principal, la convergencia de voluntades hacia la realización del injusto es un requisito para la integración de la participación (*stricto sensu*); esto es, no basta que el autor del hecho principal actúe dolosamente o que el partícipe lo haga (aisladamente considerados); es menester que exista en ambos una identidad en el propósito o aceptación y conocimiento para su realización, lo cual presupone necesariamente la concurrencia de voluntades en esa dirección. Y, si bien una de las formas en que se puede poner de manifiesto este nexo psíquico es la existencia de un acuerdo o concierto previo o concomitante entre los partícipes y el autor material; en determinadas conductas accesorias, como veremos, no se requiere necesariamente tal acuerdo y bastará con la voluntad del partícipe de cooperar al hecho típico, doloso y antijurídico del autor principal.

Reinhart Maurach sostiene que es suficiente el dolo eventual para configurar el dolo del partícipe; sin embargo aclara que "*...no cabe pasar por alto que el dolo eventual sólo se refiere a la **determinación** del otro y a su **favorecimiento** (A expone a B en forma tentadora la fácil posibilidad de un robo con fractura y acepta que B cometa el hecho: inducción). Al contrario, en **aquellos tipos particulares** que exigen una forma de dolo más estricta que el dolo eventual, ésta debe **concu-***

rrir en el autor principal y su concurrencia debe ser conocida por el partícipe." ¹⁰⁶

El requerimiento de la voluntad del partícipe de cooperar en el delito se justifica ampliamente, pues como dice Antolisei: "*Los efectos de las acciones humanas son innumerables y a menudo se entrecruzan, concurriendo a determinar los mismos resultados.*" ¹⁰⁷ ; a lo que nosotros agregaríamos: se hayan desplegado con o sin dolo.

La exigencia de este dolo del partícipe la encontramos de manera expresa en dos de las cinco conductas intervinientes accesorias: "Los que determinen *dolosamente* a otro a cometerlo" y "Los que *dolosamente* presten ayuda o auxilien a otro a su comisión", y las restantes: acordar, y preparar su realización, y auxilio posterior a su ejecución en cumplimiento de una promesa anterior al delito, conllevan implícitamente tal exigencia como lo veremos al abordar en particular el estudio de cada una de ellas.

El requerimiento del "dolo del partícipe" trae como consecuencia el rechazo a la posibilidad de la participación culposa en un hecho ajeno.

Estos dos elementos comunes de todas las conductas accesorias: contribución causal al hecho principal y "dolo del partícipe", derivan, como hemos visto, de gran parte de la doctrina, pero también de la jurisprudencia hoy por hoy vigente de nuestro más alto tribunal, como lo demuestran las siguientes

¹⁰⁶ Maurach, Reinhart, *Ob. cit.*, p. 359.

¹⁰⁷ Antolisei, Francesco, *Ob. cit.*, p. 402.

tesis de la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visibles en las páginas 134, 63 y 64 del Tomo II del último Apéndice cuyo texto es el siguiente:

"PARTICIPACION DELICTUOSA. El concurso eventual de agentes en el delito requiere no sólo de la participación material en la acción típica, bien realizando la propia acción en unión de otras personas o auxiliando en alguna forma su realización, sino además la existencia de un propósito común consciente ejecutado en forma voluntaria, con el cual se liga el acto de partícipe, cualquiera que sea su calidad, con el del autor material."

"COPARTICIPACION, EXISTENCIA DE LA. Para fijar la coparticipación delictuosa es necesario encontrar no sólo el lazo de unión entre los diversos delincuentes en su actividad externa, sino en el propósito y en el consentimiento de cada uno para la comisión del delito."

Y la tesis que obra en la página 73, del Volumen 151-156; Segunda Parte, de la Séptima Epoca del Semanario Judicial de la Federación que a la letra dice:

"PARTICIPACION NOCION DE LA. A fin de que la participación deba tenerse en cuenta, hay que partir de la noción de autor material, que es quien realiza la parte principal o sea la conducta básica y fundamental que 'colma' el tipo penal, y a partir de dicho concepto surgen las demás conductas cooperantes, ligadas íntimamente a la conducta fundamental. Ahora

bien, para que las conductas cooperantes tengan trascendencia a la luz del Código Penal, deben estar vinculadas de tal manera que, sin su existencia, no se hubiese producido el resultado final, comisión del ilícito, lo que significa que tales conductas deben guardar con el resultado típico una relación de causa a efecto, necesaria para que el delito tenga realidad jurídica. Además, la participación puede ser contemplada como una conducta necesaria que complementa la conducta principal del autor material y ambas conductas deben estar vinculadas, en virtud de la conexión psíquica entre los partícipes y el autor material; sin esta vinculación no puede existir participación, pues no se daría el 'dolo de participantes'."

La problemática específica de la acreditación de este "dolo del partícipe", a reserva de formular algunos comentarios al estudiar cada una de las conductas accesorias, quedará también comprendida en el tema de *la realización dolosa de la acción u omisión* como elemento del tipo. Basta por el momento señalar su exigencia como uno de varios elementos, que deben reunir las formas de intervención accesorias para su cabal acreditación.

3.3.5. Los que acuerden su realización.

De entre las diversas acepciones del verbo "acordar", dos son las que en este tema nos interesan: a) Tomar alguien

una decisión y b) Llegar a una resolución común varias personas.¹⁰⁸

Sólo la segunda acepción tiene una justificación suficiente dentro del sistema de la autoría y participación del delito, regulado por el artículo 13 del Código Penal, como a continuación se demostrará.

Primeramente, es oportuno precisar que esta forma de intervención no se puede referir a la decisión unitaria del autor material, ni al acuerdo existente entre los coautores para la realización del ilícito, ni al del autor material con su cómplice, respecto a la conducta cooperante de éste, ni al eventual acuerdo entre el autor mediato y el ejecutor material del ilícito, puesto que una interpretación sistemática *prima face* del citado artículo 13, que obliga a interpretar sus distintas fracciones de manera tal que se coordinen entre sí, nos llevaría a la consideración de tener por excluidos estos supuestos por encontrarse tal decisión y acuerdo implícitamente contenidos en las fracciones II, III, IV, V, VI y VII del mencionado numeral.

Asimismo, es menester hacer hincapié, como ya se apuntó, que siendo una forma de intervención de carácter accesorio, requerirá que sea a la vez causa eficiente de la realización del delito acordado, y consumado o, cuando menos, tentado (artículo 12 del Código Penal).

Precisado lo anterior, es dable afirmar que en relación con la primera acepción del vocablo "acordar", no se concibe que la decisión de alguien de realizar un delito (sin ser el autor

¹⁰⁸ Diccionario Enciclopédico, Ediciones Grijalbo, S.A., tomo I, p. 24.

material, o mediato, ni habiendo determinado a otro a cometerlo), pueda significarse como causa eficiente del mismo, ya que esa mera determinación, por sí sola, no puede tener tal efecto.

Respecto al segundo significado del mencionado verbo, un examen superficial de algunos supuestos nos podría llevar erróneamente, a encontrar la justificación de esta forma de intervención. Como sería el caso de una persona respecto de la cual se afirmase que, sin haber sido autor material, ni coautor, ni autor mediato del delito, su actuación se hubiere limitado a resolver con otras su realización, pero sin intervenir en la fase ejecutiva, ni determinar al autor material, en virtud de que tal determinación la hubiere realizado un tercero, habiendo tenido tal acuerdo una eficacia causal en esa realización, por ser en observancia del mismo que dicho tercero procedió a determinar al autor material.

Sin embargo, si hemos de admitir en tal supuesto que el determinador actuó acatando o cumpliendo tal acuerdo, también tendremos que aceptar que la decisión de los acordantes a su vez lo determinó a él en su proceder y, en esta virtud, deberá considerarse a todos los resolutores como determinadores del autor material, pues finalmente su resolución, que llevaba implícita la determinación del tercero, tuvo precisamente ese efecto, sin que importe que haya sido por interpósita persona (tercero), tal y como ya se expuso líneas atrás al comentar el tópico de la participación en cadena.

No obstante lo dicho, tomando en cuenta que a veces es deficiente la preparación y actuación del órgano investigador, creemos conveniente que subsista esta forma de interven-

ción para comprender todos los casos en los que aparezca demostrado que tal acuerdo se significó como una causa eficiente para la realización del ilícito y: a) pudiere existir dificultad probatoria para tener como autor mediato, coautor o determinador a uno o a varios de los resolutores, como sería cuando no se lograra vincular directamente a éstos con el autor material, desconociéndose en consecuencia cuál de estas formas de intervención se generó, lo que no resulta extraordinario en la práctica, o, b) el Ministerio Público no adecua correctamente, en alguna de estas formas de intervención, la conducta del agente, pero sí invoca el referido acuerdo.

En virtud de lo anterior no coincidimos del todo con Olga Islas de González Mariscal cuando afirma "*...que esta forma de intervención es vacía e inaplicable.*"¹⁰⁹

Finalmente, salta a la vista que quien acuerda con otros la realización de una determinada conducta, tiene necesariamente una representación de ésta y quiere o acepta tal realización. Si tal acuerdo se toma bajo una falsa apreciación, ello en todo caso incidirá en la realización de lo acordado, pero no podrá llevarnos a la conclusión de que esto último fue lo que decidieron aquéllos.

Por tanto, "el acordar la realización de un delito" presupone necesariamente tener una cabal representación de los elementos del tipo penal en cuestión, ya que cualquier error que se tenga respecto de los mismos se traducirá en haber acordado la realización de una conducta diversa a la del delito de mérito.

¹⁰⁹ Islas de González Mariscal, Olga, *Ob. cit.*, p. 31.

Consecuentemente, esta forma de intervención, como ya lo dijimos, implícitamente exige un actuar doloso.

3.3.6. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo.

Esta forma de intervención accesoria se encuentra prevista en la fracción V del artículo 13 del Código penal, y en la doctrina se le conoce como autoría intelectual, inducción o instigación.

A partir de la reforma de dicho numeral operada mediante decreto del 31 de diciembre de 1945, quedó comprendida en la primera hipótesis de la fracción II del mismo numeral que decía: "Los que inducen o compelen a otro a cometerlos." Posteriormente, a través del diverso decreto del 29 de diciembre de 1983 se contempló en la fracción V del mismo numeral, de la siguiente manera: "Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo", y el multicitado decreto de reformas publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994, sólo cambió la expresión "intencionalmente" por "dolosamente".

Es manifiesta la similitud de esta forma de intervención con la prevista por el Código Alemán en el parágrafo 26: *"Será castigado como instigador, a la par de un autor, el que dolosamente haya determinado a un tercero para que cometa con dolo un hecho antijurídico."*¹¹⁰

¹¹⁰ Jeschek, Heinrich Hans, *Ob. cit.*, p. 89.

La acepción del verbo "determinar" que aquí nos interesa es la de "hacer tomar una resolución".¹¹¹

Esta influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona, ha de ser de tal naturaleza que haga nacer la resolución en el inducido, de realizar con dominio del hecho la lesión típica de un bien jurídico. Dominio del cual carece el inductor, como lo afirma López Betancourt.¹¹²

La otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunció en este sentido con la siguiente tesis visible en la página 32 del Informe de 1987:

"PARTICIPACION POR INDUCCION. INEXISTENCIA DE LA.- Para considerar a un sujeto como inductor, debe existir como requisito sine qua non la determinación, es decir la actividad del instigador debe ser tal que mueva la voluntad del ejecutor determinándolo de manera directa a la realización del hecho punible, por la orden dada al respecto, y si el acusado no hizo surgir en el autor material, la resolución de cometer el ilícito porque este ya estaba resuelto a ejecutarlo, y tan es así que había dado comienzo a su realización, al inferirle a la víctima el primer disparo, resulta evidente que no indujo al sujeto pasivo a la realización del injusto, porque aún cuando posteriormente el inculpado haya expresado la frase si le vas a dar, dale rápido y vámonos, no fue su exteriorización verbal la

¹¹¹ Diccionario del Español Moderno, Alonso Martín, Ediciones Aguilar, S.A., 5ª Edición.

¹¹² López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, 5ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1997.

que determinó al autor a matar, pues ya estaba decidido a delinquir. La doctrina ha considerado, como formas de instigación, entre otras: a): El mandato, que opera cuando se encarga a otro la ejecución del delito; b): La orden cuando el mandato lo impone el superior al inferior con abuso de autoridad; c): La coacción, que es el mandato apoyado en la amenaza; d): El consejo, originado cuando la instigación que se hace a un sujeto, para inducirlo a cometer un delito, es para la exclusiva autoridad y provecho del instigador; y, e): La asociación, pacto realizado entre varias personas para consumar un delito para utilidad común o respectiva de todos los asociados. Ahora bien, de acuerdo a lo apreciado por el Tribunal responsable, en la especie la forma de instigación más viable sería la que opera en vía de consejo, más no puede ubicarse al quejoso en tal situación, porque la frase que pronunció no fue determinante en la resolución del autor material del homicidio."

No es obstáculo para la integración de la inducción que el inducido ya se hubiese encontrado propenso al hecho, siempre y cuando la acción del inductor se traduzca en el impulso decisivo para que tomara la decisión.

Esta forma de intervención se exterioriza necesariamente mediante una comunicación oral o escrita, directa o a través de una tercera persona mediante la cual el inductor transmite al inducido la acción idónea que ha de mover su voluntad y que, en todo caso, deberá ser materia de acreditamiento.

Los medios por los cuales se ha de efectuar la determinación pueden ser cualesquiera, pues nuestra ley, a diferencia de otras, no los enuncia ni ejemplifica, siendo evidente que aquellos que anulen la libertad de decidir no podrán ser considerados como tales, en virtud de que la resolución a que ha de arribar el inducido de cometer el delito presupone una decisión libre, al menos de una coacción irresistible. Amén que de existir esta última, quien la ejerciere sería considerado autor mediato por inculpabilidad del autor material, como ya lo apuntamos en el apartado correspondiente.

La doctrina ha señalado como medios de inducción: el mandato, la orden, el consejo, la exhortación, las dádivas, la promesa y la amenaza, siempre y cuando, se insiste, no anule esa libertad de elección.

La contribución causal de esta forma de intervención a la producción de la conducta principal se manifiesta cuando se advierte que la decisión del autor de esta última para actuar en esa dirección se ha generado precisamente con motivo de la acción inductora.

La inducción presupone además, que el inducido sea imputable, en términos de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal a *contrario sensu*, es decir, que tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico y de conducirse de acuerdo a esa comprensión, pues de no serlo tampoco sería dable afirmar que su acción delictiva hubiere estado precedida de una resolución en esa dirección. Y, como ya se dijo en el apartado respectivo, aquél sería considerado como un

mero instrumento del "inductor", a quien se le estimaría también autor mediato.

En relación con el dolo del inductor debemos referirlo a su propia actuación y al hecho principal. Con respecto al primero, consiste en conocer que su acción se ha de significar como motivadora de la decisión del autor que comete el hecho delictivo y en querer o aceptar que así acontezca y, en relación con el segundo, se traduce en querer o aceptar su realización, previa cabal representación del mismo.

Por la propia naturaleza de la acción: *inducir a otro a delinquir*, consideramos que su acreditamiento lleva generalmente implícita, la demostración de que tal proceder fue doloso en los términos apuntados.

En consecuencia creemos que la única circunstancia anulatoria de ese dolo, son los casos de error sobre alguno de los elementos esenciales del tipo penal del delito inducido, cuya demostración estará a cargo de quien los invoca.

Un ejemplo de estos casos sería el siguiente: A quien ignora que el perro que lo molesta con sus aullidos tiene dueño, induce a B para que lo mate, acción que éste cumple con conocimiento de esa pertenencia y creyendo que también A lo sabe.

Reinhart Maurach, también menciona como causa excluyente del dolo del inductor, la falta de "voluntad de consumación de la lesión típica del bien jurídico" o de voluntad del resultado y así afirma:

*"El dolo del inductor presume la voluntad de la consumación típica del bien jurídico del autor principal (llamada voluntad de consumación del inductor). Por ello, no es inductor quien no quiera la lesión típica del bien jurídico. "*¹¹³

Nosotros discrepamos de tal opinión en virtud de que semánticamente consideramos un contrasentido afirmar que alguien pueda determinar a otro a tomar una resolución de realizar una conducta (sin mediar error de apreciación respecto de esta) y a la vez, no quiera ni acepte que esta última se genere.

Por otra parte, si conforme al desarrollo del tema de las conductas accesorias que hemos hecho (apartado 3.3.4.) es jurídicamente configurable la inducción mediante la realización por el inducido de un delito en grado de tentativa, no advertimos el porqué el eventual propósito del inductor de sólo poner en peligro, más no lesionar el bien jurídico, elimine el "dolo del inductor".

Un ejemplo de lo anterior sería el que A queriendo tener el reconocimiento y la gratitud de B, idea aparecer como la persona que impide que alguien consuma un delito en su perjuicio, e induce a C, por conducto de terceras personas, a tomar la determinación de delinquir contra B; dándole seguimiento a la misma y que C exterioriza mediante actos ejecutivos (tentativa punible) que son interrumpidos "oportunamente" por A para evitar la consumación del ilícito.

¹¹³ Maurach, Reinhart, Ob. cit., p. 371-372.

La validez de nuestra conclusión incluso se hace más evidente, si resulta infructuosa la intervención del inductor y el delito se realiza.

Por tanto concluimos que la mera intención del inductor de que no se consuma el ilícito (pero que sí alcance un grado tentado) no puede anular el dolo de que hablamos, pues esa intención no debe necesariamente estar dirigida a dicha consumación, salvo, claro está, cuando el tipo penal del delito de mérito no admita el grado de tentativa. Pero este último supuesto, por las razones ya apuntadas, únicamente lo consideramos viable cuando media error respecto a los elementos esenciales del delito inducido, circunstancia excluyente que ya apuntamos; más no cuando deriva de la mera falta de voluntad de consumación del delito, teniendo la cabal representación de éste.

Lo dicho no es incongruente con lo sostenido en el apartado anterior, por cuanto hace a la exigencia del nexo psíquico que debe existir entre el partícipe y el autor principal, cuenta habida de que esa convergencia de voluntades en la realización del delito, no abarca su consumación cuando en éste es configurable la tentativa, sino que en tales casos basta que haya coincidencia con respecto a la agresión del bien jurídico sin importar la divergencia en su intensidad.

Maurach invoca en su argumentación la problemática del llamado *agent provocateur*, en la que se discute si es subsumible en la forma de intervención que nos ocupa, la conducta del que motiva a otro a un hecho delictivo con la finalidad de capturarlo en zona punible (cuando menos en delito tentado) y

entregarlo a la justicia; la solución no ha sido unánime y en la actualidad se discute enérgicamente.

Hay quienes consideran, como Maurach, que en los casos en que el agente provocador exhorta a la comisión de un delito con el firme propósito de no permitir su consumación estaría ausente la voluntad del resultado y, por ende, el dolo del inductor. Nosotros por las mismas razones que acabamos de apuntar, discrepamos de esta posición y creemos que la solución de impunidad al "inductor" en los ejemplos por él citados no se debe buscar forzosamente en esa ausencia de voluntad de consumación o del resultado del inductor, sino que se encuentra en un momento anterior: la atipicidad del hecho principal.

En efecto, en estos casos no existe siquiera la voluntad de agredir en cualquier forma el bien jurídico tutelado; sin embargo, precisamente por las circunstancias en que el inducido lleva a cabo su acción, como en los mencionados ejemplos, lo son: a) la utilización de medios inidóneos (en lugar de una droga se entrega una sustancia de apariencia similar), b) el consentimiento del propietario de la cosa en el robo; en el caso del detective que actúa de acuerdo con éste e induce al autor a apoderarse de ella, o, c) la venta del estupefaciente por el inducido con la finalidad de lograr su decomiso. Tampoco sería dable afirmar que se ha configurado por parte del inductor un hecho típico, cuenta habida de que no habría lesión ni puesta en peligro del bien jurídico y, en el segundo, además estaría ausente la falta del consentimiento del tenedor de la cosa.

En las relatadas circunstancias y precisamente por el orden en que se deben abordar estos temas, al que ya nos referimos en el apartado 3.3.4, en el cual señalamos que antes de analizar si un concreto proceder reúne los elementos estructurales de la forma de intervención accesoria a la que se pretende subsumir, es menester verificar si la conducta principal resulta típica y antijurídica; sería ocioso disertar en estos casos sobre la ausencia de dolo del inductor.

Cabe aclarar que es indiscutible que sí será subsumible en la forma de intervención en estudio, la conducta del agente provocador policial que acepta la consumación de un hecho irreparable (se lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado), con el fin de entregar al autor a la justicia penal, sin que sea dable siquiera invocar a su favor la causal de justificación: cumplimiento de un deber, ya que la consumación de un delito nunca puede quedar comprendida dentro de las obligaciones de un policía.

Finalmente se ha de apuntar que si bien, como ya señalamos, no es jurídicamente configurable la tentativa de la inducción, mediante el artículo 209 del Código Penal se erige como tipo autónomo la mera provocación pública de un delito, siempre y cuando éste no se ejecute, en el cual podrían quedar subsumidas las conductas de inducción infructuosas dirigidas a un grupo de personas individualmente determinadas (que no motivaron que sus destinatarios tomaran la resolución de cometer el delito), o bien que habiendo tenido eficacia, dicha resolución no se hubiere exteriorizado por cualquier motivo ajeno a la voluntad del inducido.

3.3.7. Los que preparen su realización.

Esta forma de intervención, nos dice Jiménez Huerta, está referida a "...aquellos individuos que han participado en la causación de un delito, o que han cooperado a la misma mediante su personal conducta, tendiente a preludear su sucesiva ejecución por obra del sujeto activo primario."¹¹⁴

Estas conductas preparatorias quedan enmarcadas dentro del concepto doctrinario de la "complicidad" que comprende todo auxilio o cooperación dolosa en el injusto doloso de otro.¹¹⁵ Pero circunscritas a las que se realizaron con anterioridad al comienzo de la ejecución de este último.

Tales conductas pueden ser de índole psíquica o física: la primera está referida al cómo, cuándo y dónde se ha de realizar el delito; la segunda consiste en los actos u omisiones tendientes a que el autor material o coautores puedan realizar, o bien realizar en mejores condiciones la conducta principal.

Respecto a la eficacia causal de los actos preparatorios es oportuno traer a colación los significados gramaticales del verbo preparar: "Disponer algo para un fin. Prevenir para una acción. Disponerse para ejecutar algo."¹¹⁶

Sin embargo, no basta que con su acción el cómplice haya dispuesto algo para la realización del delito, sino se re-

¹¹⁴ Jiménez Huerta, Mariano, *La Tipicidad*, Editorial Porrúa, S.A., 1955, p. 191.

¹¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob. cit.*, p. 667.

¹¹⁶ Alonso, Martín, *Diccionario del Español Moderno*, 5ª Edición, Ediciones Aguilar, S.A.

quiere que tal acción realmente haya sido utilizada por el autor principal, al ejecutar aquél.

Reinhart Maurach, cita una resolución del Tribunal Imperial alemán, en la que se sostiene que aun cuando la preparación física, como lo es un medio técnico puesto por el cómplice a disposición del autor principal, no sea utilizada por éste puede subsistir una complicidad intelectual exitosa, si contribuyó a la convicción del autor principal, acerca de la ejecutabilidad de su propósito delictivo.¹¹⁷

Esta preparación, como ya se apuntó, debe realizarse de manera dolosa, es decir, que quien expone las ideas o planes (preparación psíquica) o realiza las acciones u omisiones (preparación física), lo haga conociendo que con tal proceder contribuirá a la realización de un delito y, además, quiera o acepte que su conducta sirva a ese fin.

Lo anterior, sin embargo, no presupone necesariamente un acuerdo expreso o tácito entre el autor material o coautores y el "preparador". En efecto, como ya lo dijimos en el apartado 3.3.4., esa convergencia de voluntades del autor principal y del partícipe hacia la realización del injusto (que requiere la configuración de cualquier forma de participación stricto sensu), no exige en todas las conductas accesorias que se acredite mediante dicho acuerdo. Tales son los casos del partícipe que prepara (físicamente) el delito y del que presta auxilio durante su ejecución; forma de intervención esta última que analizaremos en el siguiente apartado.

¹¹⁷ Maurach, Reinhart, *Ob. cit.*, p. 378.

Como ejemplo del primero encontramos el citado por Mario Alberto Torres López:

*"A sabe que B quiere entrar a robar en la casa de C; A es sirviente de C y deja sin seguro las puertas y ventanas de la casa a fin de que B pueda entrar fácilmente. A está preparando el delito que va a cometer B; la conducta de A es anterior a la ejecución. En este tipo de casos, no es necesario que el sujeto activo primario conozca la preparación: en el caso citado, es indiferente que B haya conocido o no la preparación que efectuó A, y basta sólo con que B hubiera entrado por unas de las puertas o ventanas que dolosamente A no aseguró."*¹¹⁸

Por lo expuesto, discrepamos de los criterios de la otra Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a continuación se exponen y mencionan al citado acuerdo como requisito *sine qua non* para la configuración de toda forma de intervención accesoria.

"PARTICIPACION DELICTIVA Y ACUERDO DE LOS SUJETOS. El presupuesto de la coparticipación delictiva es que los diversos sujetos actúan con cooperación consciente y querida, o sea que la culpabilidad abarca la conciencia de la cooperación en la obra conjunta y por consiguiente del acuerdo recíproco; este acuerdo puede surgir antes de dar comienzo a la

¹¹⁸ Torres López, Mario Alberto, *La participación en la doctrina y en la legislación penal*, Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de la República, No. 7 vol. II, julio-agosto 1980, p. 85.

ejecución del hecho delictuoso o durante la misma ejecución y en esas condiciones la parte que cada autor consciente realiza, constituye la parte de un todo que es el delito, y, por tanto, no responde solamente del resultado de su conducta concreta, sino del delito considerado unitariamente."

Tesis Jurisprudencial 235, Tomo II, Apéndice de 1995, página 134.

"COPARTICIPACION DELICTUOSA. Si no está probado que el acusado haya prestado auxilio o cooperación, a sabiendas de que con ello favorecía la ejecución de un delito, y que tal auxilio o cooperación fué proporcionado por concierto previo con el ejecutor, no llega a comprobarse la coparticipación."

Semanario Judicial de la Federación, 6ª. Epoca, volumen LXXIX, página 15.

En las relatadas circunstancias se concluye que, si bien la acreditación de la existencia de un acuerdo entre el auxiliador y el autor material, pone en evidencia el "dolo del partícipe", este concierto no es un requisito *sine qua non* para demostrar su existencia, toda vez que la voluntad de cooperar con el ilícito puede existir, y de hecho generarse tal cooperación sin que el autor material tenga conocimiento de la misma.

En apoyo a lo dicho Reinhart Maurach asevera:

"El necesario contacto entre inductor y autor principal, requerido para la inducción, sólo es exigible en el ca-

so de la complicidad psíquica; sólo éste presupone el conocimiento del autor principal en el acto de complicidad; al contrario, la complicidad técnica puede ser prestada exitosamente, aun cuando el autor principal nada sepa del apoyo que se le ha prestado." ¹¹⁹

El referido "dolo del partícipe" en la forma de intervención que analizamos no se generará cuando el "preparador" desconoce que con su acción colabora preparando la realización del ilícito.

Por otra parte es preciso distinguir en esta forma de intervención, la naturaleza de los actos preparatorios, pues como ya lo hemos visto al tratar la coautoría, el propio Hans Welzel, apunta que cuando quien los realiza es a la vez "coportador de la decisión común del hecho" se le debe considerar coautor por su intervención en

el dominio colectivo del hecho. Tampoco habrá "preparación", sino inducción, cuando la acción preparatoria (dar un consejo), provoca en el autor principal la resolución a la comisión de la lesión típica del bien jurídico.

3.3.8. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su consumación.

Esta forma de intervención, prevista en la fracción VI del multicitado artículo 13, se ubica dentro de la institución jurídica de la complicidad (a la que ya nos referimos en el apartado anterior), con exclusión de: a) los actos preparatorios propia-

¹¹⁹ Maurach, Reinhart, Ob. cit., p. 382.

mente dichos, b) todo auxilio prestado con posterioridad a la ejecución del delito. Lo anterior en virtud de las diversas formas de intervención reguladas en las fracciones I y VII del referido numeral, y los tipos penales previstos en el artículo 400 fracciones II y III del Código Penal.

