

00781,

9_{2es.}

**ANALISIS DEL ARTICULO 168
DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES**

Completo

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

260,40

MARTHA ESTRELLER ESTRELLER
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO - 1998



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTREVER ESCAMILLA MARTHA
FACULTAD DE DERECHO.
1998
DOCTORADO.

La tesis de referencia contiene un análisis del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que se establece que antes de la reforma que entraron en vigor en 1984, el cuerpo del delito se integraba sólo de los elementos, materialnes u onbjtivos del delito; concepción que corresponde con la idea más tradicional del tipo penal, unque de dicho contenido no se derivaba necesariamente la vinculación con este concepto. Con la reforma de 1984, se estableció ya una equiparación entre el contenido del cuerpo del delito y el del tipo penal, al establecerse que "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.

Con la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende que el tipo penal está integrado no sólo de elementos objetivos, sino también de elementos subjetivos; ello aunado a que con la reforma, el dolo y la culpa son partes integrantes del tipo penal.

Conforme a la nueva redacción del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, para

acreditar el tipo penal, habrá de acreditarse la existencia de una acción o de una omisión, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, los medios utilizados, el nexo de causalidad, entre otros elementos de carácter objetivo, habrá que determinarse si la conducta fue realizada dolosa o culposamente.

ESTREVER ESCAMILLA MARTHA
FACULTAD DE DERECHO
1998
DOCTORADO,

The referred thesis contains an analysis of Article 168 of the Federal Codice for Criminal Procedures in the Federal District, in which it is established that before the reformation enforced in 1984, the body of a crime was integrated only with the material elements or objectives of the crime; this conception corresponds to a more traditional idea of the penal type, although from that content, the vinculation with this concept, was necessarily derived. With the reformation of 1984, a comparison between the content of the body of a crime and the penal type was made, when establishing that "the body of a crime should have as proved the existence of the integrating elements of the description of the conduct or the criminal fact, according to the criminal law.

With the reformation to Article 168 of the Federal Code for Criminal Procedures, the penal type is understood as being integrated not only by the objective elements, but also by the subjective ones; this fact must be joined together to considering a fraudulent action or fault, as an integrative part of penal type, as stated in the mentioned reform.

According to the new written form of Article 168 of the Federal Code for Criminal Procedures, it will be necessary to accredit the existence of an omission act, the damage or the exposure of a juridical good to any kind of danger, the used means, the reason bond, among other elements of objective character, in order to accredit the penal type, and it should be determined if the conduct was carried out with any kind of fraudulent action or fault.

INDICE

INTRODUCCIÓN 7

CAPÍTULO I

1. Delimitación del objeto. Contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.....
2. Problemas teórico-prácticos que plantea la nueva regulación.
3. Posturas de la doctrina y jurisprudencia mexicanas.

CAPÍTULO II

- II. Precisión del marco teórico a seguir
1. Enfoque político-criminal del problema.....
 - a) Aspectos que comprende
 - b) Criterios Político-criminales aplicables.....
 - c) Criterio a seguir.....
2. El enfoque dogmático del problema.
 - a) Consideraciones previas
 - b) Sistemas de análisis del delito
 - b-a) Sistema finalista
 - b-b) Sistema causalista
 - b-c) El análisis dogmático del delito en la doctrina penal mexicana.....

CAPÍTULO III

III. Concepto y estructura del tipo penal.

Análisis histórico-dogmático.

1. El tipo según Beling (1906-1930)

2. El tipo según Mayer y Hegler (1915).....

3. El tipo según Mezger (1923-1931)

4. Crítica al concepto de tipo del sistema causalista

5. Concepto y estructura del tipo según el sistema finalista

a) Concepto.

b) Estructura-Elementos del tipo.....

b-a) Elementos objetivos.

b-b) Elementos subjetivos :

El dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo penal.

Otros elementos subjetivos.....

6. La atipicidad según el sistema finalista

a) Atipicidad por falta de elementos objetivos

b) Atipicidad por falta de elementos subjetivos.....

a-a) El error de tipo como causa de atipicidad.

7. El tipo según la doctrina penal mexicana

CAPÍTULO IV

IV. Clasificación del tipo

1. Clasificación a nivel de los elementos objetivos del tipo

a) Delitos instantáneos, permanentes o continuos y continuados..

b) Delitos de resultado material y de mera conducta

c) Delitos de lesión y de peligro.....

d) Delitos consumados y tentados.....

2. Clasificación en atención a los elementos subjetivos del tipo....

- a) Tipos dolosos y culposos.....
- b) Tipos que se satisfacen con el dolo y tipos que además requieren de un específico elemento subjetivo en el autor.....

CAPÍTULO V

V. Antecedentes del actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

- 1. Regulación anterior a la reforma de 1986
 - a) Alcance del concepto "cuerpo del delito"
 - b) Alcance del concepto "responsabilidad penal".....
.....
- 2. Reformas de 1986 al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.
 - a) Equiparación entre cuerpo del delito y tipo penal.....
 - b) Dificultades provocadas en doctrina y jurisprudencia
- 3. Reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución
 - a) Sustitución de "cuerpo del delito" por "elementos del tipo penal"
 - b) Presunta responsabilidad y probable responsabilidad
- 4. Reformas de 1994 al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos penales.
 - a) Determinación formal de los elementos del tipo penal.....
 - b) Contenido de la responsabilidad (culpabilidad)
 - c) Necesidad de precisar los contenidos de las dos anteriores categorías procesales.....

CAPÍTULO VI

VI. Análisis del contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales:

elementos del tipo penal de la responsabilidad.

1. Alcances del párrafo primero

A) Elementos del tipo penal:

2. Contenido de la fracción I del artículo 168:.....

a) Acción y omisión (artículo 7 del Código Penal)

b) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

3. Contenido de la fracción II:.....

a) Consideración de los sujetos activos.

b) Forma de intervención de los sujetos activos.

Aplicación del artículo 13 del Código Penal Federal.....

4. Contenido de la fracción III.

a) Dolo y culpa como elementos subjetivos del tipo penal.....

b) Distinción entre dolo y culpa. Aplicación de los artículos 8 y 9 del Código Penal Federal.

b-a) Elementos de la conducta dolosa.

b-b) Elementos de la conducta culposos.

c) Qué hay con la preterintención ?

5. Contenido del párrafo segundo del artículo 168.....

a) Calidad del sujeto activo y del pasivo

b) El resultado y su atribución a la acción u omisión.....

c) El objeto material.....

d) Los medios utilizados.

e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.....

f) Los elementos normativos.....

g) Los elementos subjetivos específicos.

h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

B. La antijuridicidad como requisito previo a la responsabilidad (párrafo tercero a. 168).....

6. La antijuridicidad y su acreditación.

a) Qué es la antijuridicidad

b) Cómo se acredita la antijuridicidad

c) Las causas de justificación o de licitud

7. La culpabilidad y su acreditación

a) Concepto y estructura de la culpabilidad

b) Acreditación de la culpabilidad.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

El motivo por el cual se desarrolla el presente estudio, es por la inquietud de analizar el cambio radical que sufrió el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual desde mi punto de vista no fue un cambio caprichoso del legislador el prescindir de la noción de cuerpo del delito por el de elementos del tipo, sino el de tratar de adecuar su redacción a la evolución de la ciencia jurídico penal referida al tipo, ya que el actual contenido del precepto que nos ocupa, establece que entre los elementos del tipo penal están precisamente el dolo y la culpa, es decir, ahora el tipo penal no sólo se integra de los elementos objetivos, sino también de los elementos subjetivos.

Es decir, antes de las reformas se estimaba que el tipo penal sólo se formaba por elementos objetivos, y sólo algunos admitían que excepcionalmente ciertos tipos se integraban, además de los elementos objetivos, también de elementos subjetivos distintos al dolo, cuando el tipo penal así lo exigiera expresamente; y sólo pocos admitían que el dolo y la culpa son partes integrantes del tipo penal.

El actual contenido del artículo en comento, permite que sobre él se analice la teoría del tipo bajo la concepción dogmática del sistema finalista, en donde ahora observamos que dentro de los elementos objetivos habrá de analizarse la acción u omisión, la lesión o puesta en peligro, en su caso, a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido, la forma de intervención de los sujetos activos (se entiende que aquí vienen al caso las formas de autoría o participación delictivas, así llamadas hoy por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal, reformado en 1993 y antes denominadas formas de responsabilidad), las calidades del sujeto activo y del pasivo cuando así lo requiera el tipo, el resultado y su atribuidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, los elementos normativos y las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; y dentro de los elementos subjetivos del tipo habrá de analizarse la realización dolosa o culposa de la acción u omisión, incorporándose así el elemento subjetivo que había permanecido fuera del concepto de cuerpo del delito.

Otro de los aspectos novedosos que cabe versar y ha causado polémicas es el de tomar en cuenta ahora las calificativas dentro del tipo penal, ya que quedan integradas dentro de los elementos objetivos al hacer referencia en su último párrafo que deberán tomarse en consideración las circunstancias agravantes o atenuantes.

CAPÍTULO I

SUMARIO : 1. Delimitación del objeto. Contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. 2. Problemas teórico-prácticos que plantea la nueva regulación. 3. Posturas de la doctrina y jurisprudencia mexicanas.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

TEXTO ANTERIOR:

CAPITULO I

**Comprobación del cuerpo del delito
y de la presunta responsabilidad del inculpado**

ART: 168. 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 del proceso penal federal.

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

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

TEXTO REFORMADO:

TITULO SEXTO

CAPITULO I

Comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado

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

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III. La realización dolosa o culpable 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 acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.¹

TEXTO ANTERIOR:

ART. 169. Cuando se trate de lesiones externas 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.

TEXTO REFORMADO:

ART. 169. Cuando se trate de lesiones externas éstas serán objeto de inspección con asistencia de peritos médicos, describiéndolas pormenorizadamente y se recabará dictamen de aquellos peritos, que las describa y las clasifique en orden a su naturaleza, gravedad, consecuencias y cualquier otra circunstancia atendible para ese fin.²

TEXTO ANTERIOR:

ART. 170. En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, se tendrá por comprobado el cuerpo de éste, con la inspección, hecha por el funcionario o tribunal a quienes se refiere el artículo anterior, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con 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, bastará con el dictamen pericial.

¹ Artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

² Artículo 169 del Código Federal de Procedimientos Penales.

TEXTO REFORMADO:

ART. 170. El en caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, además de cualesquiera de 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.³

TEXTO ANTERIOR:

ART. 171. Si se tratare de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado con la inspección y descripción del cadáver hecha en los términos de los dos artículos anteriores, y con 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 el tribunal como los peritos estimen que no es necesaria.

TEXTO REFORMADO:

ART. 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 guarda 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 el Ministerio Público, o el tribunal en su caso, estimen que no es necesaria.⁴

³ Artículo 170 del Código Federal de Procedimientos Penales.

⁴ Artículo 171 del Código Federal de Procedimientos Penales.

TEXTO ANTERIOR:

ART. 173. En los casos de aborto o de infanticidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado en los mismos términos que el del homicidio; pero en el primero, además, reconocerán los peritos 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.

TEXTO REFORMADO:

ART. 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.⁵

TEXTO ANTERIOR:

ART. 176. Se dará pro comprobado el cuerpo 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 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.

⁵ Artículo 173 del Código Federal de Procedimientos Penales

Fracción II del artículo 468 del Código Penal.

“II. El aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido ejecutado sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de el”.

TEXTO REFORMADO:

ART. 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.⁶

TEXTO ANTERIOR:

Art. 179. Cuando tratándose del 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.

TEXTO REFORMADO:

ART. 179. Cuando tratándose de delitos 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

⁶ Artículo 176 del Código Federal de Procedimientos Penales.

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.⁷

TEXTO ANTERIOR:

ART. 180. Para la comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público, sus auxiliares, la Policía Judicial y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

TEXTO REFORMADO:

ART. 180. Para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado, 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 medio son sena contrarios a derecho.⁸

2. Problemas teórico-prácticos que plantea la nueva regulación.

El contenido del reformado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, plantea los siguientes problemas:

⁷ Artículo 179 del Código Federal de Procedimientos Penales.

⁸ Artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales.

- a) Cambio de denominación de cuerpo del delito por el de tipo penal;
- b) Concepción de la acción;
- c) Ubicación del dolo y la culpa en el tipo penal;
- d) Ubicación sistemática de los sujetos;
- d) Formas de participación de los sujetos activos del delito, y
- e) La valoración de las calificativas.

A) Cambio de denominación de cuerpo del delito por el de elementos del tipo.

La redacción del anterior texto del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales recogía el concepto de cuerpo del delito, entendiendo a éste como "los elementos objetivos que integran la descripción típica de la conducta o hechos delictuosos.

En la actualidad observamos que con la reforma que sufrió el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en 1994, el concepto de cuerpo del delito fue sustituido por la denominación de elementos del tipo, reforma que estimamos acertada por las siguientes consideraciones:

a.1) El concepto de *cuerpo del delito* tiene una concepción distinta a la que corresponde al contenido de la misma. Es decir, la

terminología de "*corpus criminis*" se identifica con los instrumentos u objetos del delito; concepto que no corresponde a la del tipo penal, ya que este último no está constituido por el conjunto de elementos materiales que se encuentran indicados en las diversas normas incriminadoras, sino por el complejo de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que deben concurrir para la existencia de un determinado delito.

a.2) Antes de las reformas que entraron en vigor en 1984, el cuerpo del delito, como ya se manifestó en el inciso anterior, se integraba sólo de los *elementos materiales u objetivos del delito*; concepción que se corresponde con la idea más tradicional del tipo penal, aunque de dicho contenido no se deriva necesariamente la vinculación de este concepto.

En las reformas de 1984, se estableció ya una equiparación entre el contenido del cuerpo del delito y del tipo penal, al establecerse que "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". Pero, si bien el nuevo contenido de esta disposición constituía un material muy importante para la doctrina, ya que permitía la aplicación de criterios diversos para la interpretación, para los efectos prácticos no representó un cambio determinante, pues para algunos venía a ser lo

mismo. Cada quien tenía su propio concepto de tipo penal y, por ello, cada quien le daba el contenido que quería; observándose, sin embargo, que la gran mayoría seguía manteniendo el criterio de que el tipo penal se integra únicamente de elementos objetivos, tal como sucedía antes de dichas reformas, y sólo algunos admitían que, en forma excepcional ciertos tipos se integraban, además de los elementos objetivos, también de elementos subjetivos distintos al dolo, cuando el tipo penal así lo exigiera expresamente; y eran todavía más escasos quienes, además de esos elementos admitían que el dolo y la culpa constituían igualmente partes integrantes del tipo penal y, por tanto, también había que analizarlos para efectos de determinar la existencia de los elementos del cuerpo del delito. Esto último venía a ser la excepción, tanto en la teoría como en la práctica.

De lo anterior se deduce que el cuerpo del delito dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal fue entendido como el hecho objetivo, es decir, como la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción. Dicho en otras palabras, se estimó que el cuerpo del delito se integraba únicamente de elementos objetivos, y sólo algunos admitían que, en modo excepcional ciertos tipos penales se integraban, además de los elementos objetivos, también de elementos subjetivos distintos al dolo, cuando el tipo penal así lo exigiera expresamente y eran pocos quienes admitían al dolo y a la culpa como elementos subjetivos del tipo penal.

c) Al evidenciarse que no era siempre posible estructurar el tipo penal sobre una base estrictamente objetiva, ni construir el "corpus delicti" con elementos estrictamente materiales, surge este nuevo concepto de elementos del tipo, en donde ahora el agente del Ministerio Público y el juzgador no sólo estarán obligados a acreditar los elementos objetivos del tipo (el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico tutelado, la acción u omisión, el resultado típico, los elementos normativos, las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo), concepción que se identifica con la idea más tradicional del tipo penal, sino que también estarán obligados a acreditar los elementos subjetivos (el dolo, la culpa y otros elementos subjetivos distintos del dolo, como son el ánimo, la tendencia, etc.), así como los elementos normativos y demás circunstancias específicas que la ley prevea (calificativas).

"Conforme a esta disposición, una vez afirmada la existencia de una acción o de una omisión, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, los medios utilizados, el nexo de causalidad, entre otros elementos de carácter objetivo, habrá que determinar si la conducta fue realizada dolosa o culposamente. Y en este punto entran en consideración los contenidos del artículo 9 del Código Penal, que es el que nos indica cuando una conducta es dolosa y cuando es culposa; los datos o elementos que en el se señalan, que son los característicos de la parte, el Ministerio Público y constatar, por otra, el juzgador, en el ejercicio de las funciones que a cada uno corresponde.

"No obstante esa precisión que la ley procesal hace en torno a los elementos del tipo penal, se observa todavía un alto grado de incom-

prensión de la reforma, lo que puede ser atribuible al muy poco tiempo de su entrada en vigor, así como el arraigo de ideas tradicionales, entre otras razones. Pero también se deja observar, aunque en menor medida, cierta actitud de rechazo, sobre todo de parte de quienes son partidarios de posturas doctrinarias que no se compaginan con la que sigue la reforma. Esa actitud es natural y resulta explicable; lo que importa es que el nuevo contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales ofrece mayor seguridad jurídica para los individuos, y a dicho contenido deben atenerse Ministerio Público y juez; la doctrina, por su parte, puede seguir debatiendo sobre el particular".⁹

B) Concepto de la acción.

Otro de los problemas que plantea la nueva regulación, es el entender el nuevo concepto de la acción, ya que anteriormente, éste al estar regido por el sistema causalista era entendido de un modo naturalístico, es decir, como una relación de "causa" a "efecto".

Así la teoría causalista conceptuaba a la acción como "la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado. Es pues, un proceso causal, donde la "acción" es la causa del resultado, ya que como proceso causal, naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la "acción" y su "resultado".¹⁰

⁹ Moreno Hernández, Moisés, *Comentarios a las Reformas del Código Penal*, Revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LX, No. 1, México, D.F., Enero-Abril 1994, Editorial Porrúa, pp. 26 y 27.

¹⁰ Orellana, Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., 1995, p. 88.

Ahora la acción humana es entendida como "ejercicio de actividad final".¹¹ "Ello quiere decir que la determinación de un suceso por el hombre no es un mero proceso físico de convalidación material (p. ej. lluvia), sino que consiste en una sobredeterminación (dirección, orientación) de la causalidad por el hombre en dirección a un fin objetivo que se ha prefijado. El hombre puede dirigir la causalidad a un fin porque tiene conocimiento de cómo opera la causalidad y ello le permite prever cursos causales concretos, aunque, por cierto, dentro de ciertos límites."¹²

"La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es 'vidente', la 'causalidad es ciega.'¹³

¹¹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11ª edición, Traducción del alemán por el Prof. Juan Bustos Ramírez y Prof. Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 53-54.

¹² Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, editorial Astrea de Rodolfo Depalma y hermanos, Buenos Aires, 1974, p. 25 y 26.

¹³ Orellana Wiarco, *Op. cit.*, p. 88.

C) Ubicación del dolo y la culpa.

Antes de las reformas, el tipo penal era entendido por la gran mayoría como un concepto el cual sólo se integraba por elementos objetivos, y sólo algunos admitían, que excepcionalmente los tipos se integraban no sólo de elementos objetivos, sino también de elementos subjetivos distintos del dolo, cuando el tipo penal así lo exigiera expresamente; y eran más escasos quienes admitían que el dolo y la culpa constitúan partes integrantes del tipo penal.

Con la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece que los elementos del tipo penal no sólo están integrados por los elementos objetivos, sino también por los elementos subjetivos y, dentro de éstos últimos, están comprendidos el dolo y la culpa.

Esta nueva concepción rompe con la doctrina causalista, colocando la teoría finalista al dolo y a la culpa como elementos del tipo, y no como elementos o especies de la culpabilidad como lo refería el causalismo, criterio que desde mi punto de vista es admisible, ya que el actuar de un hombre se basa sobre la base de su conocimiento causa y puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos y dirigir su actividad según el

plan tendiente a la obtención de esos objetivos, concluyendo así que la actividad o acción desarrollada por el hombre es vidente y no ciega como lo afirma la teoría causalista.

Ahora la culpabilidad sólo debe atender al reproche de la conducta típica, es decir, reprochará al individuo por no haberse motivado a obrar conforme a la norma, y a los valores aceptados por la ley, apoyado en la posibilidad de poder actuar, en el conocimiento de la antijuridicidad, y en la exigibilidad de conducta diversa a la ejecutada y así valorará la medida de la pena que habrá de imponerse al individuo.

El dolo es pues para los finalistas un "dolo de tipo", o "dolo del hecho", es decir una voluntad de realizar el hecho típico. El dolo de tipo es mera dirección de la acción hacia el hecho típico, en donde existe una estrecha relación entre el aspecto objetivo y el subjetivo, ya que el dolo exige no sólo la voluntad de acción, sino que requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Es decir, para el finalismo los aspectos objetivos y subjetivos del delito se encuentran en estrecha relación, tal como lo afirma Welzel al establecer: "El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior."¹⁴

¹⁴ Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 93.

De lo anterior se concluye que el actual contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, presenta un cambio radical, dejando obsoleta a la doctrina y en deshuso a la jurisprudencia, al estimar que dentro de los elementos del tipo ya no sólo se comprende a los elementos objetivos sino también a los subjetivos.

Es decir, tanto la doctrina como la jurisprudencia mexicana al haber estado regidas en su integración por el sistema causalista, contemplaban al tipo como un concepto integrado sólo por elementos objetivos, desprovistos de valoración, de ahí que en ocasiones fuera considerado como "mera descripción" y, en otros, como indiciario de la antijuridicidad.

D) Formas de participación.

Otro de los problemas que plantea el contenido del reformado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, es la de acreditar dentro de los elementos del tipo la forma de intervención de los sujetos activos, situación que no prevalecía en la anterior regulación, toda vez que al estudiar el cuerpo del delito no se estudiaba la intervención del sujeto activo, sino que se hacía en forma separada, es decir, se estudiaba el cuerpo del delito y la responsabilidad penal en forma independiente.

Cabe advertir que el artículo 13 del Código Penal, al respecto, también sufrió importantes reformas, ya que anteriormente dicho precepto regulaba el título llamado de "personas responsables del delito" expresión que fue específica al establecer la autoría y participación. Esta denominación resulta más congruente con la norma procesal reformada, ya que se hace una clara diferenciación entre la autoría (que comprende la autoría mediata, coautoría) y la participación (cómplice e instigador).

Conforme a las nuevas reformas se entiende por "autor" como el que "tiene el dominio del hecho", mientras los partícipes carecen de él."¹⁵

Es decir, el autor es el que tiene el dominio del hecho "quién es el que ha podido decidir que el hecho iba a llegar a la consumación, lo cual generalmente es correlativo de quien ha podido decidir si el hecho continúa o se desiste de él. El que ha tenido el manejo del hecho y lo ha llevado a su realización, es autor; el que simplemente ha colaborado, sin tener poderes decisorios respecto de la consumación del hecho, es partícipe".¹⁶

¹⁵ Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 119.

¹⁶ Bacigalupo, Enrique Op. cit., p. 119.

Otro de los aspectos fundamentales en esta reforma es el de darle un tratamiento diferenciado a ciertas figuras de intervención en la comisión de un hecho delictuoso, porque sobre todo se ha considerado, no sólo en la legislación sino también en la doctrina, que tanto el autor como el partícipe deben responder en la medida de su propia culpabilidad.

Por lo expuesto, durante la secuela procedimental es importante acreditar las formas de intervención de los sujetos activos, para los efectos de la punibilidad, la cual se extiende no sólo al autor o autores, sino también a los que han prestado ayuda para la realización del delito (cómplices) y a los que han determinado la voluntad de otro para cometer un delito (instigadores).

3. Posturas de la doctrina y jurisprudencia mexicanas.

El cuerpo del delito fue una de las figuras de fondo, de necesaria comprobación para poder dictar un auto de formal prisión en contra de un individuo, considerado por el titular de la acción penal como probable autor de un delito.

Esta figura procesal representó asimismo una garantía, tanto de libertad como de seguridad jurídica, a la luz del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que no po-

día restringirse la libertad de un individuo por más de setenta y dos horas, a la postre ampliables a ciento cuarenta y cuatro horas en la legislación procesal federal y hoy también en la del Distrito Federal, si no se constataba por el órgano jurisdiccional que el cuerpo del delito en cuya virtud se ejercitó acción penal en su contra, se encontraba comprobado.

El código procesal de 1880, conceptuaba al cuerpo del delito con un contenido amplio, señalando que éste se integraba con la totalidad de los elementos del hecho punible; la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió jurisprudencia en el sentido, por demás acertado, que este precepto debía interpretarse atendiendo exclusivamente a los elementos materiales de la infracción.

No debemos olvidar que en aquel entonces la teoría del delito sólo reconocía dos componentes del mismo: la antijuricidad y la culpabilidad, bajo el denominado esquema Liszt—Beling injusto objetivo, culpabilidad subjetiva.

Es con posterioridad a la introducción del concepto de tipo creado por Ernest Beling a principios de este siglo, que se van perfilando cambios en el contenido de este concepto.

En el Código de Procedimientos Penales de 1929 el concepto de cuerpo del delito quedó intocado; en tanto que en el de 1931, se modificó lo referente a la aceptación del criterio jurisprudencial de que para su existencia debían constatarse sólo los elementos materiales del hecho delictuoso. Ello sin menoscabo de las famosas reglas especiales que existían en la legislación penal patria desde antes de la introducción del concepto del cuerpo del delito, referidas a ciertos delitos que siempre fueron considerados por su significación y por el grado de alarma social que provocan, dignos de explicitarse en forma particular, como el homicidio, el robo, el fraude, las lesiones, el infanticidio, etc.

A partir de 1931 la actuación de los tribunales, empieza a apartarse de los lineamientos de la ciencia jurídico penal para ceñirse a una práctica inercial, consecuente con la anterior redacción de este concepto que, como ya dijimos, correspondía hasta ese entonces a una escasa evolución de la ciencia jurídico penal. Se siguió manejando en los tribunales un exacerbado y rígido acatamiento a las formas entonces conocidas de comprobar la corporeidad delictiva de los delitos antes mencionados, y, en aquellos no expresamente señalados por la ley, el de constatar algunos elementos materiales de los mismos, con total desdén de los que para entonces ya enseñaba la dogmática penal como contenido del recién introducido elemento del delito (el tipo penal).

Fue así que para no desobedecer la jurisprudencia, o tal vez por el desconocimiento de la existencia de otro elemento del delito, y de que en éste se receptaban no sólo elementos objetivos sino también algunos subjetivos, la actuación de los órganos del sistema de justicia empezó a apartarse cada vez más del derecho penal sustantivo, al grado de que llegaron a tener aceptación general frases como la de que "una cosa era la teoría y otra muy diferente la práctica".

De esta manera, las resoluciones judiciales siguieron emitiéndose como si el concepto de tipo no existiese, integrándose el cuerpo del delito sólo con algunos elementos objetivos del tipo expresamente referidos, señalados en las llamadas reglas especiales de comprobación del cuerpo delictivo de determinados ilícitos, procediéndose en forma similar respecto de aquellos delitos que no tenían señaladas reglas para comprobar su corporeidad. Esta actitud, prevaleció al menos formalmente hasta el año de 1984.

A partir de 1984 en que se reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, nuestra legislación procesal revitaliza este concepto, ordenando que el mismo se tendría por comprobado cuando se acreditase la totalidad de los elementos integrantes de la conducta o hecho descrito por la ley penal.

Es decir, en 1984 se reaviva el maduro concepto procesal, y se rectifica la jurisprudencia para que las resoluciones jurisdiccionales y las actuaciones de los órganos jurisdiccionales constaten la tipicidad al integrar el cuerpo del delito.

No obstante esta reforma, la misma no fue capaz de rectificar la actuación de los órganos de justicia penal, tal vez a que se mantenía las referidas reglas especiales de comprobación de ciertos delitos, lo que paralelamente trajo como consecuencia que se siguiera manejando el mismo contenido de esta figura.

Las ejecutorias emitidas por los tribunales federales motivantes de dicha actuación son entre otras, las que a continuación se transcriben:

"543 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".¹⁷

¹⁷ Jurisprudencia No. 86 (Sexta Epoca), Sección Primera, Volumen 1a. Sala, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965, p. 186.

"880 CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito".¹⁸

"2007 ROBO, CUERPO DEL DELITO DE. Comprobado el cuerpo del delito de robo por cualquiera de las formas especiales que para ello establecen expresamente las disposiciones legales relativas, el tribunal de instancia no tiene por qué ocuparse de ninguno de los demás medios específicos de referencia".¹⁹

"541 CUERPO DEL DELITO, COMPROBACION DEL. FE DE DAÑOS. Comprobado el cuerpo del delito con la inspección practicada por el Ministerio Público en la que se da fe de los daños, semejante probanza es suficiente, según mandato legal, para establecer la materialidad del hecho".²⁰

"2600 CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD. El concepto de cuerpo del delito se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la autoría de la conducta: comprobar que hubo alteración en la salud a virtud de conducta humana es acreditar la materialidad del hecho; atribuir la acusación del resultado a una persona es problema de responsabilidad".²¹

¹⁸ Jurisprudencia No. 312, Apéndice al Tomo CXVIII, P. 603; no se publicó en las compilaciones de 1917 a 1965, ni de 1917 a 1975; consultar Jurisprudencia 672, P. 322. (Esta tesis se publicó con el No. 320, en la página 618 del Apéndice al tomo XCVII).

¹⁹ Jurisprudencia No. 291 (Sexta Epoca), p. 628, Volumen 1a. Sala, Segunda Parte, Apéndice 1917-1975; Anterior Apéndice 1917-1965, Jurisprudencia 271, p. 544.

²⁰ Amparo Directo 4109/1963. J. Jesús Jiménez Reyes, Enero 14 de 1964, 5 Votos, Ponente: Mtro. Juan José González Bustamante, 1a. Sala, Sexta Epoca, Volumen LXXIX, Segunda Parte, p. 15.

²¹ Amparo Directo 4811/1974. Javier Fuentes Gutiérrez y Otro, Julio 7 de 1975. Unanimidad de 4 Votos. Ponente: Mtro. Ezequiel Burguete Ferrera.

De las jurisprudencias expuestas se desprende que la actuación de los órganos jurisdiccionales se apartaron del mandato legal que establecía el Código Federal de Procedimientos Penales, aclarando que así actuaban también el Ministerio Público y los tribunales desde antes de la reforma de 1984.