Consideramos que los verbos ayudar o auxiliar son empleados por el legislador como sinónimos y no como dos diferentes formas de intervención. Veamos su significado. Ayudar: Prestar auxilio, socorrer. Hacer un esfuerzo por el logro de algo. Auxiliar: Dar auxilio. Auxilio; Ayuda o socorro.¹²⁰

La conducta de complicidad puede ser también de índole psíquica o física y, esta última admite su configuración mediante la omisión, pero en tal caso se requerirá acreditar la específica calidad de garante del cómplice. En este sentido se pronunció la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, con la siguiente tesis, visible en la página 37 del volumen 91-96 de la Séptima Epoca, Segunda Parte que a la letra dice:

"PARTICIPACION POR OMISION. La participación por omisión se da cuando el sujeto está en el deber jurídico de actuar y contradiciendo tal deber hace posible la comisión del delito, y está poniendo culpablemente una condición para la producción de la lesión jurídica que la ley ha erigido en tipo. Si bien es cierto la participación es generalmente activa (en el sentido que se da al término en la problemática de la acción), puede ser también omisiva, cuando se está en el deber jurídico de actuar y no se actúa; como

¹²⁰ Alonso, Martín, Ob. cit., pp. 129-132.

ocurre en el caso de que exista el auxilio prestado por el sujeto activo, 'que brindaba en su calidad de jefe de la policía para que los delincuentes actuaran libremente' en la comisión del delito, del cual debe el activo ser considerado como responsable."

Este criterio se aplicó en la sentencia absolutoria que se dictó al señor Vicente Mayoral Valenzuela en la causa 44/94, que se siguió en el entonces Juzgado Primero de Distrito en el Estado de México como probable responsable del delito de homicidio en grado de participación, en su especie de "ayudar" o "auxiliar a otro en su comisión", en agravio del licenciado Luis Donald Colosio Murrieta. Dicho fallo fue confirmado por el Primer Tribunal Unitario del Segundo Circuito.

En su parte conducente se lee:

"Ahora bien, de la acreditación del hecho de que VICENTE MAYORAL VALENZUELA no impidió el paso frente a "el clavadista" en los términos reseñados no se sigue que esta "inactividad" resulte típica, puesto que si bien se acepta que la conducta de auxilio o ayuda puede configurarse mediante omisión, un presupuesto para que esta tenga relevancia jurídica, es la de que el agente tenga a su cargo el deber jurídico de actuar, para evitar el resultado prohibido por la ley, circunstancia del agente que la doctrina ha denominado "calidad de garante" lo que, en la especie se traduce en la exigencia de que VICENTE MAYORAL VALENZUELA tuviese con el Licenciado LUIS DONALDO COLOSIO MURRIETA una relación de ca-

racterísticas tales que por ella hubiese estado jurídicamente obligado a evitar la posición final del "clavadorista."

Y más adelante se concluye que la referida calidad específica no se demostró.

Respecto al tema de la contribución causal de los actos de auxilio que nos ocupan encontramos dos diferentes criterios de nuestro más alto Tribunal. Uno que acoge la teoría de la *conditio sine qua non*, el cual exige que la conducta cooperante debe estar vinculada a tal grado con el delito al cual se asocia, que de no existir aquélla éste no se hubiere producido.¹²¹

Y el otro, que admite que la mera acción de "favorecer" o "facilitar" la ejecución del delito es suficiente para configurar la complicidad.

En este sentido, es de citarse la tesis cuya voz es "*Complicidad*", ya transcrita en el apartado 3.3.4 en la parte conducente que dice: "*Aun cuando la complicidad se caracteriza por una cooperación no esencial para la comisión del delito, ya que sin ella éste puede realizarse, y que sólo tiende a facilitar la ejecución del acto criminal,...*" visible en la página 1771, del Tomo XXXIV de la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación.

Consideramos que este último criterio es el correcto, cuenta habida de que el primero, que vendría a identificarse

¹²¹ Este criterio aparece en la tesis cuyo rubro es "PARTICIPACION NOCION DE LA", visible en la página 73, Volumen 151-156, Segunda Parte, de la Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación ya transcrita en el apartado 3.3.4., p. 165.

con lo que en algunas legislaciones se conoce como "complicidad primaria", presupondría un dominio del hecho al realizar el "cómplice" un aporte sin el cual no hubiere podido cometerse el delito, lo que significa que habría estado en posibilidad de interrumpir o dejar correr la realización del resultado final y, consecuentemente, quedaría comprendido conforme a lo que ya hemos expuesto, dentro de la forma de intervención denominada coautoría. Con la salvedad de que esta última no se generaría tratándose de delitos propios en los que el cómplice no tuviere la calidad específica del sujeto activo; supuesto en el que sí se surtiría tal "complicidad primaria".

Por tanto, la "contribución causal" del auxiliador debe considerarse acreditada mediante el solo favorecimiento de la acción principal, esto es, que aún suprimiéndose esa conducta cooperante, el delito seguramente se hubiere realizado, aunque en circunstancias menos favorables o simplemente diferentes.

En este sentido se pronuncia Marco Antonio Díaz de León al comentar la referida fracción VI del artículo 13 en los siguientes términos: *"Tal ayuda caracterizante de la complicidad, es ayuda no indispensable o cuando menos no necesaria para cometerse el delito, o sea, sólo es un auxilio anterior o concomitante al hecho, cuya omisión no habría impedido la realización del delito más o menos en las mismas circunstancias."*¹²²

Mariano Jiménez Huerta explica con singular maestría el procedimiento para llegar a considerar que una determinada

¹²² Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal federal con comentarios*, Editorial Porrúa, 2ª Edición, 1997, p. 29.

conducta se ha significado como auxiliadora de la acción típica (dolosa) y antijurídica de otro, de la siguiente manera: "... a través de un juicio de relación con la concreta figura típica a cuya producción tienden (las conductas de auxilio) y de un examen individualizador de su potencialidad fenoménica para facilitar la lesión del bien jurídico protegido." ¹²³

Respecto al cómo se habrá de acreditar el "dolo del partícipe", en esta particular forma de intervención, hemos de señalar que en ocasiones la misma acción favorecedora refleja por sí la voluntad de colaborar con la conducta principal, de tal suerte que en estos casos demostrada tal acción, lo estará también aquél, salvo, claro está, prueba en contrario.

Ejemplo de lo anterior sería, el del cómplice que da la voz de alarma a quienes están cometiendo un delito de que se aproxima la policía, con la finalidad de que no sean sorprendidos y detenidos por ésta.

De igual manera todo auxilio psíquico intelectual, como podrían ser los consejos, asesoría jurídica relativa a la ejecución más adecuada del hecho punible, etc., presupone por su naturaleza generalmente la voluntad del auxiliador de cooperar en la realización de este último.

En los casos restantes en los que las acciones favorecedoras no llevan implícito ese "dolo del partícipe", como serían el prestar el arma que utiliza el homicida o la escalera con la que el ladrón penetra en casa ajena, o bloquear la circulación de vehículos impidiendo la llegada de la policía al lugar donde

¹²³ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Ob. cit., p. 416.

se está cometiendo un delito, etc., etc.; se requerirá además el acreditar que su autor las llevó a cabo, con conocimiento de que estaba colaborando a la realización de dichos ilícitos, y que quiso o aceptó que así aconteciera; correspondiéndole al órgano de acusación la carga de la prueba.

Este dolo puede demostrarse mediante la confesión del cómplice, la imputación del autor material cuando existió un previo acuerdo entre ambos para la realización del ilícito o, de un tercero que presencié tal concierto o tuvo conocimiento de la voluntad de cooperar del partícipe.

Sin embargo, ante la ausencia de esos medios de prueba cobra especial relevancia la prueba presuntiva o circunstancial, la cual habrá de ser aplicada con escrupuloso cuidado, y observando las directrices de nuestra jurisprudencia sobre el particular.

Al respecto es de citarse la siguiente tesis que ilustra con singular claridad la forma en que ha de procederse, visible en la página 6538 del Tomo LXXIV de la Quinta Epoca del Semanario Judicial de la Federación.

"PRUEBA PRESUNTIVA. La Suprema Corte ha establecido que es preciso demostrar de modo pleno, los propósitos del que no ejecutó materialmente el delito y que a sabiendas de que iba a cometerse, participó en el mismo, para que pueda establecerse su responsabilidad. Ahora bien, la doctrina establece que la materia de toda presunción tomada en particular, presenta en su constitución dos elementos: el hecho del

cual se parte, o sea, el supuesto de la presunción y la circunstancia que constituye su meta, elementos que guardan una relación de dependencia en el terreno de la prueba. La propia doctrina sostiene que el convencimiento del Juez no debe fundarse sólo en su apreciación subjetiva, sino que debe ser tal, que los hechos y las pruebas sometidas a su consideración, produzcan en el ánimo de cualquier ciudadano responsable, el mismo convencimiento que han producido en el juzgador. La Suprema Corte ha concretado estos principios generales expresando su opinión en el mismo sentido, o sea, que los caracteres de la prueba presuntiva son los siguientes: a) La presunción como medio de determinar la verdad y como proceso para poner de manifiesto la existencia de un hecho y la procedencia de la aplicación del derecho, tiene como esencia de su mecanismo lógico, dos puntos fundamentales: un hecho conocido y plenamente demostrado, del cual parte el entendimiento humano (el supuesto de la presunción), a la cual se llega por medio de una inferencia. b) El tránsito entre la verdad conocida y el hecho desconocido, la inferencia; el enlace entre estos dos elementos, debe normarse por una relación de estricta dependencia tal y como si se tratara de una relación de causa a efecto, de antecedente a consecuente, es decir, entre el hecho que se establece presuntivamente y la verdad conocida de la que parte el razonamiento, debe existir un nexo racional y no tan solo una apreciación subjetiva o una mera conjetura, y la misma Corte ha acep-

tado que el convencimiento judicial no debe fundarse en apreciaciones subjetivas del juzgador, sino que debe tener un carácter social, y tales condiciones no existen, si no se demuestra que el acusado tuvo pleno conocimiento de los designios del autor material del delito, y que a sabiendas de ello participó en el mismo. Las circunstancias de que quien ejecutó el delito y a aquel a quien se le acusa de coautor hayan estado vinculadas con personas adictas a prácticas religiosas, no indica que exista un nexo íntimo entre ambos, y aunque el acusado haya tenido participación en actos distintos que tendían a atentar contra la vida del mismo individuo, no quiere decir que haya tenido relación con el hecho por el que fue condenado el autor material, tanto más, si hay circunstancias que acrediten al acusado como hombre resuelto y de acción, lo que excluye el papel secundario que se le asigna en el desarrollo de los hechos. Tampoco es un indicio en su contra, el que haya estado presente en el momento en que un sacerdote bendijo el arma con la que cometió el delito, si este acto tuvo un carácter netamente ocasional y por lo mismo hay dudas de que hubiere tenido conocimiento de las intenciones del homicida y del destino que iba a dar al arma que se bendijo. Tampoco tiene fuerza probatoria, el hecho de haber prestado al homicida un arma con que consumó el delito, puesto que sería necesario establecer previamente que conocía las intenciones del futuro homicida y que colaboraba con él en la preparación del delito, prestando la ayuda y auxilio para su con-

sumación. La decisión del acusado, de intervenir en actividades ilícitas para obtener la solución de un conflicto religioso, su afinidad de tendencias ideológicas entre él y el homicida, etc., nada prueban si no se encuentra en la causa un solo dato del que pueda desprenderse que el acusado pensó en matar a la víctima, ni mucho menos que conociera las intenciones del que lo mató, tanto más, si el autor del delito reiteradamente manifestó que sus relaciones con el acusado eran superficiales y que si le pidió prestada el arma, fue para no comprometer a sus verdaderos amigos, pues no es legal ni lógico desestimar la declaración del homicida en lo que favorece al otro acusado, y aceptarla en lo que lo perjudica. Además, la Suprema Corte ha expresado su opinión en el sentido de que si unidas a las presunciones en contra de un acusado, existen otras en favor de su inculpabilidad, tanto o más fuertes que las primeras, éstas quedan destruidas, puesto que la ley quiere que las presunciones constituyan una prueba plena e infalible de la culpabilidad del reo, para que pueda ser condenado y no que sólo engendren una suposición, ya que, en caso de duda, el criterio judicial debe orientarse en el sentido de la absolución."

Impiden la configuración de este dolo, la ignorancia del auxiliador de que su proceder favorece la realización del hecho principal, la cual puede derivar de una falsa apreciación de su actuar o de alguno de los elementos del tipo penal del delito con el que colabora.

Ejemplo del primero sería el machetero que, ignorando su real contenido, ayuda a descargar de un camión cilindros de gas en cuyo interior se esconde el estupefaciente, para ser entregados al comprador de éste. Y del segundo, el que facilita el vehículo de su propiedad para dicha transportación, bajo la falsa creencia de que el objeto material de esta última son cilindros conteniendo gas.

3.3.9. Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Esta forma de intervención accesoria que contempla la fracción VII del multicitado artículo 13 del Código Penal hace referencia a los denominados por la doctrina *auxiliares subse- quens*. Y puede ser también de índole psíquica o física.

Luis Jiménez de Asúa señala que la contribución causal en esta conducta accesoria deriva de que a pesar de que los actos de auxilio son posteriores a la comisión del delito, la promesa de ayuda es previa a éste, por lo que dicha contribución se hace manifiesta en la medida en que resulte probable que esa promesa hubiere reforzado el propósito de delinquir, de ahí la diferencia entre el cómplice y el encubridor.¹²⁴

En esta forma de intervención se requiere acreditar en consecuencia: a) la existencia de una promesa de auxilio del cómplice al autor principal, anterior a la ejecución del delito y, b) que dicho auxilio realmente se haya proporcionado.

¹²⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *Ob. cit.*, p. 509.

La citada promesa ha de erigirse mediante la aceptación de la misma por parte del autor principal en un verdadero acuerdo de voluntades, pues es evidente que aquélla tuvo que ser aceptada por el autor material si éste ejecutó el delito, y si generó el auxilio ofrecido; por consiguiente esta forma de intervención, a diferencia de otras que ya hemos precisado si presupone la existencia de ese acuerdo o concierto entre el cómplice y el autor material. Sin embargo éste no requiere perfeccionarse necesariamente antes de la ejecución del ilícito, ya que es dable que el cómplice no se entere de la aceptación del ofrecimiento hasta después de consumado éste.

Ejemplo de lo anterior sería el caso en el que A promete a B que si mata a C, él se encargaría de ocultar el cadáver, sin haber recibido la aceptación de tal promesa de B en el momento del ofrecimiento. Aceptación que se hace patente posteriormente cuando B le comunica a A que ha cometido el homicidio, y le pide que esconda el cadáver en cumplimiento de su promesa.

El dolo del partícipe en esta forma de intervención consiste en conocer primeramente que su promesa ha de reforzar la determinación del autor principal a la realización del ilícito, y que su proceder, después de ejecutado, se ha de traducir en una ayuda o auxilio para el autor principal, y querer o aceptar que así acontezca. Es evidente que el acreditamiento de este último dato lleva implícito el del primero, pues quien presta auxilio al autor principal de un hecho delictivo con posterioridad a su ejecución, en cumplimiento de una promesa anterior, generalmente conoció y quiso o aceptó que dicha promesa reforzase la decisión de delinquir de este último.

Consecuentemente, las circunstancias que pudieran impedir la formación del citado dolo han de derivar necesariamente de los casos de error en que se pudiere encontrar el cómplice en relación con alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal del delito realizado.

NO { con alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal del delito realizado.

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

Como ya señalamos en el apartado 1, con la introducción expresa por parte del legislador de estos dos elementos (dolo y culpa) al tipo penal, encontramos de manera indubitable su afiliación a la corriente de la acción final, puesto que aparecen ya como adjetivos inseparables de la conducta (acción u omisión), dejando de figurar como especies o grados de la culpabilidad. Con lo anterior se resuelve en definitiva la discusión que existía sobre este tópico tal y como lo planteamos en el Capítulo I "Panorama anterior a la reforma del Código Federal de Procedimientos Penales", lo que en la práctica redundaba en una aplicación más segura y sistemática de nuestras leyes penales.

De su realización alternativa se desprende que las únicas formas de realizar el delito son el dolo o la culpa y, que cada una de ellas se puede actualizar mediante la acción o la omisión; lo anterior se corrobora con el actual contenido del artículo 8 del Código Penal que preceptúa: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culpo-

samente", y cuya última reforma (aparecida en el mismo Decreto del 23 de diciembre de 1993 que modificó el artículo 168 en estudio), sustituyó la anterior expresión de "delitos intencionales" y "no intencionales o de imprudencia", y suprimió con acierto la figura de la preterintencionalidad.

Referente al tema, en la exposición de motivos respectiva únicamente se lee:

"Es abundante la crítica que se hace a nuestra ley por la utilización de los términos 'intencional' e 'imprudencial'; no obstante el amplio desarrollo que la doctrina penal ha observado en torno a los conceptos de 'dolo' y 'culpa' cuyos contenidos son más precisos que los anteriores. La propia doctrina mexicana, cuando se ocupa de los elementos subjetivos del delito, habla siempre de dolo y culpa y no de intención e imprudencia."

En relación con la supresión de la figura del delito preterintencional Olga Islas de González Mariscal señala:

"En el mismo artículo se cancela, plausiblemente, la preterintención, que no tiene un contenido propio y sólo es un caso particular de la culpa, relevante, únicamente, a nivel de individualización judicial. Cabe recordar que la figura de la preterintención, no obstante ser, en doctrina italiana o doctrina derivada de la italiana, un tema muy debatido y, en doctrina alemana, algo que sólo ha merecido el silencio de los iuspenalistas, el legislador mexicano, en 1984, la in-

*trodujo no solamente en el Código Penal sino, también, en la Constitución. La preterintención pasó a la legislación penal como una tercera clase de delitos, al lado de los intencionales (dolo) y de los no intencionales o imprudenciales (culpa). El artículo 9°, en su párrafo tercero, establecía: 'Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia'. La sola lectura de esta derogada disposición nos hacía ver que se trataba de un problema de punición (valorar la intención atípica del sujeto, referida a un resultado de menor gravedad) y no de una forma volitiva autónoma de cometer el delito. Su inconsistencia era manifiesta, pues no es lógico que una figura delictiva se integre con una voluntad culposa propia y una intención (dolo) que pertenezca a otra figura delictiva. Es encomiable, pues, que esta figura se haya excluido, tanto de la Constitución como del Código Penal.*¹²⁵

La forma en que hemos de abordar la problemática de la acreditación de estos dos elementos típicos, será la de aprehender primeramente los contenidos de cada uno de ellos, conforme a nuestra legislación vigente, precisar a la vez las diferentes especies de dolo y culpa que de tales contenidos se deriva, para finalmente tratar los diversos problemas que plantea su demostración.

¹²⁵ Islas de González Mariscal, Olga, **Reformas al Código Penal**, Conferencia dictada en la Procuraduría General de la República, 24 de marzo de 1994.

4.1. La realización dolosa de la acción u omisión.

Los contenidos de este elemento del tipo penal los encontramos en el también reformado (Decreto del 23 de diciembre de 1993) artículo 9 de nuestro Código Penal que preceptúa: *"Obra dolosamente, el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley."*

Estructuralmente en esta disposición encontramos cuatro diferentes supuestos del obrar doloso cuando el sujeto: a) conociendo los elementos del tipo quiere la realización del hecho descrito por la ley; b) conociendo los elementos del tipo acepta la realización del hecho descrito por la ley; c) previendo como posible el resultado típico quiere la realización del hecho descrito por la ley, y d) previendo como posible el resultado típico acepta la realización del hecho descrito por la ley.

Los tres primeros quedan comprendidos dentro del concepto genérico de "dolo directo" y el último en el de "dolo eventual", reconocidos ambos por la doctrina y la jurisprudencia.

El primer supuesto se identifica con el denominado dolo directo de primer grado, en tanto que *"... la voluntad abarca el resultado típico como fin 'en sí'; es decir, el resultado inmediatamente querido es el fin del sujeto;"*¹²⁶ mientras que en el segundo supuesto, denominado dolo directo de segundo grado,

¹²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob. cit.*, p. 295.

mediato o de consecuencias necesarias, el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos.

Éste requiere, nos dice Jiménez de Asúa: "a) la representación como seguro de ese resultado ligado necesariamente a los efectos de la conducta querida; y b) la aceptación de una consecuencia automáticamente reducida de su inexorable ligamen a lo querido." ¹²⁷

El tercer supuesto también queda ubicado dentro del denominado dolo directo, puesto que como explica Zaffaroni "El fin —aunque no sea seguro que se logre— siempre es querido en forma inmediata por el autor: es la característica del dolo directo, quien coloca una droga con fin homicida, sin estar por entero seguro de sus efectos tóxicos, actúa con dolo directo." ¹²⁸

El último supuesto corresponde al dolo eventual, condicionado o indirecto: "El autor tiene como seriamente posible la realización del tipo legal y con ella se conforma, o sea, cuando el autor acepta la posibilidad de producción o, inversamente, cuando no confía en que no se produzca." ¹²⁹

En estos cuatro supuestos se pueden diferenciar claramente dos aspectos: el intelectual (o cognoscitivo) y el volitivo. Las expresiones: "conociendo los elementos del tipo" y "previendo como posible el resultado típico", quedan comprendidas

¹²⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Ob. cit.*, tomo V, p. 571.

¹²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob. cit.*, p. 296.

¹²⁹ *Idem.*

dentro del primero y, en el segundo las frases "quiere el hecho descrito por la ley" y "acepta el hecho descrito por la ley".

Ambos aspectos (cognoscitivo y volitivo) se encuentran en una prelación lógica, puesto que no se puede querer o aceptar un hecho si no se ha tenido la cabal representación del mismo, y se encuentran en la definición de dolo de la mayoría de los tratadistas actuales sin que para ello importe la corriente a la que pertenezcan.

Así, encontramos que para Jiménez de Asúa:

*"Es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con consciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere, o consiente."*¹³⁰

Para Hans Welzel:

"Toda acción conciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la consciencia de lo que se quiere —el elemento intelectual—, y la decisión de querer realizarlo —el elemento volitivo—. Ambos elementos

¹³⁰ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, tomo V, Ob. cit., p. 417.

*juntos como creadores de una acción real, constituyen el dolo."*¹³¹

La diferencia entre la corriente causalista y finalista estriba en el objeto de conocimiento del elemento intelectual, pues mientras en la primera comprende a la antijuridicidad del hecho (como advertimos en la definición de Jiménez de Asúa), la segunda lo excluye, toda vez que queda ubicado en la culpabilidad, y limita tal conocimiento al denominado tipo objetivo.

En este sentido Reinhart Maurach sostiene: *"El dolo, conforme a la fórmula más universal, es el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo."*

Más adelante agrega:

*"El carácter doloso del actuar no resultará influido por la circunstancia de que el autor no haya conocido la prohibición de la norma. El actuar continúa siendo doloso aun cuando el sujeto, hubiera podido conocer lo ilícito de su hacer."*¹³²

Raúl Eugenio Zaffaroni sobre el particular afirma:

"El conocimiento (o mejor posibilidad de conocimiento) de la antijuridicidad no pertenece ni al dolo ni al tipo, sino a la culpabilidad, porque a) no es conocimiento efectivo y b) porque el dolo se puede construir

¹³¹ Welzel, Hans, *Ob. cit.*, p. 73.

¹³² Maurach, Reinhart, *Ob. cit.*, pp.

perfectamente sin necesidad de referirlo a la conciencia de la antijuridicidad." ¹³³

Consideramos que el elemento intelectual, "conociendo los elementos del tipo penal", a pesar de ser mencionado sólo en las dos primeras hipótesis, se encuentra implícitamente requerido en los dos restantes, puesto que el tener la representación como posible del resultado típico y a la vez querer o aceptar la realización del hecho descrito en la ley, presupone necesariamente tener la cabal representación de los elementos del tipo.

La frase "previando como posible el resultado típico" utilizada por el legislador fue para dejar en claro (acogiendo lo sostenido por la doctrina), que aun en los casos en que en esa representación del agente (de todos los elementos de tipo con exclusión del dolo) no tuviere por cierto y seguro el resultado típico, sino únicamente como probable, pero que sin embargo lo quisiere o aceptase, también obraría dolosamente.

A continuación delimitaremos el significado de la expresión "conociendo los elementos del tipo".

El "conocimiento de los elementos del tipo" está referido a la representación previa que el agente debe tener de la conducta por él desplegada, comprendiendo sus circunstancias y las consecuencias que genera, siempre y cuando correspondan con todos los elementos constitutivos de una figura delictiva determinada.

¹³³ Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Ob. cit.*, p. 265.

Esta conducta, las circunstancias y consecuencias de que se habla serán, por tanto, las que correspondan con los restantes elementos del tipo penal del delito que se trate; así de conformidad con el artículo 168 en estudio, invariablemente serán las que colmen: La acción u omisión, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y si el delito lo requiere: las calidades del sujeto activo y del pasivo, el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión, el objeto material; los medios utilizados, la circunstancias de lugar, tiempo y ocasión; los elementos normativos; los elementos subjetivos específicos, y las demás circunstancias que la ley prevea.

No se trata, por consiguiente, de un conocimiento técnico-jurídico respecto a la existencia en la ley de un tipo penal determinado y a cuáles son sus elementos. Tal aclaración no resulta ociosa, pues en la práctica profesional hemos constatado, desafortunadamente, que ante el argumento de la defensa de que el acusado no conocía todos los elementos del tipo penal del delito que se le atribuía, por haber apreciado erróneamente alguno de ellos, el juzgador ha respondido que tal circunstancia no resulta óbice para considerar que hubiere obrado con dolo, debido a que al no ser el indiciado perito en derecho tal conocimiento no le era exigible.

Al respecto, Moisés Moreno Hernández dice: *"En cada tipo penal, se están describiendo datos que suceden en la rea-*

lidad, esos datos que suceden en la realidad son los que debe conocer el sujeto." ¹³⁴

Es decir, puede acontecer que el agente incluso haya desconocido que su conducta se encontrase prevista en un tipo penal, pero que conociere las consecuencias naturales y ordinarias que habría de generar en la realidad, lo que aunado a la correspondencia de éstos con los elementos de aquél (a pesar de ignorarse esta correspondencia) permiten concluir que obró "conociendo los elementos del tipo penal."

Moisés Moreno Hernández considera con otros tratadistas que los elementos del tipo penal que requieren ser conocidos por el sujeto, para que pueda afirmarse la existencia de una conducta dolosa: *"En principio, son los de carácter 'objetivos', sean descriptivos o normativos, según el tipo penal de que se trate."* ¹³⁵

Esta postura resulta congruente con la teoría de la acción final, pues en ella se distingue un tipo objetivo y uno subjetivo, comprendiendo en este último, según el propio Welzel, además del dolo *"...los elementos personales-subjetivos, que colorean el contenido ético-social de la acción en un sentido determinado. Según la posición y enfoque subjetivo con que el autor realiza la acción, se determina muchas veces decisivamente el sentido ético-social especial de la acción."*

¹³⁴ Moreno Hernández, Moisés, "Coloquio de Reformas a la Constitución y diversos ordenamientos legales en materia penal", Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, mayo, 1994, p. 139.

¹³⁵ Moreno Hernández, Moisés, *Reformas al Código Penal*, Ob. cit., pp. 19-20.

Y como ya lo apuntamos, en esa corriente el conocimiento referido se limita al tipo objetivo, así Welzel sostiene: *"La acción es una creación conciente de la realidad. El dolo de un delito exige, por eso, el conocimiento de todas aquellas características que pertenecen al tipo objetivo de injusto."*¹³⁶

Dentro de nuestra legislación no encontramos mención expresa alguna a los *"elementos objetivos del tipo"*, sin embargo el penúltimo párrafo del artículo 168 en estudio al reseñar, los elementos contingentes del tipo, cita a *"los elementos subjetivos específicos"*, lo cual nos permite avanzar en el sentido de que, si el legislador reconoce, en los tipos que así lo requieran, la existencia de *"elementos subjetivos específicos"*; tácitamente reconoce: a) como elemento subjetivo "no específico o genérico", pero constante del tipo a "la realización dolosa o culpable de la acción u omisión" tal como lo sostiene parte de la doctrina y, b) que los restantes elementos del tipo, es decir, los distintos a los subjetivos: dolo o culpa (realización dolosa o culpable de la acción u omisión) y "elementos subjetivos específicos", son no subjetivos u objetivos.

Esto último se deduce por imperio del principio de contradicción, en virtud de que los predicados *"subjetivos"* y *"no subjetivos u objetivos"* se excluyen mutuamente y, porque conforme a la doctrina aceptada de manera mayoritaria, la clasificación de los elementos del tipo en objetivos y subjetivos agota el contenido de éste.¹³⁷

¹³⁶ Welzel, Hans, *Ob. cit.*, pp. 83 y 77.