Salvo aquellos delitos que tenían expresamente señaladas formas especiales de comprobación, que como ya mencionamos fueron creadas desde antes de la existencia de los códigos procesales del país, y en los cuales se señalaban algunos de los aspectos objetivos del tipo en cuestión, para comprobar el cuerpo de los diversos delitos los órganos de justicia penal, se limitaban a hacer una transcripción de los elementos probatorios recabados en la averiguación previa, en la instrucción o en el proceso.

Cabe advertir que en otro capítulo procesal, se hacía alusión a la responsabilidad penal, probable durante la averiguación y el proceso, y plena en la sentencia.

Hasta antes de 1994, queda de manifiesto el evidente desacato de los órganos de justicia a los imperativos legales existentes en las leyes adjetivas para la comprobación del cuerpo del delito, dado que desde su creación como concepto, y aun antes, con adecuado criterio jurisprudencial, se estableció la necesidad de comprobar, para afirmarlo, los elementos materiales de la infracción.

El concepto de cuerpo del delito, que debidamente interpretado hace expresa referencia a los componentes que hoy conocemos como parte del aspecto objetivo del tipo. Así debieron desde aquella época, para proceder correctamente, constatarse para afirmar esta figura la conducta, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico y en caso de así requerirlo el tipo en particular, el resultado el objeto material, el nexo de causalidad, las calidades de los sujetos, las referencias y los medios de ejecución.

Las reglas emitidas para la comprobación del cuerpo de determinados delitos, a partir de entonces resultaron insuficientes dado que, por razones obvias, dichas reglas no comprendían a la totalidad de los componentes objetivos y materiales del tipo en cuestión. De haberse ajustado a la ley, desde entonces todas las resoluciones de los órganos de justicia penal debieron haber cumplido con el imperativo legal antes señalado, si se quiere respetando las reglas especiales

de comprobación del cuerpo de determinados delitos, pero aun en éstos complementándolas, tanto en su motivación como en su fundamentación, con los restantes elementos del tipo a los que no hacían expresa referencia dichas reglas.

Así las resoluciones emitidas desde 1931 hasta 1994 al analizar el cuerpo del delito atendían a la totalidad de los aspectos objetivos del tipo en particular, concluyendo con el correspondiente juicio valorativo respecto de éstos.

La actuación de los órgano de justicia se ciñó a la práctica ejercida hasta ese momento, y ésta no sólo se prolongó después de que fueron aceptados los denominados por Hegler elementos subjetivos del injusto, o sea las disposiciones anímicas del autor necesarias para la correcta apreciación de la conducta respecto de un tipo determinado, como los deseos, ánimos, intenciones o propósitos, concurrentes en éste al realizar su comportamiento ilícito, sino que tal proceder se mantuvo durante las décadas de los cuarenta, los cincuenta, los sesenta, los setenta y principios de los ochenta no obstante el desarrollo de la dogmática penal ya receptada en nuestro país.

No fue capaz la doctrina, tal vez por falta de interés, de modificar esta incorrecta práctica. Lo cierto es que la misma se había abocado al análisis del derecho penal sustantivo pretendiendo como

hubo, modificaciones al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.

En el año de 1983 se presentó el anteproyecto del Código Penal de 1983, conocido como anteproyecto INACIPE, en donde se elaboro un conjunto de reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, tanto del Distrito Federal como el Federal.

Estas reformas se publicaron como ley en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984. Allí se dio un trascendente avance respecto del cuerpo del delito, actualizando dicho concepto para receptar en él toda la evolución de la ciencia jurídico penal referida al tipo. Sin hacer declaraciones específicas, su redacción permitió que sobre él se volcase toda la teoría del tipo bajo la concepción dogmática que aceptara quien lo hiciera. Al establecer: en efecto, que "el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acrediten los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determina la ley penal", resultaba obvio que ahora sí, para afirmar esta figura, debería constatarse la total tipicidad, los elementos objetivos todos y algunos subjetivos, en su caso, para los causalistas, y los elementos objetivos y subjetivos, incluyendo dolo o culpa, para los ya existentes seguidores de la teoría de la acción finalista.

Sin embargo, no obstante la anterior reforma fue defraudada, ya que los órganos del sistema de justicia penal hizo que no se generase ningún cambio en las actuaciones penales, y tristemente las cosas siguieron como si esta importantísima reforma jamás hubiese existido. La razón siguió siendo la misma: el respecto aberrante a la inaplicable jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en que, nos apresuramos a decirlo, no tuvo ésta culpa alguna, o bien por el hecho de que se mantuviesen las reglas especiales de comprobación de algunos elementos integrantes del cuerpo de determinados ilícitos y la confusión que esto generaba.

CAPITULO II

SUMARIO : II. Precisión del marco teórico a seguir. 1. Enfoque político-criminal del problema. A) Aspectos que comprende. B) Criterios Político-criminales aplicables. C) Vinculación filosófica política de la legislación penal. 2. El enfoque dogmático del problema. A) Consideraciones previas. B) Sistemas de análisis del delito. B-a) Sistema finalista. B-b) Sistema causalista. B-c) El análisis dogmático del delito en la doctrina penal mexicana.

II. PRECISIÓN DEL MARCO TEÓRICO A SEGUIR.

Desde hace muchos años nuestro Derecho Penal, tanto en lo legislativo como en lo referente a su aplicación, se encuentra dominado por la teoría unificadora de los fines de la pena, es decir, por una determinada articulación de sus aspectos retributivo y preventivo.

Tal articulación procura dejar a salvo el fundamento represivo (retributivo) de la pena, fijando a la vez dentro del marco así determinado, objetivos de prevención individual que hoy se condensan en la expresión "resocialización".

Históricamente la aparición de la tendencia preventivo—especial nace del positivismo, pues es evidente que bajo el dominio de la teoría retribucionista no tenía sentido hablar de política criminal.

La política presupone la intención de alcanzar un fin y las teorías absolutas se caracterizan esencialmente por rechazar la idea de todo fin preventivo. Históricamente la expresión "política criminal" nace como una demanda de la reforma del Derecho Penal dirigida fundamentalmente contra la teoría de la retribución.

La política criminal presupone, por tanto, una concepción utilitaria del Derecho Penal y, fundamentalmente, de la pena: el Derecho Penal se legitima por su utilidad para la prevención del delito y, en consecuencia, para la protección de los bienes jurídicos. En el pensamiento penal moderno, esta concepción se manifiesta en la tendencia cada vez más marcada, a la prevención especial; una prevención especial que se distingue de las concepciones anteriores de este mismo signo por su racionalidad, es decir, porque fundamenta la eficacia de sus proposiciones apoyándose en los conocimientos de las ciencias sociales empíricas.

Es obvio que las teorías absolutas de la pena se estiman como irracionales, pues parten de afirmaciones carentes de comprobación empírica, como la libertad de voluntad y persiguen objetivos como la ratificación del orden o de la autoridad estatal, que renunciando por sí mismas a toda utilidad respecto de la protección de bienes jurídicos, tampoco son verificables en los conocimientos de las ciencias sociales.

En el marco de sus orígenes históricos, la oposición que existe entre el Derecho Penal y la Política Criminal, es en primer término la antinomia de un programa de reformas frente a las concepciones de

un Derecho penal vigente. Dicho de otra manera, la oposición de un derecho penal racional, que se proyecta, contra otro irracional, vigente.

Desde este punto de vista la diferenciación del Derecho Penal frente a la Política criminal sería una condición impuesta por un principio jurídico superior cuya realización importaría la necesidad de conservar las estructuras legislativas y dogmáticas de lo Derecho Penal de las teorías absolutas, es decir, la seguridad jurídica requeriría imponer un límite irracional a una reforma racional orientada hacia la prevención especial.

Es paradójico, pero las consecuencias de la teoría de la unificación sobre el sistema del Derecho Penal se perciben en la disfuncionalidad que caracteriza las distintas partes que lo componen: presupuestos de la pena determinados por criterios propios de la teoría retributiva y ejecución penal dirigida a un tratamiento resocializador; límite de la pena en la culpabilidad del autor por un lado y exigencias del tratamiento por el otro; Derecho Penal material que proclama el fin de la resocialización y proceso penal dominado por la comprobación de la culpabilidad.

La posibilidad de una integración de los aspectos antitéticos del sistema penal propuesto por las teorías unificadoras choca ya con

la diversa concepción del fenómeno del delito que subyace como objeto de cada uno de aquéllos: el Derecho penal expresa una visión ética del delito, mientras la Política Criminal entiende el delito en los términos de las ciencias sociales. La falta de congruencia de ambos conceptos es hoy evidente, sobre todo porque las ciencias jurídicas han quedado en sus concepciones visiblemente estancadas dentro del aparato conceptual de la dogmática de las teorías absolutas, mientras las ciencias sociales han avanzado en un proceso de progresiva racionalización.

La antinomia Derecho Penal-Política Criminal presupone en consecuencia, un sistema penal desarticulado, en que el Derecho Penal no es el Derecho Penal de la Política Criminal de la resocialización.

La integración del Derecho Penal y la Política Criminal sería posible si se eliminan del sistema penal las teorías de la pena de la unificación.

Derecho Penal significa Derecho Penal (dogmática y legislativamente) de las teorías absolutas: en tanto que la Política Criminal es la expresión con la que se define el programa de un Derecho Penal fundado en concepciones preventivas extraídas de los conocimientos de las ciencias sociales.

Es decir, Derecho Penal sólo se refiere a la vinculación estrecha de las decisiones judiciales con la ley.

La teoría de la retribución concibe al delito como un acto de desobediencia a una orden (norma) dada por el legislador. Frente a tal lesión de la desobediencia, el Estado tiene el derecho de penar (derecho penal subjetivo), si lo considera necesario para ratificar su autoridad.

Conforme a la teoría de la retribución, los sistemas legislativos presentan el siguiente esquema:

a) El autor es libre de decidirse por el bien (cumplimiento de la orden del legislador, la norma) o el mal.

b) El deber jurídico es anterior a la sanción y no depende de ella, la pena no crea el delito, sino que éste, en tanto lesión de una norma —desobediencia— existe ya con anterioridad.

c) la dignidad humana excluye un derecho del Estado a obrar movido por fines preventivos. Sólo la norma se dirige al autor reclamándole obediencia; la pena no tiene carácter de amenaza.

La dogmática elaborada sobre estos presupuestos se funda, consecuentemente, para la definición del delito en dos grandes categorías:

a) La desobediencia consciente, lo injusto culpable, es decir, el comportamiento contrario a la norma ejecutado conscientemente o por falta de cuidado (la fundamentación de la punibilidad de la culpa ha sido siempre muy difícil de establecer dentro de este esquema de pensamiento).

b) La punibilidad, es decir, la sanción por la desobediencia

La posibilidad de construir el concepto de culpabilidad sin el deber ético de obedecer es en realidad remota y deja sin fundamento a la proposición "la pena presupone culpabilidad" que es esencial en la teoría de la retribución.

Una forma alternativa de reemplazar a éste es la teoría de la prevención especial. Su formulación no ha adquirido suficiente validez. Su desarrollo se ha visto frustrado por la tendencia, tempranamente manifestada, a buscar una realización de los fines preventivos dentro del sistema de la teoría de la retribución.

El punto de partida del pensamiento jurídico penal orientado a la prevención especial es más modesto que el de las teorías absolutas:

a) Comienza por la comprobación de que con la pena es posible motivar y con su ejecución es factible obtener la reintegración social del autor.

b) El segundo punto reside en la afirmación de que la pena sólo puede legitimarse como un medio de política social. Es decir, como una medida destinada a producir efectos útiles en la sociedad. El Derecho Penal en consecuencia, sólo debe ocuparse de eliminar comportamientos perturbadores de la vida social en un grado considerable. Los aspectos éticos de tales comportamientos quedan fuera de toda consideración.

c) Los conocimientos empíricos de la ciencia social demuestran que no todos los autores reaccionan de la misma manera frente a la pena y que es posible elaborar distintas categorías de acuerdo con sus características y con miras al tratamiento a que debe someterseles.

Correspondientemente, los fines de la pena deberán fijarse atendiendo a las características de las distintas categorías de autores a quienes habrá de aplicárseles.

“Desde este punto de vista el interés que guía estos conocimientos, la desobediencia y la culpabilidad, dejaran de ser los aspectos decisivos del suceso que se juzga. Las características básicas de un Derecho penal orientado a la prevención especial serán otras:

- a) El hecho socialmente dañoso; y
- b) El autor personalmente asocial.”²²

1. El enfoque político-criminal del problema.

El objeto principal de la Política criminal consiste en determinar cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad.

La Política criminal se encuentra en medio de la ciencia y la estructura social.

²² Bacigalupo, Enrique, *Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*, Editorial, Cárdenas Editor y Distribuidor, primera edición, México 1989, pp. 43-44.

Como ciencia parte de los conocimientos objetivos del delito en sus formas de manifestación empírica y jurídicas; por otra establece como políticas determinadas ideas o intereses, trata de desarrollar una estrategia definitiva de lucha contra el delito.

A continuación analizaremos la Política criminal que se ha desarrollado en las teorías penales, como base para luchar contra el delito:

Rico expresa que: "Las teorías absolutas son las que buscan el fundamento y fin de la pena tan sólo en la naturaleza íntima de la misma y no en un objetivo trascendente. Se castiga *quia peccatur est*, porque se ha delinquido. La pena es justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella puede derivarse. La sanción es pura y simplemente consecuencia jurídica del delito."²³

De acuerdo con los autores Köhler, Kant y Hegel, que apoyan esta teoría, el fin de la pena es la retribución del delito cometido.

"La pena se aplica por una exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal."²⁴

²³ José M. Rico, *Las sanciones penales y la Política criminológica contemporánea*, Siglo Veintiuno editores, en México, Argentina, Colombia, 1979. pp. 8-10.

²⁴ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Decimatercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979, p. 32.

Por lo tanto se aplica la pena, a título de retribución o reparación del bien jurídico afectado que fue puesto en peligro por el desplazamiento de alguna conducta humana. Es decir, la teoría de la retribución sostiene que el fin de la pena no está al servicio de fines de carácter social, sino al de la realización de una idea: la justicia.

Así Kant de esta manera señala que la pena no debe ser útil para el autor o para sus conciudadanos; sino que debe ser proporcional con el anhelo de la pura y estricta justicia.

Para Hegel la pena no tiene por objeto la reparación, la intimidación, la conminación o de mejorar al autor o a la sociedad, sino que se trata de injusto y de justicia, dejando a un lado el tratamiento objetivo.

Conforme a esta teoría al autor se le debía de imponer el correspondiente mal de acuerdo con su culpabilidad; es decir, el hecho deberá ser valorado, esclarecido el injusto y restablecer la justicia.

Sin embargo esta teoría fue postergada ya que se estimó que la mera retribución en la mayoría de los casos es perseguir al autor como una venganza ordenada por el Estado y como una humillación, lo cual conduce al fortalecimiento de un sujeto antisocial y a un menoscabo de su personalidad.

Posteriormente se reconoció que la criminalidad no era un fenómeno filosófico ético, sino un fenómeno social, que consideraba que con la sola teoría de la retribución no se podía combatir con éxito el delito, porque esta teoría no puede dar a la ejecución penal ningún contenido positivo, pues ve en la pena la imposición de un perjuicio, sin consideración de sus consecuencias sociales.

Sin embargo, lo riesgoso de la teoría de la retribución en lo que al criminal se refiere sólo se le causa perjuicio (aun cuando sea en forma humanitaria y soportable), reaccionará en la mayoría de los casos con irritación, volviéndolo un sujeto peligroso, despechado socialmente e inadaptado para la convivencia social.

En la segunda mitad de los años sesenta, en el desarrollo internacional de la Política criminal, Alemania renunció a la teoría de la retribución y llevó a la Política criminal a tomar en consideración la prevención especial en la forma de resocialización. Es decir, dentro de

las fines de la pena Alemania descartó la retribución y vio como fines de la misma la protección de los bienes jurídicos y la reinserción social del penado. E incluso Holanda previó para delincuentes con problemas personales y también para reincidentes, los establecimientos social-terapéuticos en el que el condenado debía ser tratado bajo dirección médica, surgiendo así la siguiente teoría.

II. TEORIAS RELATIVAS. Rico expresa que "Las teorías relativas atribuyen a la pena un fin independiente, señalándole un objetivo político y utilitario. Se castiga *ut ne peccetur*, para que no se delinca, y la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos."²⁵

Es decir la pena es un medio imprescindible para asegurar la tranquilidad y la defensa de la sociedad contra los ataques de los delincuentes al perseguir la corrección de los mismos mediante sistemas educativos.

Según Rico las teorías relativas se clasifican en dos grupos, como son las siguientes:

II.I. TEORIAS PREVENTIVAS. Son las que le asignan a la pena un fin preventivo de delitos futuros.

²⁵ José M. Rico, *Op. cit.*, p. 10.

Las teorías preventivas a su vez se subdividen en:

II.1.1. Prevención General. Esta teoría que persigue la prevención general, utiliza la pena en referencia a la colectividad; es decir, la pena debe tratar de impedir que los individuos considerados en su conjunto caigan en el delito, mediante la intimidación de sanciones conminadas en las leyes.

II.1.2. Prevención Especial. Esta teoría que persigue la prevención especial, emplea la pena como única referencia al delincuente que ha cometido el hecho punible, y la ejecución de la misma se concibe como medio idóneo para evitar que el infractor de la norma delinca de nuevo.²⁶

II.2. TEORIAS REPARADORAS. Son las que afirman que el fin de la pena consiste en reparar las consecuencias dañosas del acto perpetrado.

III. TEORIAS MIXTAS. Sus representantes son Carrara, Garraud, Binding y Merkel.

²⁶ José M. Rico, Op. cit., p. 10 y sig.

Estas teorías mezclan la teoría absoluta con la teoría relativa, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil; el concepto retribución con el fin utilitario.

La pena no sólo tiene como fin la privación de bienes jurídicos, sino que también busca adaptar o readaptar socialmente al delincuente, cuando sea susceptible de este fin, así como restaurar el orden jurídico quebrantado, el equilibrio social, y reparar el daño causado, al mismo tiempo sirve de prevención general, es decir, sirve de ejemplo a la colectividad para que se abstenga de violar la norma jurídica.

Después de la segunda guerra mundial se volvió dominante el Derecho Penal de Tratamiento, sobre todo en los países escandinavos y en Estados Unidos.

El Código Penal alemán occidental fue promulgado en 1969, y tomó en consideración dentro de la Política criminal el carácter social preventivo. Es decir, conservó el tratamiento para reintegrar socialmente al delincuente (pensamiento resocializador) e inclusive vio como medida preventiva especial capacitar al interno, para que en el futuro se condujera con responsabilidad social.

La meta de resocialización y la tesis del tratamiento que durante más de veinte años dominó la discusión Política criminal, cayó internacionalmente en crisis.

América y los países escandinavos que fueron entonces los precursores de un Derecho penal puramente preventivo de carácter resocializador se despidieron de la euforia del tratamiento.

Desde entonces la idea de la resocialización ha sido postergada y en su reemplazo se ha iniciado el camino de una progresiva agudización del sistema penal.

Es aquí donde la Política criminal tiene como ámbito determinar el cometido y función de la justicia criminal, es decir, tiene la tarea de revisar el Derecho penal y medir la forma operativa de las sanciones para conseguir un control óptimo del delito.

Al respecto Zipf expresa que es la "misión de la dogmática en el marco de la Política criminal conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos políticos criminales. La política criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo con la evolución de la dogmática, así como, viceversa, la dogmática ha de desarrollar sus soluciones en el marco de la con-

cepción global político-criminal, dado que su efectividad se mide igualmente según su valor para la realización de los objetivos político-criminales.²⁷

Así encontramos que el refinamiento de la dogmática, constantemente perfeccionado, ya no estaba en proporción razonable con su función en la concepción de la administración de justicia. Es por ello que la dogmática debe cambiar en su función como medio no sólo de reprimir, sino como un medio para afianzar una aplicación del Derecho diáfana, previamente determinable y con ello controlable; sirve a una aplicación del Derecho seguro y uniforme y con ello un medio para la racionalidad del derecho y un límite contra la arbitrariedad.

De esta manera encontramos que son dos los criterios decisivos para establecer la dogmática: "la solución del problema en particular conforme a la realidad y la libertad de oposición intrasistemática. Sin la primera existiría el riesgo de desacertar en la justicia material y la realidad social; sin la segunda, no podrían garantizarse la unidad jurídica ni la certeza jurídica."²⁸

²⁷ Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, Editorial Revista de Derecho Privado, EDESA, pp. 5 y 6.

²⁸ Zipf, Heinz, *Op. cit.*, p. 7.

Cabe aclarar que la Política criminal y la dogmática jurídica penal son conceptos científicos independientes que deben mantener su autonomía para poder cooperar de modo óptimo, así se llega a la conclusión de que el derecho es la ciencia de la ordenación consciente de la vida social, conforme a ello la Política jurídica representa el esfuerzo sistemático en pro de la mejor configuración posible de tal ordenación. La decisión política ha de vaciarse en un molde dogmático, que se realiza en la aplicación del Derecho.

Así "el Derecho Penal representa la forma en que las finalidades político-criminales son tratadas al modus de la validez jurídica"²⁹

En síntesis diremos que la "Política Criminal se ocupa de los conceptos de ordenación en este ámbito, la dogmática jurídico-penal sistematiza las regulaciones adoptadas y los prepara para la aplicación del Derecho."³⁰

²⁹ Zipf, Heinz, *Op. cit.*, p. 8.

³⁰ *Ibidem*, pp. 8-9.

También es importante tomar en consideración que la Política Criminal tiene relación con la Criminología, pues "es misión de la política criminal el adoptar decisiones político criminales con base en el material criminológico".³¹

La Política criminal tiene "la misión de reunir y realizar los resultados del campo de investigación empírica y de la dogmática penal normativa en su extenso programa de acción. Como fuerza motriz y creadora, se sustenta, tanto de la criminología como de la ciencia jurídico penal y de las disciplinas afines."³²

Es decir, la justicia criminal descansa sobre tres pilares que son:

a) La Criminología. Ya que investiga el fenómeno criminal bajo todos sus aspectos;

b) El Derecho Penal. Establece los preceptos jurídicos con que la sociedad afronta el fenómeno criminal; y

³¹ *Ibidem*, p. 9.

³² Zipf, Heinz, *Op. cit.*, p. 14.

c) La Política Criminal. Dar la mejor estructura de las reglas legales positivas y dar las correspondientes líneas de orientación, tanto al legislador que ha de dictar la ley, como al juez que ha de aplicarla o a la administración ejecutiva que ha de trasponer a la realidad el pronunciamiento judicial.

Misión de la justicia criminal.

El principio del Estado de Derecho se convierte en norma suprema y obligación fundamental en toda Política criminal que se encauce en el ámbito de la justicia criminal.

“La idea de vinculación al Estado de Derecho de la justicia criminal fue perfeccionada sustancialmente en el siglo XIX”... El pensamiento del Estado de Derecho con esta expresión liberal tiene su origen al respecto en la relación de tensión individuo-comunidad (Estado), su núcleo es siempre la idea de libertad, el aseguramiento de una esfera individual frente a la omnipotencia del Estado.”³³

La función primordial del principio del Estado de Derecho consiste en velar por la esfera de libertad y la seguridad jurídica del ciudadano, en particular, frente al poder del Estado. De ello resulta como finalidad: la defensa de la dignidad humana y la garantía de la libertad.

³³ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 24 y 25.

“El principio del Estado de Derecho es válido para todas las formaciones del poder estatal en el Estado con separación de poderes”,³⁴ pero cabe advertir que presenta en cada uno exigencias diversas:

a) Al Poder Legislativo: La legislación penal, le exige normas penales claramente delimitadas:

b) Al Poder Judicial y Ejecutivo: La aplicación del principio del Estado de Derecho en la aplicación y ejecución del derecho se halla en la vinculación a las formas de actuación prescritas y admitidas por la Ley.

La Política criminal no es mas que la serie de principios económicos, políticos, sociales y culturales que debe tomar en consideración el legislador como medidas en contra de la lucha al delito y sobre la configuración de cambio en la justicia criminal.

La visión de la política criminal como parte de la teoría de la legislación conduce principalmente a la cooperación, con división de tareas entre legislación y aplicación del derecho en la realización de conceptos político criminales.

³⁴ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 25.

Con el principio de la vinculación del juez a la ley se ve sólo uno de los caminos desde el legislador al juez en el proceso de concreción jurídica. No obstante, la cooperación óptima con respecto a la responsabilidad común por el Derecho, necesita también una vía que conduce desde el que aplica el Derecho hasta el legislador, sólo entonces será cerrado el círculo del proceso dinámico de la realización del Derecho. La responsabilidad común de todos los partícipes en el proceso de establecimiento y aplicación del Derecho, para la configuración del mismo en la misión de la Política jurídica en el futuro.

Con ello, a la ciencia política criminal se le plantea el problema de hacer visible la totalidad del Derecho Penal, como parte del extenso control social, en cuanto unidad funcional, desde la creación, hasta la aplicación del Derecho y desarrollar una concepción limitativa de la lucha contra el delito para nuestra sociedad, en la zona de tensión entre ciencia jurídico penal normativa e investigación criminológica empírica.

A) Aspectos que comprende.

Los aspectos que comprende la política criminal son tres:

El Legislativo;

El Judicial, y

El Ejecutivo.

El principio del Estado de Derecho se encuentra vinculado con todas las formaciones del poder estatal en el Estado con separación de poderes; pero cabe advertir que presenta en cada uno exigencias diversas:

LEGISLATIVO. Al poder legislativo, en el ámbito de la legislación penal, el principio del Estado de Derecho le exige normas penales claramente delimitadas.

“Sólo en esta función de garantía de las figuras delictivas puede cimentarse la vinculación al Estado de Derecho del poder punitivo.”³⁵

El legislador debe tomar en consideración al crear los tipos penales, básicamente tres aspectos:

- a) El principio de claridad de los tipos penales;
- b) El principio de irretroactividad, y
- c) La reforma debe ser integral.

³⁵ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 25.

c.1.) La reforma debe ser integral. Debe entenderse que la reforma penal no debe circunscribirse exclusivamente al aspecto puramente legislativo, sino que debe ir más allá y comprender también la problemática relativa a su aplicación y ejecución, para el logro de un congruente sistema de justicia.

Es decir, la reforma legislativa penal no se limita únicamente al ámbito sustantivo, si no que también debe abarcar la legislación procesal, a las leyes orgánicas del Ministerio Público y del Poder Judicial, la Defensoría de Oficio y la Penitenciaría, sin olvidar a la que gira en torno a los menores infractores.

Así mismo, esta reforma no debe ser concebida en forma aislada a los cambios que presentan los aspectos políticos, económicos y sociales del país, tampoco debe desligarse de los criterios y principios ideológicos que le sirven de base; sino por el contrario deben formar un todo armónico, es decir, deben formar un todo que implique unidad de propósitos y concurrencia de voluntades.

En síntesis debemos concluir que, la política criminal del Estado Mexicano, por tanto, debe ser parte integrante de la política social nacional y, en su conformación, debe estar precedida de una imprescindible y correcta planeación.

c.2.) La reforma debe partir de un previo conocimiento de la realidad y estar acorde con los principios constitucionales. Toda vez que vivimos en una sociedad constantemente cambiante en cuanto a sus proyectos sociales, a sus costumbres y a sus necesidades, el nuevo sistema legal debe tomar en consideración dos aspectos, siendo éstos los siguientes:

c.3.) Las nuevas leyes deben dictarse con cabal conocimiento de la realidad para la que se legisla;

c.4.) Con conocimiento profundo del ordenamiento jurídico vigente, sobre todo de la ley fundamental, y en forma que su propósito innovador tenga pleno efecto. Para ello el legislador debe contar con una información plena acerca de los hechos y de las alternativas técnicas en el momento de dictar una ley, independientemente de las características que esta debe revestir, para su debida aplicación y comprensión.

c.5) Dar a conocer los alcances de la ley y sensibilizar a sus destinatarios, sobre todo a quienes se encarguen de aplicarla, para que lo hagan conforme al verdadero espíritu del legislador.³⁶

³⁶ Moreno Hernández, Moisés, *Orientaciones Político-Criminales de las Recientes Reformas al Código Penal del Distrito Federal de México*, Revista Criminalia, Año 8, Nos. 21 y 22, p. 37.

JUDICIAL. La aplicación de la ley penal por parte de los órganos jurisdiccionales, "la consecuencia más esencial del principio del Estado de Derecho se halla en la vinculación a las formas de actuación prescritas y admitidas por la Ley."³⁷

Es decir, en este aspecto se presentan ante todo las vinculaciones jurídico procedimentales del Derecho procesal penal como una garantía de libertad jurídica estatal para el ciudadano interesado

EL EJECUTIVO. Consiste en que la aplicación jurídico estatal del Derecho Penal en el procedimiento Penal y especialmente en el procedimiento judicial, en el cual la independencia judicial y la garantía del juez legal son seguridades jurídico estatales esenciales para la protección del ciudadano

B) Criterios políticos-criminales aplicables.

Los modelos básicos de la justicia criminal pueden resumirse en dos:

Derecho Penal de culpabilidad:

³⁷ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 25.

Defensa Social.

DERECHO PENAL DE CULPABILIDAD. Consiste en un hacer responsable personal, orientado por la culpabilidad, por un acto reprochable.

El derecho penal de culpabilidad partirá de que el autor sea responsable por sus hechos en el aspecto jurídico penal.

“La caracterización de la culpabilidad penalmente relevante como pura culpabilidad jurídica (cfr. esp. Maurach, 1971) significa que al autor se le reprocha su defectuosa actitud ante el ordenamiento jurídico en tanto que sea de ello responsable.”³⁸

Sólo un concepto de culpabilidad por el hecho aislado puede ejercer la función de delimitación jurídico-estatal que actualmente se asigna al principio de culpabilidad generalmente en el proceso de medición de la pena. “La culpabilidad por el hecho aislado significa al respecto que sólo puede imputarse al autor la violación antijurídica en particular como suceso concreto y exactamente delimitable.”³⁹

El concepto de culpabilidad en el Derecho Penal, ha evolucionado del aspecto psicológico al normativo.

³⁸ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 50.

³⁹ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 51.