¹³⁷ "El juicio disyuntivo contrario es aquel cuyo predicado consta de dos o más conceptos contrarios. Para la verdad de este juicio se requiere, primeramente que los miembros de la

Con apoyo en lo expuesto y retomando la importante opinión de Moisés Moreno, quien figuró como destacado miembro de la comisión redactora de la reforma en comentario a nuestros códigos penales sustantivo y adjetivo, habremos de concluir que conforme a ella "los elementos subjetivos específicos" serían los que quedarían fuera de la representación exigida para la conformación del dolo.

No compartimos tan autorizada opinión, como ya se habrá advertido líneas atrás, en donde incluimos a los "elementos subjetivos específicos" como materia de esa representación, por supuesto, siempre y cuando el tipo los requiera.

Nuestra discrepancia se sustenta en las siguientes razones:

El citado artículo 9 del Código Penal no hace delimitación alguna respecto a los "elementos del tipo penal" materia de ese conocimiento; por lo que estimamos que la opinión de Moreno Hernández vulnera el principio de que donde la ley no distingue al intérprete le está vedado hacerlo.

Lo anterior, sin perjuicio de que nos queda claro que, por simple deducción, la expresión "*conociendo los elementos del tipo penal*" no incluye, "*la realización dolosa de la acción*", ya que de lo contrario, habríamos de aceptar que "el dolo requiere para su existencia conocer el dolo", lo cual carece de sentido.

disyunción sean efectivamente contrarios, o sea que se excluyan mutuamente; y segundo que los miembros de la disyunción agoten el contenido del sujeto." Mans Puigau, Jaime M., *Lógica para Juristas*, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1978.

No resulta obstáculo para el anterior argumento, el contenido del artículo 15 fracción VIII del Código Penal que preceptúa:

"El delito se excluye cuando:

... VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;"

En principio cabría preguntarse: ¿cuál es el concepto de error a que se refiere esta norma?, ¿se limita a una errónea apreciación o comprende también la ausencia de ésta? y, ¿cuáles son para el legislador los elementos esenciales y cuáles los no esenciales?

Trataremos de contestar a tales cuestiones al estudiar el "error de tipo" como causa que impide la conformación del dolo.

Pero aun suponiendo que el primero comprendiese únicamente la falsa apreciación, y los segundos se identificasen con los "elementos objetivos" ello, por sí, no autorizaría a concluir que la representación previa que el agente debe tener de su conducta (para considerarla dolosa) se limite a los elementos objetivos del tipo.

Lo anterior se afirma, en virtud de que si bien es cierto que la errónea apreciación sobre alguno de los elementos objetivos del tipo impide la generación del dolo, también lo es que la mera ausencia de representación de los llamados "elementos subjetivos específicos" (cuya errónea apreciación por su propia naturaleza no sería dable) tampoco permite su configuración.

Luego entonces podemos concluir que, la representación que exige tal conformación debe comprender tanto los elementos objetivos como los "*subjetivos específicos*", cuando el tipo penal contenga estos últimos, independientemente de que sólo los objetivos pudieran ser objeto de una falsa apreciación (error).

Explicamos a continuación lo anterior con dos ejemplos: A sin el consentimiento de B, al desplazarse dentro de un vagón del Metro, realiza sobre B tocamientos en su cuerpo carentes de voluptuosidad porque previamente a su acción no tuvo la representación de desplegarla con tal tendencia, ni en consecuencia tampoco quiso ni aceptó que así fuera; por consiguiente el obrar de A, resulta atípico con respecto al delito de abuso sexual previsto en el artículo 260 del Código Penal, no por un error de apreciación respecto algún elemento objetivo del tipo, sino por no haberse realizado dolosamente, debido a la falta de representación de un elemento subjetivo, como lo es el ánimo lascivo que el tipo en cuestión requiere en el agente.

Otro caso, sería el que A priva ilegalmente de su libertad a C, con la única finalidad de obtener rescate; la conducta de A resulta atípica en relación con el tipo penal previsto en el artículo 365 bis del Código Penal que reza "*Al que prive ilegalmente a otro de su libertad **con el propósito de realizar un acto sexual se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión.***", por no haber tenido la representación de que la restricción de la libertad ambulatoria de C le serviría para el referido propósito.

En los dos casos, además, se colman los elementos objetivos, pues en el primero hay una acción que, sin considerar el ánimo con que se realiza (elemento subjetivo) pudiera significarse exteriormente como un "acto sexual" en el sentido lato de la expresión (en que es utilizada por el legislador) que aunado a la falta de consentimiento de la persona sobre la que se realiza haría patente la lesión al bien jurídico: libertad sexual. En el segundo, de igual manera queda exteriorizada la acción objetiva exigida por el tipo: privar de la libertad a una persona y, también en ambos casos los agentes tuvieron la cabal representación de sus acciones, pues no medió error, y además quisieron su realización.

La corriente finalista en estos casos, se vería, sin embargo, obligada a aceptar que obraron con dolo por haber tenido la representación del "tipo objetivo", para finalmente también concluir que las conductas son atípicas; es decir, se arriba a la misma conclusión, pero diferenciando en realidad dos clases de dolo, lo cual además de resultar asistemático no advertimos que reporte ventaja alguna en la práctica judicial.

Por lo anterior estamos de acuerdo con el Modelo lógico del Derecho penal, cuando en él se asevera:

"Cabe advertir que tanto italianos como alemanes incurrían en el error de no contemplar la subjetividad en forma unitaria, sino fragmentariamente, lo cual es artificioso, porque la voluntad recogida por el legislador no es diferente de la que existe en la vida real, y ésta última nunca es voluntad fraccionada. Por otra parte, si tanto el dolo genérico como el específico (doctrina

*italiana), o el dolo y los elementos subjetivos del tipo (doctrina alemana), aluden al contenido del tipo resulta inexplicable la partición de los aspectos subjetivos en sectores."*¹³⁸

Lo anterior, no significa propiamente que neguemos la existencia de los referidos "*elementos subjetivos específicos*", que se refieren a una intención o ánimo particular o especial con el cual el agente ha de desplegar su conducta, toda vez que nuestra discrepancia fundamental radica en que se les considere como algo ajeno al dolo, sin comprenderlos en el aspecto cognoscitivo de éste.

Cabe citar en apoyo a nuestra conclusión lo sostenido por Pavón Vasconcelos quien, al referirse a la redacción actual del referido artículo 9 sostiene: "*El conocimiento del hecho comprende no sólo los elementos objetivos o de naturaleza material, sino también los subjetivos y aún los normativos propios del tipo,...*"¹³⁹

4.1.1. El acreditamiento de la realización dolosa de la acción u omisión.

Delimitados los contenidos del elemento subjetivo dolo, corresponde ahora entrar al enfoque toral de esta investigación, es decir, la problemática de su acreditación.

¹³⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida*, Ob. cit., p. 44.

¹³⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, Ob. cit., p. 436.

Por cuestión de método este tema requiere ser dividido en dos diferentes apartados que son:

a) Los delitos que sólo admiten la forma de realización dolosa y, b) Los delitos que admiten ambas formas de realización (dolosa y culposa).

Los delitos del primer grupo resultan ser todos en los que el legislador no ha previsto en forma expresa su realización en forma culposa.

En estos ilícitos habrá a la vez que distinguir:

a. 1) Los que realizados los restantes elementos del tipo, el dolo se presume por disposición expresa.

a. 2) En los que la actualización de los elementos del tipo es un dato indiciario de que se obró con dolo.

a. 3) Los que, por el contrario, la mera actualización de esos elementos no genera por sí tal presunción.

a. 4) Los que admitiendo estructuralmente la forma culposa de realización, por razones de política criminal en tal supuesto no son punibles, por lo que tampoco se genera la referida presunción.

a. 5) Los que la exigencia expresa del legislador de realizar dolosamente la conducta descrita, impide que se genere dicha presunción.

Procedamos a analizar cada uno de estos grupos.

a. 1) Los que realizada la acción el dolo se presume por disposición expresa.

Ejemplo de esta clase de ilícitos resulta ser el previsto en el artículo 112, fracción V, inciso b de la Ley de Instituciones de Crédito que dispone:

"112.- Serán sancionados con prisión de tres meses a tres años y multa de treinta a quinientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la operación o quebranto según corresponda, no exceda del equivalente a quinientas veces el referido salario; cuando exceda dicho monto, serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa de quinientas a cincuenta mil veces el salario mínimo señalado:

...

V. Los empleados y funcionarios de la institución de crédito que autoricen operaciones, **a sabiendas** de que éstas resultarán en quebrantos al patrimonio de la institución en la que presten sus servicios;

Se considerarán comprendidos dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior y, consecuentemente, sujetos a iguales sanciones, los empleados y funcionarios de instituciones:

a) ...

b) Que para liberar a un deudor, otorguen créditos a una o varias personas físicas o morales, que se encuentren en estado de insolvencia, sustituyendo en

los registros de la institución respectiva unos activos por otros;"

Como es de advertirse en este precepto, el legislador ha estimado que la simple exteriorización de ciertas acciones como son: otorgar créditos a un deudor en estado de insolvencia para que libere su adeudo sustituyendo un activo por otro, genera la presunción de que tales conductas se desplegaron dolosamente; es decir, teniendo la representación de que con ellas se ponía en peligro uno de los bienes jurídicos tutelados por el tipo de referencia, como lo es el patrimonio de la institución bancaria; por tanto, releva de la carga de probar el dolo al órgano de acusación.

Rafael Márquez Piñero refiriéndose a las conductas previstas en el segundo párrafo de la citada fracción V, sobre el tema escribe:

"Los bienes jurídicos protegidos son, en términos generales y referidos a los distintos tipos, los siguientes:

B₁ = Patrimonio de las instituciones crediticias.

*B₂ = Cumplimiento de las disposiciones legales, en su amplia dimensión de normas **strictu sensu**, reglamentos, normas, técnicas, reglamentos internos, etc.*

B₃ = Honestidad en el desempeño de las funciones y actividades de los empleados y funcionarios de las instituciones bancarias.

B₄ = Seguridad en el tráfico jurídico; se trata de un interés de altísimo valor en el desarrollo de las actividades económicas del país, y, también, con un am-

plio contenido de carácter ético-material, por utilizar una frase del gran Hans Welzel."¹⁴⁰

De acuerdo con lo aseverado por el distinguido autor sevillano, consideramos que si, por disposición de la ley, realizada la acción, habrá de presumirse que el agente la desplegó a sabiendas de que se ponía en peligro el citado patrimonio, también debemos sentar la presunción de que el activo sabía que al hacerlo ponía en peligro de lesión los restantes bienes jurídicos, dada la estrecha relación entre la puesta en peligro de éstos y la del citado patrimonio.

Conforme a lo dicho, el funcionario bancario a quien se le atribuya este tipo penal y sólo alegue no haber actuado dolosamente le corresponderá demostrar su aserto, puesto que pesa sobre él la presunción legal, desde luego *juris tantum*, de que obró conociendo los elementos del tipo penal respectivo y queriendo su actualización.

En estos preceptos es harto discutible hasta qué grado vulneran la máxima universalmente aceptada "*quilibet praesumitur bonus, donec contrarium probetur*" (cualquier persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario) incluida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los cuales el Estado mexicano es parte.

Además habría que recordar que fue precisamente en observancia de estos instrumentos jurídicos que mediante el

¹⁴⁰ Márquez Piñero, Rafael, *Los Delitos Bancarios*, Editorial Porrúa, S.A., 1995, pp. 94 y 98.

decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el D.O.F el 13 de enero de 1984, que se erradicó la presunción de intencionalidad prevista en el citado artículo 9.

a. 2) En los que la actualización de los elementos del tipo es un dato indiciario de que se obró con dolo.

Ejemplos de delitos ubicados en este rubro son: los delitos contra la salud en sus modalidades, de producción, tráfico y comercio de narcóticos, en virtud de que quien realiza este tipo de acciones ordinariamente tiene consciencia del objeto material sobre el cual recaen y también de su nocividad para la salud.

Otro ejemplo sería el delito de abuso de confianza genérico, cuenta habida de que quien ha dispuesto para sí o para otro de una cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, ordinariamente lo hace con el conocimiento de dichas circunstancias.

En estos delitos la presunción de que se habla, a diferencia del grupo anterior, no deriva de la ley sino de la experiencia de la vida diaria. Consecuentemente aquí no es dable cuestionarse la observancia a la referida presunción de inocencia, sino en todo caso la validez de la presunción que se hace a partir de la mera actualización de los elementos objetivos según se hayan o no observado los principios de la prueba indiciaria.

Así, mientras menor fuerza indiciaria en este sentido tengan tales elementos, menor será la validez de la presunción de la que se habla.

Verbigracia, en el delito de fraude específico previsto en el artículo 387 fracción XXI del Código Penal, en sus hipótesis de obtención ilícita de una cosa mediante el libramiento de un cheque cuya cuenta carezca de fondos suficientes para el pago de su importe; si bien es cierto que la mera actualización de los elementos objetivos genera la presunción de que el agente obró con dolo, en virtud de que quien hace uso de una cuenta de cheques ordinariamente conoce el monto de su saldo, también lo es que la vida diaria nos demuestra que frecuentemente por deficiencias del sistema bancario (no haber abonado oportunamente un depósito, etc., etc.) o bien por un error de tipo aritmético, se realizan operaciones en las que se entregan en pago cheques que a la postre resulten rechazados por insuficiencia de fondos, pero sin haber tenido el librador tal representación ni haber querido o aceptado dicho resultado.¹⁴¹ Luego entonces la presunción de dolo que se puede generar con la mera actualización de los elementos objetivos del tipo, resulta menor en contraste con los otros ejemplos citados.

En estos dos grupos de delitos (a.1 y a.2) la presunción apuntada que desde luego es *juris tantum*, trae como consecuencia que la mera negativa del agente de no haber actuado dolosamente es insuficiente para anularla y, por ende, a él le corresponderá demostrar que obró sin dolo. Pero de cualquier manera tal presunción habrá de ceder ante indicios anteriores, concomitantes o posteriores a la conducta de mérito que pongan tan sólo en duda su naturaleza dolosa.

¹⁴¹ Cabe advertir que convenimos con lo expuesto por Jesús Zamora Pierce en el sentido de que este fraude específico requiere de una efectiva lesión patrimonial, y no se trata de un delito de peligro, Zamora Pierce, Jesús, *El Fraude*, Editorial Porrúa, S.A., 1992, p. 367.

Ejemplo de lo dicho sería el caso del abuso de confianza en el que el activo, ante el reclamo del afectado, le formula a éste una explicación satisfactoria de haber incurrido en error y en el acto repara el daño patrimonial ocasionado.

a. 3) Los que, por el contrario, la mera actualización de esos elementos no genera por sí tal presunción.

Ejemplo de esta clase de ilícitos sería el delito de adulterio previsto en el artículo 273 del Código Penal, referido al adúltero que no es cónyuge de la parte ofendida. En este caso no sería dable a partir de la mera actualización de los elementos objetivos del tipo (ayuntamiento carnal de una persona, casada civilmente, con otra que no sea su cónyuge, en el domicilio conyugal o con escándalo), sentar la presunción de que el primero de los mencionados estuviera enterado de tal vínculo.

a. 4) Los que admitiendo estructuralmente la forma culposa de realización, por razones de política criminal en tal supuesto no son punibles.

Dentro de este grupo podríamos citar al delito de lesiones previsto en el artículo 289 párrafo primero, parte primera del Código Penal (lesiones que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días), respecto del cual advertimos que además de que su estructura permite la forma de realización culposa, la vida diaria nos demuestra que con frecuencia se comete de esa manera. Por consiguiente tampoco es dable formularse la presunción apuntada en el apartado a.2).

a.5) Los que la exigencia expresa del legislador de realizar dolosamente la conducta descrita impide que se genere tal presunción.

Ejemplos de estos delitos son los previstos en los artículos 225 fracción VI (dictar, *a sabiendas*, una resolución ilícita), 231, fracción I (alegar *a sabiendas* hechos falsos o leyes inexistentes o derogadas), 236 (al que *a sabiendas* circule moneda alterada), 247 (examinado por la autoridad judicial como testigo o perito oculte *maliciosamente* la existencia de algún dato), y 254 bis (capturar de manera *intencional* mamíferos marinos).

En este grupo de ilícitos las expresiones: *a sabiendas dolosamente* o *maliciosamente*, nos impiden formular la presunción explicada en el apartado a.2), puesto que a través de ellas el legislador implícitamente reconoce que en la vida diaria, las conductas descritas bien pueden actualizarse sin dolo (ya sea mediante culpa o incluso sin mediar ésta).

Estos tres últimos grupos de delitos a que hemos hecho referencia, como ya se habrá advertido, tienen en común, a diferencia de los ilícitos agrupados en los dos primeros apartados, (a.1 y a.2), que no existe presunción expresa dentro de la norma, ni humana que se pueda derivar de la mera actualización de los elementos objetivos del tipo, referida al obrar doloso del agente.

b) Los delitos que admiten ambas formas de realización (dolosa y culposa).

El universo de estos delitos en el ámbito federal, se encuentra parcialmente contenido en el artículo 60 segundo párrafo del Código Penal que a la letra dice:

"Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código."

Y, se complementan con los delitos que expresamente hacen alusión a la culpa como una de sus formas de realización, previsto en la parte especial del citado ordenamiento o en leyes federales.

Ejemplos de los primeros es el previsto en el artículo 225 fracción VIII que dispone:

"Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

I...

*VIII.- Retardar o entorpecer maliciosamente o **por negligencia** la administración de justicia;"*

Ejemplo de los segundos es la inutilización de señales en carretera por imprudencia, previsto en el artículo 536 segundo párrafo de la Ley de Vías Generales de Comunicación.

Por lo expuesto, no compartimos el señalamiento que hace Cesar Augusto Osorio y Nieto de que diversos delitos federales, como son, entre muchos otros, los previstos en los ar-

tículos 561, 573 y 586 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, admitan una realización culposa.¹⁴²

En virtud de que en estos delitos, al igual que los agrupados en los apartados a.3, a.4 y a.5, se debe partir de que su forma de realización puede ser tanto culposa como dolosa, tampoco es dable formular a *priori* presunción alguna al respecto. Lo anterior a la vez significa que para todos estos ilícitos: a) la negativa del agente de haber obrado dolosamente para ser eficaz no requiere ser probada, mientras no exista prueba en contrario y, b) que para la acreditación del dolo no basta la simple actualización de los elementos objetivos del tipo, sino que se deberá atender a las particularidades que presenta el caso específico.

A continuación exponemos una serie de criterios que parten de esas particularidades probadas de cada caso, para estimar cuándo existe prueba indiciaria del obrar doloso del agente y, por tanto, a él le corresponde acreditar lo contrario y cuando no:

Primero.- Cuando al analizar las características probadas de la conducta, que son las que de manera más segura e inmediata llegan al conocimiento del juzgador, se advierte que dicha conducta por sí sola ya es un dato indiciario del obrar doloso del agente.

Sobre este tópico Nicola Framarino Dei Malatesta escribe:

¹⁴² Osorio y Nieto, César Augusto, *Delitos Federales*, Editorial Porrúa, S.A., 1ª Edición, 1994, pp. 251, 286 y 287.

*"De ordinario los hombres, cuando actúan, conocen la naturaleza de sus propias acciones y la finalidad a que las dirigen. Y por esto, mientras al hombre, sin referencia a alguna acción, se le presume inocente, cuando, por el contrario, se prueba que ha realizado una acción que presenta caracteres exteriores de criminosa, se le presume culpable, por cuanto se presume que conoce la naturaleza de su propia acción, que **in se dolum habet** (contiene en sí misma el dolo). Esta presunción de dolo no es si no juris tantum, y tiene su justificación en la criminalidad externa de la acción probada, porque **res ipsa in se dolum habet** (el hecho mismo contiene el dolo); en otros términos, porque el hecho criminoso, por sí mismo, no es susceptible sino de intención dolosa."*¹⁴³

Verbigracia en un homicidio en el que la privación de la vida se realiza mediante seis disparos de arma de fuego; tal presunción resulta válida en virtud de que ordinariamente actos de estas características no se cometen mediante culpa o por caso fortuito. A esta conclusión se llega con fundamento en el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales que consagra la prueba indiciaria. Luego entonces, la negativa del acusado de haber obrado dolosamente de manera implícita contiene cualquiera de las dos siguientes afirmaciones: 1) que actuó culpablemente, o 2) que existió caso fortuito. Tales afirmaciones son contrarias a la presunción que se deriva del hecho probado y, por ende, le corresponde a él probar. Lo anterior tiene fun-

¹⁴³ Framarino Dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Editorial Temis, S.A., Vol. I, 4ª. Edición, Bogotá-Colombia, 1992, pp. 168-169.

damento en el ámbito del fuero común en el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice:

"El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega cuando su negación es contraria a una afirmación legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho."

Esta disposición, a pesar de no encontrarse de manera expresa en otros ordenamientos, es un principio general del derecho procesal ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia.

Segunda.- Cuando la conducta exterior en sí misma no refleja dolo alguno, pero existen más o menos las mismas posibilidades de haberse realizado con o sin dolo, como sería, el caso ya reseñado del adúltero que no es cónyuge de la víctima ofendida, o tratándose del delito de circulación de moneda falsa, el de una persona que hubiere hecho algún pago con ésta, pero cuya falsificación sea de tal calidad que resulte difícilmente apreciable por el común de las personas. Aquí la mera negativa del agente de haber obrado dolosamente, mientras no exista prueba en contrario, resulta suficiente para generar una duda razonable que opera a favor del acusado.

Tercero.- Si la acción en sí misma no sólo está desprovista de dolo, sino que contiene una presunción de que el agente obró culposamente como acontece en los delitos de homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena con motivo del tránsito de vehículos; la negativa del agente de haber obrado

dolosamente no requerirá probarse, mientras no exista prueba en contrario, correspondiéndole al órgano de acusación la carga de la prueba.

Los anteriores criterios se encuentran sustentados en dos principios a saber: a) El ontológico y, b) El lógico.

Nicola Framarino explica el primero de la siguiente manera:

"Quien afirma lo que va implícito en la sucesión ordinaria de los hechos, no tiene obligación de probar, pues a su favor está el testimonio universal de las cosas, que se presenta como prueba en el juicio, y también la opinión general de las personas, que confirma la de las cosas y asegura que se apoya en un conjunto de experiencias y observaciones. Por lo tanto, lo ordinario se presume. Pero, en cambio, quien asevera algo que está fuera de los acontecimientos naturales, tiene en su contra el testimonio universal de las cosas, confirmado por la experiencia común de las personas, y tiene, en consecuencia, la obligación de sostener su aserto mediante pruebas especiales; estos es, lo extraordinario de prueba."

Y el segundo así:

"Si se opone un hecho positivo a uno negativo, quien afirma el hecho positivo debe probar de preferencia, con respecto a quien sostiene el negativo."

Y más adelante agrega:

*"... este principio se origina en la observación de los medios de comprobación que tiene el espíritu humano. En efecto, si reflexionamos un poco, veremos que el hecho positivo tiene dos especies de pruebas posibles: las pruebas posibles directas y las pruebas indirectas. En cambio en cuanto al hecho negativo no hay posibilidad de prueba sino mediante las solas pruebas indirectas. En realidad ¿cómo se puede probar directamente, es decir, por directa percepción, lo que no ha existido? A la verdad, lo que no ha tenido existencia, no ha podido ser percibido **in se**, y por esto no puede ser probado directamente. De ahí que, en cuanto a la comprobación del hecho negativo, no habrá más que pruebas indirectas. Además, estas pruebas indirectas son menos numerosas con relación al hecho negativo que en cuanto al positivo, ya que este deja tras de sí huellas de su exteriorización, las cuales está en imposibilidad de dejar el hecho negativo, porque la nada, nada produce. Comprobada, pues, la mayor facilidad de prueba que presenta el hecho positivo, quien lo es afirma es el que debe preferentemente probarlo." ¹⁴⁴*

El principio lógico, nos explica el mismo autor:

"... está subordinado al ontológico, puesto que no tiene eficacia reguladora de las pruebas sino cuando se trata de dos afirmaciones, una de ellas positiva y otra negativa; pero igualmente ordinarias o igualmente

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 157-158.

extraordinarias; y en caso de conflicto entre los principios, debe siempre prevalecer el ontológico." ¹⁴⁵

Para finalizar este apartado señalaremos brevemente, bajo qué fundamentos puede el agente demostrar eficazmente su negativa de haber obrado dolosamente.

Como ya señalamos, el dolo tiene un componente cognoscitivo y otro volitivo, podría darse el primero sin el segundo, pero ello ninguna trascendencia tendría en el ámbito penal, porque se trataría de meras representaciones sin una voluntad exteriorizada a través de una conducta. La inversa es imposible, en virtud de que toda voluntad de realización presupone un específico conocimiento. Por tanto, cuando la realización del hecho típico es ya un dato indiciario de tal voluntad de realización u otras pruebas tienen tal fuerza, toda negativa de haber realizado dolosamente una acción u omisión típicas debe estar enfocada necesariamente a demostrar la ausencia de:

a) ese específico conocimiento que presupone dicha voluntad de realización o, cuando dicha representación sí se generó.

b) el aspecto volitivo específico que presupone ese obrar doloso.

Expliquemos lo anterior:

a) La ausencia del específico conocimiento que presupone una determinada voluntad de realización típica.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 163.

Es pertinente precisar que el conocimiento de los elementos del tipo presuponen cierta capacidad psíquica en el agente; sin embargo, "la realización dolosa de la acción u omisión" da por sentado, como se dijo en el apartado en el que se estudió la acción u omisión, un comportamiento humano voluntario que conlleva una cierta capacidad de decisión y, por ende, también psíquica.

No obstante lo anterior, advertimos que pudieran darse ciertos padecimientos que, sin limitar esa capacidad de decisión, sí pudieran afectar la de conocimiento de los elementos típicos; en estos supuestos le corresponderá a quien los invoca demostrar tal extremo, en virtud de que por disposición expresa de la ley (al menos en el ámbito federal) la capacidad psíquica se presume en todas las personas mayores de 18 años.

Satisfecho este presupuesto de la capacidad psíquica para conocer los elementos del tipo, la ausencia de dicho conocimiento se puede generar a través de dos vertientes: 1) ausencia de representación o, 2) falsa apreciación de alguno de ellos.

Esta diferenciación no resulta ociosa, pues si bien la falsa apreciación de algún elemento del tipo se traduce en una no representación del mismo, esta última no necesariamente presupone a la primera.

En líneas atrás señalamos dos ejemplos de ausencia de representación de sendos elementos subjetivos de los delitos de abuso sexual y de privación de la libertad, previstos respectivamente en los artículos 260 y 365 bis del Código Penal; y de-

ciamos que estos elementos por su propia naturaleza no podrían ser materia de falsa apreciación, sino sólo de ausencia de representación.

Y, también ya enunciábamos que en este espacio abordaríamos el concepto del error empleado por el legislador en la fracción VIII inciso a), del artículo 15 del Código Penal.

Nosotros consideramos, en parte por las razones ya expuestas (en el sentido de considerar a los "elementos subjetivos específicos" como materia del conocimiento exigido por el dolo), que el error "sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal" comprende tanto la falsa apreciación (error *stricto sensu*) como la ausencia de representación de alguno de ellos, siendo ésta la opinión de la doctrina mayoritaria.

Jiménez de Asúa sobre el particular sostiene que ignorancia y error se reúnen en uno solo, aunque los códigos suelen hacer uso de la expresión "error", y da noticia de que: *"Los tratadistas siguen, en gran mayoría, la tesis simplificadora, aunque discrepan en cuanto a la manera de unificar los términos."*¹⁴⁶

No obstante lo dicho, aun admitiendo la opinión contraria, ello no se traduciría en la imposibilidad de invocar la ausencia de representación como causa que impide la integración del dolo, puesto que para ello bastará citar como fundamento el referido artículo 9.

¹⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *Ob. cit.*, tomo VI, p. 313.

Por cuanto hace a la expresión "elementos esenciales que integran el tipo penal" la estimamos poco afortunada, en virtud de que el empleo de los vocablos "esencial" y "accidental" son utilizados por la mayoría de la doctrina como atributos del "error" pero no de los elementos del tipo.

Así Francesco Antolisei afirma:

*"Por error sobre el hecho que constituye el delito se entiende el error que recae sobre uno (o varios) de los elementos que se exigen para la existencia del delito. Este error se dice que es esencial."*¹⁴⁷

El error es accidental, indica Castellanos Tena:

*"... si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias"*¹⁴⁸

Sergio Vela Treviño por su parte, asevera con mayor claridad expositiva:

"... podemos definir la esencialidad, en orden al error, manifestando que es anormal la formación de la voluntad, determinante de la actuación, por la falsa apreciación de la realidad de los hechos en cuanto son relevantes para la tipicidad o de la significación de los mismos en orden a la antijuridicidad."

Y más adelante concluye:

¹⁴⁷ Antolisei, Francesco, *Ob. cit.*, p. 291.

¹⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, (Parte General), Editorial Porrúa, S.A., 14ª. Edición, p. 256.

"El error accidental es el no esencial, o lo que es igual, es una forma del error con todas las características psicológicas que crean la figura del error, pero es insuficiente para exculpar una conducta típica y antijurídica porque no se afectan los elementos fácticos contenidos en el tipo y tampoco se presenta en orden a la significación de los hechos. Estos son los casos donde aparecen los llamados error en la persona, error en el objeto y error en el golpe, que no afectan la culpabilidad puesto que la dejan incólume." ¹⁴⁹

Como es de advertirse, este autor comprende en sus definiciones tanto el error de tipo como el de prohibición, y su filiación a la teoría causalista es manifiesta.

No obstante ello consideramos acertadas sus definiciones, en la parte en la que dejan en claro que la nota diferencial entre el error esencial y el accidental no estriba en que uno recaiga sobre algunos elementos del tipo y, el otro sobre los restantes, sino en que incidiendo ambos en una falsa apreciación de la realidad, el primero resulta relevante para la tipicidad porque impide la representación de uno o varios de tales elementos, mientras el segundo, agregamos nosotros, al recaer únicamente en la *identidad* del sujeto pasivo (error en la persona), del objeto material (error en el objeto) o en cierto alcance de la relación causal (error en el golpe), no tienen los efectos antes referidos.

¹⁴⁹ Vela Treviño, Sergio, **Culpabilidad e Inculpabilidad**, Editorial Trillas, S.A. de C.V., 1ª. Edición, tercera reimpresión, 1985, pp. 348 y 353.

Por lo expuesto podemos concluir que el legislador en lugar de la redacción empleada debió haberse referido al *"error esencial e invencible sobre alguno de los elementos que integran el tipo penal."*

Y si bien la mencionada fracción VIII del artículo 15 alude a que el error esencial de que hablamos debe ser "invencible" para tener el efecto de constituirse como causa de exclusión del delito, hemos de aclarar que aun siendo vencible, de cualquier manera "la realización dolosa de la acción" no se configura, con la salvedad de que de conformidad con el artículo 66 del Código Penal se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

b) La ausencia del específico aspecto volitivo que presupone un determinado obrar doloso.

Como ya decíamos líneas atrás, es dable que se haya tenido la cabal representación de los elementos del tipo, mas no se haya querido ni aceptado su realización que, sin embargo, se genera.

En este supuesto únicamente quedaría comprendida la culpa con representación en la que como veremos en el siguiente apartado, se prevé como posible el resultado típico (aspecto cognoscitivo), pero se obra confiando en que no se producirá, el cual se genera finalmente a consecuencia de la violación de un deber de cuidado. Luego entonces, conforme al desarrollo del tema que nos ocupa, al agente le corresponderá demostrar que efectivamente obró en ese sentido (o cuando

menos generar la duda de que lo pudo haber hecho) y no dolosamente erigiéndose la referida forma de realización culposa como excluyente de la dolosa.

4.2. La realización culposa de la acción u omisión.

El actual párrafo segundo del artículo 9 del Código penal, dice:

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

En este precepto se distinguen tres elementos a saber:

1) Un resultado típico, 2) una violación de un deber de cuidado y, 3) que el primero resulte atribuible a la segunda (relación de atribuibilidad).

La actualización conjunta de estos tres elementos presupone a la vez, como veremos más adelante, que el resultado típico sea previsible por el agente y, según haya tenido o no consciencia de esta previsibilidad, el mismo precepto distingue dos especies de culpa: con representación o consciente y sin representación o inconsciente, denominadas así tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Fue precisamente mediante el multicitado decreto del 23 de diciembre de 1993 que con base en dicha previsibilidad se diferencian ya las dos mencionadas especies.

Esta fórmula guarda una similitud sorprendente con los contenidos que sobre la culpa proporciona Edmundo Mezger, tomados de la jurisprudencia del Tribunal imperial alemán, en los siguientes términos:

*"La culpa presupone que el autor no ha observado el cuidado que según las circunstancias y sus conocimientos y capacidades personales debía y podía observar, y que a consecuencia de ello, no ha previsto el resultado que hubiera podido prever aplicando el cuidado que su deber le imponía — culpa inconsciente — o, en verdad, ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá — culpa consciente —. Este concepto es aplicable, lo mismo que al delito de acción, también al de omisión."*¹⁵⁰

1) Resultado típico.

Por cuanto hace al primer elemento estimamos que la expresión "resultado típico" debemos entenderla como la actualización de los elementos objetivos del tipo correspondiente, o sea de: la acción u omisión, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, cuando el tipo lo requiera de: las calidades del sujeto activo y del pasivo, el resultado y su atribución a la acción y omisión, el objeto material, los medios específicos, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión y, de los elementos normativos. O dicho en otras palabras comprende la

¹⁵⁰ Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, traducción de la 2ª Edición Alemana (1933) y notas de Derecho Español, por José Antonio Rodríguez Muñoz, pp. 153 y 154.

realización de todos los elementos del tipo, con excepción de la violación del deber de cuidado y la relación de atribuibilidad entre ésta y aquél. Afirmamos lo anterior en atención a que no consideramos dable estructuralmente configurar un tipo penal culposo compuesto con los denominados elementos subjetivos específicos, ya que este particular propósito o ánimo resultaría incompatible con la ausencia del elemento volitivo que aquél presupone.

En este entendido, dicho "resultado típico" lo habremos de referir a la realización de los elementos objetivos del tipo tal y como aparecen en la parte especial del Código Penal, tratándose de los ilícitos a que hace alusión el párrafo segundo del artículo 60 del mismo ordenamiento y de los culposos que autónoma y explícitamente se encuentran definidos en esta parte y, por cuanto hace a los que se encuentran en ordenamientos distintos al Código penal, tal realización se referirá a los elementos objetivos del tipo contenidos en cada una de estas figuras.

Discrepamos en consecuencia, de los que identifican a este "resultado típico" con "resultado material" o con "lesión del bien jurídico", por las siguientes razones.

La primera expresión, sin ninguna justificación, excluiría del universo de los delitos culposos a los formales o de mera actividad y, la segunda haría lo propio respecto a los delitos denominados de peligro.

Por otra parte, ambas expresiones resultan por sí solas insuficientes para cumplir con la finalidad con la que el legisla-

dor empleó la de "resultado típico", como lo demostramos con el ejemplo siguiente: En el delito de daño en propiedad ajena culposo, el bien jurídico lesionado lo es el patrimonio, mas esta lesión debe originarse específicamente mediante una conducta que dañe, destruya o deteriore una cosa no perteneciente al agente y propiedad del pasivo. De considerar sólo el "resultado material": daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, tendríamos que admitir que este delito pudiese tener como objeto material un bien abandonado (mostrenco) por quien fuera su propietario, caso en el cual no se configuraría el delito de referencia por ausencia de lesión al bien jurídico tutelado. Y de considerar únicamente la lesión al bien jurídico tendríamos que aceptar que dicho ilícito pudiese también realizarse mediante el apoderamiento de la cosa o a través de una disposición patrimonial de la víctima engañada, etc., etc.

2) Violación de un deber de cuidado.

Por deber de cuidado entendemos genéricamente la exigencia a cargo de una determinada persona para que durante su vida de relación con el mundo, se conduzca de manera tal que no ponga en riesgo más allá de lo permitido, bienes jurídicamente tutelados. Se trata pues de un deber de abstención.

La noción de "riesgo permitido" la hemos tomado de Stratenwerth quien la explica así:

"... no se prohíbe todo comportamiento que torne previsible una lesión del bien jurídico. Por el contrario, la creación de riesgos es permitida dentro de ciertos límites. Y dado que en el delito culposo, en general,

falta la descripción precisa del supuesto de hecho en lo referente al comportamiento prohibido, tiene poco sentido tomar en consideración el punto de vista del riesgo permitido solamente en el contexto de la antijuricidad: con el criterio del riesgo permitido se delimita desde el principio qué acciones están abarcadas razonablemente por el supuesto de hecho de un delito culposo."

Y más adelante agrega:

" La determinación de la conducta exigida en el caso concreto se rige no solamente por la situación respectiva, sino también por las capacidades individuales del autor. " ¹⁵¹

Consecuentemente, la cantidad y complejidad de los deberes de cuidado que puede tener una persona a su cargo, dependerán precisamente del mayor o menor intercambio que contenga con el mundo que lo rodea en sus diferentes ámbitos: físico, social, familiar, profesional, laboral, etcétera, etcétera y, de sus especiales capacidades.

La delimitación de lo permitido la vamos a encontrar precisamente en dichos ámbitos, pudiendo distinguir tres diferentes grupos, a saber:

a) Los márgenes que aparecen contenidos en preceptos *ex profeso* elaborados con ese fin y que se denominan "reglas de cuidado".

¹⁵¹ Stratenwerth, Günter, *Ob. cit.*, p. 325.

Así por ejemplo, el reglamento de tránsito le permite a un conductor de vehículos, cruzar una bocacalle cuyo tráfico está regido por semáforos, cuando tiene la luz verde, a pesar de que tal cruce en sí mismo no se encuentre totalmente ausente de riesgos para los otros vehículos y los peatones, mas no le permite hacerlo cuando tiene la luz roja.

b) Los márgenes que aparecen implícitos en las indicaciones generalmente aceptadas de la ciencia y la técnica.

Verbigracia, la ciencia médica sólo aconseja una intervención quirúrgica ante determinados diagnósticos, por lo que si ésta se realiza contraviniendo dicha indicación se coloca al paciente en un "riesgo no permitido."

La doctrina asocia la no transgresión de estos márgenes con la impericia, que Enrico Altavilla define como:

*"La incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada (profesión o arte)." Y señala que puede originarse por ignorancia, error o inhabilidad.*¹⁵²

c) Los que se encuentran diseminados en las normas (a veces no escritas) de los diferentes círculos de personas que tienen que ver con alguna actividad o interés común, para evitar poner en peligro o lesionar un bien y, que la costumbre social ha impuesto, o que se deducen de la experiencia o del sentido común. Sobre el tema Karl Heins Gösell, haciendo referencia a una obra de Reinhart Maurach, sostiene que si bien no es pro-

¹⁵² Altavilla, Enrico, *La Culpa, El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico*, 4ª. Edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1987, p. 5.

cedente atender al completamente inexpresivo "deber del ciudadano promedio", sí cabe en cambio tener en cuenta cuáles son los grupos sociales más cercanos al autor, y sería precisamente con esta referencia con la que habría de compararse el actuar del agente con el de otra persona consciente en la misma situación real en la cual se encontraba aquél.¹⁵³

Así por ejemplo, para todo mundo resulta aceptado que las armas de fuego no deben dejarse al alcance de los niños o, bien las personas que se dedican a la enseñanza del buceo saben hasta qué profundidad no resulta riesgoso sumergirse en el mar, cuando se trata de la primera ocasión que se practica esta actividad o, una madre sabe que un recién nacido requiere alimentarse cuando menos cada cuatro horas, pues de lo contrario se pudiera poner en riesgo su salud.

Estos márgenes de riesgo se pueden dejar de observar mediante negligencia o imprudencia. A la primera la define Al-tavilla como:

"Una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinada conducta, solícita, atenta y sagaz, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso."

Y a la segunda como:

"Una acción de la cual había que abstenerse, por ser capaz de ocasionar determinado resultado de daño o de peligro, o que ha sido realizada de manera no

¹⁵³ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Ob. cit., p. 239.

adecuada, haciéndose así peligrosa para el derecho ajeno penalmente tutelado."¹⁵⁴

La exigencia de observar los referidos límites, que entraña todo deber de cuidado depende, como lo indica el mencionado artículo 9, de que la circunstancias del hecho concreto y las condiciones personales del agente, hagan observable para éste la no transgresión de esos límites. Lo anterior nos introduce en el tema de que para el agente debe ser evitable poner en riesgo mas allá de lo permitido los bienes jurídicamente tutelados, lo cual presupone a la vez que haya estado en posibilidad de estar conciente del específico proceso de su conducta a través del cual generaba tal riesgo o, dicho en otras palabras que éste fuera previsible.

Un ejemplo en el que "las circunstancias del hecho" impedirían que se surta la exigencia de que hablamos, sería el de la persona que dejando estacionado su vehículo correctamente, y tiempo más tarde vuelve a ponerse al volante del mismo con la finalidad de incorporarse al arroyo de circulación, ignorando que en dicho intervalo un menor de 2 años se ha introducido por debajo del auto; en este supuesto no se genera violación de deber de cuidado alguno por parte del automovilista, a pesar de que con sus maniobras para circular nuevamente hayan puesto en un riesgo no permitido la integridad y la vida del infante, en virtud de que no le era exigible cerciorarse de la no presencia del menor debajo del automóvil antes de maniobrar.

Otro ejemplo, pero referido a las "condiciones personales" del agente lo sería el del técnico especialista en calderas

¹⁵⁴ Altavilla, Enrico, *Ob. cit.*, pp. 5 y 6.

que ignora que tiene disminuidas temporalmente sus capacidades auditivas, bajo cuya responsabilidad se encuentra el buen funcionamiento de un calentador, no percibe ciertos ruidos que éste produce y que la técnica indica que reflejan que está operando incorrectamente, con el riesgo de explotar y que, por tanto, debe suspenderse dicho funcionamiento; no se le podrá incriminar que violó un deber de cuidado a su cargo por no paralizar la máquina, en virtud de que por su particular condición no le era exigible la observancia del mismo, o dicho de otra forma no le fue evitable generar esa situación de peligro por no haberla podido prever. Caso contrario sería el de quien teniendo conciencia de ese padecimiento siguiera asumiendo su delicada función, pues en este supuesto la violación del deber de cuidado consistiría precisamente en seguir laborando, con el riesgo de que la situación reseñada pudiese suscitarse, sin haber tenido la representación de que esto pudiera suceder o, teniéndola, confió en que no se produciría. En suma, se viola un deber de cuidado cuando se transgrede el "riesgo permitido", siendo éste observable conforme a las circunstancias del hecho específico y las condiciones personales del agente.

3. Que el "resultado típico" sea atribuible a la violación del deber de cuidado.

Esta relación se genera cuando de haberse observado el deber de cuidado, se hubiera evitado "el resultado típico".

Por cuanto hace a esta relación de atribuidad Hans Welzel sostiene:

"Tiene que comprobarse que el resultado se ha producido en virtud de una lesión del cuidado con una probabilidad lindante en la certeza; de otro modo debe absolverse." ¹⁵⁵

El mencionado jurista proporciona los siguientes ejemplos obtenidos del Tribunal imperial alemán:

"Un niño salta tan repentinamente a la calzada, frente a un conductor que maneja descuidadamente que aun cuando éste hubiese conducido cuidadosamente lo habría lesionado. En una operación el médico aplica para anestesiar en vez de novocaína la cocaína, que es inadecuada, y el paciente muere; al practicarse la autopsia resulta que el paciente de todos modos habría muerto con la inyección de novocaína, que era adecuada, en virtud de un estado corporal que no era reconocible objetivamente para el médico; ciertamente la acción descuidada ha causado la lesión del bien jurídico, pero la lesión del cuidado era en su respecto irrelevante, ya que también el resultado se habría producido en caso de una ejecución cuidadosa de la acción." ¹⁵⁶

Cabe hacer hincapié de que en los delitos culposos formales o de conducta, la mera violación del deber de cuidado puede ser suficiente, por sí, para colmar el "resultado típico", como sería el caso del delito de omitir por negligencia la concesión de la suspensión del acto reclamado, previsto por el artí-

¹⁵⁵ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, p. 163.

¹⁵⁶ *Idem.*

culo 200 de la Ley de Amparo, ya que no requiere de un resultado material sino únicamente la abstención negligente de ordenar una suspensión notoriamente procedente; luego entonces en este ilícito la violación del deber de cuidado específico, contenido implícitamente en la norma, será suficiente para estimar que la atribuibilidad de que hablamos está acreditada.

Por el contrario en los denominados delitos culposos materiales o de resultado, como el resultado material se genera siempre en un momento posterior al que se inicia la violación del deber de cuidado, no basta que se acredite ésta, sino que se requiere demostrar, además, que de no haberse generado, no se hubiera producido el resultado material o, dicho en otras palabras, que éste último es atribuible a la primera.

Verbigracia, en el caso del conductor de un vehículo que circula en contrasentido durante un trayecto de 50 metros, al término del cual llega a una bocacalle y se colisiona con otro automóvil, para demostrar esta relación de atribuibilidad será menester evidenciar que el haber circulado en contrasentido, sino fue la única causa que generó el siniestro, si fue una causa.

Como es de advertirse, la conjunción de estos tres elementos presupone necesariamente que el "resultado típico" sea previsible para el agente, porque si éste es consecuencia de la violación del deber de cuidado, y ésta para configurarse como tal debe ser previsible y evitable; luego entonces "el resultado típico" también lo será.

4.2.1. El acreditamiento de la realización culposa de la acción u omisión.

Conforme a lo expuesto, la problemática del acreditamiento de la realización culposa de la conducta se centra en la demostración de cada uno de sus tres elementos ya referidos.

Por cuanto hace al "resultado típico" ya se han abordado en esta investigación los relativos a la acción u omisión, la lesión y la puesta en peligro del bien jurídico, y del acreditamiento de los restantes nos ocuparemos en los siguientes apartados.

Demostrada la existencia del "resultado típico" en los términos en que lo hemos explicado, lo que presupone la demostración de que el agente careciendo de dolo ha intervenido en su "producción", y por tanto que se ha transgredido un "riesgo permitido" (pues de lo contrario no habría resultado típico); la problemática de la acreditación respecto a si ha o no violado un deber de cuidado, se centra en la siguiente interrogante: ¿Le era o no exigible al agente, de acuerdo a las circunstancias del hecho y a sus condiciones personales, observar dicho límite?

Tratándose de violaciones a normas que expresamente delimitan los márgenes del riesgo permitido (reglas de cuidado), se sienta la presunción *juris tantum* de que el agente actuó violando un deber de cuidado que las circunstancias del hecho y sus condiciones personales le imponían observar, pues aquéllas tienen la presunción a su favor de que fueron elaboradas para ser observadas por todas las personas.

Lo anterior se traduce en que al agente le corresponderá demostrar que en el caso concreto no se surtió esa exigibilidad. Y por cuanto hace a los otros dos grupos en los que se contienen estos límites, la demostración de que el agente los transgredió mediante la violación de un deber de cuidado deberá partir de las particularidades, tanto de sus condiciones personales como del hecho específico, sin dejar de ser ya un dato indiciario para ello la mera transgresión de referencia.

La respuesta a esta pregunta se relaciona con las figuras jurídicas del error esencial e invencible y el caso fortuito, previstas respectivamente en las fracciones VIII, inciso A, y X del artículo 15 del Código Penal. Ambas tienen en común el estar precedidas por un "resultado típico" en el cual el agente de una u otra manera intervino en su proceso causal y, que en dicho proceso se transgredió el riesgo permitido.

Por cuanto hace al error esencial e invencible, la no previsibilidad de la situación riesgosa no permitida de que se habla reside en la falta de representación o errónea apreciación de alguno de los elementos del tipo objetivo del delito en cuestión. Lo relativo a la esencialidad del error ya lo hemos explicado en el apartado 4.1.1. y, por cuanto hace a la invencibilidad, este atributo lo tiene el error cuando a decir de Pavón Vasconcelos:

"... dadas las circunstancias particulares en que el sujeto actúa, no se encuentra en condiciones de percatarse de su error y de salir de él, de superarlo. Consecuentemente, si lo invencible es lo que no se puede vencer, referido tal concepto al error es fácil

advertir que habrá error invencible cuando el sujeto por las circunstancias que rodean el hecho está imposibilitado para darse cuenta de la falsa imagen que ha hecho de determinada realidad."

Y, agrega:

"De poder superar su error, a virtud de la naturaleza de éste y no haberlo hecho por su actuación negligente, el agente resultará responsable por haber actuado culposamente, asumiendo una actitud no acorde con la exigencia legal que le impone el deber de evitar daños o peligros a bienes jurídicos." ¹⁵⁷

En el caso fortuito, la imprevisibilidad de la situación riesgosa no permitida (que finalmente origina el siniestro) deriva de situaciones concurrentes para la producción del resultado ajenas al agente y, que por su naturaleza no pudo prever.

Al respecto es de citarse la siguiente tesis de la entonces Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en la página 22 de su informe correspondiente al año de 1955.

"CULPABILIDAD; CASO FORTUITO, COMO LIMITE OBJETIVO DE LA. Característico del caso fortuito es la presencia de una concausa en la producción del resultado; el agente no puede prever aquello que es producto de la conducta propia y de la concausa; está

¹⁵⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1997, p. 444.

obligado, y en ello radica la esencia de la culpa, a prever las consecuencias dañosas de su actividad voluntaria, pero no puede llegar la exigencia de previsión hasta los resultados producidos a virtud de situaciones ajenas al sujeto concurrentes con su actividad, pero extrañas a él; es por esto que se ha sostenido que el caso fortuito es el límite objetivo de la culpabilidad."

Por imperativo del artículo 16 constitucional, de ser afirmativa la respuesta a la interrogante formulada se habrá de tener que señalar con precisión el referido deber de cuidado y en qué consistió su violación.

Ambas figuras: error esencial e invencible y caso fortuito, por ser de naturaleza excepcional, estará su demostración a cargo del agente.

Por cuanto hace a la acreditación de atribuibilidad, se habrá de tener presente que no se trata de una relación causal, por ello a pesar de que aparezca demostrada la intervención del agente en el proceso causal que produce el resultado típico, e incluso que al realizar su conducta violaba un deber de cuidado, será menester establecer si fue precisamente dicha violación por sí, o en conjunción con otras, a la que se le puede atribuir la producción del resultado típico.

Verbigracia, en una colisión automovilística por alcance, un conductor va a exceso de velocidad y otro frena intempestivamente, sin embargo, puede ocurrir que aun cuando el prime-

ro no hubiere rebasado el límite de velocidad, la colisión se hubiere verificado.

La carga de probar el obrar culposo corresponde en principio al órgano de acusación, salvo que como lo apuntamos en el apartado 4.1.1. el agente la invoque contrariando una presunción probada de que obró con dolo.

La duda respecto a si el agente actuó con dolo o culpa, ya Carrara, la resolvía en los siguientes términos:

*"Ciertamente en caso de duda entre dolo y culpa deberá sostenerse ésta más bien que aquél, por el supremo principio de que toda duda debe resolverse siempre en favor del acusado."*¹⁵⁸

Consideramos válida tal opinión, siempre y cuando se trate del caso en el que se pueda sostener, mediante el acervo probatorio, que si el agente no obró con dolo, necesariamente lo hizo con culpa, es decir, cuando de lo que se duda en realidad y es si actuó con dolo; más no cuando se dude también del obrar culposo.

Finalmente, es pertinente tener en cuenta que habrá casos en los que será menester el auxilio de peritos, a fin de obtener una opinión de especialistas en la materia de que se trate, sobre los "límites del riesgo permitido" la exigencia o no a cargo del agente de no transgredirlos conforme a sus condiciones

¹⁵⁸ Carrara, Francesco, **Programa de Derecho criminal**, Parte General, Volumen I, traducción de José J. Ortega y Jorge Guerrero, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1996, p. 82.

personales y a las circunstancias específicas del hecho y, la atribuibilidad de tal transgresión al resultado material.

Demostrados los tres anteriores elementos, la circunstancia de que el agente haya o no previsto el "resultado típico" tiene ya una significación secundaria en el acreditamiento del obrar culposo, en virtud de que necesariamente, el agente tuvo que actuar bajo alguno de los dos supuestos, por lo que en principio y en observancia a los principios ontológicos y lógico ya explicados en el apartado 4.1.1., si no se tiene noticia respecto a ello, puede sentarse válidamente la presunción *juris tantum* de que no se representó el resultado, correspondiéndole al agente en todo caso probar que si la tuvo y actuó confiando en que dicho resultado típico no se produciría.

5. La calidad del sujeto activo.

Debemos ahora ocuparnos del estudio de los elementos eventuales o contingentes del tipo, comenzando con la calidad del sujeto activo.

En los tipos penales de algunos delitos, el sujeto activo primario se encuentra delimitado por ciertas características, de tal suerte que no cualquiera puede colmar la conducta descrita en el tipo y, erigirse en autor material del ilícito de referencia.

Estas características o calidades específicas del sujeto activo derivan de: 1) una especial relación con: 1.1) el sujeto pasivo (verbigracia, homicidio en razón del parentesco o relación, abandono de niños y enfermos a quienes se tiene obligación de cuidar, previstos en los artículos 323 y 325, respectivamente, del Código Penal), 1.2) el objeto material (por ejemplo,

abuso de confianza, despojo, hipótesis de inmueble propiedad del agente, previstos respectivamente en los artículos 383 y 395 fracción II del citado Código), 2) de la actividad desempeñada por el agente (abuso de autoridad, delitos cometidos por abogados, patronos o litigantes, previstos respectivamente por los artículos 215 y 231 del Código Penal, etc.), y 3) de una especial relación del agente: 3.1) con el bien jurídico lesionado, la cual entraña el deber de impedir tal agresión o 3.2) con determinadas fuentes de peligro que han causado la lesión del bien jurídico y la cual conlleva la vigilancia de aquéllas con el fin de evitar esa lesión. (Calidad de garante en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia).

El también reformado artículo 7 segundo párrafo del C.P. (Decreto del 23 de diciembre de 1993) consagra esta calidad de garante al señalar:

"En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente."

Zulita Fellini Gandulfo afirma que las hipótesis de posición de garante propuestas por el finalismo son dos:

"a) El autor ha sido 'puesto' por el derecho, al cuidado de un bien jurídico para protegerlo de cualquier fuente

de peligro y b) A la inversa el sujeto ha sido 'puesto' a cuidar una fuente de peligro, para impedir que lesione cualquier bien jurídico." ¹⁵⁹

Consecuentemente esta calidad de garante presupone en principio un resultado material típico, y su acreditación se realiza demostrando que: a) que el proceso causal que produjo tal resultado era externamente interferible mediante al menos una actividad (relación de causalidad), b) que esa actividad le era exigible al agente por virtud de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente (fuente del deber de actuar).

Con respecto a la relación causalidad en los delitos de comisión por omisión, Zaffaroni menciona que aquélla se constata mediante un juicio hipotético de evitación en el que si mentalmente interponemos la conducta debida y no se produce el resultado, se habrá de concluir que hubo una no interferencia de la "causalidad física"¹⁶⁰ y, por consiguiente, agregamos nosotros, aparece demostrada la relación causal entre dicha actividad no realizada (omisión) y el resultado.

Sobre el particular retomaremos el tema al abordar el estudio de "La relación de atribuibilidad entre la omisión y el resultado."

Por lo que hace a las fuentes del deber de actuar se deberá demostrar la existencia del contrato y del actuar prece-

¹⁵⁹ Fellini Gandulfo, Zulita, **Delitos impropios de omisión**, Revista Mexicana de Justicia, No. 2, Vol. III, Abril-junio de 1985, p. 263.

¹⁶⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob. cit.*, p. 125.

dente del propio sujeto y, respecto a la ley, bastará su mera invocación.

Conforme a lo dicho, el tipo penal contendrá la exigencia de un sujeto activo calificado cuando expresa o implícitamente haga referencia a una de las tres características mencionadas.

En ocasiones se ha confundido esta calidad con la acción típica, así Celestino Porte Petit cita como ejemplo de tipos "acumulativamente formados por acciones", el previsto en el artículo 232, fracción I del C. P.:

*"Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admita después el de la parte contraria;"*¹⁶¹

Ciertamente el tipo legal no contiene dos acciones típicas, las de: 1º aceptar el patrocinio de alguien en un negocio y, 2º admitir el de la parte contraria; sino que es una sola que consiste en admitir el patrocinar a una persona en un negocio, respecto del cual ya se tiene la calidad de patrono de otra con intereses opuestos al de la primera.

En otros momentos la doctrina y la jurisprudencia, han puesto énfasis en el carácter de "presupuesto del delito" que para unos asume esta calidad del sujeto activo, desatendiendo-

¹⁶¹ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I*, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1984, p. 462.

se de destacar esta última, lo cual ha generado confusión en la práctica. Verbigracia, tanto una como otra afirman que el "presupuesto técnico" del abuso de confianza lo es la "posesión derivada" (que no es sino una específica relación del agente con el objeto material del delito), lo cual si bien no es incorrecto si entendemos como "presupuestos del delito" los ya existentes antes de su realización pero necesarios para ésta, y que no tienen por sí la propiedad de poner en peligro o lesionar el bien jurídico tutelado.¹⁶² Conforme a esta noción, dicho sea de paso, tanto la calidad que se analiza como la del sujeto pasivo y el objeto material que estudiaremos más adelante, y la misma existencia del bien jurídico que ya analizamos en el apartado 2, pueden ser considerados presupuestos del delito.