El concepto normativo de culpabilidad, es entendido como un "juicio de desvalor del ordenamiento jurídico sobre la relación del autor con la infracción del Derecho."⁴⁰

"La culpabilidad representa en esta perspectiva una magnitud valorativa cuya medida es el juicio de la comunidad jurídica sobre la lesividad social de la conducta concreta al autor. Con ello la culpabilidad es una magnitud relativa que depende de la concreta situación cultural del círculo jurídico respectivo."⁴¹

El concepto normativo de la culpabilidad es un concepto relativo, es impotente en caso de que la comunidad jurídica se equivoque en su juicio; la valoración corre el riesgo de ser influenciada.

Es decir, la culpabilidad es un proceso de valoración dinámico y sociocultural en la comunidad. Si este proceso transcurre sin influencias, la valoración de la culpabilidad refleja objetivamente la concepción sobre la lesividad social, desarrollada en la comunidad jurídica.

Sin embargo es hoy una exigencia decisiva para el mantenimiento del principio de culpabilidad garantizar una evolución libre y no manipulada de la conciencia jurídica sobre la responsabilidad social del individuo.

⁴⁰ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 51

⁴¹ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 51.

La culpabilidad como corresponsabilidad humana en la convivencia social significa "imputar al autor el quebrantamiento del orden social, en tanto, que pueda hecérsele responsable de ello".⁴²

La responsabilidad social, es el punto de partida del reproche de culpabilidad en sentido jurídico. La persona es un destinatario útil de la norma, esto es, se deja motivar por normas (jurídicas, religiosas, éticas y sociales).

"El reproche de culpabilidad jurídico penal significa que el ciudadano suficientemente motivable mediante normas es expuesto a un reproche por un apartamiento consciente y evitable de la norma."⁴³

El reproche de culpabilidad jurídico-penal se presenta cuando el individuo que es motivable mediante normas, se muestra al margen de decisión humano en la convivencia social. Es decir, la persona esta determinada en su obrar no sólo por factores causales, sino que al lado de los factores causales entra adicionalmente el efecto de motivación de las normas, que tienen una forma de actuar independiente frente al principio causal.

⁴² Zipf, Heinz, Op. cit., p. 52 y 53.

⁴³ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 53.

De ello resulta que el reproche de culpabilidad jurídico-penal presupone, en principio, el conocimiento de la norma (problema del error abstracto sobre la prohibición) y que el autor tampoco puede invocar excepcionalmente una contrafacultad (causa de justificación) contra el efecto general de motivación de la norma (problema del error concreto sobre la prohibición).

El principio de culpabilidad y la prohibición de exceso tienen la misma raíz constitucional, esto es, el principio del Estado de derecho.

“El principio de culpabilidad se subdivide en dos elementos:

- a) Que no haya pena sin culpabilidad; y
- b) Que no haya pena que exceda la medida de la culpabilidad.
- c) Defensa frente a intervenciones estatales injustificadas en la esfera jurídico individual.”⁴⁴

a) Que no haya pena sin culpabilidad. Consiste en que el principio de culpabilidad está vinculado al concepto de la pena, es decir, conforme al principio del Estado de Derecho la sanción debe ir vinculada a un juicio de desvalor sobre el autor solamente puede emplearse cuando deba dirigirse al autor un reproche correspondiente.

⁴⁴ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 55.

DEFENSA SOCIAL. Consiste en un tratamiento orientado por la peligrosidad social del autor a fin de conseguir un comportamiento posterior socialmente adecuado. Es decir, la doctrina de la defensa social tendrá que partir de la peligrosidad del autor.

Sin embargo el Derecho Penal de culpabilidad y la Defensa Social difieren entre sí considerablemente con respecto a la posibilidad o imposibilidad de la sanción.

Si el autor comete un delito grave, pero no resulta ser sujeto peligroso o por las propias circunstancias de la ejecución del hecho deja de ser peligroso, bajo el criterio de la prevención será innecesaria una sanción, pues ya no es preciso conjurar una lesividad social; en cambio, bajo el criterio de culpabilidad, se deberá imponer una sanción adecuada al delito.

Si ocurre lo contrario, es decir, si el autor comete un hecho punible de escasa gravedad, pero manifiesta ser un delincuente peligroso, entonces atendiendo a la doctrina de la defensa social, será sometido para poder ser reintegrado a una vida razonable a un largo proceso de reinserción social; en cambio bajo criterios de culpabilidad, sólo será necesario imponer una leve sanción que sea adecuada a la culpabilidad por el hecho.

La teoría de la defensa presenta dos teorías:

TEORIA DE GRAMMATICA. Esta teoría se basa sobre los siguientes puntos:

- "1. No es la responsabilidad personal por el injusto perpetrado, sino la antisocialista la que se convierte en el punto de partida de la intervención estatal.
2. Para conjurar la antisocialidad del individuo emplea el Estado medidas preventivas, pedagógicas y terapéuticas, que según su esencia deben ser completamente neutrales respecto a la valoración.⁴⁵

El estado no tiene derecho a sancionar, sino el deber de facilitar la reinserción del hombre. Esta no debe efectuarse mediante la imposición de penas, sino con la aplicación de medidas de carácter preventivas, pedagógicas y terapéuticas.

De acuerdo con esta teoría habrá que apartarse del conjunto de la tradición jurídico-estatal del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, dado que la antisocialidad no puede ser portadora de la función de garantía con el modo de funcionamiento de las figuras delictivas.. Pues la antisocialista no se emplea en forma objetiva y tipificada

⁴⁵ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 59.

figuras delictivas del derecho penal), sino en forma referida al individuo de modo totalmente subjetivo.

Grammatica pretende en su doctrina abolir el Derecho Penal, la responsabilidad penal, la pena y el sistema procesal penal tradicional y sustituirlo por un sistema de medidas terapéuticas y pedagógicas del Estado, que en cada caso estarán determinadas individualmente según la antisocialidad del sujeto.

Conforme a esto, deberá desarrollarse un nuevo procedimiento de protección de la sociedad. En el centro de tal procedimiento no se hallaría el enjuiciamiento de un hecho determinado, sino la apreciación de la personalidad para verificar la antisocialidad y averiguar las medidas de protección adecuadas

TEORÍA DE ANCEL : “Los aspectos político-criminales de Ancel descansan básicamente sobre las siguientes bases fundamentales:

1. Se adhiere al principio de la responsabilidad personal en la convivencia social y a la libertad personal.
2. Mantiene la existencia de las figuras delictivas como punto de partida de la intervención estatal.

3. Sustituye la pena retributiva por la sanción que se refiere a la responsabilidad individual y dirigida a la reinserción social, con carácter punitivo u orientada a la corrección o seguridad.

4. Rechaza una mera prevención socio-medicinal y deja en su lugar al Derecho Penal y a la Pena, pero se separa del pensamiento retributivo.

3. Remite con ahínco a la cooperación con la Criminología y la Política Criminal

4. Atiende a una ordenación legal de las figuras delictivas y a la imputación del hecho ilícito.

5. Busca equilibrio entre el desenvolvimiento individual e inserción social, pero acentúa enérgicamente el derecho de desenvolvimiento individual de la persona.

6. Mantiene un criterio de equilibrio entre las penas y medidas de seguridad.⁴⁶

C) Vinculación filosófica política de la legislación penal.

El aspecto que vincula al estado con el carácter filosófico y político es el *ius-puniendi* y consecuentemente el del Derecho Penal objetivado, que es el que surge del ejercicio de ese *ius-puniendi*.

⁴⁶ Zipf, Heinz, Op. cit., p. 61.

Novoa Monreal refiere que desde hace varios siglos que "el espíritu humano se viene preguntado si el estado posee un legítimo derecho de castigar a quienes han infringido importantes normas de convivencia social. Esta pregunta incluye la de determinar el fundamento y los fines de las penas que el poder público impone efectivamente a los delincuentes"⁴⁷

La idea de la pena como mero castigo o retribución esta vinculada a una concepción filosófica del Estado y del hombre; lo mismo puede decirse de la idea que ve en la pena un medio para la enmienda o resocialización del delincuente; posturas filosóficas que se mueven entre el jusnaturalismo y el juspositivismo.

El *ius puniendi* no sólo se limita a imponer el castigo, sino que se extiende a otros momentos previos de la intervención del estado, como es el de la creación de la norma o ley penal, la consideración filosófica y política que se haga respecto de ese derecho a castigar.

El derecho supralegal de castigar del estado encontró su apoyo en la idea de un derecho natural, en donde se reconocía la concepción jusnaturalista del hombre, que lo identifica como una persona

⁴⁷ Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado en El poder penal del estado, homenaje al Hilde Kaufmann, Biblioteca de Ciencias Penales, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 185.

humana, como un fin en sí mismo, con una serie de facultades y derechos inherentes a su naturaleza humana, que el estado debía tomar en consideración.

Esos derechos fundamentales del hombre constituyen valores ético culturales admitidos formalmente en nuestra época por la generalidad de los países del mundo, sobre todo en lo que concierne al sistema de justicia penal, como derechos reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente, entran en contacto con el sistema de justicia cuando se ven involucrados en un hecho de carácter delictivo.

Entre esos derechos se encuentran el derecho a no ser sometido a torturas, trato, o penas crueles, inhumanas o degradantes; el derecho a no ser detenido o encarcelado arbitrariamente; el de igualdad ante la ley y ante los tribunales de justicia; el de presumir su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; el derecho de prensa, etc.

2. El enfoque dogmático del problema.

A) Consideraciones previas.

La teoría del delito del derecho común conoció sólo la distinción entre imputación objetiva y subjetiva.

La moderna concepción cuatripartita del delito, como acción típica, antijurídica y culpable, ha surgido, hace sólo unos cien años, de la contribución, en distintas etapas, de diferentes sistemas dogmáticos.

Jering fue el primero que, en 1867, desarrolló para el Derecho Civil el concepto de antijuridicidad objetiva, al demostrar que la culpabilidad es irrelevante en ciertas infracciones que determinan consecuencias jurídicas.

El concepto de antijuridicidad objetiva se hizo manejable para el Derecho Penal por V. Liszt y Beling y se introdujo en la estructura del delito con abandono de la antigua teoría de la imputación.

Binding no advirtió la importancia sistemática de este paso, mediante la teoría de las normas, separó del Derecho Penal el concepto de antijuridicidad, dándole, así, significado autónomo: la acción punible no vulnera propiamente la ley penal, pues ésta sólo prevé la sanción, sino los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico (las normas) que conceptualmente le preceden, de modo que toda la teoría del injusto puede aprehenderse por sí sola a partir del contenido de éstas normas.

El concepto de culpabilidad se remonta a A. Merkel, que, pese a seguir anclando en la teoría tradicional de la imputación, fue el primero en reunir el dolo y la imprudencia bajo el concepto superior de determinación de la voluntad contraria al deber.

Berner fue quien situó en la base de la estructura del delito el concepto de acción, frente al cual "todo lo demás que se dice del delito" son únicamente predicados.

La tipicidad de la acción punible fue el último elemento aprehendido teoréticamente.

Según Beling, el tipo es el conjunto de los elementos que permiten decidir cuál es típicamente el delito de que se trata: La tipicidad o adecuación al supuesto de hecho, como característica de la acción, se convierte así en elemento conceptual del delito.

El tipo como punto de referencia del juicio de antijuridicidad y de culpabilidad como soporte más importante de la función de garantía de la ley penal, adquiriría una posición dominante en la estructura del delito. Así, a principios de este siglo, Beling pudo formular un comple-

to concepto de delito en los términos siguientes: Delito es "la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una conminación penal adecuada y ajustada a las condiciones de dicha penalidad."⁴⁸

B) Sistemas de análisis del delito.

B-a) Sistema finalista.

El concepto de delito del finalismo, elaborado principalmente por Welzel en varias etapas desde principios de los años treinta, respondió en lo metodológico al abandono del pensamiento logicista y abstracto propio de la época precedente. Welzel quiso erigir de nuevo el ser real de la acción humana en concepto central de la teoría del delito (punto de vista ontológico)

El planteamiento del finalismo vino determinado por el paso de la tajante separación entre mundo real y derecho, propia del neokantismo, a la realidad del ser social. Por eso se reforzó el elaborar las "estructuras-lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la "naturaleza de las cosas."

⁴⁸ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, BOSCH, Casa Editorial, S.A., Urgel, 51, bis, Barcelona, España, pp. 272 a 274.

La teoría de la estructura final de la acción humana se apoyo de forma inmediata en observaciones de la norma psicológica sobre el comportamiento de los actos psíquicos.

Desde un principio, la nueva doctrina colocó el concepto final de acción en la base de la estructura del delito. El actuar humano pertenece, según ello, a una categoría del ser por completo distinta a cualquier otro proceso causal. Es "ejercicio de actividad final" con ayuda de su conocimiento causal, el hombre es capaz de dominar dentro de ciertos límites el suceder y de conducir su actuar a la consecución de una meta con arreglo a un plan. La conducción final de la acción tiene lugar a través de la anticipación mental de la meta, la elección de los medios necesarios de la acción y la realización de la acción en el mundo real.

La finalidad de la acción típica se equiparó al dolo en el nuevo sistema del delito. De esta tesis fundamental se derivó la consecuencia de que el dolo debe pertenecer al tipo en la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es, precisamente, la caracterización de la acción en todos sus elementos de injusto esenciales para la punibilidad.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

De ahí surgieron modificaciones fundamentales en la estructura del delito en tres extremos capitales:⁴⁹

a) En primer lugar la conciencia de la antijuridicidad tuvo que separarse del dolo, una vez entendido éste como pura realización de la voluntad, y convertirse en factor central del concepto de culpabilidad, ya que el reproche por la formación defectuosa de la voluntad alcanza al autor por haberse decidido por el hecho con conocimiento de su antijuridicidad.

b) En segundo lugar, como consecuencia de la separación de dolo y conciencia de la antijuridicidad, hubo, también, que distinguir los supuestos de error de distinta forma a como se hacía en el esquema anterior (error de hecho y de Derecho).

Para la nueva doctrina existe, por una parte el error de tipo, que excluye el dolo y, con él, la punibilidad, por que sin dolo no se realiza el tipo y, por otra parte, el error de prohibición, que elimina la conciencia de la antijuridicidad. Ello suscitó el problema del tratamiento del error de prohibición, para lo que Welzel introdujo los criterios de evitabilidad e inevitabilidad. Sólo en el supuesto de un error invencible

⁴⁹ Welzel, *Materialien*, Tomo I, p. 45 y sigs, citado por Jescheck, Hans Heinrich, *Op. cit.*, p. 284.

de prohibición debía desaparecer por completo el reproche de culpabilidad; de no ser así, éste subsistía en principio, si bien debilitado según el grado.

c) La participación (inducción y complicidad) sólo cabe en un hecho doloso, puesto que sin el dolo falta ya el tipo del hecho principal.

La subjetivación de la antijuridicidad que resultó del cambio de situación del dolo, condujo además, a la modificación del concepto material de injusto. Los elementos subjetivos del tipo se reunieron bajo el concepto superior de "elementos personales del injusto" y se contrapusieron al "desvalor del resultado" como "desvalor de la acción".

La doble consideración de la antijuridicidad bajo los dos aspectos de voluntad de la acción antijurídica y de lesión del objeto, puso de manifiesto que el injusto no se agota en la dañosidad social del hecho, sino que constituye una "ejecución defectuosa socialmente relevante" del hombre, un concepto en el que se mezclan la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

También pudo esclarecerse ahora la esencia de la imprudencia. En cuanto inobservancia del cuidado exigible en el tráfico, la imprudencia forma parte del tipo de injusto, mientras que constituye un elemento de la culpabilidad en cuanto reprochabilidad personal de la falta de cuidado. Con ello se llevó a cabo al mismo tiempo, la separación desde un principio, de hechos dolosos e imprudentes, distintos no solo en cuanto formas de culpabilidad, si no ya en el tipo de injusto.

El concepto de delito de finalismo se completo por la nueva teoría de los delitos de omisión, debida a Kaufmann, que los concibió como tercera forma de aparición de hechos punibles junto al delito doloso e imprudente de comisión, dotada de una estructura independiente de sus elementos.

El delito de omisión constituye para los finalistas una forma especial de hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción y cuya comprensión exige en todos sus aspectos la inversión de los principios sistemáticos desarrollados para el delito de comisión.

Crítica al concepto final de acción.

La teoría final de la acción, a definido a la acción humana no solo como un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino, por su propia esencia, ejercicio de actividad final.

La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de sus recursos.

La voluntad que rige el proceso causal es, por lo tanto, la espina dorsal de la acción final, el factor de conducción que supradetermina el suceso causal externo.

La conducción final de la acción tiene lugar en tres momentos: a) empieza con la anticipación mental de la meta; b) la elección de los medios necesarios para la consecución de la misma; y c) concluye con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del suceder real.

El concepto final de acción merece críticas, siendo estas las siguientes:

a) El concepto final de acción ofrece una descripción aceptada de las acciones voluntarias anticipadas mentalmente, de carácter consciente. Sin embargo conocemos otros procesos que no responden a la acción completamente final, es decir sino a acciones automatizadas, tal es el caso de escribir, conducir, en éstas el proceso aparentemente mecánico obedece a una conducción, (originariamente aprendida), inconsciente, la cual puede volverse de nuevo consciente en todo tiempo mediante un acto de voluntad; también las acciones pasionales, en los cuales los impulsos afloran directamente de la capa profunda sin una dirección conforme a sentido, se haya conducida finalmente la propia ejecución de la acción.

b) El concepto final de acción tampoco puede cumplir la tarea de un concepto general capaz de cobijar a todas las formas de comportamiento jurídico-penalmente relevantes. La conducción del proceso causal mediante impulsos de la voluntad, característica de la acción final falta en la omisión, por muy fuerte que sea la participación emocional del autor en el proceso que se desarrolla ante el. Además, la acción imprudente no puede incluirse sin dificultades en el concepto de la acción final. Ciertamente que la imprudencia consiste normalmente, como destacan constantemente los finalistas en la ejecución descuidada de una acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución no es, precisamente momento alguno de la finalidad. La infracción de

la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse sólo a la vista del resultado que había que evitar, el cual se haya en el hecho imprudente precisamente fuera de la relación final

Ernesto Beling, en 1906, crea la teoría del tipo y la tipicidad que vienen a ser un valioso instrumento por consagrar el principio *nullum crimen sine lege*.

A partir de este autor, el tipo, la ley va a delimitar, por un lado la responsabilidad en que puede incurrir el individuo ante la ley penal, y por otro lado, el derecho del propio individuo de que sólo en el exacto encuadramiento de su conducta al tipo será posible sancionarlo, de otro modo no sería posible.

El tipo pasa a desempeñar una triple función:

"a) Una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad);

b) Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionados (principios de *nullum crimen sine lege*);

c) Una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.⁵⁰

Estas funciones que se desprenden de la teoría expuesta por el fundador de la teoría del tipo, son reconocidas por el sistema causalista y el finalista.

Sin embargo, la función descriptiva que Beling, asigna al tipo, pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el causalismo, no son aceptadas por el sistema finalista.

Para el finalismo, la acción (u omisión) se encuentran previstos en la Ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, ésta está impregnada de finalidad así cuando el tipo dice: "al que engañando"; "al que se apodere", etc., esta considerando acciones graves socialmente negativas, con un sentido finalístico.

Este proceso de selección de acciones finalísticas en derecho penal se denomina tipificación de acciones (final). Por eso el contenido de la voluntad (finalidad) forma parte ya de la descripción típica. La finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o culpa y en forma activa u omisiva.

⁵⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1990, p. 40.

La ubicación, pues, del dolo o de la culpa entre los elementos de la tipicidad penal introduce la finalidad, y en este sentido, elementos subjetivos, en todos los tipos penales, cuestión, ésta no solo inevitable, ya que los tipos describen acciones y éstos implican siempre finalidad.

De esta forma acción y tipicidad están ligados íntimamente, pero a la vez siendo toda acción dolosa o culposa, su producción pertenece al injusto jurídico penal (antijuridicidad).

B-b) Sistema causalista.

El concepto clásico de delito, que domino en Alemania desde fines del pasado siglo, se caracterizó por una estructura sencilla, clara y, también, didácticamente ventajosa.

La base de este sistema fue el concepto de acción concebido todavía por Beling y v. Liszt. en términos totalmente naturalísticos, como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado) unidos ambos extremos por el vínculo de la causalidad. Las insuficiencias de esta perspectiva anclada en lo

externo se manifestaron en la omisión, que en Derecho Penal debe incluirse en el concepto de acción junto al hacer positivo, pero que, evidentemente, no constituye movimiento corporal alguno, sino todo lo contrario.

Von Liszt. fue el primero en descubrir que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, si no en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder y, en concreto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción.

Afirmada la acción, debía comprobarse si concurrían también la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad. Se distinguió así que los componentes del delito eran tanto objetivos como subjetivos.

La parte objetiva del hecho debía reflejarse en los elementos de tipicidad y antijuridicidad, en tanto que la parte subjetiva correspondía al elemento de culpabilidad. El tipo se entendió como descripción puramente externa de la acción, desprovisto de todo predicado de valor.

La valoración jurídica de este suceso no podía tener lugar hasta el momento de la antijuridicidad, y ello, en todo caso, desde una perspectiva puramente objetiva. La relación entre tipicidad y antijuridicidad se agotaba en ser la primera un indicio de la presencia de una norma prohibitiva.

El concepto de culpabilidad en la estructura clásica del delito, reunía la totalidad de procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor. A partir de ahí, la imputabilidad se concibió como "presupuesto de la culpabilidad", el dolo y la imprudencia se entendieron como "formas" o "especies" de la culpabilidad, y el estado de necesidad se incluyó como "causas de exclusión de la culpabilidad".

El concepto clásico de delito fue un producto de pensamiento jurídico característico del positivismo científico.

La estructura del concepto delito propia del sistema de Liszt y Beling fue sometida pronto a un profundo proceso de transformación, es decir el concepto neoclásico de delito se buscó a partir de los fines perseguidos por el derecho penal y de las perspectivas valorati-

vas que le sirven de base. El modo de pensar propio de esta fase vino determinado de forma esencial por la teoría del conocimiento del neokantismo.

Esto fue lo que movió a contemplar la esencia del derecho penal en la orientación a valores e ideas, aunque su contenido no pudo apenas concretarse a causa de la característica renuncia del neokantismo al conocimiento vinculante de criterios materiales de valor. En la teoría neoclásica del delito, la ciencia alemana del Derecho Penal alcanzó un punto álgido de su capacidad de rendimiento y vigencia internacional.

La nueva dogmática sometió uno tras otro a un proceso de transformación todo los elementos del concepto clásico del delito.

a) La reforma empezó por el concepto de acción, que, entendido naturalísticamente, era el que en menor medida se avenía con un sistema del Derecho Penal referido a valores.

Las dificultades que presentaba la teoría de la acción se intentaron resolver por distintos caminos. Por una parte, se debilitó el concepto de acción mediante el recurso al concepto de comportamiento, que se entendió como actuación de la voluntad humana en el mundo exterior.

La acción pasaba a ser, según esto, "comportamiento voluntario", "realización de la voluntad", "comportamiento espontáneo" o, sencillamente "comportamiento humano" (concepto causal de acción).

Se creyó poder prescindir del propio concepto de acción e iniciar la estructura del delito por la tipicidad el concepto social de acción de Schmidt, desarrollada ocasionalmente supone ya el paso a un momento de evolución posterior: la acción se concibió como "fenómeno social" en su sentido de actuación en la realidad social.

b) En el ámbito de la tipicidad, tuvieron lugar cambios importantes. La concepción puramente descriptiva y libre de valor del tipo resultó hondamente afectada por el descubrimiento de los elementos normativos, que requiere la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación.

De otra parte, el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo hizo insostenible la concepción del tipo puramente objetiva y únicamente determinada por factores pertenecientes al mundo exterior.

c) La revisión de la teoría de la antijuridicidad, hasta entonces éstas se había contemplado como oposición formal a una norma jurídica, se dedujo ahora de la finalidad de los preceptos penales que era preciso concebir el injusto de forma material, como dañosidad social.

El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la lesión de intereses. En caso de que, en realidad, falte toda lesión de intereses, el hecho no podrá ser antijurídico.

El giro que sufrió la relación de tipicidad y antijuridicidad a raíz del reconocimiento de los elementos normativos del tipo y la concepción material de lo injusto, el tipo dejó de aparecer, entonces, como descripción no valorativa de un proceso externo y pasó a ser un instrumento pleno de sentido en manos del legislador que reúne los elementos del injusto característico del tipo de delito. El tipo se convirtió, así, en tipo de injusto, en el sentido de conjunto de los momentos de antijuridicidad típicos de la correspondiente clase de delito.⁵¹

⁵¹ Sauer, Grundlagen, pp. 307 y 339, Citado por Jescheck, Hans Heinrich, Op. cit., p. 280.

La teoría de la culpabilidad sufrió modificaciones en la concepción teológica del delito. Vio la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber que puede reprocharse al autor: "un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo efectuado" (concepto normativo de culpabilidad).

A partir de aquí encontraron fácil respuesta las cuestiones que había dejado sin resolver el concepto psicológico de la culpabilidad: pese a la presencia de un hecho doloso, el reproche de culpabilidad desaparece en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no puede exigirse al enfermo mental una formación de su voluntad ajustada a derecho. La presencia de capacidad de culpabilidad y dolo, debe negarse el reproche de culpabilidad en el estado de necesidad, puesto que el ordenamiento jurídico no requiere un comportamiento heroico cuando la vida se halla en peligro actual. En la imprudencia, el reproche de culpabilidad no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado.

La teoría causalista sostiene que el tipo queda ubicado como fase objetiva del delito, pero éste al igual que la acción, se encontró con el problema de los llamados elementos subjetivos y normativos del tipo.

Al transcurso del tiempo se puso en evidencia, como ya lo mencionamos, que el tipo no sólo contempla elementos objetivos; en efecto, si examinamos el tipo de robo, encontraremos que en este delito, además de elementos objetivos como "apoderamiento" de "cosa" "mueble" se incluye el que sea "ajeno" y que además sea "sin derecho de quien con arreglo a ley pueda disponer de la cosa", elementos normativos.

Los elementos "ajeno" y "sin derecho" no son objetivos, ya que para serlo tendrán que ser percibidos por los sentidos (que se puedan tocar, ver, oír, etc.), y tales elementos tienen connotaciones normativas no susceptibles de ser captadas por los sentidos, y de ahí fue como nacieron los llamados "elementos subjetivos del tipo", quiebre fundamental de la teoría causalista, pues se rompió el esquema de que la acción, la tipicidad y la antijuridicidad eran la fase objetiva del delito, y la culpabilidad la subjetiva.

B-c) El análisis dogmático del delito en la doctrina penal mexicana.

La doctrina del tipo en su primigenia presentación es, por otra parte, también la aceptable para el dogmático que operaba sobre los textos de la legislación mexicana; pues en tanto que la segunda concepción beligniana es extraña a la legislación nacional, la primera halla una firme base en sus preceptos.

Agudamente ha observado Jiménez de Asúa que en la mayoría de las leyes procesales hispanoamericanas sigue entendiéndose el "cuerpo del delito" en la acepción que tal vez tenía el tipo al escribirse el Código prusiano.

El concepto de *corpus delicti* fue medular en el sistema mexicano, ya que de 1984 a 1994, sobre el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales descansó el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Es necesario subrayar, que erraría quien concibiese este concepto como trascendente sólo en el Derecho procesal-penal e irrelevante en el Derecho penal sustantivo.

Por ser el "cuerpo del delito" un concepto medular de todo el sistema, obvio es que el mismo deja sentir su impronta en la dogmática del delito y, sobre todo, en el estudio de la tipicidad, como lo se-

ñala el profesor Franco Sodi cuando afirma "que para madurar el concepto de cuerpo del delito es muy útil el estudio de la teoría de la tipicidad".⁵²

La expresión *corpus delicti* ha sido empleada en tres sentidos distintos que son:

- a) "Como el hecho, objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; Ej. Un homicidio;
- b) Como el efecto material que los delitos del hecho permanente dejan después de su perpetración; Ej. un cadáver;
- c) Como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada; Ej. un puñal;"⁵³

Existieron en el ordenamiento jurídico en México inequívocas bases dogmáticas que permitieron que la expresión de "cuerpo del delito, tan frecuente e incluso en el texto anterior de la Constitución federal y en las leyes procedimentales penales, que estuvo empleada en el primero de los sentidos indicados, esto es, como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el Código punitivo o una ley especial.

⁵² El Cuerpo del delito y la Teoría de la Tipicidad, Criminalia, año VIII, 1942, núm 7, p. 393.

⁵³ Jiménez Huerta, Mariano, La Tipicidad, Editorial, Porrúa, S.A, México, D.F., 1995.

En los artículos 94 a 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en los artículos 168 a 187 del Código Federal de Procedimientos Penales se establecieron numerosas disposiciones que recogieron el sentido que la expresión *corpus delicti* tiene, según las acepciones segunda y tercera anteriormente citadas, pero también afirmamos que dichos preceptos hicieron concreta referencia a la comprobación del cuerpo del delito, esto es, a los medios legales de acreditar lo que en el sistema de la ley antes de las reformas de 1994, se entendió por "cuerpo del delito", y esta reflexión nos lleva a concluir que son conceptos totalmente diversos el concepto sustancial y abstracto del *corpus delicti* y el de los medios arbitrados por las leyes de procedimiento para obtener su comprobación.

En el ordenamiento jurídico de México fue utilizada la expresión *corpus delicti* en el sentido fundamental a que hace referencia la primera de las acepciones anteriormente citadas. *Corpus delicti* "es el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito; o, dicho de otra forma, la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción".⁵⁴

⁵⁴ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, p. 38.

De lo descrito se advierte que tanto la concepción belingniana como la construcción del *corpus delicti* que prevalecía tanto en la Constitución federal como en los Códigos de Procedimentales Penales en México, estaban fincadas ambas sobre bases rígidamente objetivas.

Es hasta las reformas de 1993 y 1994, en donde tanto en la Constitución federal como en los Códigos Procedimentales Penales, respectivamente, que se delimitó la significación y el alcance del tipo penal y el *corpus delicti*, pues se evidenció que no era siempre posible estructurar el tipo penal sobre una base estrictamente objetiva, como también, que no era tampoco siempre posible construir el *corpus delicti* con elementos estrictamente materiales.