Sin embargo, al no tener en nuestro derecho positivo esta diferenciación entre presupuestos y elementos del delito, lo que habrá de poner en relieve, se insiste, en los casos como el que nos ocupa (abuso de confianza), será la calidad específica del sujeto activo requerido por el tipo, acordes con el nuevo contenido del pluricitado artículo 168.

Corresponde probar la calidad del sujeto activo a quien la afirma, sin sujetarse a algún medio de prueba específico pues ni la ley ni la jurisprudencia lo exigen.

En este sentido es de citarse la siguiente tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de

¹⁶² Renato Sales Gasque afirma que el presupuesto del delito, es "el dato previo necesario para su existencia, sin que forme parte tal dato de la noción del delito.", **Los Presupuestos en la Teoría General del Delito**, Revista de Derecho Penal Contemporáneo, No. 7, Agosto de 1965, pp. 29-30.

la Nación visible en la página 171 del tomo V, Junio de 1997 del Semanario Judicial de la Federación, cuyo texto es el siguiente:

"ABUSO DE AUTORIDAD, EL CARACTER DE SERVIDOR PUBLICO, COMO ELEMENTO DEL TIPO DEL DELITO DE, NO PUEDE ACREDITARSE EXCLUSIVAMENTE CON LA CONSTANCIA DEL NOMBRAMIENTO.- Tratándose de aquellos delitos como el de abuso de autoridad, para cuya actualización no se requiere prueba especial, según lo disponen los códigos adjetivos de San Luis Potosí, Sinaloa y Nayarit, se sigue el sistema de no limitar taxativamente la prueba, en donde la decisión del Juez no está determinada por reglas más o menos rígidas que lo obliguen a estimar cierto lo demostrado por pruebas determinadas, sino que opera el arbitrio judicial, para la libre apreciación de las pruebas, por lo que, para tener por acreditado el carácter de servidor público como elemento del tipo del ilícito aludido, no sólo se logra mediante el nombramiento con tal carácter del sujeto activo o la constancia que así lo compruebe, en virtud de que el juzgador tiene que hacer uso de la facultad más importante dentro de su tarea de administrar pública justicia, consistente en la actividad intelectual que despliega al efectuar la valoración de la prueba, a la luz de la regla genérica que contemplan los códigos de procedimientos penales invocados, en el sentido de que el Juez goza de la más amplia libertad para valerse de todos los medios lícitos de investigación, lo que se traduce en que, para tener por comprobado el referido extremo, la auto-

alidad judicial se puede allegar cualquier elemento de convicción, siempre y cuando no sean contrarios a derecho, ni reprobados por la ley."

6. La calidad del sujeto pasivo.

Al tratar en el apartado 2 el tema relativo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico ya señalábamos que el concepto de bien jurídico no puede concebirse sin considerar a su titular, y es a éste precisamente a quien se le denomina sujeto pasivo del delito.

Al respecto Antolisei lo define como: *"El titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito."*¹⁶³

El sujeto pasivo puede ser una persona física o moral, o un ente de Derecho público o la sociedad, según sea la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, así por ejemplo en los delitos de homicidio o lesiones, necesariamente lo será una persona física; en los delitos patrimoniales puede ser una persona física o moral o ambas; en los ilícitos contra la seguridad de la Nación (artículos 123 a 145 del C.P.), esta última, y contra la seguridad pública (artículos 150 a 164 del C.P.), la sociedad.

No deja de llamar la atención que el artículo 168 no mencione de manera expresa como elemento del tipo al sujeto pasivo, y que solamente haga referencia a las eventuales cualidades de éste; sin embargo, consideramos que su reconocimiento se encuentra implícito precisamente a través de la le-

¹⁶³ Antolisei, Francesco, *Ob. cit.*, p. 128.

sión o puesta en peligro del bien jurídico, pues éstos no pueden generarse sin existir su titular.

Las calidades del sujeto pasivo que eventualmente exigen los tipos penales de algunos delitos, están referidos siempre a una persona física o moral, de tal suerte que cuando el sujeto pasivo no lo pueda ser cualquier persona física o moral, sino sólo aquella que posea determinadas características, estará requiriendo el tipo penal correspondiente cierta calidad en el sujeto pasivo.

Estas calidades del sujeto pasivo derivan de: 1) una especial relación con el sujeto activo (por ejemplo: homicidio por razón del parentesco o relación, adulterio, abandono de hijos o cónyuge, artículo 323 del C.P.), o 2) de su particular: 2.1) naturaleza (la mujer en el delito de inseminación artificial no consentida, artículo 466 de la Ley General de Salud), 2.2) condición (abandono de niño incapaz de cuidarse a sí mismo o enfermo, artículos 335, 340, 261 y 262 del C.P.), o, 2.3) actividad (delitos cometidos contra funcionarios públicos, artículo 189 del C.P., etc.) y 3) tratándose de las personas morales de su especial naturaleza jurídica y/o de las actividades que tienen como objeto social (delitos contra la seguridad de la Nación, proporcionar datos falsos a una institución de crédito para obtener un préstamo, artículo 172 fracción I de la Ley de Instituciones de Crédito, etc.)

La existencia de esta calidad, en ocasiones se presume sin admitir prueba en contrario, como acontecería en los delitos en que resulta ser sujeto pasivo, la Nación, el Estado o la Federación, por ser consubstanciales a la forma en la que nos en-

contramos organizados, conforme a nuestra ley suprema. Fuera de esta excepción, sí se tendrá que aportar prueba idónea y suficiente para demostrar tal calidad, correspondiéndole a quien la invoca la carga de la prueba.

7. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.

El anterior enunciado entraña en realidad dos diferentes elementos del tipo penal que son: el resultado material por una parte y su atribuibilidad a la acción u omisión, por otra. La prelación lógica del primero con respecto al segundo es manifiesta y, por ello, seguiremos dicho orden en el desarrollo de este apartado.

7.1 El resultado y su acreditación.

Como ya lo hemos visto nuestro Código Penal utiliza el vocablo "resultado" (art. 12 primer párrafo, y 13 fracción VIII) y las expresiones: "resultado material" (art. 7 segundo párrafo) y "resultado típico" (art. 9º párrafos primero y segundo y art. 15 fracción X).

El "resultado" a que se refiere el artículo 168 en estudio coincide con la expresión "resultado material". Para aprehender su significado es menester acudir a la doctrina y formular nuestras propias consideraciones a partir de nuestra legislación positiva.

Ya Francesco Carrara escribía:

"Los delitos se dividen en formales y materiales. Los primeros se consuman con una simple acción del hombre, que basta por sí sola para violar la ley; los segundos, para ser consumados, tienen necesidad de que se produzca determinado resultado, que es lo único en que se advierte la infracción de la ley." ¹⁶⁴

Olga Islas afirma que: "Resultado material es el efecto natural de la actividad previsto en el tipo." ¹⁶⁵

Esta definición es muy similar a la de Antolisei, quien afirma que resultado es "el efecto natural de la acción relevante para el derecho penal", y quien con ella admite haber modificado un poco la fórmula de Binding: "el cambio del mundo exterior significativo desde el punto de vista del derecho." ¹⁶⁶

La definición primeramente aludida tiene el defecto de limitarse al "resultado material" de los delitos de acción, al referirse únicamente a la actividad, la cual en el propio modelo lógico distingue de la inactividad, considerando a ambas como elementos (alternativos entre sí) de la "conducta" que vienen a configurar los tipos penales de la acción u omisión respectivamente. No obstante el mencionado modelo admite que ese "resultado material" también está presente en los tipos penales de

¹⁶⁴ Carrara, Francesco, *Ob. cit.*, p. 60.

¹⁶⁵ Islas de González Mariscal, Olga, *Ob. cit.*, p. 46.

¹⁶⁶ Antolisei, Francesco, *La Acción y el Resultado en el Delito*, traducción del italiano por José Luis Pérez Hernández, 1ª Edición Castellana, Editorial Jurídica Mexicana 1959, pp. 137-138.

omisión.¹⁶⁷ Además de que en dicha definición no se podría comprender el "resultado material" de los tipos penales de comisión por omisión previstos, a partir de la multicitada reforma, de manera genérica en el citado segundo párrafo del artículo 7 del Código Penal y los previstos en la parte especial del mismo ordenamiento y en otros más, por carecer éstos de una actividad.

La segunda definición adolece de la misma limitación, es decir, la de no ser útil para los delitos de comisión por omisión, y la tercera resulta vaga por no precisar su relación con la conducta típica.

Por lo expuesto, nosotros entendemos por "resultado" como elemento del tipo, el efecto natural de la acción u omisión típicas previsto en el tipo.

Al referirnos a la "omisión" lo hacemos exclusivamente con relación a los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, puesto que los de omisión simple carecen de resultado. En este entendido no vemos obstáculo en afirmar que los "resultados materiales" de los primeros son un efecto de sus respectivas omisiones típicas.

En apoyo a lo dicho Pavón Vasconcelos ha escrito:

"En los delitos de comisión por omisión, a través de la omisión (no hacer) se produce un resultado material, cuyo ejemplo clásico es el de la madre que deja de

¹⁶⁷ Así, Olga Islas apunta: "En la omisión con resultado material, el tipo en forma expresa señala el resultado material, así como la inactividad que el legislador vincula a ese resultado material". Ob. cit., p. 46.

alimentar a su hijo recién nacido con el propósito de provocarle la muerte; omite un deber de hacer, contenido en una norma preceptiva, produciendo un resultado material: la muerte del infante, que es la suma de la conducta omisiva y el resultado material, lo que integra el hecho de homicidio. De esa manera, a través de la omisión, del no hacer lo que se tiene obligación de hacer (en el caso particular amamantar al recién nacido) se produce un resultado material prohibido. Planteada así la cuestión, surge el problema de establecer si en la comisión por omisión son también aplicables los criterios expuestos con relación a la causalidad en los delitos de acción.

La postura más antigua, en relación a los delitos de comisión por omisión, sostenía que quien no hace nada, quien se abstiene, no puede poner una condición causal en la producción del resultado. Si acudimos a nuestro ejemplo veremos que la realidad es bien distinta, pues si la madre no alimenta a su hijo recién nacido, el niño fallece de inanición, y no podemos desconocer que si ese resultado delictivo se produce es porque la madre no lo ha alimentado. Luego resulta claro que el resultado está íntimamente relacionado con la conducta omisiva del sujeto." ¹⁶⁸

El resultado que como el elemento del tipo nos ocupa tiene carácter eventual dentro de la estructura de éste, cuenta habida de que hay conductas típicas que no generan efecto al-

¹⁶⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco, *La causalidad en el delito*, Editorial Porrúa, S.A., 3ª Edición 1989, pp. 140-142.

guno (delitos de simple omisión) o que generándolo no fue tomado en consideración por el legislador en la creación del tipo y, en ambos casos, los tipos penales carecen de resultado material.

Ahora bien tratándose de los delitos de acción el efecto, como lo dice el profesor de la Universidad de Turín, puede ser físico (destrucción de la cosa en el delito de daño), fisiológico (la muerte de un hombre en el homicidio) o psicológico (la percepción de una expresión ofensiva en la difamación), y: *"...se distingue netamente de la conducta misma, es decir del movimiento corporal en la acción: Es siempre un quid diferente y distinto del comportamiento humano: un hecho separado del comportamiento mismo y, por ello, exterior al hombre."* ¹⁶⁹

Sobre el particular Zaffaroni se expresa de la siguiente manera:

"La relación causal y el resultado son fenómenos físicos que van imperiosa e ineludiblemente unidos a la conducta, pero que de ninguna manera la integran: Hiroshima destruida no es, ni forma parte, de la conducta de arrojar una bomba." ¹⁷⁰

Coincidimos con Antolisei, cuando afirma que:

"... el resultado es necesariamente una modificación del mundo exterior" y aclara, citando a Rocco, que por mundo exterior se entiende "en primer lugar no

¹⁶⁹ Antolisei, Francesco, **Manual de Derecho Penal**, Ob. cit., p. 158.

¹⁷⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, **Ob. cit.**, p. 109.

exterior frente a todos y cada uno, sino exterior respecto aquel que es sujeto de la manifestación de la voluntad... y lo que respecto a un sujeto es exterior (en nuestro caso: al agente), puede muy bien ser interior respecto a otro (en nuestro caso: al sujeto pasivo). Luego, exterior respecto al agente no sólo es lo que esta bajo sus sentidos, sino en general lo que esta sometido a su conocimiento y por tanto a su conciencia; y tal no sólo es la realidad física o material, sino también la realidad psíquica o inmateral... "171

Conforme a lo expuesto, Antolisei se cuida más adelante de precisar que el resultado de que hablamos no requiere necesariamente ser sensible y que debe distinguirse *"del efecto que el agente se ha propuesto conseguir con su obra."*

Y agrega:

"...el resultado no sólo es distinto de la finalidad, la cual pertenece a la vida espiritual del hombre, sino también del efecto exterior que el agente ha intentado: del efecto querido por él." 172

Por las anteriores razones discrepamos del siguiente criterio de la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en la página 48, del tomo LXXXIX Segunda Parte, Sexta Epoca, del Semanario Judicial de la Federación que dice:

¹⁷¹ Antolisei, Francesco, *La Acción y el Resultado en el Delito*, p. 142.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 151-152.

"USURPACION DE PROFESION ES DELITO FORMAL. Es inexacta la aseveración que se haga en el sentido que el delito de usurpación de profesión es material y no formal, habida cuenta de que el primero requiere para su existencia que se realice el resultado que pretende alcanzar el delincuente, en tanto que en el delito formal es suficiente la consumación del acto delictuoso independientemente del daño que pueda causar el sujeto. Así, para la consumación de este delito, basta que el acusado se ostente como profesionalista sin serlo, ofreciendo sus servicios a quienes depositan en él su confianza creyendo en la autenticidad de su profesión."

El primer problema a resolver en la acreditación de este "resultado material", en la praxis lo constituye el dilucidar si en el caso concreto estamos o no frente a un delito cuyo tipo penal lo contemple. No siempre dicho resultado aparece de manera expresa y clara en la redacción del tipo y hay delitos en los que la doctrina discute si el tipo correspondiente lo requiere o no, es decir, si se trata de un delito formal o de mera conducta, o material o de resultado.

Sin embargo, hay dos directrices que delimitan el universo de este problema. La primera tiene que ver, como ya se dijo, con los delitos de simple omisión u omisión propia, los cuales por su naturaleza carecen de "resultado material" (pues basta el hecho de no realizar el mandato o la orden contenida en ellos), y la segunda, con los delitos en grado de tentativa, cuyos tipos penales no requieren del eventual "resultado material" exigido en el respectivo delito consumado. Y si bien estos

últimos fácticamente generan una especial situación de peligro para el pasivo, ésta no viene a erigirse como elemento del tipo penal, sino como una consecuencia de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Una vez excluidos estos dos apartados (delitos de omisión simple y en grado de tentativa) cuyo reconocimiento no representa mayor dificultad, quedan dentro del universo en el que se habrán de identificar a los delitos materiales de resultados, todos los: a) denominados de acción y b) de comisión por omisión.

En relación con estos últimos, cuando están contenidos en la parte especial del Código Penal (artículos 177 en relación con el 176; 225 fracción VII, 232 fracción II) o en algún otro ordenamiento, el referido resultado aparece de manera expresa, de tal suerte que su identificación no es difícil, y tratándose de aquellos que, como vimos, se estructuran mediante la fórmula genérica del segundo párrafo del artículo 7 del Código Penal, y la de "delito material" correspondiente, tal identificación se centra en este último, que necesariamente será un delito de acción.

Por consiguiente, la problemática de la identificación del "resultado material" en los delitos, se reduce a los denominados de acción, los cuales requerirán de un resultado material, siempre y cuando su consumación no se alcance mediante los movimientos corporales del agente aisladamente considerados, sino que se requiera que éstos desencadenen un proceso causal que puede o no verificarse o culminar, pues es esta circunstancia y no otra, la que hace útil, procedimentalmente hablando, esta noción de "resultado" y la "relación de atribuibilidad

con la acción u omisión", pues habrá ocasiones en que a pesar de realizarse los movimientos corporales aparentemente idóneos para generar ese resultado, éste no se produzca o realizándose no sea atribuible a aquéllos.

Una vez determinada la exigencia del "resultado material" en el tipo penal que se analiza, será menester acreditar su existencia. En el apartado D) del capítulo III "Génesis del artículo 168 vigente" de este trabajo, se indicó que la reforma a este numeral y al 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, trajo aparejada la supresión, en los respectivos ordenamientos procesales, del sistema dual de reglas general y especiales para la comprobación del "cuerpo del delito", relacionadas estas últimas en su mayoría con la acreditación del "resultado material"; debiendo ahora emplearse según reza la propia iniciativa "...la prueba conducente y útil para cada caso concreto; lo anterior independientemente de que en algunas hipótesis (lesiones, homicidio, aborto, infanticidio, robo de energía eléctrica o fluido y ataques a las vías de comunicación) se dan reglas específicas para el desarrollo de la investigación, sin que con ello se establezca limitación que impida practicar algunas otras diligencias que resulten procedentes en cada caso."

Lo anterior significa que en los supuestos señalados, contenidos en los artículos 169, 170, 171, 172, 173, 176 y 179 del Código Federal de Procedimientos Penales, para la acreditación del "resultado material" se habrán de obtener los específicos medios de prueba allí indicados, sin perjuicio de poder agregarse otros más, pero que fuera de estos casos la única

limitante del juzgador serán las normas de valoración de pruebas contenidas en el referido ordenamiento.

La supresión del sistema dual nos parece acertada, pues como ya se demostró en el capítulo I "Panorama anterior a la reforma del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales", resultaba confuso y complejo.

7. 2. La relación de atribuibilidad entre el "resultado material" y la acción u omisión.

Esta relación de atribuibilidad consiste en que el "resultado material" debe ser atribuible a la conducta típica. Debe existir entre ambos una relación de causa a efecto, es decir, una "relación de causalidad", en la que por causa entendemos, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones: *La suma de todas las condiciones positivas o negativas que concurren a producir el resultado.*

Esta teoría es, entre varias, la que ha acogido nuestra jurisprudencia, como se demuestra con la siguiente tesis visible en la página 134 del Tomo XXVI Segunda Parte de la Sexta Epoca del Semanario Judicial de la Federación y que a la letra dice:

"RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL. El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo

esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la **conditio sine qua non** o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la **conditio sine qua non**, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad."

En los delitos de acción la constatación de esta relación de causalidad, conforme a la referida teoría, requerirá que el juzgador se formule el juicio hipotético en el que mentalmente suprima los movimientos corporales del agente (acción invoca-

da como típica) y, conforme a las reglas de la experiencia y la lógica, verifique si el resultado material desaparece; si ello ocurre, tal relación estará acreditada y no lo estará si aquél permanece.

En los delitos de comisión por omisión el juzgador habrá de suponer hipotéticamente realizada la acción invocada como omitida y, si el resultado no se produce, tal omisión constituye su causa y viceversa.

Al respecto Edmundo Mezger afirma:

*"El problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión aparece planteado exactamente de la misma manera y exactamente en las mismas formas que en el hacer activo, sólo que no en referencia a la omisión como tal, sino a la acción positiva pensada (esperada) y a su resultado. La pregunta decisiva es ésta: ¿hubiera sido impedido por 'la acción esperada' el resultado que desaprueba el ordenamiento jurídico? En los casos en que tal pregunta se conteste de modo afirmativo la omisión es causal respecto al resultado."*¹⁷³

Habrán ocasiones en que en estos dos juicios, para entender el proceso causal de que se habla, se requerirá de conocimientos especializados, por lo que se deberá recabar la opinión de peritos.

¹⁷³ Mezger, Edmundo, Ob. cit., pp. 241-242.

Al respecto Márquez Piñero, conocido seguidor del Modelo Lógico del Derecho Penal critica el razonamiento mezgeriano antes expuesto, que explica la relación de causalidad existente entre la omisión y el resultado, y sostiene que tal relación no existe, y afirma: *"La omisión y el resultado material se ligan entre sí, no por la causalidad, sino por la posición de garantía en que se encuentra colocado el autor para la salvaguarda del bien. Es una relación de índole normativa y no de orden natural"*.¹⁷⁴

Con respecto a tan autorizado autor pensamos que si bien resulta exacto que la "calidad de garante" del sujeto activo debe derivar necesariamente, (ahora incluso por así disponerlo el segundo párrafo del artículo 7 del Código Penal, de un deber actuar cuyas fuentes se encuentran limitadamente señaladas en la norma); de ello no se sigue que a la conducta invocada como omitida (a cargo del agente) se le deba atribuir el resultado material sin constatar que la conducta positiva específica y concreta no realizada por el agente (abstención), que entraña aquélla, realmente fue causa del resultado conforme las leyes de la naturaleza.

Ciertamente toda omisión consistente en "no impedir un resultado material", presupone necesariamente la abstención de una concreta y específica acción que debió realizar el agente (cuya naturaleza y características derivaran del caso concreto y de las fuentes normativas del deber actuar), y es esta acción la que hipotéticamente se debe realizar para cons-

¹⁷⁴ Márquez Piñero, Rafael, *El Tipo Penal algunas consideraciones en torno al mismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 219.

tatar, que conforme a las leyes de la naturaleza, si su no realización, fue o no la causa del resultado.

Valga el siguiente ejemplo para mejor explicar nuestra discrepancia: Si a una persona que ha sido contratada como maestro de natación se le atribuye el delito de homicidio por omisión impropia, en el que la conducta típica omisiva lo es: "no haber realizado los actos idóneos para evitar la muerte de una persona", haber omitido auxiliar a una persona que no sabiendo nadar, fallece dentro de la piscina, será menester demostrar que, independientemente de que no haya prestado auxilio alguno como era su deber (aspecto normativo que pudiera incluso no estar controvertido), esta abstención fue la *causante* de la muerte, y para ello necesariamente habremos de situarnos en el mundo de las leyes naturales y realizar hipotéticamente la conducta específica, que en el caso concreto le era exigible, para verificar si realmente ésta pudo impedir el resultado, o bien descubrir que a pesar de haberse prestado el auxilio debido la muerte de cualquier manera hubiere sobrevenido, como pudiera acontecer al establecerse que ésta fue producto de una congestión y no de asfixia por sumersión; y consecuentemente que la conducta esperada del agente y no realizada, no fue causa del resultado.

Por tanto, estimamos que entre la omisión y el resultado (en los delitos de comisión por omisión) si existe una relación de orden natural que es la única que nos va a permitir establecer que ese resultado pudo ser evitado de haberse realizado por parte del agente una determinada acción, para después mediante la relación normativa existe entre ambos: agente y acción omitida, atribuible el resultado al primero.

En la constatación de la relación causal entre omisión y resultado material no interesa investigar a quién le correspondería en el caso concreto el deber de actuar, ni cuál es la fuente de este deber (lo que sí entraña una relación de carácter eminentemente normativo), puesto que debemos partir de que en este nivel de análisis, necesariamente ya está invocada como típica una determinada omisión, verificada en un tiempo y lugar específicos, a cargo de un sujeto identificado (tal y como lo apuntamos en el apartado 3 "La acreditación de la conducta típica conlleva la identidad de los sujetos activos con los inculpadados") a quien ya se le ha atribuido la calidad de garante respecto al resultado material.

Opinar lo contrario sería tanto como afirmar que en la constatación de una relación cualquiera entre dos elementos, aquélla tuviere como cometido la indagación de la existencia de estos últimos, cuando salta a la vista que en dicha constatación ya se presupone tal existencia.

En tal modo, si la disposición que estamos estudiando claramente se refiere a: "El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión", la verificación de esta atribuibilidad no puede tener como objeto indagar si esta omisión realmente se generó, es decir, si alguien tenía el deber de realizar la actividad no realizada, ni en caso de ser ésta afirmativa, quien incurrió en ella.

Todos estos aspectos, como ya se apuntó en el apartado 5 "La calidad del sujeto activo", conciernen exclusivamente a la acreditación de la calidad de garante, y si bien se advierte que, conforme a lo expuesto en dicho apartado, la relación cau-

sal de que se habla también debe verificarse en aquél, lo que se traduce en una doble constatación de tal relación; ello no invalida lo antes dicho, cuenta habida de que ella se deriva del propio precepto en estudio, por lo que en todo caso, a fin de evitarla habría que suprimir a la omisión del inciso b) del numeral en estudio para quedar como sigue: "b) el resultado, y, en su caso, su atribuibilidad a la acción." Toda vez que, se insiste, la relación de atribuibilidad entre el resultado y la omisión ya se entiende requerida con la calidad específica de garante del sujeto activo.

8. El objeto material.

Este elemento del tipo no representa en la praxis mayor problemática. Ha recibido en la doctrina otras denominaciones como lo son: objeto natural o corporal, objeto de ataque, objeto de la acción y objeto de la conducta.

"Es, el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo." nos dice Olga Islas¹⁷⁵, *"Es toda persona o cosa que forme parte del tipo."* afirma Jiménez de Asúa.¹⁷⁶ Edmundo Mezger, define como objeto del delito o la acción: *"Aquel objeto corporal sobre el que la acción típicamente realiza."*¹⁷⁷

Consideramos que toda noción dentro de la sistemática del tipo penal debe cumplir con una función específica que la justifique y tener tal alcance que no por ser demasiado extensa

¹⁷⁵ Islas de González Mariscal, Olga, *Ob. cit.*, p. 39.

¹⁷⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *Ob. cit.*, tomo III, *El Delito*, 5ª Edición 1992, p. 112.

¹⁷⁷ Mezger, Edmundo, *Ob. cit.*, p. 173.

se empalme innecesariamente con otros conceptos o por quedar muy estrecha deje de alcanzar su cometido.

Si estimamos indiscriminadamente dentro de la noción "objeto material" a la persona física hacia la cual se dirige la acción nos encontramos con que en un gran número de delitos hay necesariamente coincidencia con el sujeto pasivo (todos los delitos contra la vida y la integridad corporal, delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual etc.) y, por consiguiente, las eventuales calidades objetivas requeridas a éste también se habrán de requerir a aquél. Pero además, si esta persona no aparece en el hecho que se analiza, la conducta será atípica, no tanto por ausencia del objeto material, sino del sujeto pasivo.

Luego entonces consideramos que el objeto material del tipo debe limitarse al ente corpóreo hacia el cual se dirige la conducta típica, siempre y cuando éste no se identifique necesariamente con el sujeto pasivo; sólo así cumpliría su función de significarse como un verdadero elemento del tipo, cuya naturaleza, cantidad o características pudieran incluso ser determinantes para ubicar la conducta en una u otra hipótesis o modalidad; por ejemplo en el delito de daño en propiedad ajena la cosa ajena o propia, en el delito de despojo, el inmueble ajeno o propio, en los delitos contra la salud, la cantidad del narcótico, en el delito de portación y acopio de armas el calibre y cantidad de éstas, etc., etc.

Hay tipos penales que carecen de objeto material, verbigracia el de falsedad de declaraciones, el de difamación, el de

desobediencia y resistencia de particulares, etc.; y de ahí su carácter contingente.

9. Los medios utilizados.

La acción y el efecto, nos dice Antolisei, "... no se encuentra siempre en relación de sucesión directa. A veces entre una y otra se intercala una entidad que no es ni acción ni efecto. Aquí se presenta la noción de medio, ..." ¹⁷⁸

Edmundo Mezger entiende por "delitos con medios legalmente determinados" aquellos en los que "la tipicidad se produce, no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina." ¹⁷⁹

Y aunque su concepto de "medio" comprende no sólo a los medios de ejecución en sentido estricto que son a los que se circunscribe nuestro elemento en estudio, sino también las referencias temporales, espaciales y a otro hecho punible, estimamos acertada su definición como punto de partida para abordar su estudio.

Las dos aportaciones anteriores nos permiten formular las siguientes aseveraciones en torno a los "medios utilizados":

- a) No son la acción ni el resultado material.

¹⁷⁸ Antolisei, Francesco, *Ob. cit.*, p. 148.

¹⁷⁹ Mezger, Edmundo, *Ob. cit.*, p. 315.

b) Son diligencias que se realizan u objetos que se utilizan previa o comitantemente a la acción típica para lograr el resultado material.

c) Su presencia en el tipo presupone que tal resultado puede generarse mediante la misma acción, pero sin esos medios u otros diferentes.

Los medios utilizados, descritos en el tipo son de dos clases:

1) Toda actividad con la que el sujeto determina el efecto relevante para el derecho penal o la torna más grave. Por ejemplo, la violencia en los delitos de violación y robo agravado con violencia; el engaño en el estupro y, la amenaza, la furtividad, el engaño o la violencia en el despojo, etc., etc.