La razón de esta doble imposibilidad yace en que, como el tipo delictivo concretiza la antijuricidad y el **corpus delicti** corporiza el delito, esta labor de concreción o corporización no siempre es posible hacerla sin tomar en consideración elementos subjetivos situados en el ánimo del agente.

Así surgieron en la doctrina científica penal alemana los llamados elementos típicos subjetivos, esto es, aquella especial intención o determinada finalidad que tiñe de ilicitud la conducta y configura el tipo penal.

En la doctrina científica del tipo penal mexicana y en la doctrina científica y jurisprudencial sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en orden al *corpus delicti*, también se tomaron en consideración a los elementos subjetivos, es decir, a la especial intención o finalidad de la que depende la configuración del cuerpo del delito.

Este nuevo paralelismo que registró la evolución de la doctrina científica del tipo penal y en la doctrina científica y jurisprudencial del *corpus delicti*, se llega a la convicción de que *corpus delicti* y tipo penal se funden en un todo en la dogmática del delito construida sobre la legislación nacional.

El tipo es, pues, el injusto recogido y descrito en la ley penal.

CAPÍTULO III

SUMARIO : III. Concepto y estructura del tipo penal. Análisis histórico-dogmático. 1. El tipo según Beling (1906-1930) 2. Concepto del tipo penal según Mayer y Hegler (1915) 3. Concepto del tipo penal según Mezger (1923-1931) 4. Crítica al concepto de tipo del sistema causalista. 5. Concepto y estructura del tipo según el sistema finalista. A) Concepto. B) Estructura-Elementos del tipo. B-a) Elementos objetivos. B-b) Elementos subjetivos. El dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo penal. B.c) Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo. 6. La atipicidad según el sistema finalista. 6.A) Por ausencia de algún elemento objetivo. 6.B) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos. 6. C) El error de tipo como causa de atipicidad.

III. CONCEPTO Y ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL.

Análisis histórico dogmático.

No obstante de haber sido Beling, quien por vez primera, teorizó sobre el tipo delictivo, sus elementos conceptuales fueron conocidos con anterioridad y de uso frecuente.

La raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti* contenido en las viejas leyes y que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. Y así Hall subraya que la doctrina del tipo ha surgido del concepto de *corpus delicti*"

Antolisei y "Jiménez de Asúa reconocen y proclaman que el tipo legal penal ha surgido del *corpus delicti*".⁵⁵

Las anteriores afirmaciones están respaldadas por el pensamiento de Pietro Ellero, pues al esclarecer los tres diversos sentidos y acepciones de la expresión cuerpo del delito, manifiesta que, "en primer término, el cuerpo del delito —existen en todo ellos— es la acción punible, esto es, el hecho objetivo."⁵⁶

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

Subraya Jiménez de Asúa que al irse independizando el llamado actualmente tipo delictivo del *corpus delicti*, se presenta como "la suma de todos los caracteres o elementos del delito, en su contenido de acción".⁵⁷ Esta fue la manera como se concibió antes de Belling.

Cristóbal Carlos Stubel, en 1805, concibió al tipo como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción. "Luden, en 1840; Karcher, en 1873, y Schaper, por la misma época, mantenían esa noción del tipo, como figura de delito específica en la que se conjuntan la totalidad de sus elementos internos y externos."

Antolisei estima que: "el tipo está constituido no solamente por el conjunto de los elementos materiales que se encuentran indicados en las diversas normas incriminadoras, sino por el complejo de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que deben concurrir para la existencia de un determinado delito y que se derivan también de la parte general del Código."⁵⁸ Concebido de esta manera el tipo penal, se identifica con la plenitud del delito, sin que sea posible establecer una diferenciación entre ambos conceptos.

⁵⁷ Jiménez Huerta Mariano., *La tipicidad*, editorial Porrúa, S.A., México, 1955, p. 23.

⁵⁸ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, p. 23.

1. El tipo según Beling (1906-1930)

El concepto de tipicidad parece arrancar a su vez del concepto de "cuerpo del delito", pero el mérito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico resguardará el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado.

De esta suerte la teoría del tipo y la tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno, el *nullum crimen, sine lege*. Tal principio lo vemos en el artículo 14 de la Constitución Política Mexicana.

Con Beling primero se materializa y después se espiritualiza el concepto de tipo penal. Se materializa cuando en 1906 publica su fundamental obra *Die Lehre vom Verbrechen*; se espiritualiza veinticuatro años más tarde, cuando en 1930 da a conocer *Die Lehre vom Tatbestand*.

El concepto de tipo, desarrollado anteriormente, se remonta a Beling (*Lehre vom Verbrechen* 1906). Mientras que antes de él el concepto del tipo comprendía la totalidad de los caracteres del delito,

Beling desglosó de este tipo otro más restringido: "el tipo del delito formulado con precisión por el Derecho Positivo" (L. v. V., p. 23) y lo convirtió en elemento constitutivo de la estructura (tripartita) del delito: delito es la acción típica (1), antijurídica (2) y culpable (3)" La doctrina del tipo de Beling presentaba aún puntos oscuros y deficiencias, que en su mayor parte eran debidas al estado en que se encontraban entonces las doctrinas de lo injusto y la culpabilidad. Para acentuar la independencia del tipo frente a la antijuricidad y la culpabilidad (en el sentido que tenían antes), Beling sostuvo que el tipo no contenía "ningún juicio de valor" y que estaba libre de todo elemento subjetivo-anímico. Este último defecto fue corregido con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto y el desarrollo de la doctrina de la acción finalista: el tipo comprende tanto los elementos objetivos como los subjetivo-anímicos de la acción. La afirmación de la total "ausencia de valoración" que caracteriza al tipo tuvo consecuencias más funestas. Beling no quería decir con ello otra cosa que con la constatación de la tipicidad de una acción no se ha afirmado todavía su antijuridicidad.⁵⁹

Es así como Beling elaboró por vez primera el concepto de tipo penal en su obra *Die Lehre vom Verbrechen* (1906), como "la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia

⁵⁹ Hans Welzel, *Op. cit.*, p. 79.

propia de un delito e integra el núcleo en torno al cual se agrupan los demás elementos."⁶⁰

La teoría del tipo fue concebida por Beling como la descripción exterior de los elementos del tipo del delito, es decir, la concibió como meramente descriptiva, valorativamente indiferente de un acontecimiento fáctico, al que se añade únicamente un elemento formal en virtud del requisito de la tipicidad, inherente al Estado de Derecho, es decir, es un concepto aislado de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

Sobre el tema Welzel escribe:

"La constatación de la tipicidad de una acción no es valorativamente neutral; selecciona, más bien, de la multitud de conductas humanas, aquéllas que son relevantes para el Derecho Penal y precisamente en el sentido de que tienen que ser necesariamente antijurídicas o jurídicas, pero nunca "valorativamente neutrales". La afirmación de la tipicidad supone la constatación de la diferenciación valorativa de una acción para el Derecho Penal; más aún: dado que el tipo es la descripción de la materia de la prohibición, la realización del mismo es un "indicio" de la antijuridicidad de la acción. Pero —y en esto tiene razón Beling— la tipicidad no implica todavía la antijuridicidad. Ya que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas (mandatos y prohibiciones), sino que contiene también preceptos permisivos, la realización de la materia de la prohibición no es necesariamente antijurídica, pues en el caso particular puede estar autorizada por un precepto permisivo."⁶¹

⁶⁰ Beling, *Op. cit.*, p. 24.

⁶¹ Hans Welzel, *Op. cit.*, p. 79-80.

La significación material e independiente del tipo en el concepto tripartito del delito radica, por lo tanto, en lo siguiente:

El tipo selecciona entre la cantidad innumerable de conductas jurídicamente indiferentes, aquélla que es relevante para el derecho penal y que está sujeta a una valoración como jurídica o antijurídica. Al describir, al mismo tiempo, materialmente, la conducta relevante para el derecho penal, hace posible, mediante el juego de la prohibición y el precepto permisivo la constatación inequívoca, de acuerdo con las exigencias del estado de derecho, de la antijuridicidad de la conducta. Esta función del tipo, de describir materialmente la relevancia jurídico penal (diferenciación valorativa) de una conducta y convertirla, con ello, en la base para la constatación inequívoca de la antijuridicidad, le asegura la posición de un elemento independiente del concepto de tipo de Beling y de la estructura tripartita de la culpabilidad. Este es el contenido permanente de verdad del concepto de tipo de Beling y de la estructura tripartita del delito de Beling y Liszt (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a pesar de todos sus defectos, condicionados históricamente.⁶²

De este concepto se desprende que el tipo penal es objetivo y valorativamente neutral.

⁶² *Idem.*, pp. 79-80.

a) La objetividad del tipo penal.

"La objetividad del tipo penal significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor."⁶³

b) La neutralidad valorativa del tipo penal.

El tipo es "puramente descriptivo; las prescripciones normativas se conectan a él, pero nada más. En el tipo penal no se da juicio de valor alguno".⁶⁴

"Estas y otras formulaciones de Beling condujeron en su tiempo a malos entendidos. Precisamente para la teoría de los tipos abiertos resulta aquí de importancia hacer una doble distinción.

aa) Con la expresión "el tipo es valorativamente neutral" puede afirmarse, en primer lugar, que el tipo no contiene ningún juicio de valor del legislador. Este es el sentido en el cual Beling entendió la neutralidad valorativa. A través de la inclusión de la acción en la ley no se expresa una valoración jurídica de ella."⁶⁵

La investigación de la tipicidad se mantiene en un terreno estrictamente neutral, es decir, la comprobación de que alguien ha realizado un tipo penal, no constituye todavía un cargo, así mismo en el tipo penal tampoco se reconoce una significación jurídica. El tipo es

⁶³ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 80.

⁶⁵

puro con respecto a los momentos de la antijuricidad, es decir, que en él no hay elementos que contengan un juicio sobre el carácter antijurídico de la acción.

"La comprobación de que alguien ha matado a otro (con lo que para Beling estaría dado el tipo del 212 del Código Penal) no permite deducir consecuencias respecto de la antijuridicidad de la acción; por cierto que la acción pudo ser realizada en defensa necesaria. Sin duda que también Beling habla de que la realización del tipo podría ser un indicio de la antijuricidad"⁶⁶; con tal afirmación sólo quiere expresarse que una acción típica en muchos casos puede ser también antijurídica⁶⁷ pero no que la comprobación de la tipicidad contenga ya la valoración del hecho como antijurídico o que la indique.

bb) Neutralidad valorativa del tipo.

Con la neutralidad valorativa del tipo no sólo se quiere designar la neutralidad valorativa frente al legislador, sino también frente al juez. El tipo es valorativamente neutro, en este sentido, cuando todos los elementos contenidos en él provienen del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales y el juez sólo debe comprobarlos sin ne-

⁶⁶

⁶⁷

cesidad de valorar. Tal concepto de tipo penal se designa hoy como descriptivo, mientras que todos los elementos que requieren una valoración judicial para su determinación se caracterizan como normativos.

Como puede observarse, Beling concibió la teoría del tipo como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

Orellana expresa sobre el tema:

"A esta primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le ha llamado fase descriptiva o de independencia. De esta forma Beling propugnaba que además del respeto a la máxima no hay pena sin ley debía consagrarse el principio no hay delito sin tipicidad, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero puede darse el caso de que no sea antijurídica."⁶⁸

En el año de 1930, Beling publica su obra *Die Lehre vom Tatbestand*, en donde hace una nueva presentación de su doctrina, en la que altera y espiritualiza alguno de sus primitivos puntos fundamentales.

⁶⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, 2ª, Edición, Editorial Porrúa, p. 17.

Beling en esta obra ya no habla de una especie delictiva, sino de una "imagen rectora" compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa "imagen rectora"

Con respecto a la cuestión de si el tipo contiene elementos normativos, es evidente que Beling no pudo tomar posición de ninguna manera en la aparición de su *Lehre vom Verbrechen* (1906), ya que la calidad de las circunstancias de hecho en aquel tiempo no había sido todavía descubierta. Beling no tuvo dudas de que los elementos hoy considerados "normativos" forman parte del tipo penal; más tarde lo reconoció expresamente.

La idea medular de Beling es, ahora, la separación que establece entre el "tipo" y la "especie delictiva". Para la exposición de su nuevo sistema arranca Beling del concepto de "especie delictiva", concebida como un toque compuesto de una pluralidad de elementos previstos a veces *expressis verbis* y otras *sub intelligenda*, para precisarse o completarse por la interpretación que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Estos elementos son: unos, de natu-

raleza externa y objetiva; v. gr., los que caracterizan la antijuricidad; y otros de naturaleza subjetiva, como, por ejemplo, los que configuran la culpabilidad.

Todos estos elementos, empero, se orientan hacia una "imagen unitaria" que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad en la especie delictiva, y sin la cual aquellos elementos perderían su sentido como elementos integrantes de la "especie delictiva". Esta "imagen unitaria" es el "tipo" que informa y preside la creación y vida de cada "especie delictuosa" y representa esquemáticamente su contenido esencial.

El tipo, no es ya, pues, para Beling, el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo *regens* que norma y preside cada especie delictiva. De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una "representación conceptual" que no debe ser confundida con su "realización exterior", una categoría sin contenido"; "un concepto puramente funcional" que sólo ejerce una función orientadora, "un libro de imágenes en el cual las especies delictivas están esquemática y estilizadamente representadas", un concepto troncal, de ordenación metódica que "domina el Derecho Penal en toda su extensión y profundidad.

La adecuación de la conducta al tipo —idea ésta ínsita en el concepto de tipicidad— no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es "imagen o figura rectora" o "cuadro dominante" de cada una de ellas. Así quería resolver Beling algunos problemas que en la primera formulación de su doctrina quedaban en el vacío, como el de la tentativa y el de la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no eran plenamente subsumibles en la descripción del tipo.

Beling en esta obra ya no habla de una especie delictiva, sino de una "imagen rectora" compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa "imagen rectora".

El tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una "imagen rectora" que preside cada especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la "imagen rectora" no a la especie delictiva. De esta manera Beling busca dar una solución a problemas como los de la tentativa, o la complicidad, que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí en la "imagen rectora."

La idealización que del tipo hizo Beling en 1930, no encontró arraigo en el pensamiento jurídico penal, pues con fina ironía rechaza Mezger esta segunda versión de la doctrina del tipo formulada por Beling en 1930, al afirmar que "nuestra exposición de la materia vuelve la espalda al mundo luminoso del puro pensamiento típico y se enfrenta con la cruda realidad del propio Derecho punitivo.

Sin embargo, resulta injusto desconocer la extraordinaria aportación que representa la primigenia doctrina de Beling sobre el tipo penal. Mediante ella se pone en el primer plano de la consideración jurídica la trascendente importancia que revisten los elementos objetivos que conceptualmente integran la singular especie delictiva plasmada legislativamente en la ley y, con ello, las bases de la doctrina del delito.

La doctrina del tipo en su primigenia presentación es, por otra parte, también la aceptable para el dogmático que operaba sobre los textos de la legislación mexicana; la posterior concepción belingiana fue extraña a la legislación nacional hasta antes de la reforma que sufrieron los Códigos en 1994.

En síntesis debemos concluir que el concepto original de tipo, desarrollado por Beling en su obra *Die Lehre vom Verbrechen*, en 1906, fue entendido como "la descripción concreta de la conducta prohibida".

Antes de Beling, el tipo comprendía la totalidad de los caracteres del delito, Beling desglosó de este tipo otro más restringido: "El tipo de delito formulado con precisión por el Derecho Positivo"⁶⁹ y lo convirtió en elemento constitutivo de la estructura tripartita del delito, conceptuando al delito como "la acción típica, antijurídica y culpable."⁷⁰

Beling para acentuar la independencia del tipo frente a la antijuridicidad y a la culpabilidad, sostuvo que el tipo no contenía "ningún juicio de valor" y que estaba libre de todo elemento subjetivo-anímico. Este último defecto fue corregido con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto y el desarrollo de la doctrina de la acción finalista, en donde se observó que el tipo comprende tanto elementos objetivos como los subjetivos anímicos de la acción.

⁶⁹ Hans Welzel, *Op. cit.*, p. 79.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 79.

La constatación de la tipicidad de una acción no es valorativamente neutral; selecciona mas bien, de la multitud de conductas humanas, las que son relevantes para el Derecho Penal y precisamente en el sentido de que tienen que ser necesariamente antijurídicas o jurídicas, pero nunca valorativamente neutrales.

Los afanes por superar la "neutralidad valorativa" del concepto de tipo de Beling nació la estructura bipartita del delito de Sauer y Mezger: el tipo es, según ella, antijuridicidad "tipificada" eso sí, siempre con la reserva de que la acción no esté justificada por una causal de justificación; en ese caso, la acción es típica a pesar de su falta de antijuridicidad.

En esta medida, la estructura del delito de Sauer y Mezger es sólo aparentemente bipartita. Con todo, aparece ella envuelta en cierta penumbra: "con la identificación del tipo y la antijuridicidad desaparece aquél, en su forma de tipicidad, de la fórmula del delito; ha perdido su idoneidad como elemento independiente en la serie de los presupuestos generales del delito".⁷¹

⁷¹ *Ibidem*, p. 80-81.

2. Concepto de tipo penal según Mayer y Hegler (1915)

Mayer en su Tratado de derecho penal, publicado en 1915, no considera a la tipicidad como simple descripción, sino estima que ésta posee un valor indiciario de otras características del delito, especialmente respecto de la antijuridicidad.

Al establecer el papel de tipicidad, Max Ernesto Mayer "la considera como el primer presupuesto de la pena y estima la antijuridicidad como el segundo presupuesto de la misma. Propugna la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero reconoce a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuridicidad, considerándola como el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad."⁷²

Señala Jiménez de Asúa "que la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, por ejemplo la inclusión, en el tipo de robo, de la cualidad de ajena de la cosa. La tipicidad es la *ratio cognoscendi* de lo antijurídico."⁷³

⁷² Márquez Piñero, Rafael, *El Tipo Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1986, pp. 168 y 169.

⁷³ Jiménez de Asúa, Luis, *Op. cit.*, p. 238.

3. Concepto de tipo penal según Mezger (1923-1931)

Del concepto de tipo de Beling, nació la estructura bipartita del delito de Sauer y Mezger: en donde el tipo es antijuridicidad tipificada, siempre con la reserva de que la acción no esté justificada por una causal de justificación, en este caso la acción es típica a pesar de su falta de antijuridicidad.

Como puede observarse Mezger estima que la tipicidad y la antijuridicidad no son figuras autónomas, sino que la tipicidad resulta ser un elemento indiciario de la antijuridicidad.

Con la identificación del tipo y la antijuridicidad desaparece aquél, en su forma de tipicidad, de la fórmula del delito, es decir, ha perdido su idoneidad como elemento independiente en los presupuestos del delito.

Es así como encontramos que la conducta típica es solamente indiciaria de antijuridicidad, porque al concretarse en un evento, puede resultar que no sea contraria a derecho, sino lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

Como puede observarse transforma las causales de justificación en elementos negativos del tipo, con las cuales las causales de justificación no eliminan precisamente sólo la antijuridicidad, sino ya la tipicidad de la acción.

Con lo anterior se concluye que la tipicidad puede ser afirmada sólo después de la constatación de la antijuridicidad, y la antijuridicidad sólo puede ser determinada después de la constatación de la tipicidad.⁷⁴

Es decir, para Mezger el delito es en primer término una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en apartado propio, sino incluida en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo, y posteriormente, como injusto tipificado (cosa perfectamente comprensible, ya que para Mezger el delito no es conjunto de características independientes: acción típica, antijurídica, etc.)⁷⁵

El delito es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica, la decisión de si una determinada conducta incide en la parcela del derecho penal resulta de la consideración de que,

⁷⁴ Hans Welzel, *Op. cit.*, p. 81.

⁷⁵ Márquez Piñero, Rafael, *Op. cit.*, p. 169.

como fundamento de la exigencia penal del estado, no es bastante cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial, tipificada, típica; no toda acción antijurídica es punible, para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial"⁷⁶

Para Mezger la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, constituye la base real de ésta, su *ratio essendi*, es decir, señala que la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero, en cambio, es esencial a la antijuridicidad la tipificación.

4. Crítica al concepto de tipo del sistema causalista.

La teoría causalista sostiene que el tipo queda ubicado como fase objetiva del delito, pero éste al igual que la acción, se encontró con el problema de los llamados elementos subjetivos y normativos del tipo.

Al transcurso del tiempo se puso en evidencia, como ya lo mencionamos, que el tipo no sólo contempla elementos objetivos; en

⁷⁶ Mezger Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Trad. de Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 360.

efecto, si examinamos el tipo de robo, encontraremos que en este delito, además de elementos objetivos como "apoderamiento" de "cosa" "mueble" se incluye el que sea "ajeno" y que además sea "sin derecho de quien con arreglo a ley pueda disponer de la cosa", elementos normativos.

Los elementos "ajeno" y "sin derecho" no son objetivos, ya que para serlo tendrán que ser percibidos por los sentidos (que se puedan tocar, ver, oír, etc.), y tales elementos tienen connotaciones normativas no susceptibles de ser captadas por los sentidos, y de ahí fue como nacieron los llamados "elementos subjetivos del tipo", quiebre fundamental de la teoría causalista, pues se rompió el esquema de que la acción, la tipicidad y la antijuridicidad eran la fase objetiva del delito, y la culpabilidad la subjetiva.

En síntesis podemos afirmar que la concepción tradicional en la ciencia penal alemana y extranjera, la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delito de resultado).

Se llama "causal" a este concepto de acción por que concibe sólo a la voluntad humana en su función causal y no en su virtualidad de conducción del proceso causal.

Entendida como causa, la voluntad sirve para distinguir la acción humana de los procesos puramente naturales, pero lo específicamente humano de la acción no consiste en la causalidad de la voluntad, pues también las fuerzas de la naturaleza actúan de forma causal, sino en la finalidad que configura objetivamente el curso causal, para la que solo el hombre se encuentra capacitado.

El concepto causal de acción no puede dar cobijo a la omisión. Lo característico de la omisión es, precisamente, que falta en ella un impulso de voluntad esperado y que, por esta razón, no se pone en marcha un determinado proceso causal.

Finalmente, el concepto causal de acción conduce a una regresión "*ad infinitum*", pues permitiría incluso, al menos teóricamente, incluir en la acción acontecimientos pasados muy alejados en el tiempo y carentes de una mínima relación con el hechos.

5. Concepto y estructura del tipo según el sistema finalista.

A) Concepto.

Para Enrique Bacigalupo el tipo penal, "es la descripción de la conducta prohibida por una norma."⁷⁷

Roxin Claus define al tipo penal "como la descripción exterior de los elementos del tipo del delito".⁷⁸

Antolisei establece que el tipo penal "esta constituido no solamente por el conjunto de los elementos materiales que se encuentran indicados en las diversas normas incriminadoras, sino por el complejo de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que deben concurrir para la existencia de un determinado delito y que se derivan también de la parte general del Código."⁷⁹

⁷⁷ Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos, Buenos Aires, Argentina, 1974, p. 31.

⁷⁸ Roxin Claus, *Teoría del Tipo Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 57.

⁷⁹ Antolisei, *Op. cit.*, p. 98.

Mariano Jiménez Huerta, definió al tipo como la "suma de aquéllos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos."⁸⁰

Francisco Muñoz Conde, define al tipo penal como "la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal."⁸¹

Para Welzel el tipo penal no es más que "la descripción de la materia de la prohibición como núcleo esencial, pero, sin embargo, sólo como una parte de otros presupuestos de la punibilidad".⁸²

"El tipo en sentido amplio o el conjunto de los presupuestos de la punibilidad comprende:

a) El tipo en sentido restringido o la materia de la prohibición penal, que circunscribe materialmente la conducta prohibida. Constituye la mayor parte del tipo general (en sentido amplio), sobre todo en los delitos dolosos, en los cuales contiene una descripción precisa de los elementos objetivos y subjetivos de la acción, incluyendo el resultado. Por el contrario, en los delitos culposos, el tipo en sentido restringido se refiere generalmente sólo al resultado.

⁸⁰ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, p.

⁸¹ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 40.

⁸² Hans Welzel. *Op. cit.*, p. 87.

- b) La antijuridicidad. Como presupuesto evidente de todo delito, en la mayoría de las disposiciones penales no es mencionado;
- c) La culpabilidad, esto es, la reprochabilidad. Como elemento evidente del delito tampoco es mencionado de modo especial en las disposiciones penales;
- d) Las condiciones objetivas de punibilidad. Por regla general, los tres elementos del delito: Tipo, antijuridicidad y culpabilidad dan lugar, sin más, a la punibilidad. En algunas pocas disposiciones, no obstante, la punibilidad depende de condiciones ulteriores radicadas fuera de los elementos del delito."⁸³

En síntesis, Welzel asevera que el "tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual."

Alfonso Reyes Echandía define al tipo penal "como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.

⁸³ Hans Welzel. Op. cit., p. 87.

La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas."⁸⁴

Para el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, el tipo penal "es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)."⁸⁵

Maurach establece que el tipo "es la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica. El tipo aparece, pues, como un fenómeno complejo, comprensivo de la voluntad, de la manifestación de voluntad y del resultado."⁸⁶

⁸⁴ Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 7.

⁸⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Primera Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986, p. 39.

⁸⁶ Maurach, R., *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, p. 267.

Maurach también define al tipo penal como "una acción antijurídica, plasmada en una figura legal, enlazada al resultado"⁸⁷

Jiménez de Asúa opina que el tipo legal "es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito."⁸⁸

B) Estructura. Elementos del tipo penal.

Para el finalismo, el tipo está compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también de elementos subjetivos.

B.a.) Elementos objetivos

Los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo: homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que sólo califican, agravan, o privilegian (atenúan) al tipo autónomo (la premeditación como calificativa del homicidio, o la riña como atenuante en el propio delito de homicidio).

⁸⁷ *Ibidem.*, p. 286.

⁸⁸ Jiménez de Asúa, *Op. cit.*, p. 745.

“De esta manera, un principio básico del derecho penal exige que la materia de la prohibición contenida en sus normas (tipos) debe ser precisa, es decir, no debe ser ambigua, de tal suerte que el ciudadano y el propio juez conozcan con exactitud la conducta prohibida; de no ser así el orden jurídico propicia el abuso, y el ciudadano queda sujeto no a la ley, sino al capricho de quien la va a aplicar. Esa precisión queda plasmada en los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Como elementos objetivos del tipo podemos señalar:

1. El sujeto activo;
2. El sujeto pasivo;
3. El bien jurídico tutelado;
4. La acción u omisión;
5. El resultado típico en los delitos de resultado;
6. Los elementos normativos;
7. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas es el tipo.”⁸⁹

1. El sujeto activo (autoría y participación).

1.1. Concepto

⁸⁹ Orellana Wiarco, Op. cit., pp. 98 y 99.

Entendemos por sujeto activo "a la persona que realiza la conducta típica; también se le conoce con el nombre de agente, sujeto-agente, actor o autor."⁹⁰

Para precisar conceptos, nos parece conveniente distinguir entre sujeto activo y destinatario de la ley penal; el primero es la persona que ejecuta la conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal determinado; el segundo es, en cambio, la persona a quien se dirige el mandato implícito de la norma penal."⁹¹

1.2. Clasificación

Los sujetos activos previstos en los tipos penales, pueden clasificarse de acuerdo a los siguientes criterios:⁹²

1.2.1. De su número lato sensu considerado;

1.2.2. De su calidad; y

1.2.3. De su relación con la conducta.

1.2.1. En cuanto a su número estos pueden ser:

⁹⁰ Cfr. José Cerezo Mir, *Autoría y Participación en el Código Penal*, Revista Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo III, Madrid, 1979, pp. 567 y 581.

⁹¹ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 26.

⁹² Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 26 a 42.

- a) Tipos monosubjetivos;y
- b) Tipos plurisubjetivos.

a) Son monosubjetivos. Aquéllos tipos en los que es suficiente que una sola persona realice la conducta en ellos descrita; si son varios los que intervienen, estaremos en presencia de la coparticipación.

b) Son plurisubjetivos. Aquéllos tipos en los que se exige la presencia de por lo menos dos personas.

La plurisubjetividad presenta algunas modalidades derivadas de la relevancia jurídica asignada a la participación de los varios agentes, siendo estas:

a.1) Plurisubjetividad derivada de la relevancia jurídica de la conducta. Según la relevancia jurídica de su participación, la presencia de una pluralidad de sujetos activos da lugar a tipos normales y anormales.

Pluralidad normal. Es cuando la participación de varios agentes es indispensable para la configuración del delito. Ejemplo: la sedición; Aquí la participación de cada uno de los sujetos que intervienen debe realizarse tal como lo describe el tipo.

Pluralidad Anormal. Es cuando el tipo no exige la necesaria o recíproca participación de varios sujetos, sino que prevé o admite formas *sui generis* de actuación, es decir puede hablarse de una participación alternativa o consentida.

La participación alternativa. Se presenta en aquéllos tipos que describen varias conductas, cada una de las cuales configura por sí misma el delito, pero en los que respecta de una o de alguna de ellas, se exige la presencia de varios sujetos. Ejemplo: la piratería.

La participación consentida. Es cuando la conducta del sujeto activo se realiza con el consentimiento de la persona sobre la cual recae. Ejemplo: el incesto, el aborto. La falta de consentimiento del titular del bien jurídico afectado genera para el autor de la conducta responsabilidad por el delito que se cometió.

b.1) Plurisubjetividad derivada del número. Por lo que respecta al número de sujetos activos necesarios para la realización de la conducta típica, la plurisubjetividad puede ser: bilateral o multilateral.

Es bilateral. Cuando el número de agentes exigidos por el respectivo tipo legal es de dos. Estaremos en presencia de una bilateralidad impropia cuando uno de los dos individuos a que se refiere el

tipo es el que ordinariamente responde del hecho, y sólo en forma eventual responde el otro cuando voluntariamente y con conocimiento de las modalidades típicamente previstas realiza el comportamiento descrito. Ejemplo: el incesto, la bigamia etc.

Es multilateral. Cuando el tipo requiere la presencia de un número más amplio de personas. Ejemplo: la sedición, la piratería.