2) Los objetos o las fuerzas, existentes fuera del hombre, los cuales son utilizados o puestos en movimiento por el agente para la producción del efecto (*strumenta sceleris*). Por ejemplo, el delito de robo cometido por persona armada o que utilice o porte otros objetos peligrosos, el de uso de armas prohibidas para la cacería, artículo 30 fracción II de la Ley Federal de Caza, y el uso de explosivos en el delito de ataques a las vías de comunicación, artículos 165 a 168 del Código Penal, etc., etc.

Como se podrá advertir, la problemática de la acreditación de cada uno de estos "medios utilizados" dependerá de su propia naturaleza.

La identificación de los "medios utilizados" como elemento del tipo en los diferentes delitos en el tipo no debiera significar mayor problema, porque se encuentran expresos, sin embargo, frecuentemente se les confunde con la acción típica misma.

Así por ejemplo, tratándose del delito de fraude previsto en el artículo 386 del Código Penal que dice:

"Comete el delito de fraude el que engañado a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido."

Amuchategui Requena afirma que "el propio engaño suele ser simultáneamente la conducta y el medio comisivo; lo mismo podemos decir del aprovechamiento del error."¹⁸⁰, cuando conforme a lo que hemos apuntado, ello no puede acontecer. Ciertamente, estimamos que en este delito las acciones típicas son: engañar o aprovecharse del error unidas en una "sucesión directa", mediante una relación de causalidad con el resultado material que desde el punto de vista del agente es el: "hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido" y, desde la perspectiva del sujeto pasivo de la conducta lo es "la disposición patrimonial efectuada."

Al respecto resulta invocable la siguiente tesis de la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Na-

¹⁸⁰ Amuchategui, Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal*, Cursos primero y segundo, Editorial Harla, S. A. de C. V., 1993, p. 395.

ción visible en la página 69, Tomo CV, Sexta Epoca del semanario Judicial de la Federación:

"FRAUDE. ELEMENTOS DEL DELITO DE. Conforme al artículo 386 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, los elementos que constituyen el delito de fraude, son: a) engaño: actividad positivamente mentirosa que se emplea para hacer incurrir en creencia falsa; b) aprovechamiento del error: actitud negativa que se traduce en la abstención de dar a conocer a la víctima, el falso concepto en que se encuentra con el fin de desposeerla de algún bien o derecho; c) obtención del lucro indebido: beneficio que se obtiene con la explotación del engaño o error de la víctima, y d) relación de causalidad: el engaño o el error deben ser determinantes de la obtención del lucro. La falta de los elementos enumerados, hace inexistente el delito de fraude."

En efecto, este tipo penal contendría medios comisivos si, por ejemplo, el engaño del que se habla se requiriera realizar necesariamente mediante un documento público alterado o falsificado o a través de la suplantación de una persona etc., etc., pero como en la especie la falsa representación de la realidad del sujeto pasivo de la conducta se puede lograr mediante cualquier medio idóneo, el tipo penal de mérito no contiene medios de ejecución específicos.

10. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

Valga este espacio para hacer la siguiente aclaración, que no por resultar evidente es menos necesaria si tomamos en cuenta la frecuencia con la que advertimos se incurre en la confusión de estimar la cita de estos elementos como las referencias en que se genera toda conducta, es decir, el lugar, el tiempo y como se realizó, y que tienen que ver con la motivación, exigida por la garantía de legalidad, de la acreditación del conjunto de los elementos del tipo, pues el argumentar que éstos se colmaron en un caso concreto, lleva implícito necesariamente el señalamiento del dónde, cuándo y de que manera, ocurrió ello.

Sin embargo estas "circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión" como elementos no constantes de todo tipo penal, contenidos sólo en algunas figuras delictivas, se refieren a las especiales circunstancias, consideradas en abstracto por el legislador (por ejemplo, casa habitación o el día de la jornada electoral), en que habrá de generarse la conducta típica, independientemente de que se actualicen en el mundo fáctico en un lugar y momento determinado (verbigracia, la casa ubicada en el #3 de la calle de Moneda y el 6 de junio de 1997 respectivamente), a los que se habrá de hacer mención para motivar su acreditación.

10.1. Las circunstancias de lugar.

Cuando el tipo penal con independencia, claro está, de la validez espacial del ordenamiento que lo contiene, delimita el

escenario local para su realización estamos en presencia de circunstancias de lugar como elementos de aquel. Ejemplos de éstas las encontramos en nuestro Código Penal, en los tipos penales de: Adulterio, *"en el domicilio conyugal"*; Allanamiento de morada, *"departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada"*; Ataques a las vías de comunicación, artículo 167 fracción V, *"Al que inundare en todo o parte un camino público..."*; Contra la salud, artículo 196 fracción IV, *"Las penas que en su caso resulten aplicables por los delitos previstos en el artículo 194, serán aumentadas en una mitad, cuando: ...Se cometa en centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o en sus inmediaciones con quienes a ellos acudan;"*.

Con mucha frecuencia estas circunstancias de lugar se significan como circunstancias agravantes del tipo penal, verbi-gracia en los delitos de robo agravado: *lugar cerrado, casa en donde se recibe hospitalidad, obsequio o agasajo; lugar en donde presten sus servicios al público, estando la víctima en un vehículo particular o de servicio público, vehículo estacionado en la vía pública o en otro lugar destinado a su guarda o reparación etc., etc.*

La identificación de las "circunstancias de lugar" resulta sencilla, pues ordinariamente aparecen de manera expresa en la redacción del tipo, y su acreditación también lo es ya que generalmente se lleva a cabo mediante la prueba de inspección cuya regulación se encuentra prevista en los artículos del 208 al 211 del Código Federal de Procedimientos Penales, la cual hará prueba plena de conformidad con el artículo 284 del mismo ordenamiento, siempre que se realice observando lo dis-

puesto en dichos numerales en los que entre otras disposiciones, se establece que *"... debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público o, en su caso, del Juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso."* Mas no es el único medio de prueba con el que puede demostrarse, bastando en ocasiones la confesión o la declaración de testigos.

10.2. Las circunstancias de tiempo.

Algunos tipos penales reclaman referencias temporales, dentro de las cuales ha de realizarse o prolongarse la conducta o que se relacionan con el resultado material. Ejemplos de ellas son las previstas en los artículos 364 fracción I del Código Penal: *"Al particular que prive a otro de su libertad hasta por cinco días. Si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena de prisión será de un mes más por cada día."*, 403 fracción III mismo ordenamiento: *"Haga proselitismo o presione objetivamente a los electores el día de la jornada electoral...";*, 109 fracción V del Código Fiscal de la Federación: *"Omitir presentar por más de seis meses la declaración de un ejercicio que exigen las leyes fiscales, dejando de pagar la contribución correspondiente."* Y 289 del Código Penal: *"Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se ... Si tardase en sanar más de quince días se le impondrán..."*.

Su identificación no representa mayor dificultad porque aparecen de manera expresa en la redacción del tipo y su acreditación puede realizarse por cualquier medio de prueba,

salvo que como en el último de los ejemplos citados, se requiera la opinión de peritos.

Cabe finalmente mencionar que consideramos acertado que, mediante el multicitado Decreto del 23 de diciembre de 1993, se haya derogado la referencia temporal que contenía la fracción II del artículo 302 del Código Penal que establecía que: *"Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes: ... II. Que la muerte se verifique dentro de sesenta días contados desde que fue lesionado."*, por limitar arbitrariamente el principio de atribuibilidad entre la acción y el resultado.

10.3. Las circunstancias de modo.

Las acepciones semánticas del vocablo modo que nos interesan son: "Forma variable y determinada que puede o no recibir un ser, sin que por recibirla se cambie o se destruya su esencia. Forma o manera particular de hacer una cosa." ¹⁸¹

Como es de advertirse estas circunstancias de modo, parecieran identificarse con el también elemento del tipo "los medios utilizados", sobre todo con los de la clase que se refieren a la actividad que acompaña a la acción típica tal y como lo expusimos en el apartado 9. Sin embargo, la diferencia que encontramos con aquéllos es que no necesariamente coadyuvan a la obtención de un resultado material típico, sino que son simplemente una especial manera de realizar la acción típica

¹⁸¹ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, tomo II, Real Academia Española, Madrid 1984, p. 918.

que toma en consideración el legislador con independencia del resultado alcanzado por ésta.

Ejemplo de ellas, las encontramos en nuestro Código Penal en el delito de ultrajes a la moral pública, previsto en la fracción III del artículo 200 que estatuye: "Al que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal."; y en el de adulterio previsto en el artículo 273 en su hipótesis de escándalo: "Se aplicará prisión de hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido... con escándalo."

10. 4. Las circunstancias de ocasión.

Referencia de ocasión, afirma Olga Islas, "Es la situación especial, requerida en el tipo generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado." ¹⁸²

Estas circunstancias las encontramos en el Código Penal, entre otros delitos, en los de traición a la patria, previsto en el artículo 123 fracción II: "Destruya o quite dolosamente las señales que marcan los límites del territorio nacional, o hagan que se confundan, siempre que se halle en estado de guerra." ; robo calificado, 381 fracción VIII: "Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público;" y los de homicidio y lesiones con ventaja, artículos 315 y 316 del Código Penal:

¹⁸² Islas de González Mariscal, Olga, Ob. cit., p. 50.

"Se entiende que hay ventaja:

I. Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;

II. Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan;

III. Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; y

IV. Cuando éste se halla inerte o caído y aquél armado o de pie.

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuera el agredido, y, además, hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia."

La acreditación no tiene en la *praxis* alguna problemática en particular.

11. Los elementos normativos.

Edmundo Mezger, sobre este tema afirma:

"Mientras que los elementos típicos objetivos y subjetivos de que hasta ahora se ha tratado se referían a aquellas partes integrantes del tipo penal fijado por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos, corporales y anímicos, y, en consecuencia, han de ser constatados caso por caso por el Juez cognoscitivamente, en los elementos típicos 'normativos' se trata de presupuestos del injusto típico

que solo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho."

Y adelante agrega:

"Ya de pura índole normativa son los elementos en los que el Juez ha de captar el verdadero sentido de los mismos."

Y pertenecen además, continúa el referido autor, a los elementos típicos normativos todos los elementos que exigen una valoración jurídica o cultural.¹⁸³

Como ejemplos de los primeros en nuestro Código Penal son de citarse: *la "cosa ajena" en el robo, el "documento público" en el delito previsto en el artículo 246 fracción I del Código Penal: "El funcionario o empleado que, por engaño o sorpresa, hiciere que alguien firme un documento público, que no habría firmado sabiendo su contenido"; "un derecho real" en el delito de despojo; "sin consentimiento" en el delito de robo, "sin permiso" en el delito de allanamiento de morada; la "actividad ilícita" en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis; "los impuestos" en el delito de contrabando, previsto en el artículo 102 fracción I del Código Fiscal: "Omitiendo el pago total o parcial de los impuestos que deban cubrirse" y "patente de invención" en el delito previsto en el artículo 223 fracción I de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial: "Fabricar o elaborar productos amparados por una patente de invención o por un registro de modelo*

¹⁸³ Mezger, Edmundo, *Ob. cit.*, pp. 320-321.

de utilidad, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva.", etc., etc.

Como ejemplos de los segundos, puede mencionarse: las expresiones "*acto sexual*" en el delito de abuso sexual previsto en el artículo 260 del Código Penal, "*imágenes u objetos obscenos*" en el delito de ultrajes a la moral pública previsto en el artículo 200 fracciones I y II del Código Penal, la "*deshonra, y el descrédito*" en el delito de difamación.

No compartimos la posición de quienes, como Jiménez Huerta, sustentan que los verdaderos elementos normativos son sólo aquellos que "*por estar cargados de desvalor jurídico resaltan específicamente la antijuricidad de la conducta.*"¹⁸⁴ Y menciona como tales dentro de nuestro Código Penal las siguientes expresiones empleadas en algunos tipos penales: "indebidamente", "sin causa justa", "sin derecho", "ilícitamente".

Ciertamente, la postura de Jiménez Huerta, compartida entre otros por Jiménez de Asúa, provoca confusión de los límites entre la tipicidad y la antijuricidad, puesto que de la mera circunstancia de que, como dice el último de los citados, el legislador por "impaciencia" haya expresamente incorporado en algunos tipos penales los citados adverbios que, por implicar un desvalor definitivo y una valoración de licitud, pertenecen sin duda a la antijuricidad; no se sigue que tales expresiones sean elementos estructurales del tipo, pues tal reconocimiento, como es fácil advertir, vendría a trastocar las referidas nociones de tipicidad, antijuricidad y error de tipo.

¹⁸⁴ Jiménez Huerta, Mariano, Ob. cit., p. 86.

En efecto, así como se reconoce en algunos tipos penales la existencia de elementos estructurales del tipo, aunque no aparezcan expresamente en su redacción; la mención explícita de otros datos que resultan ajenos a las nociones del tipo penal, únicamente nos podrá conducir a reconocer ese hecho (que a pesar de su no pertenencia a dicha noción aparecen citados) mas no a incorporarlos como elementos componentes del tipo penal.

Zaffaroni al referirse a ellos expresa:

*"Estos conceptos indican la antijuridicidad y son meras insistencias del legislador, que no tienen ninguna particular connotación ni sentido práctico en el derecho penal de fondo —al menos— y creemos que tampoco en el procesal. No estimamos que sea necesario extraer de ello consecuencia alguna, como no sea una redundante insistencia en la necesidad de la antijuridicidad de la conducta."*¹⁸⁵

Reinhart Maurach al respecto apunta:

"Desde un principio debe distinguirse entre las características normativas del tipo y las características generales del delito, aparentemente incorporadas a la formulación de los tipos. Tal ocurre, por ejemplo, con las expresiones siguientes: 'sin autorización', 'antijurídicamente', 'sin permiso de la autoridad', etc. Pretenden una caracterización del proceso total descrito en el tipo, comprensiva del injusto en su totalidad. La

¹⁸⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob. cit.*, p. 248.

*distinción tiene la mayor importancia práctica para el deslinde de las distintas especies de error, con sus diversas consecuencias jurídicas."*¹⁸⁶

Para la identificación de los elementos normativos del tipo, Zaffaroni apunta la siguiente regla:

*"Se tratará de elementos normativos del tipo (y no de antijuridicidad), cuando sirvan para individualizar conductas, mas no cuando impliquen un desvalor definitivo. Se tratará de los mismos elementos (y no de elementos descriptivos) cuando para su comprensión se requiera una valoración jurídica o cultural."*¹⁸⁷

Tratándose de los elementos normativos que exigen una valoración jurídica, su acreditación se reducirá a constatar la adecuación entre la situación fáctica, que se invoca como la que satisface el requerimiento contenido en aquéllos, y el marco jurídico correspondiente.

Para cumplir con la garantía de fundamentación y motivación en los casos en que el elemento normativo tenga una conotación demasiado extensa, se deberán precisar los preceptos legales que en el caso específico se relacionen, así por ejemplo en la "actividad ilícita" del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se habrán de citar las disposiciones que permitan afirmar que esa actividad es contraria a derecho.

¹⁸⁶ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Ob. cit., p. 285.

¹⁸⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Ob. cit., p. 248.

Por lo que se refiere a los delitos relacionados con la industria petrolera nacional y con el servicio público de energía eléctrica, previstos en los artículos 185; 253 fracción I inciso i); 254 fracciones VII y VIII, 254, 368 fracciones II y III del Código Penal, por así ordenarlo el restablecido artículo 177 del Código Federal de Procedimientos Penales (Decreto del 9 de mayo de 1996), opera la presunción *juris tantum* de que los bienes que se vinculan a estos ilícitos son de propiedad federal y, por tanto, "... no se exigirá la presentación de factura o escritura pública o la inscripción en el registro público."

Finalmente los elementos normativos que requieren de una valoración cultural, ésta se deberá realizar, como lo afirma López Betancourt, conforme a la escala de valores predominante en la sociedad destinataria de la norma, y no según el propio criterio del juez.¹⁸⁸

12. Los elementos subjetivos específicos.

12.1. Su evolución.

El reconocimiento de "los elementos subjetivos específicos del tipo" 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."

¹⁸⁸ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa, S.A., 1ª Edición, 1994, p. 121.

Esta evolución se inicia con los estudios de Fischer en 1911 quien afirma que: *"El propósito, la intención reprobable del autor*

tiñe un tipo en 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 causante." ¹⁸⁹

Por lo que se refiere a la doctrina alemana, tal evolución continúa con Hegler, quien demuestra como la existencia de ciertos momentos subjetivos era algunas veces necesaria para afirmar el daño social, objetivo; uno de estos elementos Hegler lo encontró en la llamada *"tendencia trascendente"* en los delitos de intención.¹⁹⁰ Y, 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."* ¹⁹¹

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.¹⁹²

¹⁸⁹ Fischer, Harold A., Die Rechtswidrigkeit mit besonderen Beruecksichtigung des Privatrechts, Munich 1911, según cit. de Mezger, *Tratado de Derecho Penal, Ob. cit.*, p. 288.

¹⁹⁰ Hegler, Die Merkmale des Verbrechen, en la ZStr W., XXXVI, p. 19 y sigs, según cit. de Mezger, *Tratado de Derecho Penal, Ob. cit.*, p. 288.

¹⁹¹ Mayer, Max Ernesto, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg, 1923, pp. 185-186, según cita de Jiménez de Asúa, *Ob. cit.*, tomo III, p. 828.

¹⁹² Mezger, Edmundo, *Ob. cit.*, 293.

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

No se discute, decía el creador del "Tipo legal", *"... la relevancia jurídica de aquellas 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."* Yacen, 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.'"*¹⁹³

Hans Welzel le atribuye precisamente al 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.¹⁹⁴

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

¹⁹³ Beling, Ernst von, *La Doctrina del Delito-Tipo*, traducción de Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 7 y 19.

¹⁹⁴ Welzel, Hans, *Ob. cit.*, p. 72.

tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tiñen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción determina frecuentemente en gran medida el significado 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."*¹⁹⁵

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."

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 93.

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 fundamentales de los tipos agravados o atenuados."*¹⁹⁶

En México, Ricardo Franco Guzmán sin dejar de mostrar su rechazo a la doctrina de la acción final, 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 antijuridicidad.

¹⁹⁶ Maurach, Reinhart, *Ob. cit.*, p. 327.

*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 provistos de un contenido y una estructura diversa y tienen como finalidad la de integrar el juicio de ilicitud de la acción."*¹⁹⁷

En Argentina Ricardo C. Nuñez cuestiona, a nuestro modo de ver, 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

¹⁹⁷ Franco Guzmán, Ricardo, *La subjetividad en la ilicitud*, Editorial José M. Cajica Jr., S.A., 1959, pp. 137-138.

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 quiera expresar que cuando el juicio de licitud de la acción se determina 'según la 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 del agente."

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." ¹⁹⁸

Zaffaroni ya claramente sostiene que prefiere llamarlos "elementos subjetivos del tipo" y no "elementos subjetivos del injusto" por ser la primera mas 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 también

¹⁹⁸ Nuñez, Ricardo C., **Los Elementos Subjetivos del Tipo Penal.** , Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, No. 3 —año VI- 1942, pp.18 a 20.

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."¹⁹⁹

12.2. Su conceptualización a partir de nuestra legislación.

Nos hemos ya referido someramente a estos elementos en el apartado 4.1 "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 aquéllos 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.

¹⁹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob. cit.*, p.13.

Ejemplos, en nuestro Código Penal, de tipos penales en que aparecen de manera expresa lo son los delitos de espionaje: "... al extranjero que en tiempos de paz, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o..."(Art.127); 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.**" (Art. 130); terrorismo "...al que utilizando explosivos... realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma..., **para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.**" (Art. 139); contra la salud "...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**"; variación de domicilio: "Al que **para eludir la práctica de una diligencia judicial o...**" (Art. 249 fracción II); contra el consumo: "El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa (de artículos de consumo necesario) para su venta, **con el objetivo de obtener un alza en los precios**" (Art. 253 fracción I, inciso a); privación ilegal de la libertad: "Al que **prive ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual**" (Art. 365 bis).

Ejemplos de tipos que contienen elementos subjetivos no mencionados de manera expresa lo son, el abuso sexual "al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual..." " Ya que el acto sexual requiere necesariamente que los tocamientos se

realicen con una intención lujuriosa. Y el robo, cuenta habida de que para que exista apoderamiento es necesario que en el agente exista un ánimo de apropiarse de la cosa.

Por cuanto hace a la dificultad de identificar en el tipo los elementos subjetivos cuando éstos no aparecen expresamente, Ricardo C. Nuñez opina que *"... la determinación de su existencia depende de la interpretación del tipo. Aquí es donde el jurista debe mostrar su 'sentimiento jurídico' so pena de tergiversar el sentido del precepto penal."*²⁰⁰

No compartimos por otra parte, la opinión de este jurista argentino, avalada por Jiménez Huerta, que considera también como elementos subjetivos del tipo determinados "estados de conciencia" que se traducen, en una específica representación o conocimiento del autor del hecho y que el último de los citados, en vía de ejemplificación, menciona como tipos penales que, en nuestro Código Penal los contienen, entre otros, los siguientes:²⁰¹

Fraude específico: *"Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella..."* (Art. 387 fracción II); uso de moneda falsa: *"...al que a sabiendas hiciere uso de moneda falsificada."* (Art. 234 último párrafo); uso de documento falso: *"El que a sabiendas hiciere uso de un documento falso ..."* (Art. 246 fracción VII); delito de abogados *"Alegar a sabiendas hechos falsos, o..."* (Art. 231 fracción I).

²⁰⁰ Nuñez, Ricardo C., *Ob. cit.*, p. 13.

²⁰¹ Su cita se realiza adecuándolos, en su caso, a la redacción y ubicación actual de los tipos de referencia.

En estos casos, a nuestro parecer, el legislador con tales expresiones no hizo mas que destacar el carácter eminentemente doloso de los tipos penales en cuestión, para que no quedara duda de que su realización culposa era atípica (y por ende impune) lo que en la actualidad ya no resulta necesario en virtud del contenido del segundo párrafo del artículo 60 del Código Penal que, como ya dijimos, delimita el universo de los delitos culposos en los cuales el legislador no hace alusión expresa a su forma de comisión.

En efecto, la exigencia de ese conocimiento recae sobre los elementos objetivos normativos "falsificado" y "falso", respectivamente, que son materia de los aspectos cognoscitivo y volitivo del dolo (realización dolosa de la acción) tal y como ya lo expusimos en el apartado 4.1; luego entonces, no es dicho conocimiento un elemento diferente este último. Tal aseveración se corrobora al suprimir mentalmente tales expresiones y advertir que, de cualquier manera, el tipo requerirá una "realización dolosa de la acción" y que ésta habrá de abarcar en su aspecto cognoscitivo a esos elementos normativos.

Una situación similar acontece con el delito de homicidio en razón del parentesco o relación, previsto en el artículo 323 del Código Penal que preceptúa:

"Al que prive de la vida a su ascendiente o... con conocimiento de esa relación ..."

Pues su realización dolosa ya también comprende el aspecto cognoscitivo de la calidad específica que guarda el pasivo con el agente. Con la diferencia de que aquí la falta de ese

conocimiento, no hace enteramente atípica la conducta, sino que la ubica en algún otro tipo (el básico de homicidio simple o el agravado o atenuado según las circunstancias que concurran). Tratándose de su forma culposa, tampoco se erige ese conocimiento como elemento subjetivo específico del tipo, toda vez que al ser ésta únicamente realizable en la especie culpa con representación o consciente, tal conocimiento quedaría comprendido dentro de la representación del "resultado típico" tal y como lo explicamos en el apartado 4.2.

Ciertamente no advertimos cómo se podría configurar en este delito la hipótesis de culpa inconsciente, ya que si el agente no tiene la representación del resultado típico tampoco se podría sostener que tuvo conocimiento de su relación con el pasivo, ya que éste necesariamente debe estar ligado al resultado: privación de la vida, y si éste último no se representó, tampoco aquél pudo generarse. Así por ejemplo si una persona al conducir a alta velocidad un automóvil a bordo del cual se encuentra su progenitor, lo hace sin las debidas precauciones, confiando en que evitará las posibles consecuencias de su proceder las cuales se ha representado: colisión con otros vehículos y derivado de ello incluso la muerte de su acompañante, y se suscita el siniestro, habrá realizado una conducta típica culposa de homicidio en razón del parentesco. Pero si la colisión se suscita porque al tomar una curva a velocidad permitida en un piso mojado el automóvil se derrapa por el mal estado de sus llantas (circunstancia que ignoraba el agente pero que pudo prever) no sería dable afirmar que en su proceder culposo tuvo conocimiento de esa relación, y por tanto, su conducta será típica sólo de homicidio culposo.

Resulta obligado en este apartado hacer referencia al denominado, tanto por la doctrina²⁰² y jurisprudencia, "dolo específico", ya que se ha identificado con la noción aquí expuesta de elementos subjetivos específicos del tipo.

Nosotros estimamos que si bien, como lo hace nuestra legislación, es correcto asignarle a los elementos en estudio el atributo de específicos, para diferenciarlos de los otros aspectos internos del tipo: dolo y culpa (realización dolosa o culposa de la acción u omisión), en tanto que poseen (a diferencia de estos últimos considerados alternativamente) la característica específica de no estar contenidos en todos los tipos penales; el empleo del término "dolo específico" para identificar a aquéllos genera confusión, puesto que, como ya lo asentamos en el apartado 4.1, la diferenciación de dos clases de dolo resulta asistemática por traer aparejada, como lo dice el Modelo Lógico, el fraccionamiento de la voluntad que en la vida real se presenta siempre de manera unitaria, y justificar, de alguna manera, el criterio de que los elementos en estudio no queden comprendidos en el aspecto cognoscitivo de la "realización dolosa de la acción u omisión". Propuesta cuya crítica ya expusimos en el apartado citado.

Consecuentemente, tal vez sería conveniente sustituir el adjetivo de "específicos" por el de "especiales", para evitar su identificación con la noción de "dolo específico", que como dice

²⁰² El "dolo específico", nos dice Raúl Carrancá y Trujillo, es "La intención predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe consagrarlo en cada caso (p.ej., conocimiento del parentesco en el parricidio, del estado civil de casado en el adulterio, etc.), **Derecho Penal Mexicano**, Parte General, 14ª Edición, 1982, Editorial Porrúa, S. A., p.429.

Marcelo Finzi *"es siempre una expresión cuyo sentido carece de claridad y precisión."*²⁰³

12.3. Su acreditación.

Por su propia naturaleza, al igual que el dolo, estos elementos pueden evidenciarse mediante la mera conducta externa del agente, piénsese por ejemplo en las características de ciertos tocamientos sobre el pasivo, que no dejan lugar a duda de la finalidad erótico-sexual con los que los realizó el agente. En otras ocasiones la misma ley proporciona implícitamente determinadas pautas para tenerlos por acreditados, verbigracia en el delito contra la salud previsto en el primer párrafo del artículo 195 del Código Penal, cuando la cantidad de narcóticos que se posee es superior al máximo del señalado en las tablas contenidas en el apéndice 1 de ese ordenamiento, una interpretación sistemática con el diverso 195 bis que dice: *"Cuando la posesión o transporte, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 de este Código y no se trate de un miembro de una asociación delictuosa, se aplicarán las penas previstas en las tablas contenidas en el apéndice 1..."* nos lleva a establecer la presunción *juris tantum* de que tal posesión se realiza con la finalidad de llevar a cabo cualquiera de las conductas previstas en el artículo 194 del mismo ordenamiento.

²⁰³ Finzi, Marcelo, *El llamado "Dolo Específico" en el Derecho Penal Argentino y Comparado*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1943, p. 24.

En este sentido es de citarse la tesis cuyo texto es:

"SALUD, DELITO CONTRA LA. PARA LA DEMOSTRACION DEL ELEMENTO SUBJETIVO CONSISTENTE EN LA FINALIDAD DE LA POSESION DE NARCOTICOS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 195 DEL CODIGO PENAL FEDERAL, TIENE VALOR PREPONDERANTE LA CANTIDAD DEL MISMO.- Para la demostración del elemento subjetivo consistente en la intención volitiva pretendida por el activo del ilícito contra la salud en la modalidad de posesión de narcóticos prevista y sancionada por el artículo 195 del Código Penal Federal, son preponderantes los datos que puedan desprenderse o inferirse de las circunstancias concretas de comisión de la conducta, las condiciones, estado, conformación del narcótico materia de dicha conducta y especialmente, la cantidad de ésta, pues los datos señalados fueron considerados por el legislador en el artículo 195 bis, para que pudieran o no considerarse como destinados a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, para que el juzgador, en cada caso, en uso del arbitrio judicial que le confiere el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales y demás disposiciones aplicables, tomando en cuenta la cantidad del narcótico materia de la conducta y las demás circunstancias del hecho, determine si los hechos materia de la acusación son constitutivos de la posesión genérica de narcóticos prevista por el artículo 195 del Código Penal Federal o de la posesión atenuada descrita por el ar-



título 195 bis del propio Código, para lo cual constituye un dato relevante el que la cantidad del narcótico rebase el máximo previsto por las tablas contenidas en el Apéndice 1 del artículo 195 bis del Código Penal Federal, cuando se trate de narcóticos en ellas comprendidos."