1.2.2. En cuanto a su calidad

En cuanto a su calidad los tipos suelen clasificarse en:

- a) Tipos de sujeto indeterminado.
- b) Tipos de sujeto cualificado

a) Los tipos de sujeto indeterminado. Son aquéllos tipos penales que se refieren al sujeto activo empleando expresiones tales como "el que", "los que", "quien", o "quienes".

b) Los tipos de sujeto cualificado. La cualificación del sujeto activo es excepcional; cuando el tipo la requiere sólo podrá ser agente la persona revestida de aquella condición, característica o cualidad, esa cualificación puede ser de índole natural, jurídica o profesional.

b.1. La cualificación natural. Es el conjunto de caracteres individuales que permiten diferenciar a una persona de otra. Ejemplo: la edad, el sexo, etc.

b.2. La cualificación jurídica. Es aquella connotación personal que tiene relevancia en cualquier área del derecho. La cualificación del sujeto activo puede ser de derecho público o de derecho privado.

b.2.1. Es de derecho público. Cuando pertenece a un ordenamiento jurídico de esta especie. Ejemplo: Los tipos que requieren como agente a un "servidor público", tal es el caso del peculado.

b.2.2. Es de derecho privado. Cuando pertenece a un ordenamiento iusprivatista; ejemplo: En las hipótesis en que el sujeto activo debe ser ascendiente o descendiente del sujeto pasivo; tal es el caso del incesto; el parricidio, etc.

c) Cualificación profesional. Se presenta cuando el agente ejerce una determinada profesión u oficio en razón del cual se cometió el delito. Ejemplo: delito de abogados, patronos o litigantes.

A) La autoría

A.1) Concepto

A.1.1) Autor de un delito culposo. "Es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico."⁹³

Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación. Ello, porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría..⁹⁴

A.1.2) Autor en los delitos dolosos. Es "aquél que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión. Únicamente en los tipos dolosos existe la diferencia entre autoría y participación."⁹⁵

A.2) Teorías

⁹³ Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 143.

⁹⁴ Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 143..

⁹⁵ *Ibidem*, p. 143.

A.2.1) Teoría formal objetiva. "Autor es el que realiza la acción típica".⁹⁶

Sin embargo esta teoría es cuestionable, ya que se presenta la problemática de definir quien realiza la acción típica, es decir, si lo es sólo el que dispara el arma o el que detiene a la víctima para que el otro pueda disparar.

Al respecto los sustentadores de esta tesis recurren al concepto de acción ejecutiva, y refieren que realiza la acción típica quien realiza una parte de la acción ejecutiva.

Sin embargo la teoría resulta ser evidentemente insatisfactoria para explicar algunos casos, ya que el concepto de "la acción ejecutiva" resulta ser muy poco preciso, ya que no se podría dilucidar si es autor el que mata o el que detiene a la víctima; en su defecto, resulta aún más complicado cuando alguien se vale de otro para realizar la acción típica, tal es el caso del médico que quiere matar a un paciente a través de su enfermera, la cual nada sabe, y aplica en una jeringa una cantidad superior a la dosis tolerable del medicamento que tiene que aplicar.

⁹⁶ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 116.

A.2.2) Teoría material objetiva. "Autor es el que pone una causa; partícipe es el que pone una condición" ⁹⁷

Esta teoría es dada desde el punto de vista causa, la cual no es aceptable, ya que no es posible distinguir entre condiciones y causa en el plano objetivo, es por ello que surge la teoría subjetiva.

A.2.3) Teoría subjetiva. "Autor es el que quiere el hecho para sí (*animus auctoris*), y cómplice, el que quiere el hecho como de otro (*animus socii*)".⁹⁸

Para la teoría subjetiva conceptúa al autor cuando tiene interés en el resultado perseguido.

Ejemplo: el caso de la madre que quiere dar muerte a su hijo recién nacido, pero que no puede hacerlo porque los efectos del estado puerperal se lo impiden y convence a su hermana para que en su nombre lo ahogue en la bañera; como puede observarse la madre resulta ser la autora, a pesar de que la acción material de ahogar al niño la realizó la hermana, ya que ésta no tiene interés, y sólo se convertiría en cómplice.

⁹⁷ *Idem*, pp. 117 y 118.

⁹⁸ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 118.

A.2.4) Teoría final objetiva. "Autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras los partícipes carecen de él."⁹⁹

Para esta teoría será autor el que ha tenido el manejo del hecho y lo lleva a su realización; en tanto que el partícipe es el que simplemente ha colaborado, sin tener poderes decisorios respecto de la consumación del hecho.

"Para establecer si se ha tenido o no el dominio del hecho, es fundamental saber si el autor obró o no con dolo; el que obra sin dolo no tiene el dominio del hecho; por eso solamente hay problemas de distinción entre autor y partícipe en el delito doloso. En el delito culposos son autores todas aquéllas personas que violan el deber objetivo de cuidado; en cambio, en el delito doloso, para ser autor hay que tener el dominio del hecho, y sólo tiene el dominio del hecho quien por lo menos ha obrado con dolo. Pero también los partícipes tienen que haber obrado con dolo; esto significa que el dominio del hecho no se agota exclusivamente en el haber obrado con dolo, sino que requiere además una condición negativa: que otros no hayan tenido el dominio del hecho."¹⁰⁰

B) Autoría mediata. Autor mediato, es "cuando el autor se vale de otro para la realización de la acción típica."¹⁰¹

⁹⁹ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 119

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 120.

¹⁰¹ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 121.

"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."¹⁰²

Bacigalupo expone algunos casos en que puede representarse la autoría mediata:

"aa) La autoría mediata debe admitirse en el caso del que utiliza para la realización del tipo la acción de otro que obra sin dolo. Ejemplo: el médico que para matar a un paciente utiliza a una enfermera, a la que entrega una jeringa con una dosis —ignorada por aquélla— que resulta mortal. En este caso el dominio del hecho por el autor mediato se apoya en el error con que obra el instrumento.

bb) También se da autoría mediata en los casos en que se utiliza la acción de otro que obra bajo coacción... Ejemplo, el que amenaza seriamente a otro con matarlo si no le entrega dinero del banco del que es cajero.

cc) Autor mediato es también el que usa a un inimputable o un niño para la realización del tipo. Sin embargo, estos casos presentan dificultades para distinguirlos de la instigación. Sólo deberá admitirse autoría mediata cuando el estado de inimputabilidad determine en el instrumento una seria limitación de la capacidad de autoconducción. Si, por el contrario, el niño o el enfermo mental tiene capacidad para autodeterminarse, debe admitirse instigación y no autoría mediata.

¹⁰² Welzel, Hans, Op. cit., p. 146.

dd) La utilización de un instrumento que obra dentro de un aparato de poder y que resulta fácilmente reemplazable, importa también autoría mediata... La circunstancia de que la persona que se utiliza sea fácilmente reemplazable por otra y de esa manera pueda llevarse a cabo el delito que el autor mediato ha planeado, demuestra la falta de dominio del hecho del instrumento. Ejemplo: el que dentro de un aparato de poder ordena a un subordinado que ejecute a un grupo de personas. En estos casos el que da la orden, la transmite a un "aparato" burocrático que le da cumplimiento.

ee) También debe admitirse autoría mediata cuando se utiliza a otro que obra con error sobre la antijuricidad. Hay quienes sostienen que hay autoría mediata cuando se aprovecha o se crea el error inevitable de otro sobre la antijuricidad..., pero no si el error es evitable... En estos casos el instrumento obra sin capacidad de orientarse de acuerdo con la norma y por ello carece de dominio del hecho.

ff) La utilización de otro que obra de acuerdo a derecho (p. ej., amparado por una causa de justificación) ha sido también una hipótesis discutida. En estos casos debe admitirse la autoría mediata, pues la justificación del instrumento no elimina la tipicidad, ni la antijuricidad de la acción del que mediatamente domina el hecho. Ejemplo, el que mediante un título falso logra que un juez (ignorante del hecho) dicte sentencia contra otro (estafa procesal); se utiliza al juez que obra en cumplimiento de un deber para lesionar mediante engaño el patrimonio de un tercero."¹⁰³

Bacigalupo establece que es discutible la autoría mediata en los siguientes casos:

¹⁰³ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, pp. 121 a 123.

“gg) No debe admitirse autoría mediata, sino autoría directa, en los casos en que se utiliza a otro sobre el cual se ejerce una fuerza física irresistible y en los que, por tanto, no hay acción del supuesto instrumento.

hh) Serios problemas presenta la cuestión del instrumento no calificado en los delitos especiales. Ejemplo, el no calificado (no funcionario) realiza la acción de un delito especial propio instigado por el calificado (funcionario).”¹⁰⁴

Aquí como puede observarse el calificado no resultaría punible como instigador por las siguientes razones:

a) Porque el no calificado, al carecer de las características del autor, no puede serlo y la instigación requiere como presupuesto la autoría de otro.

b) Por otra parte, el no calificado ha obrado con dominio del hecho, lo cual excluiría el dominio del hecho del calificado.

Lo anterior ha llevado a algunos autores tales como: Welzel, Jescheck, Roxin a hablar de un nuevo concepto denominado: "dominio social del hecho"; "dominio del hecho normativamente concebido"; "de una especial categoría de delitos en los que la autoría no se define por el dominio del hecho sino por la infracción del deber, es decir, delitos de infracción del deber"; "de una forma mixta de partici-

¹⁰⁴ Ibidem, p. 123.

pación según la cual al calificado debe sancionársele como si fuera un instigador. Bacigalupo llega a la conclusión que en estos casos el dominio de esta acción la tiene el calificado; y el no calificado sólo será cómplice.

C) COAUTORIA. "Es quien tiene juntamente con otros el (co)dominio del hecho. Presupuesto de la coautoría es, en primer lugar, que el coautor tenga las mismas características que se exigen para el autor. Es decir que, si el tipo exige "miras deshonestas", entonces el coautor del rapto también tiene que obrar con miras deshonestas"¹⁰⁵

Para que se de la coautoría es necesario la comisión común del hecho, es decir, debe existir una división del trabajo en virtud de un plan concertado entre los coautores, ya que de lo contrario, si no existe un plan común para la realización de la acción típica no hay coautoría.

Pero si falta un plan común concertado, y sin embargo el dominio del hecho aparece compartido por más de una persona y se dan las características restantes de la coautoría, habrá autoría accesoria.

¹⁰⁵ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 125.

En síntesis los requisitos que deben existir para que se de una coautoría son los siguientes:

- a) Que el coautor reúna las mismas condiciones que el autor;
- b) Que haya un plan común para la realización del trabajo; y
- c) Que el coautor haya prestado una colaboración objetiva.

2. Participación.

2.1. Concepto.

"a) La participación en sentido estricto sólo comprende la instigación y la complicidad; en sentido amplio también la coautoría.

b) Sólo los actos de intervención en la perpetración del hecho principal son participación. Quien después de la terminación material del hecho apoya al autor o asegura el botín, no participa, sino favorece o encubre."¹⁰⁶

De lo anterior se puede concluir que por participación debemos entender a los que toman parte en la ejecución del hecho o pres-ten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse.

¹⁰⁶ Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 160.

Los partícipes, a su vez, pueden ser de dos clases:

COMPLICES

INSTIGADORES

COMPLICES. "Son los que dolosamente y sin dominio del hecho principal prestan al autor o autores ayuda para la comisión del delito."¹⁰⁷

Los cómplices son aquéllos que a su vez pueden ser necesarios o no necesarios, según que sin su aporte el delito no hubiera podido cometerse; o que el aporte haya sido prescindible para la comisión del delito por los autores.

Es preciso señalar que existe una diferencia entre complicidad necesaria y co-autoría, siendo ésta la siguiente:

a) Cómplice. Estamos en presencia de esta figura, cuando se presta una ayuda dolosamente, sin la cual el delito no hubiera podido cometerse, antes del comienzo de ejecución.

¹⁰⁷ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 129.

b) Coautoría. Después del comienzo de la ejecución quien hace un aporte sin el cual el delito no hubiera podido cometerse, tiene (co)dominio del hecho.

De lo anterior puede llegarse a concluir que la diferencia entre complicidad necesaria y coautoría estriba en distinguir si el aporte sin el cual el delito no hubiera podido cometerse tuvo lugar antes o después del comienzo de la ejecución.

INSTIGADORES. Es el que dolosamente convence a otro a cometer un delito. Es decir, son los que determinan a otro directamente a cometer el delito, o, los que crean en otro el dolo para cometer el delito.

CALIDAD DE GARANTE. No todos los tipos típicos pueden ser concretizados por todos los sujetos.

Destacan los tipos en los que es necesaria, en el autor, la denominada "posición de garante"

Posición de garantía "es la relación especial, estrecha y directa en la que se halla un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien."¹⁰⁸

¹⁰⁸ Islas, Olga, *La Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, p. 52.

3. El sujeto pasivo

3.1. Concepto.

"Es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular."¹⁰⁹

3.2. Clasificación.

Existen diversas especies de sujetos pasivos, mismas que pueden clasificarse de la siguiente forma:

- a) En cuanto a la titularidad del bien jurídico
- b) En cuanto a su número; y
- c) En cuanto a su calidad.

A) En cuanto a la titularidad del bien jurídico.

En cuanto a la titularidad del bien jurídico, éstos a su vez se suelen subdividir en:

" a.1) EL INDIVIDUO. Es sujeto pasivo de todos aquellos tipos penales que pretenden amparar intereses jurídicos de los cuales es titular la

¹⁰⁹ *Idem*, p. 56.

persona individualmente considerada, tales como la vida y la integridad personal.

a.2) LA COLECTIVIDAD. Asume la categoría de sujeto pasivo en los tipos penales que buscan proteger intereses jurídicos que no pertenecen a un sujeto en particular sino genéricamente al conglomerado social, como la salud pública.

a.3) EL ESTADO. Adquiere el carácter de sujeto pasivo en aquéllos tipos que amparan intereses jurídicos de los cuales es su titular, como la administración pública o de justicia.¹¹⁰

B. En cuanto a su número.

En cuanto a su número, los sujetos pasivos se pueden clasificar en:

b.1) Singular; o

b.2) Plural

b.1) Sujeto pasivo singular. Se presenta éste, cuando basta la presencia de un solo titular del bien jurídico afectado por la conducta del agente. Esto no impide para que estén presentes más de dos, pero en tal hipótesis habrá tantos delitos cuantos sujetos pasivos resulten lesionados.

b.2) Sujeto pasivo plural. Son aquéllos tipos penales que protegen intereses jurídicos cuyo titular es la colectividad. Ej, La contaminación de aguas.

¹¹⁰ Reyes Echandía, Op. cit., p. 43.

C) En cuanto a su calidad.

En cuanto a su calidad, los sujetos pasivos suelen clasificarse en indeterminados o cualificados.

C.1) Sujeto pasivo Indeterminado. La indeterminación implica que la conducta es típica y, por ende, susceptible de ilicitud, cualquiera que sea el titular del bien jurídico afectado. Ej. el legislador suele emplear expresiones tales como otra, alguno, una persona, etc.

C.2) La cualificación del sujeto. Se refiere a una condición natural, jurídica, moral o profesional de la cual debe estar revestida al momento del hecho.

C.2.1. La cualificación natural. Depende de la edad, del sexo, o de una condición biosíquica del sujeto pasivo. Ejemplo: Estupro, en donde el tipo penal requiere que el sujeto pasivo mujer tenga 18 años de edad.

C.2.2. La cualificación biosíquica. Se da tanto en el caso de que el sujeto pasivo padezca de una anomalía mental cualquiera en el momento de la comisión del ilícito. Ejemplo: aborto.

C.2.3. La cualificación jurídica del sujeto pasivo se refiere tanto a una persona física como a una persona moral, y en cualquiera de los dos casos puede ser de derecho público o privado.

El sujeto pasivo es una persona física de derecho público en el caso del tipo descrito en el artículo 225 fracción X, en cuanto la conducta del agente consista en prolongar la detención en forma injustificada la libertad de un detenido.

El sujeto pasivo es una persona física de derecho privado, como lo es en el caso del delito de Despojo, puesto que a quien se afecta puede tener la calidad de arrendador.

La cualificación jurídica, presenta también el doble aspecto de pública y privada.

La primera se da en todos aquéllos tipos que tienen por sujeto pasivo al Estado.

SUJETO PASIVO Y PERJUDICADO. No debe confundirse las nociones de víctima y ofendido; el primero es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta del actor; en tanto que el segundo es la persona física o moral que ha recibido perjuicio o sufrido daño por el delito cometido.

Ordinariamente las dos calidades recaen sobre una misma persona; ejemplo en el caso del robo; pero hay ocasiones como en el caso del homicidio en donde el sujeto pasivo y el perjudicado son distintos, es decir, el sujeto pasivo es el cadáver, en tanto que los perjudicados son los familiares.

4. El bien jurídico.

La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos.

Puede afirmarse que es justamente la necesidad de salvaguardar ciertos bienes fundamentales del individuo, de la colectividad y del propio Estado, lo que determina la creación de los tipos penales, mediante los cuales el legislador cumple su misión suprema: velar por la integridad, conservación y desarrollo de la comunidad.

4.1. Concepto.

"Bien es todo aquello que, teniendo una existencia material o inmaterial, resulta apto para la satisfacción de necesidades humanas."¹¹¹

¹¹¹ Reyes Echandía, *Op. cit.*, p. 69.

De acuerdo con este concepto, podemos decir que el bien jurídico comprende no sólo las cosas materiales (dinero, animales, vestido), sino también las ideales (honor, reputación), a las cuales la ley les quiere dar cierto valor, por estimarse que éstas pueden ser puestas en peligro o bien pueden ser dañadas o lesionadas. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses.

La cualidad del bien jurídico es, por lo tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente.

"El concepto de bien jurídico se utiliza en derecho penal como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra la propiedad, etc.)."¹¹²

4.2. Clasificación.

Para los efectos de un mejor y más sistemático estudio , podemos dividir al bien jurídico en:

- a. Razón de su alcance; y
- b. De acuerdo con su titular.

¹¹² Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p.49.

A. En razón de su alcance el objeto jurídico se divide en:

A.1. Genérico;

A.2. Específico

5. La acción u omisión.

Hans Welzel es el jurista que da nacimiento a la "teoría de la acción finalista", la cual plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal distinta a la sistemática de la dogmática "causalista".

La teoría finalista de la acción, maneja los mismos elementos del delito expuestos por la teoría causalista, siendo éstos:

- a) La acción;
- b) La tipicidad;
- c) La antijuridicidad;
- d) La imputabilidad;
- e) La culpabilidad; y
- f) La punibilidad.

Pero cabe advertir que tales conceptos son manejados con un esquema distinto, de tal suerte que da una solución técnica y más práctica a los problemas que se presentaban en la tentativa, en la participación y en la propia autoría, los cuales no encontraban solución en la teoría causalista.

La teoría de la acción finalista parte de una concepción distinta de la acción que manejaba la teoría causalista; ya que en esta última la acción no era más que un proceso causal, en donde la acción es la causa del resultado, es decir, la acción no es más que un proceso causal, naturalístico, en donde tiene que existir un nexo causal entre la "acción" y su "resultado"

5.1. Concepto

El concepto de acción desde el punto de vista causal, se entendió como "la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado."¹¹³

"El concepto causal de acción, desarrollado por V. Liszt y Beling y fundamentado más detenidamente por Radbruch, la fraccionaba en

¹¹³ Orellana Wiarco, Octavio. Op. cit., p. 88.

dos partes constitutivas diferentes: el proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad, simplemente subjetivo, por otro. De acuerdo con ello, la acción sería el mero proceso causal que desencadena la voluntad (el impulso voluntario, o la inervación) en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si sólo lo podía prever (contenido de la voluntad).¹¹⁴

Para la teoría finalista de la acción, la "acción humana es el ejercicio de la actividad final"¹¹⁵

"Ello quiere decir que la determinación de un suceso por el hombre no es un mero proceso físico de convalidación material (p. ej., la lluvia), sino que consiste en una sobredeterminación (dirección, orientación) de la causalidad por el hombre en dirección a un fin (objetivo) que se ha prefijado"¹¹⁶

"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, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines."¹¹⁷

¹¹⁴ Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 61.

¹¹⁵ *Idem*, p. 53.

¹¹⁶ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 25

¹¹⁷ Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 53.

Actividad final es "un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso."¹¹⁸

OMISIÓN.

1. Concepto.

"El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin."¹¹⁹

El derecho penal no solo comprende normas prohibitivas, sino también, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos.

Las normas penales que expresan prohibiciones reciben el nombre de tipo penal prohibitivo; y las que expresan mandatos de acción, dan lugar a un tipo penal imperativo.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 276.

La infracción de estas normas imperativas, es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión.

Es decir, en la omisión se analizarán los tipos imperativos, que son, "aquéllos en los cuales la realización del tipo no consiste en hacer algo positivo, sino en no hacer algo ordenado por la ley."¹²⁰

Entre el delito comisivo y el omisivo la diferencia fundamental está en las reglas que rigen la adecuación típica, es decir, al tipo prohibitivo resulta adecuada solamente la acción que coincide con la descrita en el tipo; al tipo imperativo es adecuada toda acción que no coincida con la ordenada por la norma.

6. El resultado típico en los delitos de resultado.

Según la relación existente entre acción y objeto de la acción, se distingue entre delitos de resultado (material) y delitos de (mera) actividad.

6.1. Concepto.

¹²⁰ Bacigalupo, Enrique. *Op. cit.*, p. 147.

Los delitos de resultado presuponen en su tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio-temporalmente.

Los delitos de actividad son aquéllos en que el tipo de injusto se agota, por el contrario, en una acción del autor, sin que haya de producirse un resultado en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente. Pero el delito de actividad puede hallarse configurado de forma que el solo hacer alcance ya al objeto de la acción (como en el caso del allanamiento de morada) sin que este menoscabo se conciba como resultado típico.

7. Los elementos normativos.

7.1. Concepto.

Son los contenidos en una descripción de la conducta prohibida que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captarlos un acto de valoración. Por ejemplo: la calidad de "honesta"; de "obscena".

Para hacer esa valoración es preciso formular un juicio basado en normas que reconocen un fundamento empírico-cultural.

8. Los elementos descriptivos.

8.1. Concepto.

Son aquéllos que el autor puede conocer a través de sus sentidos; es decir, oído, tacto, vista.

9. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Las circunstancias en la conducta típica son aquéllas en las que el legislador no solo se limita a hacer simples descripciones del quehacer humano que considera digno de sanción, sino que consigna expresas modalidades que concretan y enmarcan la conducta en el tiempo y en el espacio.

En el primer caso, la libre formulación del tipo permite que en él se subsuma el hecho del agente, cualesquiera sean los medios y las circunstancias en que se realice.

En el segundo caso, por lo contrario, la tipicidad de la conducta depende de que se desarrolle dentro de las circunstancias modales o temporo-espaciales precisamente descritas en el tipo legal.

Como el tipo circunstanciado da lugar a interesantes problemas, haremos referencia a continuación, según la naturaleza de la circunstancia descrita.

1) CIRCUNSTANCIAS DE MODO. La descripción modal de la conducta se refiere a la manera como el autor debe realizarla y, más concretamente, a los instrumentos utilizados para lograr su cometido.

En cuanto a su naturaleza, los medios de que puede valerse el agente de conformidad con la exigencia del tipo, son psíquicos o físicos.

Dentro de los psíquicos encontramos el hipnotismo, utilizado para perturbar las facultades mentales del sujeto pasivo, etc.

Los medios físicos son el hombre y las cosas.

Cuando el hombre actúa como instrumento de otro, no puede decirse propiamente que exista una coparticipación delictiva porque faltan el acuerdo y la consciente voluntad de tomar parte en una empresa criminal; claro que de instrumento solo puede hablarse cuando el agente primario ha sometido coactivamente la voluntad del ejecutor material del hecho o se ha valido de un inimputable para realizar *longa manus* un ilícito que no quiere o no puede perpetrar personalmente.

Las cosas, como medio de comisión de un delito, son aquellos instrumentos inocuos o peligrosos que de deben ser empleados por el agente, en cuanto descritos en el tipo.

En cuanto a los instrumentos peligrosos, ellos pueden consistir en sustancias o en armas.

2) CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR. El concepto espacial no debe tomarse en sentido filosófico, sino empírico; él se concreta al lugar, específicamente señalado en el tipo, donde la conducta del agente debe desarrollarse; por eso nada tiene que ver con este momento circunstancial el fenómeno del *locus commissi delicti*, predicable de la eficacia espacial de las leyes penales.

El lugar a que el tipo se refiere puede ser:

- a. De ámbito ilimitado; y
- b. Circunscrito.

a. La ilimitación espacial implica la posibilidad de ejecutar el hecho en cualquier parte,. Ejemplo el abuso de confianza, en estos casos el sitio , donde tenga ocurrencia la conducta carece de relevancia jurídica.

b. El espacio es circunscrito cuando el propio tipo indica el lugar en donde la conducta debe desarrollarse, o la naturaleza misma de esta encierra delimitación espacial. En el primer caso la circunscripción es expresa; en el segundo es tácita.

b.1. Es expresa cuando la norma indica que la actividad del agente debe realizarse en determinado lugar.

b.2. La delimitación espacial es tácita en aquél ilícito de la detención arbitraria cuando ella consiste en prolongar indebidamente la detención de una persona, pues tal conducta supone que el sujeto pasivo se halle en un lugar de detención; idéntico es el caso de quien viola una sepultura, ya que la acción debe tener lugar en un cementerio.

Desde otro punto de vista, la delimitación del lugar puede ser:

- a) natural; o
- b) Jurídica.

a) Es natural cuando el espacio o lugar típicamente descrito carece por sí mismo de trascendencia jurídica, o al menos su descripción no muestra una determinada connotación legal, como cuando se habla de "casa habitación".

b) La circunscripción espacial es jurídica cuando el lugar en donde la conducta se desarrolla posee de suyo una especial valoración jurídica, como ocurre con los establecimientos carcelarios.

3) CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO. Se refiere al momento en que el hecho se debe ejecutar para que resulte típicamente adecuado.

La temporalidad de la conducta puede ser.

- a) Ilimitada; y
- b) Circunscrita.

a) La temporalidad de la conducta ilimitada es aquella en que la conducta puede ejecutarse en cualquier momento.

b) La temporalidad de la conducta circunscrita es aquella que solo es jurídicamente relevante la que se desenvuelve en el momento a que el tipo se refiere, es decir, es la que debe ejecutarse dentro de un determinado espacio de tiempo. Esta temporalidad también puede ser tácita o expresa.

Es tácita en todos los tipos de omisión propia, ya que en ellos la omisión es constitutiva del delito en el momento en que se deja de realizar el comportamiento activo jurídicamente exigibles.

Es expresa cuando el tipo contempla una explícita referencia al momento en que el comportamiento debe efectuarse, como en el delito de traición a la patria.

B.b) Elementos subjetivos. El dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo penal.

Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo.

Como elementos subjetivos del tipo se pueden considerar:

1. El dolo;
2. La culpa; y
3. Otros elementos subjetivos distintos del dolo como son el ánimo, la tendencia, etcétera.

De esta manera la teoría finalista coloca al dolo, y a la culpa, como elementos del Tipo, y no como elementos o especies de la Culabilidad como lo hace el sistema causalista.

DOLO

1. Concepto.

Eugenio Raúl Zaffaroni refiere que el dolo "es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo." "El conocimiento que presupone este "querer" es el de los elementos del tipo objetivo"¹²¹

Enrique Bacigalupo define al dolo como "el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo penal. El autor tiene que saber que realiza un hecho y qué hecho realiza, y además tiene que conocer las circunstancias que rodean ese hecho."¹²²

Olga Islas por su parte refiere que el dolo es "conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo típico."¹²³

¹²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, pp. 428 y 429.

¹²² Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 47.

¹²³ Islas, Olga, *Op. cit.*, p. 66.

De las definiciones anteriormente descritas se puede sintetizar que por dolo debemos entender a la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo en el caso concreto.

2. Elementos del dolo

Los elementos del dolo son:

- a) El elemento cognoscitivo o conocimiento; y
- b) El elemento volitivo o la voluntad.

A) ELEMENTO COGNOSCITIVO O CONOCIMIENTO. El conocimiento exigido por el dolo es el conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo.

El conocimiento de los elementos normativos del tipo, requiere un conocimiento de la valoración jurídica o ética a que responden estos elementos. El conocimiento desde luego, no se refiere a un conocimiento técnico de la ley, sino que basta que tenga un conocimiento paralelo en la esfera del profano o la valoración paralela en la esfera del lego.

En cuanto al conocimiento de los elementos descriptivos del tipo no presentan mayor problema.

CARACTERISTICAS DEL CONOCIMIENTO EN EL DOLO. El dolo requiere siempre de un conocimiento:

- a) Que sea efectivo; y
- b) Que sea actual.

a) EFECTIVO. El dolo requiere siempre de un conocimiento efectivo. Es decir, el querer matar a un hombre (dolo del tipo de homicidio), no se integra con la posibilidad de conocer que se causa la muerte de un hombre, sino con el efectivo conocimiento de que se causa la muerte de un hombre. "Sin ese conocimiento efectivo, la voluntad del autor no puede tener el fin de matar a un hombre y, por ende, no puede ser una voluntad homicida."¹²⁴

b) ACTUAL. El dolo además de requerir de un conocimiento efectivo, éste debe ser actual, es decir, debe darse en el momento en que el autor realiza la acción. En el momento en que realiza la acción típica, debe tener el conocimiento de los elementos del tipo objetivo.

¹²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 430.

Por otra parte, no todos los elementos del tipo son cognoscibles de la misma manera; los elementos descriptivos se conocen a través de los sentidos, pero los normativos requieren de una valoración.

Es decir, los elementos normativos son susceptibles de ser conocidos de una manera más técnica o de una manera profana, sin embargo, con que se dé el conocimiento paralelo en la esfera del lego se dará el dolo. Ejemplo: No es el mismo conocimiento que tiene un jurista y un comerciante sobre un cheque, sin embargo para obrar con dolo basta con saber qué es un cheque de la manera que lo sabe un comerciante.

DOLO AVALORADO Y DOLO DESVALORADO. A partir de la concepción finalista de la conducta, en los delitos dolosos, el dolo está en el tipo como el núcleo fundamental de su aspecto subjetivo, en tanto que, para los causalistas el dolo está en la culpabilidad.

El dolo es, pues, para los finalistas un "dolo de Tipo", o "dolo del hecho", es decir, una voluntad de realizar el hecho típico. Es lo que también ha venido en denominarse, aunque el término es equivoco, "dolo natural", que se opone sobre todo al *dollus malus* de los causalistas, en la medida en que el "dolo del tipo" es mera dirección de la acción hacia el hecho típico, sin que intervenga aquí para nada la

consideración de si el sujeto conocía o no, la ilicitud de lo que hacía, es decir, sin que la afirmación del dolo exija también la del "conocimiento de la antijuridicidad" como piensan los causalistas.

Visto al dolo desde el punto de vista de los finalistas, éste está libre de todo reproche, porque la reprochabilidad (culpabilidad) es un paso posterior a la averiguación del injusto (conducta típica y anti-jurídica), en tanto que el dolo integra el injusto como una característica de la tipicidad dolosa.

En este sentido se afirma que los finalistas tienen un concepto de dolo avalorado (en cuanto al reproche).

Los causalistas tienen un concepto de dolo desvalorado, porque al ubicar al dolo en la culpabilidad refieren que el dolo solo puede ser dolo culpable. Sin embargo al ubicar el dolo en la culpabilidad, los causalistas no pueden explicar la tentativa, y no les queda otro recurso que afirmar que el dolo se encuentra en el tipo, ya que de lo contrario no podrán averiguar la tipicidad de la tentativa.

Para el finalismo el "dolo natural" o del tipo es, pues, una consecuencia directa de su consideración como mera finalidad específica, es decir, una consecuencia de la estructura lógica-objetiva de la acción.

B) ELEMENTO VOLITIVO O LA VOLUNTAD. Existe voluntad cuando se demuestra "que el autor ha querido la realización del tipo cuando esta realización ha sido directamente perseguida por su voluntad y como objetivo de su voluntad."¹²⁵

Ejemplo: alguien quiere privar de la vida a otro.

Aquí el autor dirige su voluntad a la realización de un tipo. Sin embargo, se puede presentar el caso que junto a la realización del hecho al cual esta dirigido la voluntad del autor, aparezcan otros resultados concomitantes, que puedan estar vinculados con la conciencia del autor con el resultado querido, ya sea de una manera posible o necesaria.

En tal orden de ideas, si al resultado concomitante aparece vinculado otro resultado de una manera necesaria, estaremos en presencia de un dolo indirecto.

Ejemplo: Se quiere privar de la vida a su enemigo, pero sabe que va a abordar un avión y decide poner a éste una bomba. La muerte del enemigo será un dolo directo; en tanto que la de los demás pasajeros será un dolo indirecto.

¹²⁵ Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 49.

Estaremos en presencia de un dolo eventual cuando el autor se ha representado la realización posible del tipo y se ha conformado con ella.

c) ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO. En estos casos, no basta para la realización del tipo penal la finalidad que abarque la sobredeterminación del resultado, sino que es necesario que el autor haya perseguido algún fin que trascienda en la realización del tipo.

3. CLASIFICACION DEL DOLO. Las distintas clases de dolo según su aspecto conativo son:

- a) Dolo directo;
- b) Dolo indirecto; y
- c) Dolo eventual

A). DOLO DIRECTO. Es aquél "en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin."¹²⁶

¹²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 444.

Hay dolo directo cuando "el autor ha querido la realización del tipo cuando esta realización ha sido directamente perseguida por su voluntad y como objetivo de su voluntad."¹²⁷

Ejemplo: Un sujeto quiere matar a otro y le dispara con un arma de fuego, quiere directamente el resultado como fin propuesto.

B). DOLO INDIRECTO. Se presenta cuando se quiere el resultado como consecuencia necesaria del medio elegido para la obtención del fin.

Es decir, se presenta cuando junto a la realización del hecho, al cual esta dirigida en forma directa la voluntad del autor, aparezcan otros resultados concomitantes, que podrán estar ligados en la conciencia del autor con el resultado querido de una manera necesaria.

Ejemplo: alguien quiere privar de la vida a otro. (Dolo directo).

¹²⁷ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 49.

Aquí el autor dirige su voluntad a la realización de un tipo (dolo directo). Sin embargo, se puede presentar el caso que junto a la realización del hecho al cual esta dirigido la voluntad del autor, aparezcan otros resultados concomitantes, que puedan estar vinculados con la conciencia del autor con el resultado querido, ya sea de una manera posible o necesaria.

En tal orden de ideas, si al resultado concomitante aparece vinculado de una manera necesaria a otro resultado, estaremos en presencia de un dolo indirecto.

Ejemplo: Se quiere privar de la vida a su enemigo, pero sabe que va a abordar un avión y decide poner a éste una bomba. La muerte del enemigo será un dolo directo; en tanto que la de los demás pasajeros será un dolo indirecto.

Si al resultado concomitante aparece vinculado de una manera posible o probable, estaremos en presencia de un dolo eventual.

C). DOLO EVENTUAL. En el dolo directo, el resultado se quiere directamente (como fin o como consecuencia necesaria del medio querido), y esta forma de querer es diferente del querer un resultado concomitante cuando se le acepta como posibilidad.

Es decir, es cuando el autor se ha representado la eventual realización del tipo, no sólo como posible, sino como probable.

Algunos otros autores señalan que hay dolo eventual cuando el autor se ha representado como posible la realización del tipo, pero no ha hecho nada para evitarla.

Estaremos en presencia de un dolo eventual cuando el autor se ha representado la realización posible del tipo y se ha conformado con ella.

Ejemplo: el caso del ladrón que quiere asaltar una tienda, se representa que probablemente pueda haber un velador, no lo quiere matar, pero acepta el resultado en caso de que se produzca.

Otro caso sería cuando los mendigos amputan los brazos o piernas a los niños para que despierten compasión. Algunos de esos niños llegan a morir como consecuencia de las complicaciones derivadas de las amputaciones, sin embargo los mendigos sabían tal posibilidad y la aceptaban, es decir, que incorporaban a su querer del niño amputado, el niño muerto como probabilidad, aunque no lo deseaban, ni hubiesen aceptado el resultado como fin, porque el niño muerto no servía para sus propósitos.

LIMITE ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA. El límite entre el dolo eventual y la culpa con representación se presenta cuando un sujeto programa la causalidad para obtener la finalidad, si se representa los posibles resultados concomitantes de su conducta, y confía en que evitará o no sobrevendrán esos resultados, estamos en presencia de una culpa con representación; pero si se actúa admitiendo la posibilidad de que sobrevenga, entonces estaremos en presencia de un dolo eventual.

B.2. CULPA DE TIPO. También pertenecen al tipo las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, que se proyectan con consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción.

El ideal de que la ley penal contenga únicamente tipos cerrados o de descripción precisa, debe ser meta del mejor sistema penal; sin embargo los llamados tipos abiertos que requieren ser complementados por el juzgador subsisten en nuestro sistema, sobre todo en los delitos culposos en que el deber de ciudadano o el principio de confianza, debe ser apreciado por el juez mediante el criterio de la posi-

ción de garante, es decir, se va a juzgar la situación personal del sujeto para poder responsabilizarlo del incumplimiento a un deber de cuidado.

La teoría finalista ha sido criticada en relación a los delitos culposos, sobre todo en el caso de la culpa inconsciente, en la cual el sujeto no se representa el resultado, donde se dice que no se puede explicar la "finalidad" de la conducta dirigida a la consecución de un fin que ni siquiera pasó por la mente del agente.

Welzel sostuvo en un principio que el contenido de los delitos culposos se encontraba en una finalidad potencial, concepto que después abandonó para fundarlo en la acción que debía haber realizado conforme a las reglas de cuidado necesario para no producir daños socialmente intolerables.

El principio de la finalidad potencial o evitabilidad individual del sujeto, en que se apoyaba Welzel, se confundían las exigencias de la culpabilidad con las del injusto.

Las críticas de Niese, a su maestro Welzel, llevaron a éste a modificar la tesis de la finalidad potencial y fundar, la culpa en que la norma exige conductas finalistas que no lesionen bienes jurídicos, sea en forma dolosa, o bien que por descuido o imprudencia pongan en

peligro intolerable o dañen el bien jurídico, es decir, los delitos culposos encuentran su fundamento en el deber de cuidado que debió tomar en cuenta el sujeto al realizar sus acciones finalistas.

B-c) Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

Antecedentes históricos.

Estos elementos subjetivos fueron descubiertos cuando el injusto (conducta típica y antijurídica) se consideraba totalmente objetivo, y su introducción en 1911 provino del derecho privado donde los reveló Fischer.

Max Ernest Mayer y Hegler reconocieron posteriormente a éstos elementos como componentes del injusto, separados de la culpabilidad.

Al descubrirseles se les bautizó como elementos subjetivos del injusto, e incluso hoy en día algunos autores los designan como tales, sin embargo nosotros los estudiaremos con el concepto de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo o elementos del tipo subjetivo distintos del dolo.

Concepto.

"Si dolo es el querer del resultado típico (la voluntad realizadora del tipo objetivo), serán estos elementos subjetivos los que se requieran en los tipos y que difieran del mero querer la realización del tipo objetivo. Estos requerimientos pueden ser de dos distintas naturalezas: unos son ultraintenciones, particulares direcciones de la voluntad que van más allá del mero querer la realización del tipo objetivo; otros son particulares disposiciones internas del sujeto activo."¹²⁸

Es decir "junto al dolo, a veces los tipos penales exigen algo más desde el punto de vista subjetivo. En esos casos no es suficiente para la realización del tipo que la finalidad del autor llegue hasta la realización del tipo, sino que el autor debe haber perseguido otra finalidad trascendente (ulterior) a la realización del tipo, o bien obrado con una intención especial."¹²⁹

Para Welzel los elementos subjetivos del injusto no son otra cosa que elementos subjetivos personales especiales, que tiñen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. Es decir "es la postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo específico."¹³⁰

¹²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 447.

¹²⁹ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 51.

¹³⁰ Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 113.

Estos momentos han sido reconocidos desde hace mucho tiempo por la doctrina como elementos subjetivos del injusto.

Elementos subjetivos del injusto.

Los elementos subjetivos del injusto para Welzel son:¹³¹

- a) La intención;
- b) La tendencia especial de acción; y
- c) Los momentos especiales de ánimo.

Los elementos subjetivos del injusto para Zaffaroni son:¹³²

- a) Tendencia interna trascendente;
- b) Tendencia interna peculiar; y

Pasaremos a explicar los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo en atención a la clasificación de Welzel.

a) Intención. "En sentido estricto es la meta o finalidad perseguida por la acción típica. Así, en el engaño es el medio para el fin de alcanzar un beneficio patrimonial. No es necesario que la intención como finalidad de la acción típica, sea el fin último (el móvil) del autor.

¹³¹ Ibidem, p. 114 y 115.

¹³² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, pp. 449 y 450.

Basta con que sea la finalidad inmediata de la acción típica, la que a su vez frecuentemente será el medio para otro fin ulterior."¹³³

Ejemplo: El infanticidio. En este tipo penal estaremos en presencia de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, porque no es suficiente para la realización del tipo que la finalidad del autor llegue hasta la realización del tipo, sino que el autor debió haber perseguido otra finalidad ó intención trascendente, siendo esta la de ocultar su deshonra.

De ningún modo debe considerarse que hay intención sólo cuando el autor considera la finalidad perseguida como consecuencia segura de su actuar, ya que también hay intención respecto de aquél fin de la acción que el autor considera sólo posible de alcanzar, e incluso resultados indeseados pueden ser objeto de la intención del autor, a estos últimos se les da el nombre de tendencia interna trascendente o ultraintenciones.

Ultraintenciones. Son aquéllos que se caracterizan por ser portadores de una intención que va más allá del mero querer la realización del tipo objetivo.

Ejemplo: Bastará para la consumación del delito de fraude, que el autor cause un daño patrimonial ajeno mediante el engaño

¹³³ Welzel, Hans, Op. cit., p. 114.

siempre que lo haya hecho con la intención de obtener una ventaja patrimonial, pero no es necesario para que se dé éste, que se obtenga el beneficio patrimonial perseguido, basta que exista la intención.

b) La tendencia especial de acción, "sobre todo se trata aquí de la tendencia voluptuosa en los delitos de lascivia. Acción lasciva es exclusivamente la lesión objetiva del pudor llevada a efecto con tendencia subjetiva voluptuosa."¹³⁴

c) Los momentos especiales de ánimo. Son aquéllos que se caracterizan por una particular disposición del ánimo del autor.

Es decir, son aquéllos que versan sobre una actitud subjetiva del autor que determina un especial disvalor ético social de la acción. Ejemplo: la alevosía, la maldad.

6. La atipicidad según el sistema finalista.

Las causas de atipicidad en la teoría finalista se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Así serán causas de atipicidad las siguientes:

¹³⁴ Welzel, Hans Op. cit., p. 115.

6.A. Por ausencia de algún elemento objetivo, sea por:

6.A.1. Falta del número o calidad del sujeto activo.

6.A.2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.

6.A.3. Falta del bien jurídico tutelado.

6.A.4. Falta de la acción u omisión.

6.A.5. Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado.

6.A.6. Falta de los elementos normativos.

6.A.7. Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

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

6.B.1. Falta del dolo o de la culpa.

6.B.2. Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tendencia, ánimo, etcétera).

El sistema causalista señala casi las mismas causas de atipicidad, por la falta de elementos objetivos, a que se refiere el sistema finalista; sin embargo difieren fundamentalmente en que el sistema finalista incluye como causas de atipicidad, la ausencia de dolo, o de otros elementos subjetivos distintos del dolo, por ubicar el dolo y la culpa como elementos subjetivos de la acción típica.

6.C. El error de tipo como causa de atipicidad.

El dolo se compone de dos elementos: el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de realización del tipo. Hay conocimiento siempre y cuando el autor haya obrado con error o ignorancia sobre alguno de esos elementos.

"Cuando el autor ha obrado con error o ignorancia, faltan el conocimiento y por lo tanto también la voluntad de realizar el tipo."¹³⁵

El error es entonces una causa que excluye el dolo, y, dado que ese error solamente puede recaer sobre los elementos del tipo objetivo, es por ello que recibe el nombre de error de tipo.

¹³⁵ Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 53.

El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo.

Ejemplo: Quien cree disparar sobre un oso y en realidad dispara sobre su compañero; el caballero que se apodera de un abrigo que piensa que es de él; o quien yace con una mujer de dieciocho años, que en realidad tiene catorce.

En estos casos desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo. No habiendo querido la realización del tipo objetivo, no hay dolo y, por ende, la conducta es atípica.

Es decir, en el error de tipo hay una tipicidad objetiva, pero no hay tipicidad subjetiva, porque falta el dolo.

Así, quien dispara sobre lo que cree que es un oso no puede tener la voluntad de matar a un hombre.

El error de tipo, debido al desconocimiento o el error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa; ahora bien, si el error es vencible, es decir, si el sujeto con la previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, debió superar ese error, queda subsistente la culpa, mas no el dolo.

Ejemplo: El sujeto que dispara sobre una persona confundíendola con un animal y la mata, no responderá por homicidio doloso, pero sí por homicidio culposo, si el error en que incurrió se debió a su imprudencia o negligencia.

"Así, quien dispara sobre lo que cree que es un oso no puede tener la voluntad de matar a un hombre, pero quien dispara sobre un hombre creyendo que éste estaba a punto de matarle y que, por ende, actúa en legítima defensa, está también en error, sólo que este error no excluye la voluntad de matar (dolo), sino que es un error sobre la prohibición de la conducta dolosa, que queda fuera del error de tipo y dentro del concepto de error de prohibición, que es un problema de culpabilidad."¹³⁶

Error de prohibición.

"El error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo del tipo). El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable, o la atenúa si es evitable."¹³⁷

El llamado error de prohibición se presenta en la teoría del finalismo a nivel del estudio de la culpabilidad.

¹³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 437.

¹³⁷ Welzel, Hans, *Op. cit.*, pp. 232 y 233.

Diferencias entre el error de tipo y el error de prohibición

ERROR DE TIPO

1. Afecta al dolo.
2. Elimina la tipicidad dolosa.
3. El agente no sabe lo que hace.

ERROR DE PROHIBICION

1. Afecta la antijuridicidad.
2. Puede eliminar la culpabilidad.
3. El agente sabe lo que hace, pero cree que su conducta no es antijurídica.

Errores accidentales.

Los errores llamados accidentales se clasifican en:

- a) Error en el objeto;
- b) Error en la persona; y
- c) La *aberratio ictus*.

El sistema causalista estudia a los errores accidentales dentro de la culpabilidad referida al dolo; el sistema finalista los estudia dentro de la tipicidad.

Estos errores son irrelevantes; sin embargo, para algunos autores del sistema finalista se puede alterar el grado de dolo o culpa, en el supuesto de quien por error (en el golpe o la persona) mata a su padre, se presentaría el caso de tentativa de homicidio doloso y delito de homicidio culposo (muerte del padre) como concurso de delitos; lo mismo tendría que decirse en el caso de quien dispara contra un perro y alcanza al dueño. No se alteraría el dolo en el supuesto de quien erróneamente cree haber privado de la vida a su víctima de un disparo de arma de fuego que únicamente lo ha dejado herido, pero después el sujeto activo arroja al lesionado a un precipicio para ocultar el "cadáver" y es en la caída, cuando su víctima efectivamente muere. Se trata de un delito doloso; el sujeto se propuso la acción finalista de matar a la víctima y lo consiguió.

Dentro de los errores sobre la causalidad encontramos los siguientes:

1. *Aberratio ictus* - error en el objeto;
2. *Aberratio ictus* - error en el golpe; y
3. *Dolus generalis*

1. ABERRATIO ICTUS-ERROR EN EL OBJETO. Se presenta cuando "una conducta se dirige contra un objeto, pero afecta a otro objeto, al que no se quería ni se aceptaba la posibilidad de afectar."¹³⁸

Cuando el objeto de la conducta y el ente que resulta afectado no sean equivalentes, desaparecerá el dolo, es decir, estaremos en presencia de un concurso ideal, en donde, si alguien dispara contra una persona y lesiona a su perro, en tal caso habrá tentativa de homicidio y daño en propiedad ajena culposo.

Ejemplo: No hay dolo en el robo, si alguien se apodera de una cosa propia creyendo que es ajena, en este caso, desaparece el dolo porque éste es el querer la realización del tipo objetivo con conocimiento de sus elementos, cuando en realidad existen en la imaginación del autor.

Cuando los objetos son equivalentes, también estaremos en presencia de un concurso ideal, es decir, si alguien dispara contra uno y mata a un tercero, tendremos un concurso ideal de tentativa de homicidio con homicidio culposo. No obstante algunos autores refieren en este caso que estaremos en presencia de un delito doloso, porque el agente quería matar a un hombre y mató a otro.

¹³⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 434.

Sin embargo esta última posición no convence, porque si A mata a B y se desvía la bala y mata también a C, entonces no podrá decirse que la muerte de C sea dolosa; o bien si sólo se lesiona a B y mata a C, entonces para C habrá homicidio y no podrían explicarse las lesiones que sufrió B.

2. ABERRATIO ICTUS-ERROR EN EL GOLPE. "El error en el objeto es el que se da cuando se cree dirigir la conducta contra un objeto pero en realidad se la dirige y se afecta otro objeto. Aquí, cuando los objetos son equivalentes no hay problema, pues desaparecerá el dolo: no hay dolo de lesiones si quiere alguien golpear a su vecino y confunde al mono del vecino con su dueño a causa de la oscuridad; no hay dolo de hurto si alguien se apodera de una cosa propia creyendo que es ajena, o no hay dolo de adulterio si alguien tiene acceso carnal con su propia mujer creyendo que es la ajena. En todos estos casos desaparece el dolo porque éste es el querer la realización del tipo objetivo con conocimiento de sus elementos, cuando en realidad están faltando esos elementos, que sólo existen en la imaginación del autor."¹³⁹

¹³⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, pp. 434 y 435.

Ejemplo: Quien confunde a su enemigo con su vecino y dirige su conducta a matar a su vecino y lo mata, cometerá el delito de homicidio.

3. DOLUS GENERALIS. "Es un error sobre la causalidad en que el autor cree haber alcanzado el resultado, pero en realidad éste sobreviene dentro del curso causal con posterioridad."¹⁴⁰

Ejemplo: Cuando una persona cree haber matado a golpes a un individuo, el cual sólo está desmayado y decide colgarla para simular un suicidio.

Para algunos autores se estimará que se trata de una sola conducta y que el error es irrelevante, concluyendo que estamos en presencia de un homicidio doloso consumado; para otros habrá dos conductas y, por ende, la desviación del curso causal es relevante, es decir, habrá un concurso real de tentativa de homicidio y homicidio culposo.

Pero para que haya una conducta es necesario que previamente al hecho exista una unidad de decisión: matar y colgar para simular un suicidio; ya que de lo contrario si esta decisión no existió previamente, se dirá que hay dos conductas.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 435.

CAPÍTULO IV

SUMARIO : IV. Clasificación del tipo. 1. Clasificación a nivel de los elementos objetivos del tipo. A) Delitos instantáneos, permanentes o continuos y continuados. B) Delitos de resultado material y de mera conducta. C) Delitos de lesión y de peligro. D) Delitos consumados y tentados. 2. Clasificación en atención a los elementos subjetivos del tipo. A) Tipos dolosos y culposos.

IV. CLASIFICACIÓN DEL TIPO.

1. Clasificación a nivel de los elementos objetivos del tipo.

A) Delitos instantáneos, permanentes o continuos y continuados.

A.1. TIPOS DE CONDUCTA INSTANTANEA. “Son aquellos en los que la realización del comportamiento descrito o la producción del evento señalado se agotan en un solo momento.”¹⁴¹

Dentro de éstos citaremos como ejemplo la bigamia, que se consuma en el instante en que se consuma el segundo matrimonio; o el aborto que se estructura en el momento en que se expulsa el feto como consecuencia de las maniobras realizadas sobre la madre embarazada.

¹⁴¹ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 139.

A.2. TIPOS DE CONDUCTA PERMANENTE. "Son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobras de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción."¹⁴²

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: la privación ilegal de la libertad, el secuestro, etc,. En estas conductas el proceso consumativo se mantiene durante todo el tiempo en que los agentes permanezcan asociados o en que el sujeto activo mantenga privado de la libertad al pasivo.

A.3. Tipos de conducta continuados.

B) Delitos de resultado material y de mera conducta.

B.1. TIPOS DE RESULTADO MATERIAL. "Se caracterizan porque la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado, de tal manera que si éste no se realiza, el hecho carece de tipicidad plena."¹⁴³

¹⁴² Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 140.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 137.

Es decir, los tipos de resultado material son aquellos que provocan un cambio en el mundo exterior. Dentro de ellos citaremos como ejemplo el homicidio.

Los tipos de resultado a su vez suelen clasificarse en atención a los siguientes aspectos:

a) A su gravedad. La gravedad de la lesión producida sobre el bien jurídico, es lo que lleva al legislador a tipificar una conducta como punible, así encontramos algunas circunstancias que hacen más rigurosa la sanción.

b) A su duración. Tiene importancia tomar en consideración la duración del evento para los efectos de la punibilidad, tal es el caso de las lesiones, ya que de acuerdo a la duración en que tardan en sanar las lesiones producidas será la sanción que se imponga al agente;

c) A su número. Aunque ordinariamente los tipos penales sólo describen un resultado, en ciertas ocasiones una misma conducta produce dos o más eventos o el propio tipo exige una pluralidad de conductas homogéneas o heterogéneas que a su vez producen varios resultados, así como se habla de resultado único o plurimo.

B.2. TIPOS DE MERA CONDUCTA. Son aquellos que "describen como punible el simple comportamiento del agente; respecto de ellos el legislador ha considerado que la conducta por sí misma, dada su potencialidad criminosa, debe ser objeto de represión penal, independientemente del resultado (evento) que pueda producir."¹⁴⁴

Hay tipos de mera conducta puros y tipos en los que se hace referencia a un resultado.

Los tipos de mera conducta puros. Son aquellos que "sólo describen una conducta, sin relación jurídica alguna con ningún resultado inocuo, benéfico o lesivo; tal es el caso del peculado, cuando el funcionario se limita a dar a los caudales o efectos que administra una aplicación diferente a aquélla a que están destinados."¹⁴⁵

B.3. TIPOS DE RESULTADO MATERIAL. Son aquellos en los cuales aun cuando "basta la realización de la conducta descrita para la configuración del ilícito, el tipo hace referencia tácita o expresa a un nuevo evento determinado; sólo que este resultado está ubicado más allá del tipo en cuanto su presencia o su ausencia para nada afectan la tipicidad de la conducta."¹⁴⁶

¹⁴⁴ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 136.

¹⁴⁵ *Idem*, pp. 136 y 137.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 137.

La referencia es tácita en las hipótesis en que la acción es punible en razón de la potencialidad que tiene para producir un evento lesivo de concretos intereses jurídicos.

C) Delitos de lesión y de peligro.

C.1. DE LESION. "Son aquellos respecto de los cuales la adecuación típica envuelve la destrucción o disminución del bien jurídico materia de la protección estatal."¹⁴⁷

C.2. DE PELIGRO. Son aquellos que describen conductas que tienen por "finalidad amenazar o poner en peligro el bien jurídico objeto de la protección oficial."¹⁴⁸

Los tipos de peligro a su vez suelen clasificarse en atención a los siguientes aspectos:

a) Peligro directo e Indirecto.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 132.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 133.

a.1. Peligro directo. "Son aquellos que directa e inmediatamente amenazan la integridad del bien jurídico que el legislador ha pretendido tutelar."¹⁴⁹

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: el delito contra la salud, el delito de contaminación de aguas etc.

a.2. Peligro Indirecto. Son aquellos "que describen comportamientos que el legislador ha considerado peligrosos en cuanto de ellos se desprenden consecuencias nocivas para la incolumidad del bien protegido. En estas hipótesis el legislador, dada la trascendencia del bien que quiere defender, no sólo lo ampara del peligro de lesión, sino de cualquiera amenaza que pueda producir un peligro de lesión, por eso construye tipos penales cuya misión es la de salvaguardar doblemente tal bien."¹⁵⁰

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: el delito de rebelión.

b) Peligro efectivo y presunto.

¹⁴⁹ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 134.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 134.

b.1. Peligro efectivo. Son aquellos "que exigen la prueba de que el bien jurídico tutelado se haya puesto efectivamente en peligro por la conducta del agente; si tal circunstancia no se demuestra la conducta es atípica, y por ende, impunable, al menos dentro del marco de este tipo concreto."¹⁵¹

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: el delito previsto en la Ley de Ataques a las Vías Generales de Comunicación, que sanciona la conducta de quien dañe o deteriore una vía férrea o automovilística o dañe o destruya maquinas o instrumentos.

b.2. Peligro presunto. A diferencia de los anteriores, son los que "no exigen la prueba del peligro; basta en ellos que la conducta se realice y en consecuencia el ilícito se estructura independientemente de la demostración de la existencia o inexistencia de un efectivo peligro sobre el bien jurídico tutelado en cabeza del sujeto pasivo; en otras palabras, el peligro se presume *juris et de jure*, lo que significa que no le es permitido al agente demostrar que en el caso concreto el bien jurídico de que se trate no estuvo en peligro de sufrir lesión alguna."¹⁵²

¹⁵¹ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 143.

¹⁵² Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 135.

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: el delito de asociación.

c) Peligro individual y común.

c.1. Peligro individual. Son "aquellos tipos respecto de los cuales la conducta en ellos descrita amenaza a una o varias personas concretamente determinadas o determinables, los que, como dice Hungría afectan intereses de una sola persona o de un exiguo y determinado grupo de personas."¹⁵³

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: los delitos contra la integridad individual; el contagio venéreo, etc.

c.2. Peligro común. "Son aquellos que describen conductas susceptibles de afectar a un número indeterminado de personas."¹⁵⁴

D) Delitos consumados y tentados

D.1. DELITOS CONSUMADOS. Es "cuando concurren todos los elementos del tipo."¹⁵⁵

¹⁵³ *Idem*, p. 135.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 136.

¹⁵⁵ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 103.

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: el homicidio.

D.2. DELITOS TENTADOS. Es "cuando el autor dolosamente haya dado comienzo a la ejecución de él, pero no lo consume por circunstancias ajenas a su voluntad."¹⁵⁶

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: la persona que desea matar a alguien, pero la policía evita el delito.

2. Clasificación en atención a los elementos subjetivos del tipo.

A) Tipos dolosos y culposos.

A.1. TIPOS DOLOSOS. "Es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo penal."¹⁵⁷ Es decir, es conocer y querer la realización del hecho típico.

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: el que desea matar a su amigo con una pistola.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 103 104.

¹⁵⁷ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 47.

A.2. TIPOS CULPOSOS. "El dolo implica el saber las circunstancias del tipo objetivo, y además del saber el querer la realización del tipo objetivo. En la medida en que el delito culposo no hay coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y el resultado prohibido, esta distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo ya no tiene razón de ser."¹⁵⁸

Lo que contiene el tipo penal es precisamente la materia de la prohibición, es decir, la descripción del hecho prohibido por la norma. Los dos elementos que caracterizan el objeto de la prohibición de la norma penal son:

- a) Violación del deber objetivo de cuidado; y
- b) Cognoscibilidad del resultado que de ello se deriva (previsibilidad objetiva).

Por la producción de eventos socialmente intolerables, debe entenderse a la imprudencia, falta de cuidado o previsión.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 137.

Dentro de éstos citaremos como ejemplo: la persona que acelera su vehículo, no desea realizar el hecho típico, es decir, no desea atropellar a ninguna persona, pero por su imprudencia (falta de cuidado) arrolla a una persona; o bien con previsión espera que no ocurra.

CAPÍTULO V

S U M A R I O : V. Antecedentes del actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. 1. Regulación anterior a la reforma de 1986. 2. Reformas de 1986 al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. 3. Reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución. 4. Reformas de 1994 al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos penales. a) Determinación formal de los elementos del tipo penal. b) Contenido de la responsabilidad (culpabilidad).

o

V. ANTECEDENTES DEL ACTUAL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Algunos autores coinciden en señalar a Farinaccio como el creador del concepto de cuerpo del delito.

Como *corpus delicti* se caracterizó en primer término a la totalidad de las huellas exteriores de la comisión de un delito, mientras que más tarde, en el siglo XVIII y principios del XIX, se entendió el *corpus delicti* como la totalidad de elementos que pertenecen a un determinado delito.