Visible en la página 351, de la Novena Epoca, Tomo II, Enero de 1996 del Semanario Judicial de la Federación.

En otras más, serán los actos previos, concomitantes, o posteriores a la acción típica, los que arrojen luz respecto a la particular finalidad que esta persigue, cobrando una especial importancia la prueba circunstancial o indiciaria, a falta de pruebas directas o, aunada a éstas.

13. Las demás circunstancias que la ley prevea.

En este denominado "cajón de sastre" quedarían comprendidos todos aquellos elementos que por su naturaleza son partes estructurales del tipo penal y que no encuentran ubicación en los apartados anteriores. Realizando una revisión de nuestro Código encontramos dos de ellos, a saber: a) La pluralidad específica del sujeto

X   activo, y b) La necesaria vinculación del objeto material del tipo con algún delito.

Contienen a la primera, entre otros, los delitos de oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos: "*Cuando varias personas de común acuerdo procuren impedir la ejecu-*

ción de una obra o trabajos públicos ..." (Art. 185); coalición de servidores públicos, *"los que teniendo tal carácter se coaliguen para tomar medidas contrarias a una ley o ..."* (Art. 216); asociación delictuosa (Art. 164) y la circunstancia agravante de pandilla (Art. 164 bis).

Ejemplos de los segundos los encontramos en el delito de encubrimiento: *"Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél..."* *"Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo ..."* (Art. 400 fracciones I y III); Y si bien pudiera aducirse que en estos últimos tal vinculación del objeto material del tipo con algún delito vendría a configurar un elemento normativo: delito, que se relaciona con aquél, preferimos destacarlo de esta manera por revestir características especiales en su acreditación, como lo son la que habrán de acreditarse los elementos del tipo penal correspondiente, aunque se desconozca, en estos casos, la identidad de los agentes o no se haya declarado su responsabilidad.

Por cuanto hace a su acreditación se podrá realizar mediante cualquier medio de prueba.

Una vez abordado el estudio de todos y cada uno de los elementos del tipo penal, nos resta tan sólo formular las tres siguientes observaciones, valederas para su acreditación, en conjunto:

1ª La debida motivación del acreditamiento de los elementos del tipo penal de un determinado delito no requiere for-

mular declaración alguna (ni menos aún explicación al respecto) de que este último no contiene uno o varios de los elementos que reseña el artículo 168, pues basta para tal efecto, de ocuparse y motivar la acreditación de aquéllos que sí son integrantes del tipo penal de referencia.

2ª La acreditación de los elementos del tipo penal, tanto en el libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia y en el dictado, del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, a diferencia de lo que acontece en la emisión de una sentencia condenatoria, debe entenderse que se realiza con carácter provisional, pues esta es la naturaleza de las referidas resoluciones de tal suerte que tratándose de ciertos elementos y tomando en consideración la complejidad del caso, así como el menor o mayor número de datos probatorios que pudiere haber generado, podrán tenerse por acreditados en la fase de preinstrucción, aun cuando no se sustenten en pruebas categóricas y plenas, siempre y cuando se advierta la seria probabilidad de que el elemento del tipo en cuestión pudiera llegar a demostrarse plenamente, durante la instrucción, mediante el perfeccionamiento de aquéllas o del aporte de otras más.

Dentro de estos elementos, podríamos ubicar al dolo, y la identidad de los sujetos activos con los inculpados.

Este criterio fue sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito al resolver la revisión penal 629/97, cuya ejecutoria en su parte conducente afirma:

"Por otra parte, en cuanto a la afirmación que aduce el recurrente, en el sentido de que las pruebas que informan el sumario tienen sólo el valor de un indicio. Debe señalarse que por tratarse, como en el caso, de una orden de aprehensión, por ser ésta una resolución de carácter provisional, cuya finalidad es la detención del indiciado, para sujetarlo a la potestad del órgano jurisdiccional que la giró, a fin de que no se evada de la acción de la justicia e instruirle el proceso penal respectivo, no se requiere que existan en la causa auxiliar correspondiente, pruebas categóricas o definitivas, sino sólo aquellos medios de convicción que generen indicios suficientes (como en la especie existen) para concluir que hasta este momento procesal se encuentran acreditados también de manera provisional los elementos del tipo penal que se le imputa al indiciado, y su probable responsabilidad de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 16 de nuestra Ley Fundamental. Esta provisionalidad de que se habla se hace más patente en la medida en que con motivo de las reforma operada tanto a este precepto como al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, ha quedado superado el concepto impersonal y abstracto del cuerpo del delito, para ser sustituido por los elementos del tipo penal los que exigen un tratamiento personalizado, y por tanto el que se aborde dentro de este apartado la atribuibilidad de la conducta típica al inculpado,

cuestión que antes de la citada reforma quedaba comprendida dentro del tema de la probable responsabilidad, más ello no significa que tal atribuibilidad deba ahora quedar plenamente demostrada, pues no existe en el proceso legislativo respectivo dato alguno que autorice tal conclusión, amén de que sería contraria a la naturaleza provisional y a los fines del dictado de la orden de aprehensión, y del procedimiento penal que llegase a instaurarse, cuenta habida de que el desarrollo de este último no sólo está previsto para que el inculpado tenga la posibilidad de desvirtuar las pruebas que lo incriminan, sino también para que el Ministerio Público, en su caso, perfeccione su acusación en uso de la facultad persecutoria de los delitos que le confiere el artículo 21 constitucional."

3ª La Jurisprudencia de la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación 1a./J.1/94 visible en la página 152 del Tomo II del último Apéndice del Semanario Judicial de la Federación, que establece:

"PRUEBAS CONTRADICTORIAS O DE DESCARGO. DEBEN SER VALORADAS PORMENORIZADAMENTE EN LA ETAPA DE PREINSTRUCCION. La interpretación relacionada de las fracciones III, IV y V del artículo 20 Constitucional con el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales permite afirmar el derecho que tiene el inculpado a que se le reciban pruebas en el procedimiento de preinstrucción; por consiguiente resulta lógico y jurídico que las pruebas de descargo que aporte el inculpado para

desvirtuar las pruebas de cargo de la representación social, deben ser valoradas aunque se trate de pruebas contradictorias, entendiendo como tales, las que tienen valor análogo, pues en caso de no ser valoradas dichas pruebas en la citada etapa de preinstrucción se violarían las normas que regulan la prueba, máxime que no existe fundamento legal que apoye al juez a posponer la valoración de las pruebas contradictorias hasta la sentencia definitiva, lo cual podría causarle al procesado un daño irreparable. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de las pruebas depende del momento procesal en que se aporten, pues su objetivo difiere según la etapa procesal en que se aporte, ya que tienden a demostrar diferente hipótesis legal, así en la etapa procesal de preinstrucción, la hipótesis legal a probar por parte del Ministerio Público es el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado y éste por su parte deberá ofrecer las pruebas para desvirtuar su presunta responsabilidad en la comisión del delito que se le atribuye. Una y otras pruebas deben ser analizadas por el juez circunscribiendo su valoración única y exclusivamente a la etapa de preinstrucción pues de ello dependerá si el acusado es o no sometido a proceso penal."

A pesar de que hace referencia a la acreditación del "cuerpo del delito", consideramos que las razones que la sustentan siguen siendo valederas en la actualidad y, por tanto, conforme a ella es perfectamente dable que al resolver la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia o el auto de

CAPÍTULO V. LA ACREDITACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES EN LA PREINSTRUCCIÓN.

En el capítulo I "Panorama anterior a la reforma del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales" apuntamos, entre otras cuestiones, que en observancia a la jurisprudencia 4/89 del otrora Primera Sala de nuestro más alto Tribunal, cuyo rubro es: *"AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL"*, las referidas circunstancias no eran consideradas dentro del concepto del "cuerpo del delito", sino datos que permitían establecer el grado de responsabilidad del agente y respecto de los cuales sólo era dable pronunciarse en la sentencia definitiva.

Una vez modificados los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal (en los términos ya anotados en el Capítulo II) y la legislación procesal secundaria federal y para el Distrito Federal en materia penal, en la parte conducente, se generaron criterios encontrados, unos cuestionando la vigencia de la aludida jurisprudencia y otros opinando que, a pesar del cambio de términos, seguía en vigor.

Fue mediante la resolución de la Contradicción de tesis 42/96 que la actual integración de esa Sala resuelve jurisprudencialmente dicha discusión conformando la tesis 1a/J.6/97 visible en la página 197 del Tomo V correspondiente al mes de

Febrero de 1997, de la Novena Epoca del Semanario Judicial de la Federación y que es del tenor siguiente:

"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 LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.- La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: 'Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.' Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculpado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o

perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculpado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador."

El argumento toral de dicha tesis, consultado en la ejecutoria de mérito, es el de que a partir de la reforma los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal "... el concepto tradicional de 'cuerpo del delito' cedió su lugar al diverso concepto del 'tipo penal.'" Que antes de dicha reforma "... el criterio para integrar el entonces cuerpo del delito era el de tomar en cuenta solamente los denominados elementos objetivos, o sea aquellos tendientes a demostrar la existencia del hecho delictivo desde un plano meramente externo perceptible fácticamente." Y que "Ahora, en cambio con la aludida reforma, con la expresión 'elementos del tipo penal' se entiende que dichos elementos comprenden tanto aspectos objetivos como también los subjetivos."

Nosotros consideramos que los citados argumentos no resultan del todo exactos y que aunque lo fueran no permiten válidamente arribar a la conclusión que se invoca.

Lo primero lo afirmamos en virtud de que, como ya se apuntó en el Capítulo I, desde el año de 1983 en el que se re-

formaron los artículos 168 y 122 de los Códigos Procesales en Materia Penal Federal y para el Distrito Federal respectivamente, y suprimirse la limitación de que el cuerpo del delito sólo se integraba con los "*elementos materiales*", quedó en claro que el contenido de dicha noción comprendía también los elementos subjetivos, quedando en pie únicamente la discusión si dentro de ellos debía considerarse al dolo o a la culpa, o si únicamente habría que considerar los, ahora denominados "*elementos subjetivos específicos*."

Pero, como ya dijimos, aun considerando que la reforma a los artículos 16 y 19 de la Ley de Suprema, y los relativos de la legislación secundaria, hubieran tenido el efecto de abandonar el criterio eminentemente externo-materialista de la noción del cuerpo del delito, de lo anterior no se sigue, ni lógica ni jurídicamente, que por ello a partir de entonces se deban acreditar en el auto de término constitucional las circunstancias agravantes y atenuantes, y que el no hacerlo traiga aparejado el impedimento de considerarlas en la sentencia definitiva.

En efecto, los elementos subjetivos (dolo y culpa) y aun los denominados "*específicos*" de esta clase, rara vez vienen a significarse como circunstancias agravantes o atenuantes del delito, y si por el contrario diversos elementos objetivos del tipo, como lo pudieran ser las calidades del sujeto activo o pasivo, circunstancias de lugar y ocasión, medios de ejecución etc. etc., se traducen frecuentemente en esas circunstancias (tal y como lo hemos expuesto en los apartados en que se ha abordado su estudio); luego entonces el hecho de que la nueva noción "*elementos del tipo penal*" comprenda también a los elementos subjetivos no puede invocarse como argumento para

afirmar que precisamente por ello las circunstancias referidas deban ser materia de estudio en dicho auto.

Independientemente de lo expuesto nosotros estimamos que ni el anterior criterio jurisprudencial ni el actual resultan acertados ni convenientes en la práctica judicial por las siguientes razones.

La referida tesis jurisprudencial 4/89 que, como ya dijimos, incurre en el error de considerar que las circunstancias de que hablamos no eran elementos integrantes del entonces (cuerpo del delito) sino tan sólo datos que permitían establecer su grado de responsabilidad, traía consigo la imposibilidad de que aun encontrándose estas acreditadas en la averiguación previa el juzgador se veía impedido de pronunciarse con respecto a las mismas en el auto de término constitucional y brindar al indiciado, a partir de dicho pronunciamiento, una mayor posibilidad de defensa.

El actual criterio jurisprudencial, por otra parte, genera impunidad, cuenta habida de que la no acreditación de tales circunstancias en el referido auto de término, impide que posteriormente se les considere en sentencia, a pesar de que el órgano de acusación hubiere aportado pruebas idóneas con ese fin y de que las haya invocado en su pliego de conclusiones acusatorias.

La anterior situación no resulta poco frecuente en la práctica, piénsese sobre todo en las consignaciones con detenido en las que la premura con que se integran, a fin de no rebasar los plazos establecidos en el artículo 16 de la Constitu-

ción Federal, no le permite al órgano de investigación allegarse de elementos para descubrir y acreditar dichas circunstancias.

Verbigracia, un delito de lesiones cometido con premeditación en el que se haya detenido en flagrante delito al agente, (a no ser que la referida premeditación se acredite mediante la confesión o se presuma por el medio de ejecución empleado en términos del artículo 315 del Código Penal), es ordinariamente a través de las investigaciones, testimonios o incluso documentales recabados varios días después de la detención, que el órgano investigador tiene conocimiento de la reflexión con que pudo actuar el agente. Otro ejemplo sería el delito cometido contra la salud por un servidor público, en el cual bastará que éste logre ocultar dicha calidad durante algunos días posteriores a su detención flagrante para que ya no se le pueda sentenciar por la circunstancia agravante en cuestión. Otro más, sería el caso de un delito de homicidio en razón de parentesco o relación en el cual también será suficiente que se logre ocultar dicho parentesco o relación, hasta antes del dictado del auto de término, para que ya no pueda ser invocada posteriormente como agravante de la pena.

Consecuentes con lo expuesto, consideramos que la interpretación que se le debe dar al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el tema que nos ocupa, es la de que el Ministerio Público durante la fase de averiguación previa debe procurar acreditar los elementos del tipo básico o fundamental del delito de que se trate y, en su caso, los diversos elementos que agregados a éste vienen a conformar un tipo penal complementado o especial, agravado o atenuado (que es el supuesto sobre el cual esta redactado dicho precep-

to), debiendo promover el ejercicio de la acción penal conforme a éste último. Pero, lo anterior sin perjuicio de que en el supuesto de que si tales circunstancias no hubieran quedado acreditadas en la fase de averiguación previa, tenga el órgano de acusación la posibilidad de aportar pruebas para demostrarlas durante la instrucción, y que motivándolas adecuadamente en sus conclusiones acusatorias, pueda el juzgador en su sentencia pronunciarse respecto a ellas. Lo anterior de manera alguna violentaría la garantía del artículo 19 de la Constitución Federal que reza: *"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso."* Cuenta habida de que tal cambio sería tan sólo una "variación de grado del delito" y no propiamente del delito en sí (pues el tipo básico o fundamental permanecería implícito en el especial o complementado) autorizada por el segundo párrafo de la fracción XVI del artículo 159 de la Ley de Amparo. Además de que en la práctica no generaría indefensión, pues si se parte del hecho ordinario de que el indiciado se encuentra asistido en su defensa por un profesionista del Derecho, este en todo momento se encuentra en condiciones de advertir cuando de los hechos probados se puede derivar la acreditación de tales circunstancias o cuando el aporte de pruebas por parte del órgano de acusación tiene tal pretensión y, por tanto, tiene la oportunidad de actuar en consecuencia. Verbigracia, repreguntando a los testigos, a la víctima o al indiciado y ofreciendo las pruebas que considere pertinentes. Pero aún llegado el caso de que no se encuentre ya en tiempo de ofrecer pruebas para contrarrestar las que fueron ofrecidas por el Ministerio Público, con fundamento en el artículo 20 fracción VIII de la Constitución federal, podría antes del cierre de

instrucción en el procedimiento ordinario y, antes de la audiencia final en el procedimiento sumario, solicitar se le permita ofrecer tales probanzas, debiendo el juzgador en las relatadas condiciones, obsequiar tal petición.

CAPÍTULO VI. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD.

Concluido el tema toral de esta investigación (la problemática en la acreditación de los elementos del tipo penal), nos ocuparemos brevemente y para finalizar del contenido de la noción "responsabilidad" a que aluden los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal en su parte conducente y la segunda parte del multicitado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Lo anterior con el objetivo de mostrar su coherencia con el contenido que les hemos asignado a la diversa noción "acreditación de los elementos del tipo penal".

La segunda parte del referido artículo 168 preceptúa:

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

Una interpretación sistemática de los citados numerales nos permite concluir que conforme a nuestra legislación positiva, para el válido ejercicio de la acción penal en contra de una persona y consecuentemente el libramiento de una orden de aprehensión o de sujeción a proceso, así como el dictado de un auto de formal prisión o sujeción a proceso, se requiere que haya colmado con su conducta los elementos del tipo penal del

delito que se le atribuye (conducta típica *lato sensu*) y además que se le considere "probable responsable" respecto de la misma.

De lo anterior y de las garantías de seguridad jurídica insertas en los párrafos 2° y 3° del artículo 14 de la ley suprema, se deriva a la vez que para la imposición de la pena respectiva, es menester que el juzgador que conoce de la causa estime con una certeza, exenta de toda duda razonable, que la persona ha desplegado esa conducta típica y que la considere "plenamente responsable" de ella.

De la lectura del párrafo transcrito se advierten claramente las siguientes nociones: probable responsabilidad, no existencia de causas de licitud y probable culpabilidad.

Por cuanto hace al atributo de "probable" que los mencionados preceptos le asignan a la "responsabilidad", y que el artículo 168 también emplea para referirse a la culpabilidad, haremos caso omiso de ellos por entender que el legislador los ha utilizado dado el carácter prejudicial del ejercicio de la acción penal y la naturaleza provisional, tanto de las órdenes de aprehensión y comparecencia, como de los autos de formal prisión o de sujeción a proceso; con la finalidad de precisar los contenidos de una noción genérica de responsabilidad que nos resulte útil para todas las fases del procedimiento penal, y que permita alcanzar el objetivo al principio señalado.

Asentado lo anterior, apreciamos que la *responsabilidad* de que se habla, se estructura en el citado precepto procesal mediante: a) la constatación de ausencia de causas de licitud y

b) la acreditación de la culpabilidad, pero ya se da por sentada la realización de la "conducta típica" en sentido amplio (es decir el haber colmado todos los elementos del tipo penal correspondiente) por parte de una persona determinada e identificable y por ende, en el fallo respectivo presupone, mediante la motivación de la acreditación de los elementos del tipo, el señalamiento de esta última y el cuándo, dónde y cómo, se llevó a cabo tal actualización.

Los factores que estructuran la responsabilidad se limitan, pues a la antijuridicidad (ausencia de causas de licitud) y a la culpabilidad. Y con ello el legislador, dicho sea de paso, se declara partidario de una concepción tripartita del delito compuesta de: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En las relatadas circunstancias una persona que ha colmado con su conducta todos los elementos del tipo penal de un delito, será responsable de éste cuando haya actuado antijurídica y culpablemente.

Habrá actuado antijurídicamente cuando su conducta no se encuentre amparada en alguna de las causas de licitud previstas en el artículo 15 del Código Penal en sus fracciones:

III.- "Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;*
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;"

IV.- "Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión."

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

VI.- *"La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;"*.

Y, habrá actuado culpablemente cuando sea imputable en términos de la fracción VII del mismo numeral, *a contrario sensu*, que reza:

"Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culpablemente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible."

Pero no basta que sea imputable, sino que es menester que no haya actuado bajo alguna de las siguientes causas de inculpabilidad, previstas en las siguientes fracciones e inciso del citado precepto:

"VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;"

"B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el

alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta."

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

Como podrá advertirse, los contenidos de la noción de "responsabilidad" (antijuridicidad y culpabilidad) resultan coherentes con la de "acreditamiento de los elementos del tipo penal" (tipicidad), puesto que no se empalman ni sobreponen, resolviendo así la natural confusión que traían consigo los siguientes criterios que se observaban en la aplicación del anterior artículo 168 y que reseñamos en el citado Capítulo I:

a) La autoría mediata y la eventual participación (*stricto sensu*) fuera materia de la responsabilidad; cuando las conductas que se les han de atribuir a los indiciados a título de autor mediato o partícipe, requieren (al igual que al que se le considera autor material) un juicio de tipicidad que declare la adecuación de sus específicas y concretas conductas a las previamente descritas en las respectivas fracciones del artículo 13 del Código Penal, tal y como se expresó en los apartados 1.2 "La acción u omisión de los sujetos activos secundarios" y 3. "La forma de intervención de los sujetos activos" del Capítulo IV.

b) El que las "circunstancias agravantes o atenuantes del delito" que, como hemos visto a pesar de ser elementos del tipo penal predominantemente descriptivos, no fueran conside-

radas dentro de la noción del "cuerpo del delito" o de "la descripción de la conducta del hecho delictuoso, según lo determinara la ley penal", sino como datos para determinar el grado de responsabilidad.

c) El que la identidad del autor o autores y/o, en su caso, partícipes del delito con el o los inculpados fuera materia también del apartado de "responsabilidad"; puesto que, como ya lo apuntamos en el capítulo IV apartado 1.3, el tratamiento impersonal que caracterizaba la acreditación del "cuerpo del delito" motivaba el escindir la demostración del "hecho delictuoso" de la identificación de su autor lo que resultaba enteramente ocioso y en la práctica judicial hacía más engorroso y reiterativo el contenido de las resoluciones.

Ahora, como lo exponemos en dicho apartado, tal identidad habrá de ser materia del primer elemento típico a analizar: la acción u omisión, como una consecuencia de la adhesión del legislador a la corriente finalista de la acción y de su determinación de considerar como elementos del tipo a "*La forma de intervención de los sujetos activos*". En este entendido la acreditación de la responsabilidad se habrá de limitar, solamente, a constatar la no existencia de causas de licitud o antijuridicidad, la imputabilidad del agente y la verificación de que éste no haya actuado bajo el amparo de alguna causa de inculpabilidad pero, se insiste, no resulta ya necesario motivar en la responsabilidad esa atribuibilidad de la conducta típica al inculpadado, pues además de que ésta sería reiterativa (por ya haber sido tratada en la acreditación de la acción o la omisión) también resultaría asistemática conforme al esquema de la reforma en estudio.

Los limitados contenidos que aquí le hemos asignado al concepto de "responsabilidad" no aspiran, desde luego, a corresponder a todos los muy variados usos de este vocablo en la vida diaria, y a los que H.L.A. Hart alude con la siguiente narración:

*"Como capitán del barco, X era responsable de la seguridad de sus pasajeros y tripulación. En el último viaje se embriagó y fue responsable del hundimiento del barco con todos sus ocupantes. Se pensó que estaba loco, pero los doctores consideraron que era responsable de sus acciones. Varios incidentes en su carrera mostraron que no era una persona responsable, no obstante fue responsable ante la Compañía de Seguros, quien fue responsable del siniestro, siempre sostuvo, respecto del accidente, que una tormenta fue la responsable, pero en el procedimiento fue declarado penalmente responsable de su conducta negligente, y en el proceso civil fue considerado legalmente responsable de la pérdida de vidas y propiedades."*²⁰⁴

Al respecto, solo precisaremos que el concepto de responsabilidad a que aludimos al tratarse de una "responsabilidad jurídica" se identifica con las consecuencias jurídicas que surgen por la "violación de un deber jurídico", que entraña la antijuridicidad, y del juicio de reproche (culpabilidad) que el Estado le formula al agente a través del juez por haber podido conducirse como le ordenaba el Derecho. En suma, es la obligación del

²⁰⁴ Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press Oxford, 1968, p.211.

sujeto de responder con la aflicción de una pena por haber desplegado una conducta típica, antijurídica y culpable.

De esta forma, conforme a las ideas expuestas por dicho autor quien clasifica los diversos usos de la palabra "responsabilidad" de acuerdo a los siguientes criterios: 1) responsabilidad como función; 2) responsabilidad como causa; 3) responsabilidad como sujeción a una sanción y 4) responsabilidad como capacidad.

Los que se corresponderían con el aquí expuesto serían únicamente el tercero y el último de los citados. El mencionado autor los explica de la siguiente manera:

*"Decir que un hombre es legalmente responsable de algún acto o daño es afirmar que su relación con el acto o daño es suficiente según el derecho para hacerlo sujeto a una sanción."*²⁰⁵

Por otra parte cuando se sostiene que una persona es responsable de sus acciones, nos dice el referido autor, se alude a ciertas capacidades normales; entendimiento, razonamiento y control de sus actos, se refiere, pues a ese conjunto de características psicológicas.²⁰⁶

Quedando excluida de la noción que nos ocupa, el uso que se refiere a las obligaciones que corresponde cumplir a ciertas personas que tienen un lugar en una organización social, con el fin genérico de realizar los propósitos específicos de

²⁰⁵ Ob. cit., p. 222.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 227.

esa obligación (responsabilidad como función) y el que alude a la causa eficiente de determinado hecho, de tal manera que el enunciando "fue responsable de" pueda ser sustituido por "causó o produjo."

Por ejemplo: "La cocinera, por haber utilizado en la comida ingredientes en descomposición, fue responsable de la intoxicación de los comensales", se puede expresar también: "La cocinera por haber empleado en la comida ingredientes en descomposición causó o produjo la intoxicación de los comensales".

En otras palabras, la declaración de que el agente es responsable de un determinado delito, no obedece aquí a la consideración de que fue el causante (en términos de los artículos 13 y 14 del Código Penal) del "resultado típico", sino a la de que habiendo él colmado los elementos del tipo penal respectivo en un lugar y tiempo determinados (cuestión que fue materia en un nivel de análisis anterior: acreditación de los elementos del tipo o tipicidad) su conducta resultó ser antijurídica y culpable.

Finalmente se ha de agregar que, con independencia de los distintos problemas que se resuelven al ubicar al dolo y a la culpa dentro de los elementos del tipo penal (que no solucionaba la corriente causalista), la definición en este aspecto que aporta la reforma en estudio pone fin dentro de la práctica judicial a la incertidumbre y discusión (de la que también dimos noticia en el capítulo I) respecto de si ellos debían o no de ser materia de estudio dentro del apartado de la responsabilidad, lo

cual contribuye a una aplicación más segura y uniforme del Derecho Penal.

CONCLUSIONES

Primera: Antes de la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales prevalecía el siguiente panorama: a) se discutía en la praxis si el dolo y la culpa eran materia del "cuerpo del delito" o de la responsabilidad; b) todas las formas de intervención en el delito, con excepción de la autoría material, debían analizarse en la responsabilidad; c) lo mismo que las denominadas circunstancias agravantes o atenuantes del delito; d) existían las denominadas reglas especiales para la acreditación del cuerpo del delito de determinados ilícitos, y e) la identidad de los autores y/o partícipes con los inculcados era también objeto de estudio en dicho apartado.

Segunda: Con la sustitución del concepto "cuerpo del delito" por el de "acreditación de los elementos del tipo penal del delito" en los artículos 16 y 19 de la Constitución federal así como 168 y 122 de los Códigos procesales federal y para el Distrito Federal respectivamente, aunada a la delimitación que éstos últimos realizaron de los elementos del tipo y la responsabilidad; se robusteció la garantía de seguridad jurídica, en virtud de que la ambigüedad de la noción sustituida mermaba su funcionalidad.

Tercera: La uniformidad de los requisitos de la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión, mediante la reforma de los citados artículos 16 y 19, consagró una interpretación que parte de la judicatura, de las legislaciones secundarias y la doctrina, sustentaban en el sentido de que la probable responsabilidad presuponía necesariamente la demostración de

los elementos del hecho delictuoso. Interpretación que además de ser lógica es acorde con un derecho procesal respetuoso de los derechos humanos.

Cuarta: La actual fracción I del artículo 15 del Código Penal comprende la ausencia de voluntad del agente como excluyente tanto de la acción como de la omisión típica.

Quinta: La acción u omisión típica no aparece siempre de manera expresa en la redacción del tipo penal, porque en ocasiones lo que describe mediante un solo verbo transitivo lo es tanto ésta como el resultado que produce quedando ambos confundidos, y por ende aquélla no siempre se identifica con el denominado por la doctrina "verbo núcleo del tipo".