El cuerpo del delito tiene su origen en el medievo, en donde se le identificaba con los nombres de *corpus instrumentorum* (instrumento o cosas con las cuales se cometió el delito); *corpus criminis* (la persona o cosa objeto del delito); o *corpus probationem* (las piezas de convicción, huellas, vestigios o rastros dejados por el delito, verbigracia la pistola, la navaja, la lesión, el objeto desapoderado).

El más remoto antecedente nacional del cuerpo del delito, lo encontramos en las reglas de instrucción que debían observar los tenientes, y comisarios del Real Tribunal de la Acordada, Santa Hermandad, y Juzgado Privativo de Bebidas Prohibidas en el uso de sus Comisiones, Aprobada por el Excmo. Señor Virrey de esta Nueva España, en conformidad de lo pedido, y consultado por los Señores Fiscal de

S. Mag. y Asesor General, expedidas el 20 de marzo de 1776, en cuya nota tercera, en catorce párrafos, establecen las formas de comprobación del cuerpo del delito de los ilícitos de homicidio, lesiones, violación, secuestro, incendio, robo y violación a la prohibición de bebidas.

En la época comprendida de finales del siglo XVIII a principios del XIX se conceptualizó al cuerpo del delito, como la comprobación de los elementos que pertenecían a un determinado delito, como claramente lo establecía Vilanova, quien entonces expresaba:

“No sin fundamento es sentado, que es lo mismo el cuerpo del delito, que la real comisión del mismo; porque se entiende por cuerpo del delito el mismo delito; esto es, la material ejecución del hecho prohibido por la ley; como que la tal prohibición es la forma del delito, y el hecho advertido con que se contraviene, es la materia; cuyas calidades son inseparables, y ambas constituyen el cuerpo que hemos figurado. El efecto resultivo del hecho criminoso no es el dicho cuerpo, aunque equivocadamente así suele llamarse; la perpetración efectiva, material y formal del mismo, lo es únicamente; y esto concluye, que el cadáver con apariencias del muerto violentamente, las heridas que desabrocha el cuerpo, la sangre que le baña, la arma que comprueba la herida, la rotura de la vulva de la que fue estuprada, ó el hallazgo de cosa desaparecida en poder del que la robó, no pueden decirse cuerpos respectivamente de los delitos de homicidio, agresión estupro y robo, pues sólo los hechos que causaron estos efectos, lo son en propiedad: las tales resultas únicamente son signos, por los cuales venimos en conocimiento de haberse cometido.”

Dentro de la literatura jurídica nacional volvemos a encontrar la figura procesal de cuerpo del delito, en la obra *Curia Filípica Mexicana*, cuya paternidad se atribuye al jurista mexicano del siglo XIX, Juan Rodríguez de San Miguel, obra editada por Mariano Galván Rivera e impresa por Navarro en 1850.

En aquel entonces, dichas definiciones del cuerpo del delito se tuvieron como válidas, dada la lenta evolución de la ciencia penal.

Es a principios de este siglo y gracias a la creación del concepto de tipo, hoy elemental estructura conceptual del delito, cuando se advierte que las concepciones antes dichas correspondían, en realidad, sólo a alguno de los elementos componentes del aspecto objetivo del tipo.

Con ello se advierte también que ya desde esa época queda rebasado el concepto original de cuerpo del delito referido únicamente a los objetos, instrumentos o huellas.

Con la evolución de la dogmática penal de principios de siglo, se va perfilando el concepto de tipo, hasta reconocerse todos sus elementos.

I. Regulación anterior a la reforma de 1986.

El primer código procesal penal que tuvo nuestro país, fue el de 1880, el cual no precisó el contenido de *cuerpo del delito*, pero dedicó varios artículos a señalar reglas para su comprobación; así en su Título II, denominado de la "Instrucción", se ocupa en su Capítulo IV, llamado de la Comprobación del Cuerpo del Delito, precisamente en los artículos 121 a 157, que establecen lo siguiente:

ARTICULO 121. "La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho ó la de una omisión que la ley refuta delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior".¹⁵⁹

ARTICULO 157. "Si el delito no hubiere dejado vestigios permanentes, ó estos no existieren ya, el juez recogerá todas las pruebas relativas a la naturaleza y circunstancias del hecho; y en el segundo caso, hará constar los motivos que haya producido la desaparición de los vestigios, y tomará todas las providencias que conduzcan a la comprobación del delito".¹⁶⁰

El código procesal siguiente, es el de 1894, el cual señalaba en cambio en su artículo 104:

¹⁵⁹ Artículo 121 del Código Federal de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1880.

¹⁶⁰ Artículo 157 del Código Federal de Procedimientos Penales de 1880.

"Artículo 104.- Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en el artículo 9o."¹⁶¹

En el Código Penal de 1871, se establecía :

ARTICULO 9o. "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo y a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito."¹⁶²

En su exposición de motivos, Rafael Rebollar, miembro de la comisión redactora, acotaba lo siguiente:

El artículo 139 está ampliado a fin de hacer más fácil la averiguación de un homicidio en los casos de que no pueda encontrarse el cadáver. La comparación de ambos da la mejor explicación de la reforma, debiendo sólo añadirse: que la prevención para que el dictamen de los peritos, cuando pueda emitirse sin vacilación ni duda, por los datos recogidos, sea prueba bastante para la comprobación del homi-

¹⁶¹ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, editorial Porrúa, S.A., México, p. 376.

¹⁶² *Idem.*

cidio, a pesar de que no se haya practicado una autopsia imposible, se funda en que no es ésta el único medio de comprobación; y no admitir otros sería resignarse a dejar impunes delitos cuya misma gravedad requiera mayor eficacia en los medios de represión.

Esta prevención podía ofrecer dificultades para los que participan en la idea vulgar e inadmisibles de que el cuerpo del delito lo constituyen los instrumentos con que se comete o los resultados o efectos de él.

El Código de Procedimientos Penales de 1894, en su artículo 104 indicaba:

"Art. 104. Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en su artículo 9º."¹⁶³

El artículo 9º. del Código Penal de 1871, establecía lo siguiente: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obro con dolo: a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito."¹⁶⁴

¹⁶³ Colín Sánchez., Guillermo, Op. cit., p. 376.

¹⁶⁴ Artículo 9º, Código Penal de 1871.

Los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban el delito con el cuerpo del delito. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendiendo aclarar la confusión, sentó jurisprudencia declarando que: por cuerpo del delito debe entenderse "el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo".¹⁶⁵

Antes de 1984, en los códigos procesales se entendía por *cuerpo del delito* a la descripción objetiva del hecho, esto es, a los componentes objetivos de la figura delictiva; así el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales señalaban:

"El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción."¹⁶⁶

¹⁶⁵ Semanario Judicial de la Federación, Tomos XXVII, pp. 209, 365, 388 y 1982 y XXIX, p. 1295.

¹⁶⁶ Código Procesal Penal anteriores al de 1984.

Con posterioridad se descubre que el tipo no se integra sólo con componentes objetivos, amén de los ya descubiertos elementos normativos, y en algunos casos requiere, además de elementos subjetivos, correspondientes, según expresión de Mezger, a aspectos que se encuentran en el alma del autor.¹⁶⁷

Esto ocurre en el período relativo al resquebrajamiento, ya entonces vidente del esquema —injusto objetivo— culpabilidad subjetiva, en que el injusto no parece tan objetivo como se había planteado, ya que se concluyó que el mismo requiere tanto de elementos objetivos, como descriptivos y normativos, y en algunos casos de elementos subjetivos, pero sin incluir entre estos últimos al dolo y la culpa, los cuales antiguamente eran considerados como formas o especies de la culpabilidad.

2. Reformas de 1986 al Código Federal de Procedimientos Penales al artículo 168.

ARTICULO 168. "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.

¹⁶⁷ Mezger, Edmundo, *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Traducción de Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Sexta Edición, 1955, p. 147.

La presunta responsabilidad del inculcado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado."¹⁶⁸

ARTICULO 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 en la forma que establece la fracción I, del artículo 174, siempre y cuando la confesión del procesado esté administrada con elementos que ha juicio del tribunal la hagan verosímil, pero para el de peculado es necesario, además, que se demuestre, por cualquier otro medio de pruebas, los requisitos que acerca del sujeto activo prevenga la ley penal."¹⁶⁹

ARTICULO 180. "Para la comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad del inculcado, el Ministerio Público, sus auxiliares, la policía judicial 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".¹⁷⁰

3. Reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución.

En el decreto publicado el 3 de septiembre de 1993, aparecen modificaciones a diversos preceptos constitucionales, entre ellos nos referimos en forma especial a las que se dieron a los artículos 16 y 19 de la Carta Magna Fundamental, en los cuales se introduce cam-

¹⁶⁸ Artículo 168, Código Federal de Procedimientos Penales.

¹⁶⁹ Artículo 117, Código Federal de Procedimientos Penales

¹⁷⁰ Artículo 118, Código Federal de Procedimientos Penales

bios significativos, ya que se sustituyó el concepto de cuerpo del delito por el de elementos del tipo, ya que con la evolución de la ciencia penal, se advierte que el tipo penal está integrado no sólo por elementos objetivos, sino también por elementos subjetivos.

Sin embargo, en los códigos procesales anteriores a esta reforma, se entendía por *cuerpo del delito* a la descripción objetiva del hecho, esto es, a los componentes objetivos de la figura delictiva, e incluso en algunos otros casos se le identificó con los instrumentos, objetos o huellas del delito, lo cual era incorrecto, ya que éste sólo hace referencia a los elementos objetivos del tipo, dejando sin contemplar a los demás elementos.

Con la evolución y con la propia reforma que sufrió este artículo ahora el concepto de elementos del tipo, reconoce todos sus elementos.

Se mantuvo constante la alusión a la *probable responsabilidad* del sujeto indiciado, inculpado o inculpatado.

ANTES DE LA REFORMA:

ARTICULO 16. "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser 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 apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata."¹⁷¹

ACTUAL REDACCION DEL ARTICULO:

ARTICULO 16. "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado."¹⁷²

Como puede advertirse la reforma consistió en que ahora para dictar la orden de aprehensión debe acreditarse la existencia de los elementos del tipo y no se alude a la acreditación del cuerpo del delito.

¹⁷¹ Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷² Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ANTES DE LA REFORMA:

ARTICULO 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 deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado."¹⁷³

ACTUAL REDACCION DEL ARTICULO:

ARTICULO 19. "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste."¹⁷⁴

Como puede observarse la actual redacción del artículo 19 de la Constitución contempla exclusivamente como requisitos esenciales para dictar un auto de formal prisión, que se acrediten los elementos del tipo penal que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.

¹⁷³ Artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷⁴ Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Debe destacarse que la nueva redacción del precepto elimina la mención de la comprobación del cuerpo del delito y se sustituye por el del acreditamiento de los elementos del tipo. Así mismo deja sin efecto las formas de comprobación específicas que regulan los Códigos de Procedimientos Penales, para estatuir en forma clara y precisa como presupuesto fundamental de todo auto de formal prisión que se acrediten los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido, lo cual significa que deben examinarse los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, para poder determinar si el hecho que se atribuye al indiciado se adecua a la descripción típica y si existen datos suficientes que acrediten la probable responsabilidad.

4. Reformas de 1994 al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

a) Determinación formal de los elementos del tipo penal.

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 sustituyen por las expresiones de *elementos del tipo penal* y de *probable responsabilidad*.

ACTUAL REDACCION DEL ARTICULO 168:

"ARTICULO 168. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal; 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 atribubilidad a la acción u omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos; y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

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."¹⁷⁵

Debe destacarse que la nueva redacción del precepto elimina la mención de la comprobación del cuerpo del delito y se sustituye por el del acreditamiento de los elementos del tipo.

"El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecía hasta antes de las reformas que entraron en vigor en 1984, que el cuerpo del delito se integraba sólo de los elementos materiales u objetivos del delito; concepción que se corresponde con la idea más tradicional del tipo penal, aunque de dicho contenido no se derivaba necesariamente la vinculación con este concepto.

Con la reforma de 1984, se estableció ya una equiparación entre el contenido del cuerpo del delito y el tipo penal, al establecerse que "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".

Pero, si bien el nuevo contenido de esta disposición constituía un material muy importante para la doctrina, ya que permitía la aplicación de criterios diversos para la interpretación, para los efectos

¹⁷⁵ Artículo 168, Código Federal de Procedimientos Penales.

prácticos no representó un cambio determinante, pues para algunos venía a ser lo mismo. Cada quien tenía su propio concepto de tipo penal y, por ello, cada quien le daba el contenido que quería; observándose, sin embargo, que la gran mayoría seguía manteniendo el criterio de que el tipo penal se integra sólo de elementos objetivos, tal como sucedía antes de dichas reformas, y sólo algunos admitían que, excepcionalmente ciertos tipos se integraban, además de los elementos objetivos, también de elementos subjetivos distintos al dolo, cuando el tipo penal así lo exigiera expresamente y eran todavía más escasos quienes, además de esos elementos admitían que el dolo y la culpa eran igualmente partes integrantes del tipo penal y, por tanto, también había que analizarlos para efectos de determinar la existencia de los elementos del cuerpo del delito.

Con la reforma que sufrió el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece que entre los elementos del tipo penal están precisamente el dolo y la culpa.

Conforme a esta disposición, una vez afirmada la existencia de una acción o de una omisión, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, los medios utilizados, el nexo de causalidad, entre otros elementos de carácter objetivo, habrá que determinar si la conducta fue realizada dolosa o culposamente. Y en este punto entran en consideración los contenidos del artículo 9º del Código Penal, que es el

que nos indica cuándo una conducta es dolosa o culposa; los datos o elementos que en él se señalan, que son los característicos de la conducta dolosa o culposa, son los que habrá que acreditar, por una parte, el Ministerio Público de la Federación y constatar, por otra, el juzgador federal, en el ejercicio de las funciones que a cada uno corresponde.

Como puede observarse, el nuevo artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, determina con mayor técnica los mecanismos para que el Ministerio Público de la Federación acredite los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpa-do; esta demanda habrá de afectar de un modo saludable la integración de la averiguación previa, ya que es a partir de ella de donde se desprenden las bases para el ejercicio de la acción penal; a su vez, este requisito se extiende hasta la autoridad judicial, misma que examinará si la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpa-do constan en autos.

De lo anterior se puede concluir que el presente dispositivo refuerza el régimen de seguridad jurídica, no sólo porque obliga al ministerio público a integrar una averiguación previa con más cuidado y objetividad, sino porque demanda además, una mayor preparación técnica y una verdadera profesionalización de los agentes del ministerio público y jueces.

Por último cabe advertir que la nueva redacción del artículo en comento presenta un carácter más técnico, es decir, su precisión terminológica regula en forma pormenorizada el cúmulo de exigencias que eleva ante el ministerio público, los jueces y la propia defensa, ya que este dispositivo estimula la investigación jurídica, el desarrollo de nuestra doctrina penal y, sobre todo, creará las premisas para que el sentido de responsabilidad de los servidores públicos y de los litigantes se adecue al moderno derecho penal.

b) Contenido de la responsabilidad (culpabilidad)

Por lo que respecta a la expresión "probable responsabilidad", la reforma constitucional no alteró dicha expresión, pero la legislación procesal cambia su significado, en correspondencia con la idea que se ordena acerca del tipo penal.

En la anterior legislación, el tercer párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales entendía por probable responsabilidad la participación en la conducta o hecho constitutivo del delito demostrado.

La noción adoptada con la reforma por el penúltimo párrafo del artículo 168 se construye a partir de datos negativos y positivos, ya que para acreditar la probable responsabilidad se necesita que no esté probada una causa de licitud, por una parte, y que si lo esté la probable culpabilidad.

Los tribunales federales, adaptando sus tesis jurisprudenciales a la reforma que sufrió el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, publicó la tesis 6/97 de la Primera Sala, publicada en la página 197, cuyo rubro a la letra reza : **AUTO DE FORMAL PRISION. DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELIO EN EL MISMO.**

CAPÍTULO VI

SUMARIO : VI. Análisis del contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales: elementos del tipo penal de la responsabilidad. 1. Alcances del párrafo primero. A) Elementos del tipo penal : 2. Contenido de la fracción I del artículo 168. 3. Contenido de la fracción II: A) Consideración de los sujetos activos. B) Forma de intervención de los sujetos activos. Aplicación del artículo 13 del Código Penal Federal. 4. Contenido de la fracción III. A) Dolo y culpa como elementos subjetivos del tipo penal. B) Distinción entre dolo y culpa. Aplicación de los artículos 8 y 9 del Código Penal Federal. ¿C) Qué hay con la preterintención? 5. Contenido del párrafo segundo del artículo 168. A) Calidad del sujeto activo y del pasivo. B) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión. C) Los medios utilizados. D) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. E) Los elementos normativos. F) Los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea. 6. La antijuridicidad como requisito previo a la responsabilidad (párrafo tercero artículo 168). 7. La culpabilidad y su acreditación.

VI. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES: ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y DE LA RESPONSABILIDAD.

1. Alcances del párrafo primero.

A) Elementos del tipo penal.

Para el finalismo, el tipo está compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también de elementos subjetivos.

B.A) ELEMENTOS OBJETIVOS. Los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que sólo califican, agravan o privilegian (atenúan) al tipo autónomo (la premeditación como calificativa del homicidio, o la riña como atenuante en el propio delito de homicidio).

Como elementos objetivos del tipo podemos señalar:

1. El sujeto activo;
2. El sujeto pasivo;
3. El bien jurídico tutelado;
4. La acción u omisión;

5. El resultado típico en los delitos de resultado;
6. Los elementos normativos;
7. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

B.B) ELEMENTOS SUBJETIVOS. Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo y, en ocasiones, al ánimo o tendencia del sujeto activo.

Como elementos subjetivos del tipo se pueden considerar:

1. El dolo;
2. La culpa; y
3. Otros elementos subjetivos distintos del dolo como son el ánimo, la tendencia, etcétera.

De esta manera la teoría finalista coloca al dolo, y a la culpa, como elementos del tipo, y no como elementos o especies de la culpabilidad como lo hace el sistema causalista.

2. Contenido de la fracción I del artículo 168.

- a) Acción y omisión;
- b) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

ACCION.

CONCEPTO.

ESTRUCTURA DE LA ACCION.

La estructura de la acción puede analizarse en tres niveles:

- a) El hombre se propone la realización de un fin (anticipación).
- b) Elige los medios para la realización del fin anticipado.
- c) Pone en marcha la realización del fin anticipado utilizando los medios elegidos.

De lo anterior puede concluirse que los que han seguido la teoría causal de la acción, han reducido la estructura de la acción a un mero suceso causal productor de un resultado (cambio en el mundo exterior): acusación de una transformación en el mundo exterior proveniente de un movimiento corporal voluntario.

"De esta manera la descripción típica (descripción de la acción producida por la norma) se agotará en la causación del resultado; la antijuricidad será simplemente el resultado no justificado; mientras que la

voluntad dirigente de la causalidad y su dirección al resultado (dolo) o no (culpa) será la culpabilidad.

En cambio si la acción se define como actividad humana final, la descripción de la acción contraria a la norma (tipo penal) tendrá que alcanzar también a la dirección final o no de la acción al resultado. Por ello este elemento es ya parte de la adecuación típica y no de la culpabilidad; la justificación no quedará reducida a que sólo el resultado aparezca cubierto por una causa de justificación: se requerirá también un obrar sobre la base de la justificación; la culpabilidad, por último, no será una categoría reservada para la descripción de los elementos subjetivos del comportamiento —que ahora son elementos de lo injusto—, sino que consistirá en la reprochabilidad al autor."¹⁷⁶

De lo expuesto se concluye que la finalidad es *vidente*, en tanto que la causalidad es *ciega*.

FASES DE LA ACCION. Para la teoría finalista, la acción pasa por dos fases, siendo éstas las siguientes:

1. Fase interna;
2. Fase externa.

1. LA FASE INTERNA. Es aquella "que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin."¹⁷⁷

¹⁷⁶ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 11.

A ésta pertenece:

- 1.A. La proposición de un fin;
- 1.B. La selección de los medios para su obtención, y
- 1.C. Representación de los resultados concomitantes.

"Ejemplo: Realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren, avión). Esta selección sólo puede hacerse a partir del fin. Es decir, sólo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere puede plantearse el problema de cómo lo quiere. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone. La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción."¹⁷⁸

Siempre que nos proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad para que se produzca el resultado querido.

¹⁷⁸ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, pp. 11 y 12.

2. LA FASE EXTERNA. Se presenta cuando una vez que el autor se ha propuesto el fin, ha seleccionado los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a poner en marcha en el mundo exterior su realización; es decir, pone en marcha la causalidad en dirección a la producción del resultado.

"En el campo de la causalidad sólo hay causas y efectos, en un proceso ciego que va al infinito. El nexo de causalidad —a nivel científico— no tiene una dirección. En lugar, la finalidad siempre es *vidente* (Welzel), es decir, tiene un sentido y se asienta sobre la previsión de la causalidad. El nexo de finalidad toma las riendas de la causalidad y la dirige."¹⁷⁹

En síntesis esquematizaremos las dos fases:

a) La anticipación (el proponerse) del fin que el autor quiere realizar.

1. FASE INTERNA.

b) Los medios que se emplean para su realización.

c) Las posibles consecuencias concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone.

¹⁷⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 363.

d) Es la puesta en marcha, la ejecución de los medios para realizar el objetivo principal.

2. FASE EXTERNA

a) Es el resultado previsto y el o los resultados concomitantes.

b) El nexo causal.

Los dos elementos descritos forman las fases de la acción; es decir, una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, e inclusive toma las consecuencias secundarias que se vinculan en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de esta fase de la acción, una vez que éstas se han realizado en el mundo externo.

El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como lo refiere la teoría causalista.

En la teoría causalista la acción se agotaría con la simple manifestación corporal, sin tomar en consideración si el actor se propuso los fines para realizarlo. Es por ello que se menciona que la teoría causalista es ciega, en tanto que la finalista es vidente.

Ejemplo: "La enfermera que coloca, sin saberlo, una inyección de morfina muy fuerte y de efectos mortales, realiza, desde luego, una acción de inyectar final, pero no una acción de matar. Quien, para ejercitarse, dispara a un árbol —detrás del cual se encuentra un hombre al que no puede ver, y lo mata—, realiza desde luego una acción final de práctica de tiro, pero no una acción final de matar. En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida (la muerte) ha sido producida en forma causal ciega por la acción final."¹⁸⁰

¹⁸⁰ Hans Welzel, *Op. cit.*, p. 57.

Para la teoría finalista, en el caso expuesto no se integraría el primer elemento del delito, hasta en tanto no se acredite que el autor se propuso los fines señalados como típicos, ya que de lo contrario no encontraríamos el dolo; luego entonces al no estar acreditados éstos no habría tal acción final.

De lo expuesto, puede observarse que en la teoría de la acción finalística, encontramos que el dolo y la culpa se ubican a nivel de la acción y no de la culpabilidad como erróneamente lo señala la teoría causalista.

Sin embargo, la teoría finalista de la acción ha sido criticada en cuanto a esta postura, ya que en el caso de los delitos culposos, sobre todo en la culpa sin representación y en el dolo eventual, no se puede explicar la finalidad de la acción.

SUJETOS DE LA ACCION. Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exigen la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica.

Esto quiere decir que sólo procede castigar a las personas físicas individuales que cometen algún tipo penal, sin perjuicio de las medidas civiles o administrativas que procedan.

Es decir, sólo puede ser sujeto activo del delito la persona física, pues la persona moral carece de voluntad.

Lo anterior no quiere decir que el derecho penal permanezca impasible frente a los abusos cometidos por las personas morales, especialmente en el ámbito económico, sino que por el contrario se procederá en contra de las personas físicas que integran a la persona moral.

UBICACION DEL RESULTADO Y DEL NEXO CAUSAL. "Está discutida la posición que dentro de la teoría del delito deben ocupar el resultado de la conducta y el nexo de causalidad que une a la conducta con el resultado."¹⁸¹

Algunos autores sostienen que el resultado (muerte), y el nexo de causalidad (explosión de pólvora), deben ser considerados junto con la conducta a nivel pre-típico (Welzel), en tanto que otros entienden que el resultado y el nexo de causalidad deben de ser considerados en la teoría del tipo (Maurach).

¹⁸¹ Zaffaroni, Enrique Raúl, *Op. cit.*, p. 364.

Eugenio Raúl Zaffaroni dice que para establecer dicha polémica primeramente debe distinguirse la previsión de la causalidad del nexo de causalidad; para dicho autor la previsión de la causalidad pertenece a la conducta, y no puede separarse de ella, porque sobre ella se monta la finalidad. La previsión se refiere aquí a una causalidad futura, imaginada por el autor, en tanto que el nexo de causalidad es algo pasado, que el juez comprueba después del hecho, al momento de juzgar.

De lo expuesto dicho autor llega a la conclusión de que "la previsión de la causalidad pertenece a la conducta, y no puede separarse de ella, porque sobre ella se monta la finalidad. La previsión se refiere aquí a una causalidad futura, imaginada por el autor. En lugar, el nexo de causalidad es algo pasado, histórico, que el juez comprueba después del hecho, al momento de juzgar. Conforme a esta distinción la previsión de la causalidad pertenece a la conducta, pero el nexo de causalidad y el resultado se hallan fuera de la conducta. La acción de arrojar una bomba sobre Hiroshima y el resultado Hiroshima arrasada, son cosas diferentes. Hiroshima arrasada no pertenece no pertenece a la acción de arrojar la bomba, sino que es sólo su resultado."¹⁸²

¹⁸² *Ibidem*, pp. 364 y 365.

Algunos autores percatándose de dicho fenómeno, y reconociendo que el nexo causal y el resultado no forman parte de la acción o de la conducta, han buscado un concepto que englobe a los tres (conducta, nexo y resultado), es así como Zaffaroni los identifica con la expresión *pragma*.

Causas que excluyen la acción (ausencia de conducta)

La acción no tiene lugar cuando se da alguna causa que la excluya, siendo éstas las que a continuación se enumeran:

1. Fuerza física irresistible;
2. Involuntabilidad (el estado de inconsciencia absoluta), y
3. Involuntabilidad por incapacidad para dirigir los movimientos (el acto reflejo).

1. FUERZA FISICA IRRESISTIBLE. Debe entenderse por ésta a "aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica."¹⁸³

Es decir "la fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente"¹⁸⁴

¹⁸³ Zaffaroni, Enrique Raúl, *Op. cit.*, p. 380.

¹⁸⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 17.

La fuerza física irresistible debe ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre (vis absoluta). Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esta posibilidad, no cabe apreciar esta eximente.

La fuerza física irresistible puede ser:

- a. Externa, o
- b. Interna.

A. FUERZA FISICA IRRESISTIBLE EXTERNA. La fuerza física irresistible externa, a su vez puede provenir:

- a.1. De la naturaleza, o
- a.2. De la acción de un tercero.

a.1. Hay fuerza física irresistible de la naturaleza. Cuando el agente es arrastrado por el viento, por una corriente de agua o empujado por un árbol.

a.2. Hay fuerza física irresistible por un tercero. Cuando la acción proviene de un tercero; en estos casos la ausencia de acto, sólo se da en el que sufre la fuerza física irresistible, pero no en el que la ejerce, ya que éste opera con voluntad.

La consecuencia principal de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero responde como autor directo del delito cometido, y el que actúe violentado por la fuerza irresistible no sólo no responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro.

La ausencia de conducta se limita a la acusación del resultado, pero colocarse bajo los efectos de una fuerza física irresistible es una conducta, y debe investigarse también su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad para determinar si hay delito.

Ejemplo: Si el que está al borde de una piscina participa de un juego violento entre varios sujetos que tratan de arrojarse mutuamente a la piscina en que hay niños, habrá conducta y será típica de los daños causados.

De lo expuesto, para que la fuerza física irresistible pueda operar como causa que excluya la acción o como ausencia de conducta, es necesario que la fuerza física irresistible provenga de "fuera" del sujeto, es decir, que sea externa.

B. FUERZA FISICA IRRESISTIBLE INTERNA. Dentro de la fuerza física irresistible interna, se encuentra la proveniente de la naturaleza del propio cuerpo del agente. Ejemplo: quien a causa del dolor de una pequeña quemadura inesperada, aparta violentamente la mano de tal suerte que rompe un objeto vecino.

"Los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, estados pasionales), no pueden servir de base a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto no excluye que puedan servir de base a la apreciación de otras eximentes, como la de trastorno mental transitorio que excluyen o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad."¹⁸⁵

2. INVOLUNTABILIDAD : CONCEPTO. "Es la incapacidad psíquica de conducta, es decir, el estado en que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de voluntad."¹⁸⁶

¹⁸⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁶ Zaffaroni, Enrique Raúl, *Op. cit.*, p. 382.

El delito requiere siempre que el autor tenga capacidad psíquica, ya que de lo contrario no habrá delito, ya que se requiere que exista una capacidad psíquica de voluntad para que haya conducta, tipicidad y culpabilidad; y a la suma de estos tres elementos es a lo que se le denomina *capacidad psíquica del delito*.

Para explicar la capacidad psíquica del delito Zaffaroni refiere como ejemplo el hecho de que un individuo al ser golpeado en el cráneo con un ladrillo, cae sobre el pavimento sin sentido; los movimientos que en ese estado hace, no son movimientos voluntarios, porque está anulada su conciencia; luego entonces, se encuentra en un estado de incapacidad psíquica de conducta (involuntabilidad).

Pero en cambio, refiere que cuando un loco o delirante mata a su vecino, porque se cree Napoleón, en dichas circunstancias realiza una conducta, porque actúa con decidida voluntad de matar, pero como se trata de un alienado mental, dará lugar a una incapacidad psíquica de culpabilidad (inimputabilidad).

Por conciencia debemos entender "el resultado de la actividad de las funciones mentales."¹⁸⁷

¹⁸⁷ Zaffaroni, Enrique Raúl, Op. cit., p. 383.

De esta definición cabe advertir que aun cuando la consciencia este perturbada, no hay ausencia de conducta, porque no desaparece la voluntad del sujeto.

Dentro de ésta encontramos los siguientes:

- a. El estado de inconsciencia absoluta, y
- b. El acto reflejo.

a. El estado de inconsciencia absoluta. Es cuando no hay consciencia, es decir, hay inconsciencia, entendiendo a ésta como la ausencia de voluntad, luego entonces no hay conducta.