Sexta: La acción tratándose de los tipos de tentativa de acción, de conformidad con el primer párrafo del artículo 12 del Código Penal, son los movimientos corporales que se traducen en la realización en parte (tentativa inacabada) o total pero insuficiente (tentativa acabada) de los actos que debieran producir el resultado (entendido éste como la acreditación de los restantes elementos del tipo penal consumado correspondiente) a grado tal que mediante ellos el agente exteriorice su resolución de cometer dicho ilícito.

Séptima: La omisión tratándose de los delitos de tentativa de omisión es la inactividad parcial (tentativa inacabada) o total pero finalmente insuficiente (tentativa acabada) de los actos que debieran evitar ese resultado, a grado tal que con ellos el agente exteriorice su resolución de cometer dicho ilícito.

Octava: El tipo penal de un delito tentado no amplía el tipo penal del delito consumado respectivo, porque aquél no añade a éste otros elementos, por el contrario la agresión al bien jurídico en la tentativa es siempre de menor intensidad en éste último, y en la tentativa inacabada el contenido de la acción se queda en un momento anterior a la acción del tipo penal consumado.

Novena: Las diferentes conductas de los sujetos activos secundarios, tal y como aparecen en las diversas fracciones del artículo 13 del Código Penal, son ahora elementos del tipo penal y por tanto se habrán de acreditar en dicho apartado.

Décima: La acción u omisión típica se acredita demostrando que ésta se corresponde con el contenido del tipo penal respectivo y que se ha derivado de una decisión del sujeto (voluntariedad) sin considerar por el momento la dirección de esa voluntad, lo que habrá de hacerse en el diverso elemento del tipo: "la realización dolosa o culposa de la acción".

Décima primera: La diferencia entre el acreditar una acción y acreditar una omisión es la de que, la primera nos es dable percibirla de manera directa e inmediata por medio de los sentidos, lo cual no ocurre con la omisión que requiere se conozca previamente el contenido la acción ordenada (y no atendida) que íncitamente contiene toda omisión.

Décima segunda: Respecto a la acreditación de la voluntariedad, en el limitado alcance que se le asigna como ingrediente de la acción u omisión típica, opera la presunción humana de que se ha generado en el "hacer o no hacer algo",

pues cuando éstos se refieren a un ser humano, ordinariamente derivan de su decisión (independientemente de que ésta sea o no libre); por tanto a quién invoque algún supuesto que la anule le corresponde demostrar su existencia.

Décima tercera: La acreditación de la conducta típica conlleva ahora la identidad de los sujetos activos con los inculpadados. A diferencia de lo que acontecía antes de la reforma en que, por ser la demostración del "cuerpo del delito" de naturaleza impersonal tal reconocimiento era materia de estudio de la responsabilidad. Lo anterior nos parece acertado, porque el escindir la demostración del "hecho delictuoso" de la identificación de su autor resultaba ocioso y generaba reiteración de argumentos y probanzas en las resoluciones.

Décima cuarta: El bien jurídico típico no aparece siempre de manera expresa en la redacción del tipo penal, siendo menester en tal caso para precisarlo, de una interpretación de los restantes elementos típicos explícitos.

Décima quinta: La existencia de algunos bienes jurídicos típicos como "la seguridad de la Nación", "la seguridad pública", "la debida administración de justicia", etc.; se presume sin admitir prueba en contrario; la del resto requiere ser acreditada.

Décima sexta: Por regla general, la lesión o puesta en peligro típica del bien jurídico se genera al actualizarse el resto de los elementos del tipo penal respectivo, y ello se explica por que éstos fueron conformados de tal modo que su actualización produjera dicho efecto, para de esta manera lograr la protec-

ción del citado bien a través de la pena a la que se asocia la mencionada concreción.

Décima séptima: El consentimiento del titular del bien jurídico típico, cuando se otorga únicamente sobre la acción u omisión típica (sin haberse afectado el bien jurídico) y el tipo penal en cuestión contiene elementos normativos tales como: "sin consentimiento", "sin permiso" o exija la violencia como medio de ejecución, que por su naturaleza son incompatibles con el consentimiento referido; puede erigirse como causal de atipicidad la cual se generará, en primer término por la no acreditación de los citados elementos normativos o medio de ejecución, y sólo como consecuencia de ello por no generarse la lesión o puesta en peligro típico del bien jurídico.

Décima octava: En la tentativa el desistimiento ni el arrepentimiento eficaz anulan la puesta en peligro del bien jurídico (que puede haberse ya generado antes de que aquellos se manifiesten), sino que en todo caso no se surte la circunstancia típica de que la inconsumación del delito se haya realizado por causas ajenas.

Décima novena: "La forma de intervención de los sujetos activos" como elemento del tipo comprende tanto a la autoría material como a las restantes formas de intervención previstas en los artículos 13 y 14 del Código Penal.

Vigésima: Las conductas intervinientes en el hecho punible distintas a las del autor material, previstas en los citados numerales, no son "dispositivos amplificadores del tipo", porque un solo tipo no puede describir dos o más conductas diversas y

excluyentes entre sí, sino que se erigen como tipos penales distintos aunque subordinados al correspondiente "tipo básico o fundamental" que describe la conducta principal a la que se vinculan aquellas. Lo anterior no implica adhesión a la concepción pluralística del delito.

Vigésima primera: La problemática del acreditamiento de la "autoría material" en un determinado delito se identifica con la de los restantes elementos del tipo penal en cuestión, pues sólo afirmando que estos últimos se actualizaron se podrá afirmar que alguien "realizó por sí" la conducta típica descrita en aquél.

Vigésima segunda: La coautoría esta actualmente delimitada por el concepto final de acción (dominio colectivo del hecho) y se encuentra prevista mediante los artículos 13 fracción III y 14 del Código Penal, pudiéndose distinguir seis diferentes supuestos, con su particular problemática en su acreditación.

Vigésima tercera: Dicha coautoría requiere para tenerse como probada, en términos generales, que se demuestre: a) una división del trabajo en la empresa delictiva, previamente acordada o aceptada y b) que la tarea asignada y realizada se traduzca en una participación del dominio colectivo del hecho.

Vigésima cuarta: La forma de intervención prevista en la fracción VIII del citado artículo 13 ha sido erróneamente denominada responsabilidad o complicidad correlativa o correspectiva, por lo que proponemos se le denomine "coautoría corres-

pectiva" ya que tal dispositivo erige en autores y no en cómplices a los que se ubican en tal supuesto.

Vigésima quinta: La acreditación de la autoría mediata requiere demostrar: a) que una persona diversa al autor mediato ha realizado el supuesto de hecho previsto en el tipo penal del delito de que se trate, b) que lo ha hecho bajo alguna de las cinco circunstancias que la doctrina señala para ser considerado instrumento del autor mediato y c) la específica acción de éste último que provoca el que el intermediario genere el supuesto de hecho referido.

Vigésima sexta: Las conductas intervinientes diferentes a la autoría (*stricto sensu*) son siempre accesorias con respecto a ésta, porque a pesar de que alguien acuerde o prepare la realización del hecho punible o induzca a ella, si éste no se produce no se habrán generado aquéllas, o si alguien auxilia al autor material en un hecho típico no doloso o lícito, tampoco se produce la conducta cooperante típica.

Vigésima séptima: Los elementos comunes que deben satisfacer las conductas accesorias para considerarlas acreditadas son: significarse como una contribución causal a la conducta principal y ser dolosas.

Vigésima octava: La acreditación de las conductas accesorias requiere la convergencia de las voluntades del autor y del partícipe hacia la realización del injusto pero ello no se traduce en que en todas las primeras la demostración de tal convergencia se realice necesariamente mediante un acuerdo entre ambos.

Vigésima novena: La sola intención del inductor de que no se consuma el ilícito que induce (pero que sí alcance un grado tentado) no anula el dolo necesario para configurar la inducción.

Trigésima: La contribución causal del auxiliador debe considerarse acreditada mediante el mero favorecimiento de la acción principal, esto es, basta que al suprimirse la conducta que se invoca como cooperante en el delito, se estime que éste seguramente se hubiera realizado aunque en circunstancias menos favorables o simplemente diferentes.

Trigésima primera: En la acreditación del "dolo del partícipe" en ocasiones la misma acción favorecedora refleja por sí la voluntad de cooperar con la conducta principal, de tal suerte que demostrada tal acción también lo estará dicho dolo.

Trigésima segunda: Impide la configuración de ese dolo la ignorancia del partícipe de que su proceder favorece la realización del hecho principal, la cual puede derivar de una falsa apreciación de su propio actuar o de alguno de los elementos del tipo penal del delito con el que colabora.

Trigésima tercera: La definición del obrar doloso prevista en el artículo 9º del Código Penal contiene cuatro diferentes supuestos, tres de los cuales quedan comprendidos dentro del concepto genérico de dolo directo (dos de ellos se corresponden con el dolo directo de primer grado y el restante con el de segundo grado o de consecuencias necesarias) y otro se identifica con el denominado dolo eventual.

Trigésima cuarta: El "conocimiento de los elementos del tipo", elemento intelectual de dolo, a que hace alusión la citada definición, está referido a la representación que el agente debe tener de la conducta por él desplegada en correspondencia con los restantes elementos del tipo penal de que se trate comprendiendo, en su caso, los "elementos subjetivos específicos".

Trigésima quinta: El "dolo" a pesar de haberse erradicado la presunción de intencionalidad que contemplaba el artículo 9° del Código Penal, se presume en algunos tipos penales por disposición de la ley y en otros es dable afirmar *a priori* que la actualización de los restantes elementos típicos genera tal presunción; por lo que en ambos grupos le corresponderá al agente que afirme no haber obrado dolosamente demostrar su aserto.

Trigésima sexta: En otros ilícitos en los que la referida actualización no genera por sí tal presunción, la negativa del agente de haber obrado dolosamente no requiere ser probada, mientras no exista prueba en contrario lo que acontece cuando: a) sin reflejar la conducta exterior dolo alguno, de las particularidades del hecho punible se advierta que existen las mismas probabilidades de que se haya actuado con o sin dolo, y b) cuando esa conducta no sólo no proyecte un obrar doloso, sino que se presuma que obró culposamente. Y habrá prueba en contrario cuando la particular conducta por sí sola sea un dato indiciario de que se obró dolosamente.

Trigésima séptima: La redacción de la fracción VIII inciso a) del artículo 15 del Código Penal que prevé el "error de tipo", es poco afortunada y genera confusión, puesto que la

esencialidad debe ser atributo del error y no de los elementos del tipo sobre el cual recae, consiguientemente proponemos que la redacción de la referida fracción e inciso se reformen para quedar de la siguiente manera: "VIII. Se realice la acción u omisión bajo un error esencial e invencible: a) sobre alguno de los elementos que integran el tipo penal; o "

Trigésima octava: El universo de los delitos federales que admiten su realización tanto dolosa como culposamente, se encuentra por una parte delimitado por el artículo 60, segundo párrafo del Código Penal y por otra por aquéllos que, contenidos en la parte especial de dicho ordenamiento o en diversas leyes federales, hacen alusión a la culpa como una de sus formas de realización.

Trigésima novena: La acreditación del obrar culposo requiere conforme al artículo 9° párrafo segundo del Código Penal, la demostración de: a) un resultado típico, b) una violación del deber de cuidado y c) que el primero resulte atribuible a la segunda.

Cuadragésima: La actualización conjunta de estos tres elementos presupone que el resultado típico haya sido previsible por el agente y según haya tenido o no consciencia de esa previsibilidad el mismo precepto distingue dos especies de culpa: con o sin representación.

Cuadragésima primera: Cuando el agente viola "reglas de cuidado" se genera la presunción *juris tantum* de que transgredió un deber de cuidado que las circunstancias del hecho y sus condiciones personales le imponían observar, pues aqué-

llas fueron elaboradas para todas las personas y para circunstancias comunes y ordinarias, lo que se traduce en que al agente que alegue que no se surtió tal exigibilidad, en virtud de circunstancias extraordinarias, le corresponderá demostrarlo.

Cuadragésima segunda: La demostración del error esencial invencible y el caso fortuito están a cargo de quien los invoca.

Cuadragésima tercera: La carga de probar el obrar culposo corresponde al órgano acusador, salvo que el agente lo invoque contrariando una presunción de que obró con dolo.

Cuadragésima cuarta: La acreditación de la calidad de garante del sujeto activo requiere la demostración: a) que el proceso causal que produjo el resultado típico era externamente interferible mediante al menos una actividad (relación de causalidad), y b) que esa actividad le era exigible al agente por virtud de una ley, de un contrato o de su actuar precedente (fuente del deber actuar).

Cuadragésima quinta: La existencia de la calidad del sujeto pasivo se presume en ocasiones sin admitir prueba en contrario, como acontece cuando aquél resulta ser la Nación, el Estado o la Federación.

Cuadragésima sexta: El "resultado" como elemento del tipo se corresponde con la noción de "resultado material" de la doctrina y que emplea el artículo 7° segundo párrafo del Código Penal, y por tal entendemos: "el efecto natural de la acción u omisión típica previsto en el tipo".

Cuadragésima séptima: La problemática de la identificación del "resultado" como elemento del tipo penal se circunscribe a los delitos de acción, los cuales lo contendrán, siempre y cuando su consumación no se alcance mediante los movimientos corporales del agente aisladamente considerados, sino que se requiera que éstos desencadenen un proceso causal que puede o no culminarse.

Cuadragésima octava: La supresión del sistema dual de reglas general y especiales para la comprobación del entonces "cuerpo del delito", mediante la reforma a el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, resultó acertada porque aquél era confuso y complejo.

Cuadragésima novena: En los delitos de comisión por omisión, la relación de atribuibilidad entre esta última y el resultado se acredita mediante un juicio hipotético en el que si realizada la acción invocada como omitida el resultado no se produce, tal omisión constituye su causa y viceversa.

Quincuagésima: Al constatar dicha relación de atribuibilidad no interesa investigar a quién le correspondía el deber de actuar, ni cuál es la fuente de éste, puesto que se parte de que estos aspectos ya fueron analizados para poder precisar la omisión invocada como típica en el apartado correspondiente a la calidad de garante del sujeto activo.

Quincuagésima primera: Y si bien conforme a éste razonamiento, la referida relación de atribuibilidad también deberá ser materia de estudio para acreditar la calidad de garante, lo que se traduce en una doble constatación de tal relación, tal

duplicidad deriva del propio artículo 168, por lo que en todo caso a fin de evitarla habría que limitar la mención expresa de ésta relación, como elemento del tipo, solamente a la acción, por entenderse que la relativa a la omisión ya se encuentra implícita en la calidad de garante.

Quincuagésima segunda: El objeto material es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la conducta típica, siempre y cuando éste no se identifique necesariamente con el sujeto pasivo.

Quincuagésima tercera: Los medios de ejecución, como elementos del tipo penal, son diligencias que se realizan u objetos que se utilizan previa o concomitantemente a la acción típica para lograr el resultado material.

Quincuagésima cuarta: Las expresiones empleadas por el legislador en algunos tipos penales: "indebidamente", "sin causa justificada", "sin derecho" e "ilícitamente", que implican un desvalor definitivo, no son elementos normativos del tipo sino de antijuridicidad.

Quincuagésima quinta: 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. No son los que refieren una específica representación o conocimiento del autor del hecho.

Quincuagésima sexta: La identificación de estos elementos con el denominado "dolo específico" genera confusión por ser esta expresión imprecisa y ambigua; por ello a fin de

evitarla proponemos que a aquellos se les denomine "elementos subjetivos especiales".

Quincuagésima séptima: La acreditación de los elementos subjetivos específicos puede realizarse mediante la mera conducta externa del agente, en otras ocasiones la Ley proporciona implícitamente determinadas pautas para tal fin; y en otras más serán los actos previos, concomitantes o posteriores a la acción típica los que arrojen luz respecto a la particular finalidad que persigue el agente.

Quincuagésima octava: La acreditación de los elementos del tipo en la preinstrucción se realizan con carácter provisional, por ser ésta la naturaleza de las resoluciones que en dicha fase se dictan, de tal suerte que tratándose de ciertos elementos y tomando en consideración la complejidad del caso concreto así como el mayor o menor número de datos probatorios que hubiere generado, la acreditación podrá no sustentarse en pruebas categóricas y plenas, siempre y cuando se advierta la seria probabilidad de que tales elementos lleguen a acreditarse plenamente durante la instrucción.

Quincuagésima novena: Las razones que se invocan en la jurisprudencia 1ª /J.6/97 "Auto de Formal Prisión. La jurisprudencia cuyo rubro es 'Auto de Formal Prisión, no deben incluirse las modificativas del delito en el'; quedó superada por la reforma del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres."; para sustentar que las circunstancias agravantes o ate-

nuantes del delito deben quedar determinadas en el auto de formal prisión; no resultan válidas lógicamente ni jurídicamente.

Sexagésima: Los contenidos actuales de la noción de "responsabilidad" se limitan a la antijuridicidad y a la culpabilidad, debiendo para tal efecto constatarse la no existencia de causas de licitud y de inculpabilidad, teniendo como presupuesto el que una persona determinada e identificable ha colmado con su conducta los elementos del tipo penal correspondiente (tipicidad); consecuentemente su acreditación no comprende ya los datos ni argumentos que permiten identificar al sujeto activo con el inculcado.

Sexagésima primera: Los anteriores contenidos asignados a la noción de responsabilidad resultan coherentes con los de la diversa noción "acreditamiento de los elementos del tipo penal", puesto que no se empalman ni sobreponen y sí, por el contrario, se complementan de acuerdo a la concepción tripartita del delito compuesta de: tipicidad, antijuridicidad e inculpabilidad.

Sexagésima segunda: Tales contenidos resuelven, por otra parte, la natural confusión que traían consigo los criterios que se observaban en la aplicación del citado artículo 168, a saber: a) El que la autoría mediata y la eventual participación (stricto sensu) fuera materia de la responsabilidad, b) El que las circunstancias agravantes o atenuantes del delito fueran consideradas simplemente como datos para determinar el grado de responsabilidad y c) Que la identidad de los autores y/o partícipes del delito con los inculcados fuera materia de estudio del apartado de la responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Acero, Julio, **El Procedimiento Penal Mexicano**, Ediciones Especiales del Norte, 1991.
- Alonso, Martin, **Diccionario del Español Moderno**, 5ª Edición, Aguilar, S. A.
- Altavilla, Enrico, **La Culpa, El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico**, 4ª Edición, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1987.
- Amuchategui Requena, Irma Griselda, **Derecho Penal**, Cursos Primero y Segundo, Editorial Harla, S. A de C.V., 1993.
- Antolisei, Francesco, **La Acción y el Resultado en el Delito**, traducción del italiano por José Luis Pérez Hernández, 1ª Edición Castellana, Editorial Jurídica Mexicana 1959.
- Antolisei, Francesco, **Manual de Derecho Penal**, Parte General, 8ª Edición, traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayedra Redín, Editorial Temis, 1988.
- Arilla Bas, Fernando, **El Procedimiento Penal en México**, 12ª Edición, Editorial Kratos, S.A. de C.V., México, 1989.
- Beling, Ernst von, **Esquema de Derecho Penal**, 11ª Edición, 1930, traducción de Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires 1944.

Beling, Ernst von, **La Doctrina del delito-Tipo**, traducción de Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

Carrancá y Trujillo, Raúl, **Derecho Penal Mexicano**, Parte General, 14ª Edición, 1982, Editorial Porrúa, S.A.

Carrara, Francesco, **Programa de Derecho Criminal, Parte Especial**, Volumen I, traducción de José J. Ortega y Jorge Guerrero, 3ª Edición, Editorial Temis, Colombia, 1991.

Carrara, Francesco, **Programa de Derecho Criminal, Parte General**, Volumen I, traducción de José J. Ortega y Jorge Guerrero, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1996.

Carrara, Francesco, **Teoría de la Tentativa y de la Complicidad**, vertido al castellano por Vicente Romero Girón, 2ª Edición, corregida y aumentada, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1926.

Castellanos Tena, Fernando, **Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General**, 14ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1980.

Chiovenda, José, **Principios de Derecho Procesal Civil**, Editorial Reus, Madrid, tomo II.

Colín Sánchez, Guillermo, **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**, 14ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1993.

De la Barrera Solórzano, Luis, **Reformas al Código de procedimientos penales**, en La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de justicia, Procuraduría General de la República.

Díaz de León, Marco Antonio, **Código Penal Federal con Comentarios**, 2ª Edición, Editorial Porrúa, 1997.

Díaz de León, Marco Antonio, **Código Federal de Procedimientos Penales comentado**, 3ª Edición, Editorial Porrúa, 1991.

Fellini Gandulfo, Zulita, **Delitos Improprios de omisión**, Revista Mexicana de Justicia, No. 2, Vol. III, abril-junio de 1985.

Finzi, Marcelo, **El llamado "Dolo Específico" en el Derecho Penal Argentino y Comparado**, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1943.

Fontán Balestra, Carlos, **Tratado de Derecho Penal, Parte General**, tomo II, 2ª Edición, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires.

Framarino Dei Malatesta, Nicola, **Lógica de las pruebas en materia criminal**, 4ª Edición, Editorial Temis, S.A., Vol. I, Bogotá-Colombia, 1992.

Franco Guzmán, Ricardo, **El concurso de personas en el delito**, Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, julio-septiembre 1962, núm. 47.

Franco Guzmán, Ricardo, **La subjetividad en la ilicitud**, Editorial José M. Cajica Jr., S.A, 1959.

García Ramírez, Sergio, **"Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal"**, UNAM, Corte Constitucional de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1994.

García Ramírez, Sergio, **Curso de Derecho Procesal Penal**, 5ª Edición, Editorial Porrúa, 1989.

García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria, **Prontuario del Proceso Penal Mexicano**, 7ª Edición, Editorial Porrúa, 1993.

García Ramírez, Sergio, **Procedimiento Penal Federal, Temas actuales**, Revista Criminalia, año LX No. 1, enero-abril, 1994, Editorial Porrúa, S.A.

Gimbernat Ordeig, Enrique, **El Sistema del Derecho Penal en la actualidad**, Separato del Anuario de Ciencia Jurídica de España 1-1971-2.

Gómez Mont, Fernando, **Causas de Exclusión del delito**, Coloquio "Reformas a la Constitución y diversos ordenamientos legales en materia penal", Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, mayo, 1994.

González Bustamante, Juan José, **Principios de Derecho Procesal Mexicano**, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1991.

González Quintanilla, José Arturo, **Derecho Penal Mexicano, Parte General**, 2ª Edición, Editorial Porrúa S.A.

González Salas-Campos, Raúl, **La sustitución de las figuras procesales, "el cuerpo del delito" y la "presunta responsabilidad", por las de "acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad"**, Anales de jurisprudencia, T 223, año 6, 3ª época, abril, mayo, junio, 1995.

González de la Véga, Francisco, **El Código Penal Comentado**, 5ª Edición, Editorial Porrúa S.A.

Hart, H.L.A., **Punishment and Responsibility**, Essays in the Philosophy of the Law, Clarendon Press, Oxford, 1968.

Hernández Cano, Pedro Emiliano, **Ensayo de una sentencia penal a la luz de la teoría finalista**, Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Edición Especial.

Hernández Martínez, Roberto, **Reformas en torno al Cuerpo-del Delito, artículos 122 y 168 de los Códigos Procesales Penales Distrital y Federal**, Conferencia dictada en la Procuraduría General de la República el 23 de marzo de 1994.

Herrera Lasso Y Gutiérrez, Eduardo, **Garantías Constitucionales en Materia Penal**, INACIPE, México, 1984.

Islas de González Mariscal, Olga, **Análisis lógico de los delitos contra la vida**, 2ª Edición, Editorial Trillas, 1985.

Islas de González Mariscal, Olga, **Reformas al Código Penal**, Conferencia dictada en la Procuraduría General de la República, 24 de marzo de 1994.

Islas Magallanes, Olga y Ramírez Hernández, Elpidio, **El Delito en el Derecho de Procedimientos Penales**, Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la UJAT. #1, 1975.

Jescheck, Heinrich Hans, **Reforma del Derecho Penal en Alemania, Parte General**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, traducción por Conrado A. Finzi.

Jiménez de Asúa, Luis, **La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal**, 1ª Edición, Editorial Hermes, S.A., 1996.

Jiménez de Asúa, Luis, **Tratado de Derecho Penal**, tomo III, El Delito, 5ª Edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1992.

Jiménez de Asúa, Luis, **Tratado de Derecho Penal**, tomo V, La Culpabilidad, 4ª Edición, Editorial Losada, S.A., 1992.

Jiménez de Asúa, Luis, **Tratado de Derecho Penal**, tomo VI, La Culpabilidad y su exclusión, 3ª Edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1982.

Jiménez de Asúa, Luis, **Tratado de Derecho Penal**, tomo VII, El Delito y su exteriorización, 3ª Edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1985.

Jiménez Huerta, Mariano, **Derecho Penal Mexicano**, tomo I, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1983.

Jiménez Huerta, Mariano, **La Tipicidad**, Editorial Porrúa, S.A., 1955.

López Betancourt, Eduardo, **Teoría del Delito**, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994.

López Betancourt, Eduardo, **Introducción al Derecho Penal**, 5ª Edición, Editorial Porrúa S.A., 1997.

López Betancourt, Eduardo y Porte Petit Moreno, Luis Octavio, **El delito de Fraude**, 3ª Edición, editorial Porrúa, S.A., 1997.

Mans Puigarnau, Jaime M., **Lógica para Juristas**, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1978.

Márquez Piñero, Rafael, **El Tipo Penal algunas consideraciones en torno al mismo**, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

Márquez Piñero, Rafael, **Los Delitos Bancarios**, Editorial Porrúa, S.A., 1995.

Maurach, Reinhart, **Tratado de Derecho Penal**, traducido por Juan Córdoba Roda s/f, Ediciones Ariel, Barcelona.

Maurach, Reinhart, **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, traducido por Juan Córdoba Roda s/f, Ediciones Ariel, Barcelona.

Maurach, Reinhart; Gösel, Karl Heins y Zipf, Heins, **Derecho Penal, Parte General**, tomo II, traducción de la 7ª Edición alemana, por Jorge Bofill Genzch, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

Mezger, Edmundo, **Tratado de Derecho Penal**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, traducción de la 2ª Edición alemana (1933) y notas de Derecho Español por José Antonio Rodríguez Muñoz.

Moreno Hernández, Moisés, **"Coloquio de Reformas a la Constitución y diversos ordenamientos legales en Materia Penal"**, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, mayo 1994.

Moreno Hernández, Moisés, **Reformas al Código Penal**, Revista Criminalia, año LX, No. 1, enero-abril 1994.

Novoa Monreal, Eduardo, **Algunas reflexiones sobre el delito de peligro**, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Buenos Aires, núm. 3, julio y septiembre de 1968.

Núñez, Ricardo C., **Los Elementos Subjetivos del Tipo Penal**, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, No.3-año VI-1942.

Osorio Y Nieto, Cesar Augusto, **Delitos Federales**, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994.

Osorio Y Nieto, César Augusto, **La Averiguación Previa**, 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

Ovalle Fabela, José, **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., —U.N.A.M.

Pavón Vasconcelos, Francisco, **Breve ensayo sobre la tentativa**, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1989.

Pavón Vasconcelos, Francisco, **Diccionario de Derecho Penal**, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1997.

Pavón Vasconcelos, Francisco, **La causalidad en el delito**, 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1989.

Pavón Vasconcelos, Francisco, **Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General**, 11ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

Porte Petit, Candaudap, Celestino, **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I**, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1984.

Reyes Echandía, Alfonso, **Derecho Penal**, 11ª Edición, Editorial Temis, S.A., 1996.

Sales Gasque, Renato, **Los Presupuestos en la Teoría General del Delito**, Revista de Derecho Penal Contemporáneo, No. 7, Agosto de 1965, México, D.F.

Soler, Sebastián, **Derecho Penal Argentino**, tomo II, 5ª Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

Stratenwerth, Günter, **Derecho Penal, Parte General I**, traducción de la 2ª Edición alemana (1976) de Gladys Romero, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.

Torres López, Mario Alberto, **La Participación en la Doctrina y en la Legislación Penal**, Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de la República, No. 7 vol. II, julio-agosto, 1980.

Vela Treviño, Sergio, **Culpabilidad e Inculpabilidad**, 1ª Edición, 3ª reimpresión, Editorial Trillas, S.A. de C.V.

Welzel, Hans, **Derecho Penal Alemán, Parte General**, 11ª Edición, 4ª Edición castellana, traducción por Juan Bustos y Sergio Ramírez Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile.

Welzel, Hans, **Derecho Penal, Parte General**, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956, traducción del alemán por Carlos Fontán Balestra.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, **Teoría del Delito**, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1973.

Zamora Pierce, Jesús, **El Fraude**, Editorial Porrúa, S.A., 1992.