Dentro de los casos de inconsciencia absoluta encontramos los siguientes casos:

- a) La crisis epiléptica o el desmayo;
- b) El hipnotismo;
- c) Sueño fisiológico;
- d) Sonambulismo, y
- e) Narcóticos.

Si los narcóticos producen una incapacidad, habrá que valorar cada caso, si el sujeto ha sido privado de consciencia por efecto del narcótico, no habrá conducta; si el narcótico sólo le ha producido una perturbación de la conciencia, habrá una incapacidad psíquica de tipicidad de la conducta o de culpabilidad.

III. INVOLUNTABILIDAD POR INCAPACIDAD PARA DIRIGIR LOS MOVIMIENTOS. Cuando existe incapacidad para dirigir los movimientos, habrá un caso de involuntabilidad, es decir, de ausencia de conducta, al tiempo que, cuando dé lugar a una incapacidad para dirigir sus acciones en forma adecuada a la comprensión de la antijuridicidad, habrá inculpabilidad.

IV. INVOLUNTABILIDAD PROCURADA. El sujeto que se procura un estado de incapacidad psíquica de conducta realiza una conducta. Es decir, si el individuo voluntariamente se coloca en una involuntabilidad procurada, aún así, realiza la conducta.

1. OMISION. CONCEPTO. "El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin."¹⁸⁸

El derecho penal no sólo comprende normas prohibitivas, sino también, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos.

Las normas penales que expresan prohibiciones reciben el nombre de tipo penal prohibitivo; y las que expresan mandatos de acción, dan lugar a un tipo penal imperativo.

La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión.

Es decir, en la omisión se analizarán los tipos imperativos, que son, "aquellos en los cuales la realización del tipo no consiste en hacer algo positivo, sino en no hacer algo ordenado por la ley."¹⁸⁹

¹⁸⁸ Welzel Hans, *Op. cit.*, p. 276.

¹⁸⁹ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 147.

Entre el delito comisivo y el omisivo la diferencia fundamental está en las reglas que rigen la adecuación típica; es decir, al tipo prohibitivo resulta adecuada solamente la acción que coincide con la descrita en el tipo; al tipo imperativo es adecuada toda acción que no coincida con la ordenada por la norma.

2. ESTRUCTURA DE LA OMISION. "Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción."¹⁹⁰

La acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la conducta susceptible de ser regida por la voluntad final.

"La omisión, eso sí, está referida necesariamente a una acción: no existe una omisión en sí, sino sólo la omisión de una acción determinada. Por lo tanto la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno limitativo: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona)."¹⁹¹

La ley penal establece tres formas distintas del delito de omisión que son:

¹⁹⁰ Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 276.

¹⁹¹ Welzel Hans, *Op. cit.*, p. 277.

- a) No cumplir con un determinado mandato de acción;
- b) Realizar un tipo penal de manera omisiva, y
- c) El tipo penal prohibitivo puede llevarse a cabo mediante omisión.

De lo anterior resulta :

a) El no cumplimiento de un determinado mandato de acción; tal sería el caso del delito de "abandono de persona", establecido en el artículo 341 del Código Penal, que consiste en "omitir prestar auxilio"; como puede observarse la ley describe el hecho de no dar cumplimiento a un mandato.

b) Realizar un tipo penal de manera omisiva. Hay tipos penales en los que su realización no sólo es posible de manera activa, sino que, además, es factible una forma omisiva de realizar el tipo; tal es el caso del tipo previsto en el artículo 225 fracción VI, en el que se reprende al servidor público (juzgador), "que a sabiendas dicte una sentencia definitiva que sea ilícita por violar algún precepto terminante de la ley."¹⁹²

¹⁹² Artículo 225, Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

c) El tipo penal prohibitivo, puede llevarse a cabo mediante omisión. Esta postura es discutible ya que no existe en la ley ningún precepto que lo autorice, sin embargo la doctrina la ha aceptado como tal, es decir, ha admitido que un tipo penal prohibitivo, puede sin embargo, llevarse a cabo mediante una omisión. Tal es el caso del tipo de homicidio, en donde bajo una norma prohibitiva "no matar a otro", resulta posible subsumir la conducta del que no impide la realización del resultado. A ésta se le da el nombre de comisión por omisión o delitos impropios de omisión.

La omisión penalmente relevante, a nivel de tipo de injusto del delito, es la omisión de la acción esperada.

De lo anterior se llega a la convicción de que el juzgador tendrá que acreditar si se violaron las normas prohibitivas o las imperativas; en este último caso, tendrá que acreditar que se trate de acciones ordenadas jurídicamente, para que con base en ello se pueda determinar que dichas acciones se han omitido.

3. CLASES DE OMISION. En el derecho penal, el delito omisivo puede ser:

- a) Delito de omisión propia;
- b) Delito de omisión y resultado,

c) Delitos impropios de omisión, o de comisión por omisión.

A.1. DELITO DE OMISION PROPIA. Son aquellos que se agotan en la infracción del mandato de acción. Ejemplo: el tipo previsto en el artículo 400 fracción V, que consiste en el deber de impedir la consumación de un delito.

ELEMENTOS DEL TIPO DEL DELITO PROPIO DE OMISION :

- a) La situación típica generadora del deber de obrar;
- b) La omisión o la no realización de la acción, y
- c) La existencia de un poder de hecho (capacidad de acción) para cumplir con la acción mandada.

De lo expuesto resulta:

- a) La situación típica generadora del deber de obrar. El primer elemento del tipo de los delitos de omisión consiste en la descripción típica como presupuesto del nacimiento del deber de actuar. Ejemplo: Artículo 341 "prestar auxilio a la persona atropellada".¹⁹³

¹⁹³ Artículo 341, Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

b) La omisión o la no realización de la acción. El segundo elemento del tipo de los delitos de omisión, consiste en no dar cumplimiento a la acción mandada por el mandato de acción. Ejemplo: no prestar el auxilio; es decir, el autor realiza una acción que no es la ordenada.

c) La existencia de un poder de hecho (capacidad de acción) para cumplir con la acción mandada. Las omisiones de una acción serán típicas cuando el autor tenga la posibilidad de hecho de evitar la lesión del bien jurídico. Ejemplo: La omisión es penalmente relevante cuando el no cumplimiento del mandato de prestar auxilio se dio por el omitente, el cual tenía el poder, la posibilidad de evitar ese resultado, es decir, tenía la posibilidad de evitar la lesión del deber jurídico.

A.2. DELITO DE OMISION Y RESULTADO. En algunos casos se sanciona en una misma disposición legal, tanto una acción que produce un resultado, como la omisión de evitar ese resultado.

A.3. DELITOS IMPROPIOS DE OMISION O DE COMISION POR OMISION. Son aquellos "que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar sancionados expresamente por la ley. Su transgresión se castiga, generalmente, de acuerdo al marco penal de

aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización de la misma lesión del bien jurídico."¹⁹⁴

Ejemplo: Dejar morir de hambre a un recién nacido, no está expresamente tipificado en ninguno de los tipos penales contra la vida e integridad corporal, sin embargo se admite que dicha omisión debe ser equiparada a la acción de matar y conectada causalmente con el resultado muerte.

CAUSALIDAD Y PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION. El delito impropio de omisión no se encuentra tipificado en la ley, sin embargo ha sido reconocido por la doctrina.

Se ha sostenido que el fundamento de esta clase de delito proviene del derecho consuetudinario, pues ya en algunos pasajes del Digesto se hablaba de esta forma de responsabilidad penal.

Sin embargo esta figura es cuestionable desde el punto de vista del principio de legalidad, dado que ninguna regla legal autoriza en forma expresa su punibilidad.

¹⁹⁴ Hans Welzel, *Op. cit.*, p. 279.

La problemática que presentan estos delitos, es saber en qué condiciones es punible no evitar el resultado de un tipo prohibitivo.

Es decir, el tipo de homicidio está concebido como un delito de actividad, "matar a otro"; en este caso, como puede que la no realización de una acción tendiente a evitar un resultado de un tipo prohibido, puede ser equivalente a la realización activa de ese resultado, es decir, en qué condiciones la omisión de la madre es equivalente a matar al hijo por un hacer activo.

Como puede advertirse el delito de comisión por omisión es un delito de resultado, el cual debe ser atribuido al sujeto de la omisión. Así se habla de la causalidad hipotética de la omisión, es decir, es la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado.

En otras palabras, diremos que hay causalidad de la omisión cuando se da por seguro, o por lo menos como muy probable, que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá imputar el resultado al sujeto de la omisión.

Ejemplo: Si "A" que está al borde de la piscina viendo cómo se ahoga un niño y nada hace para salvarlo, será causa del resultado muerte.

De esta manera se llega a la conclusión que los delitos impropios de omisión no son en realidad variedad de los tipos imperativos, es decir, de los tipos de omisión pura, sino que son un complemento de los prohibitivos.

También en los delitos impropios de omisión pertenece al tipo la descripción la situación generadora del deber de actuar. La realización del tipo depende de que el omitente no haya realizado la acción que le esta mandada (la acción de evitar el resultado prohibido); pero para evitar el resultado prohibido es necesario acreditar que haya existido el poder de hecho de evitarlo.

ELEMENTOS DEL DELITO DE COMISION POR OMISION :

1. Se requiere que el sujeto tenga conocimiento de la situación típica;
2. La posibilidad de conocer la forma de evitar el resultado;
3. La posibilidad real que tiene de evitar el resultado, y
4. El desconocimiento debido a error vencible o negligencia puede dar lugar a la imputación por imprudencia.

DEBER DE EVITAR EL RESULTADO (CALIDAD DE GARANTE) A diferencia del delito de acción, en el delito de comisión por omisión no basta la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido, para imputar un resultado al sujeto de la omisión, sino que es necesario acreditar que este último tenía la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes que le han sido impuestos en razón de su cargo o profesión. Esta obligación convierte al sujeto en garante de que el resultado producido no se realice; de ahí la posición de garante.

"La posición de garante es un elemento de la autoría; es un elemento que caracteriza al autor, y que caracteriza, por lo tanto, a cierta clase especial de omitente. Los delitos impropios de omisión son, en consecuencia, delitos especiales: sólo puede cometerlos un número determinado de autores caracterizados por la relación que el omitente tiene con el bien jurídico; cuando entre el omitente y el bien jurídico protegido exista una estrecha relación, estará en posición de garante."¹⁹⁵

FUENTES QUE FUNDAMENTAN LA POSICION DE GARANTE.

A. FUNCION PROTECTORA DE UN BIEN JURIDICO:

¹⁹⁵ Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 159.

Dentro de ésta encontramos lo siguiente:

a.1. En virtud de una vinculación natural que se da sobre todo en el ámbito familiar y que se fundamenta en los preceptos del derecho de familia, que impone obligaciones de alimentos, cuidado, etc.

El obligado por estos preceptos tiene una posición de garante respecto a la vida, la integridad física y salud de los familiares; el incumplimiento de estos deberes responderá de los resultados de su incumplimiento.

a.2. Comunidad de peligro que se da sobre todo en la práctica de deportes colectivos, en la que se impone una obligación de realizar determinadas acciones.

a.3. Una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se da en el ámbito de la medicina. Ejemplo: Encargados de la custodia de los niños.

**B. DEBER DE VIGILANCIA DE UNA FUENTE DE PELIGROS
FRENTE A LA GENERALIDAD DE LOS BIENES JURIDICOS:**

b.1. Deberes de vigilancia que se refieren a la evitación de daños en los bienes jurídicos de un tercero. Ejemplo: alguien está puesto en la intersección de una calle con una vía de ferrocarril para cuidar que cuando llegue el tren no cruce ningún automóvil, ni peatón, es decir, para que no se produzca ningún resultado lesivo a un tercero.

b.2. Deber que se refiere al cuidado del funcionamiento de las fuentes de peligro, y el cumplimiento de las reglas que se refieren al mantenimiento de la seguridad. El caso difícil de resolver en este aspecto es el del deber de garante que surge de la propia conducta precedente; es decir, cuando existe una conducta activa previa a la omisión con la cual se genera un peligro al bien jurídico.

La conducta precedente sólo fundará un deber de evitar el resultado cuando se trate de peligros causados por la conducta que haya sido previsible y evitable en el momento en que fue realizada, ya que de lo contrario no responderá por el resultado.

Ejemplo: el que prende el fuego y lo deja encendido a pesar del viento, realiza el tipo.

b.3. Cuando el autor no evita que el peligro por él generado se concrete en un resultado lesivo del bien jurídico. Aquí la omisión es equivalente a la realización activa del tipo penal.

C. CUIDADO DE UN BIEN JURIDICO FRENTE A LOS PELIGROS QUE PUEDAN AMENAZARLO.

c.1. Los deberes de cuidado y protección de bienes jurídicos que corresponden a los funcionarios dentro del ámbito de su competencia. Aquí debe comprobarse cuáles son los deberes que por su entidad son idóneos para fundamentar la posición de garante.

c.2. Deberes que tienen por objeto el cuidado de personas necesitadas. Tal es el caso de la niñera, de la enfermera.

La calidad de garante requiere fundamento jurídico, ya que resultan insuficientes los deberes morales para dar lugar a un deber de garantía.

DOLO EN LA OMISION. Si por dolo se ha entendido la voluntad de la realización del tipo: es conocer y querer la realización del tipo. El dolo es igual a la finalidad, es decir, es la sobredeterminación final de la causalidad.

Luego entonces en la omisión no hay causalidad del resultado. Es decir, el nexo causal no está sobredeterminado por el sujeto

omitente, de tal suerte que en la omisión no cabe hablar de una finalidad totalmente coincidente con el dolo.

El dolo es voluntad de realización y en la omisión falta la realización de la acción. Ejemplo: Si "A" está al bordo de la piscina viendo como otra se ahoga y no hace nada, se llega a la conclusión que el omitente no es el causal, porque estuviera o no en el lugar, el resultado se habría producido.

3. Contenido de la fracción II: A) Consideración de los sujetos activos.

1. CONCEPTO. Entendemos por sujeto activo "es toda persona que concretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo típico."¹⁹⁶

Para precisar conceptos es necesario distinguir entre el sujeto activo y el destinatario de la ley.

Se entiende por sujeto activo a la persona que ejecuta la conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal determinado.

¹⁹⁶ Olga Islas y Elpidio Ramírez, *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, 1ª edición, p. 44.

Destinatario de la Ley penal es la persona a quien se dirige el mandato implícito de la norma penal.

2. CATEGORIAS.

2.1. PERSONAS MORALES. En el ámbito jurídico el concepto de "persona" comprende no sólo al ser humano individualmente considerado, sino también a la llamada persona moral, y se ha discutido si esta última tiene o no la categoría de sujeto activo.

Al respecto cabe advertir que existen las siguientes opiniones doctrinales al respecto:

a) Las personas jurídicas sí pueden realizar conductas típicas. Von Liszt refiere: "Los delitos de las corporaciones son posibles jurídicamente, pues, por una parte las condiciones de la capacidad de obrar de las corporaciones en materia penal, no son fundamentalmente distintas de las exigidas por el derecho civil o por el derecho público; cualquier sociedad puede contratar dolosamente o no cumplir los contratos celebrados de los que se deriven obligaciones de dar."¹⁹⁷

De acuerdo con el argumento sostenido por Franz Von Liszt, se concluye que si los hechos de las personas morales generan responsabilidad civil, no se ve por qué no puedan dar lugar también a responsabilidad penal.

¹⁹⁷ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 27.

b) Las personas jurídicas o morales no pueden realizar conductas típicas. Los autores que apoyan esta teoría afirman que, si bien es cierto las personas jurídicas tienen personalidad propia como la tienen las personas individuales, no debe desconocerse que aquéllas tienen conciencia y voluntad; situación que no acontece en las personas jurídicas, es decir, si bien es cierto que las personas morales tienen capacidad de cumplir determinados actos voluntarios; también lo es que en ellas no existe la facultad de querer, la cual es propia del individuo. Luego entonces, cabe concluir que no pueden ser sujetos activos del delito.

c) En nuestra opinión. Estimamos que únicamente puede ser sujeto activo de una conducta típica, las personas físicas, ya que son las únicas capaces de realizar un movimiento psicosomático.

En tanto que las personas morales carecen de la posibilidad de concretizar el contenido de los elementos del tipo.

B) Forma de intervención de los sujetos activos. Aplicación del artículo 13 del Código Penal federal.

La teoría tradicional señala cinco formas diferentes de intervención del sujeto en la comisión del delito, que son:

- a) Autoría intelectual (instigación);
- b) Autoría mediata;
- c) Autoría material;
- d) Coautoría, y
- e) Complicidad.

El Código Penal mexicano por su parte, en el artículo 13 refiere cuáles son sujetos activos del delito.

"Son autores o partícipes del delito:¹⁹⁸

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo."

Cabe hacer algunas reflexiones sobre el artículo citado:

¹⁹⁸ Artículo 13, Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Fracción I. Se refiere al autor intelectual.

Fracción II. Se refiere al autor material.

Fracción III. Se refiere al coautor.

Fracción IV. Se refiere al autor mediato.

Fracción V. Se refiere al autor mediato.

Fracción VI. Se refiere al cómplice.

Fracción VII. Se refiere al encubridor.

Fracción VIII. Se refiere a complicidad correspectiva.

AUTOR INTELECTUAL. Es el que instiga a un tercero a realizar la conducta descrita en el tipo legal.

AUTOR MATERIAL. Es el que realiza la conducta descrita en el tipo legal.

COAUTOR. Es el que, junto con un tercero, realiza la conducta descrita en el tipo legal.

AUTOR MEDIATO. Es el que se vale de un tercero no responsable (por error, por inimputabilidad, o por vis compulsiva), o responsable culposo, para la realización de la conducta descrita en el tipo legal.

COMPLICES. "Son los que dolosamente y sin dominio del hecho principal prestan al autor o autores ayuda para la comisión del delito."¹⁹⁹

"Cómplice sería el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho, sino sólo favorece o facilita que se realice."²⁰⁰

4. Contenido de la fracción III : A) Dolo y culpa como elementos subjetivos del tipo penal.

Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo.

Como elementos subjetivos del tipo se pueden considerar:

¹⁹⁹ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 129.

²⁰⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 209.

1. El dolo;
2. La culpa, y
3. Otros elementos subjetivos distintos del dolo como son el ánimo, la tendencia, etcétera.

De esta manera la teoría finalista coloca al dolo, y a la culpa, como elementos del Tipo, y no como elementos o especies de la culpabilidad como lo hace el sistema causalista.

B) Distinción entre dolo y culpa. Aplicación de los artículos 8 y 9 del Código Penal federal

B.A) ELEMENTOS DE LA CONDUCTA DOLOSA.

DOLO DE TIPO. "El dolo es, pues, para los finalistas un *dolo de Tipo*, o *dolo del hecho*, es decir, una voluntad de realizar el hecho típico. Es lo que también ha venido en denominarse, aunque el término es equívoco, *dolo natural*, que se opone sobre todo al *dollus malus* de los causalistas, en la medida en que el **dolo del tipo** es mera dirección de la acción hacia el hecho típico, sin que intervenga aquí para nada la consideración de si el sujeto conocía o no, la ilicitud de lo que hacía, es decir, sin que la afirmación del dolo exija también la del *conocimiento de la antijuridicidad* como piensan los causalistas."²⁰¹

²⁰¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.*, pp. 99-00.

Este concepto de "dolo natural" o del tipo es, pues, una consecuencia directa de su consideración como mera finalidad específica, es decir, una consecuencia de la estructura lógica—objetiva de la acción.

CONCEPTO. "Es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito."²⁰²

Para Muñoz Conde el dolo no es más que la "conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito".²⁰³

ELEMENTOS DEL DOLO. Los elementos del dolo son:

- a) El conocimiento, y
- b) La voluntad.

a) EL CONOCIMIENTO. Es el conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo.

²⁰² Welzel, Hans, *Op. cit.*, p. 95.

²⁰³ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 55.

Para el finalismo los aspectos objetivo y subjetivo del tipo se encuentran en estrecha relación, ya que el dolo a su vez, como elemento subjetivo del tipo, no es sino la realización del tipo objetivo de un delito.

Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica.

El conocimiento de los elementos del tipo objetivo (sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.) debe ser actual y debe darse en el momento en que el autor realiza la acción típica.

Es decir, el conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial, es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo. Esto no quiere decir que el sujeto deba tener el conocimiento exacto de los elementos del tipo objetivo, ya que en algunos casos esto sería imposible. Ejemplo: en el estupro, aquí no es necesario que el sujeto sepa la edad, basta con que aproximadamente se represente tal extremo.

Sin embargo, no todos los elementos del tipo objetivo son cognoscibles de la misma manera; los elementos descriptivos se conocen a través de los sentidos, pero los normativos requieren de una valoración, que no es fácil de asimilarse en algunas personas.

El que el sujeto conozca la ilicitud de su hacer (crear por ejemplo, que mata en legítima defensa) o su capacidad de culpabilidad es algo que no afecta para nada a la tipicidad del hecho, sino a otros elementos de la teoría general del delito.

b) LA VOLUNTAD. Existe voluntad cuando se demuestra "que el autor ha querido la realización del tipo, cuando esta realización ha sido directamente perseguida por su voluntad y como objetivo de su voluntad."²⁰⁴

Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos.

Este querer no debe confundirse con el deseo o con los móviles del sujeto. Cuando el atracador mata al cajero para apoderarse del dinero, probablemente no desea su muerte, incluso preferiría no hacerlo, pero a pesar de ello quiere producir la muerte en la medida en

²⁰⁴ Bacigalupo, Enrique, Op. cit., p. 49.

que no tiene otro camino para apoderarse del dinero. Aquí son indiferentes los móviles (puede ser lucrativo, político) del autor, ya que el robo no deja por eso de ser doloso. Los móviles en algunos casos tienen significación típica, cuando se habla de otros elementos subjetivos del injusto, los cuales tienen significación en la determinación de la pena como circunstancias atenuantes o agravantes. Ejemplo: alguien quiere privar de la vida a otro.

Aquí el autor dirige su voluntad a la realización de un tipo. Sin embargo, se puede presentar el caso que junto a la realización del hecho al cual está dirigido la voluntad del autor, aparezcan otros resultados concomitantes, que puedan estar vinculados con la conciencia del autor con el resultado querido, ya sea de una manera posible o necesaria.

En tal orden de ideas, si al resultado concomitante aparece vinculado de una manera necesaria, estaremos en presencia de un dolo indirecto.

Ejemplo: Se quiere privar de la vida a su enemigo, pero sabe que va a abordar un avión y decide poner en éste una bomba. La muerte del enemigo será un dolo directo; en tanto que la de los demás pasajeros será un dolo indirecto.

Estaremos en presencia de un dolo eventual cuando el autor se ha representado la realización posible del tipo y se ha conformado con ella.

b) ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO. En estos casos, no basta para la realización del tipo penal la finalidad que abarque la sobredeterminación del resultado, sino que es necesario que el autor haya perseguido algún fin que trascienda en la realización del tipo.

Es decir, en algunos delitos específicos se requiere para constituir el tipo de injusto la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo.

“Para el finalismo, en cambio, tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también elementos subjetivos, entre ellos, el dolo.

Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito.”²⁰⁵

Los elementos subjetivos del injusto son: el ánimo, los propósitos e intenciones.

²⁰⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

B.B) ELEMENTOS DE LA CONDUCTA CULPOSA.

CONCEPTO DE CULPA DE TIPO. También pertenecen al tipo las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, que se proyectan con consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción.

El ideal de que la ley penal contenga únicamente "tipos cerrados" o de descripción precisa, debe ser meta del mejor sistema penal; sin embargo los llamados "tipos abiertos" que requieren ser complementados por el juzgador subsisten en nuestro sistema, sobre todo en los delitos culposos en que el "deber de ciudadano" o "el principio de confianza", debe ser apreciado por el juez mediante el criterio de la "posición de garante", es decir, se va a juzgar la situación personal del sujeto para poder responsabilizarlo del incumplimiento a "un deber de cuidado".

La teoría finalista ha sido criticada en relación a los delitos culposos, sobre todo en el caso de la culpa inconsciente, en la cual el sujeto no se representa el resultado, donde se dice que no se puede explicar la "finalidad" de la conducta dirigida a la consecución de un fin que ni siquiera pasó por la mente del agente.

Welzel sostuvo en un principio que el contenido de los delitos culposos se encontraba en una "finalidad potencial", concepto que después abandonó para fundarlo en la "acción que debía haber realizado conforme a las reglas de cuidado necesario para no producir daños socialmente intolerables".

Con el principio de la finalidad "potencial" o evitabilidad individual del sujeto, en que se apoyaba Welzel, se confundían las exigencias de la culpabilidad con las del injusto.

Las críticas de Niese, a su maestro Welzel, llevaron a éste a modificar la tesis de la "finalidad potencial" y fundar la culpa en que la norma exige conductas finalistas que no lesionen bienes jurídicos, sea en forma dolosa, o bien que por descuido o imprudencia pongan en peligro intolerable o dañen el bien jurídico, es decir, los delitos culposos encuentran su fundamento en el "deber de cuidado" que debió tomar en cuenta el sujeto al realizar sus acciones finalistas.

C) ¿Qué hay con la preterintención?

Con las reformas de 1994, los artículos 8 y 9 del Código Penal eliminaron la preterintención.

Ahora se establece que las acciones u omisiones solamente pueden realizarse de manera dolosa u culposa, a diferencia de lo que establecía la regulación anterior, en donde también podía realizarse preterintencionalmente; o sea que con la reforma desaparece la figura de la preterintencionalidad, estableciéndose tanto en la exposición de motivos que acompaña a la iniciativa como en el dictamen de la Cámara de Diputados, que esos problemas que eran tratados con la figura de la preterintencionalidad, pueden ser adecuadamente tratados con la actual regulación de la culpa; entonces, aquellos casos que por lo general eran considerados como delitos preterintencionales, pueden ser tratados ahora como delitos culposos, en la medida en que el resultado final se haya producido culposamente, es decir, que haya acaecido violando un deber de cuidado, independientemente de cuál haya sido la finalidad de que el sujeto tuvo inicialmente, si fue penalmente relevante o irrelevante.

5. Contenido del párrafo segundo del artículo 168.

Los sujetos en el derecho penal pueden ser:

- a) Activo, y
- b) Pasivo.

SUJETO ACTIVO.

1. CONCEPTO. "Es el autor de la conducta típica."²⁰⁶

El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción prohibida. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como "el que" o "quien".

El sujeto activo puede ser cualquiera, pero en ciertos tipos se requieren caracteres especiales en el sujeto activo.

Únicamente puede ser sujeto activo la persona física, pues la persona moral carece de la posibilidad de concretar los elementos del tipo.

2. MENORES DE EDAD.

3. CLASIFICACION.

Los sujetos activos previstos en los tipos penales, pueden clasificarse de acuerdo a los siguientes criterios:²⁰⁷

3.1 De su número considerado *lato sensu*;

²⁰⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 421.

²⁰⁷ *Idem*, p. 421.

3.2. De su calidad, y

3.3. De su relación con la conducta.

4. En cuanto a su número éstos pueden ser: Tipos monosubjetivos y plurisubjetivos.

Son monosubjetivos. Aquellos tipos en los que es suficiente que una sola persona realice la conducta en ellos descrita; si son varios los que intervienen estaremos en presencia de la coparticipación.

Son plurisubjetivos. Aquellos tipos en los que se exige la presencia de, por lo menos, dos personas.

La plurisubjetividad presenta algunas modalidades derivadas de la relevancia jurídica asignada a la participación de los varios agentes, siendo éstas:

a) Plurisubjetividad derivada de la relevancia jurídica de la conducta. Según la relevancia jurídica de su participación, la presencia de una pluralidad de sujetos activos da lugar a tipos normales y anormales.

Pluralidad normal. Es cuando la participación de varios agentes es indispensable para la configuración del delito. Ejemplo: la sedición; aquí la participación de cada uno de los sujetos que intervienen debe realizarse tal como lo describe el tipo.

Pluralidad anormal. Es cuando el tipo no exige la necesaria o recíproca participación de varios sujetos, sino que prevé o admite formas *suigeneris* de actuación, es decir, puede hablarse de una participación alternativa o consentida.

La participación alternativa. Se presenta en aquellos tipos que describen varias conductas, cada una de las cuales configura por sí misma el delito, pero en los que respecta de una o de alguna de ellas, se exige la presencia de varios sujetos. Ejemplo: la piratería.

La participación consentida. Es cuando la conducta del sujeto activo se realiza con el consentimiento de la persona sobre la cual recae. Ejemplo: el incesto, el aborto. La falta de consentimiento del titular del bien jurídico afectado genera para el autor de la conducta responsabilidad por el delito cometido.

b) Plurisubjetividad derivada del número. Por lo que respecta al número de sujetos activos necesarios para la realización de la conducta típica, la plurisubjetividad puede ser: bilateral o multilateral.

Es bilateral. Cuando el número de agentes exigidos por el respectivo tipo legal es de dos. Estaremos en presencia de una bilateralidad impropia cuando uno de los dos individuos a que se refiere el tipo es el que ordinariamente responde del hecho, y sólo en forma eventual responde el otro cuando voluntariamente y con conocimiento de las modalidades típicamente previstas realiza el comportamiento descrito. Ejemplo: el incesto, la bigamia, etc.

Es multilateral. Cuando el tipo requiere la presencia de un número más amplio de personas. Ejemplo: la sedición, la piratería.

A) Calidad del sujeto activo y del pasivo.

En cuanto a su calidad los tipos suelen clasificarse en:

- a) Tipos de sujeto indeterminado, y
- b) Tipos de sujeto cualificado

a) Los tipos de sujeto indeterminado. Son aquellos tipos penales que se refieren al sujeto activo empleando expresiones tales como "el que", "los que", "quien", o "quienes".

b) Los tipos de sujeto cualificado. La cualificación del sujeto activo es excepcional; cuando el tipo la requiere sólo podrá ser agente la persona revestida de aquella condición, característica o cualidad; esa cualificación puede ser de índole natural, jurídica o profesional.

b.1. La cualificación natural. Es el conjunto de caracteres individuales que permiten diferenciar a una persona de otra. Ejemplo: la edad, el sexo, etc.

b.2. La cualificación jurídica. Es aquella connotación personal que tiene relevancia en cualquier área del derecho. La cualificación del sujeto activo puede ser de derecho público o de derecho privado.

b.2.1. Es de derecho público. Cuando pertenece a un ordenamiento jurídico de esta especie. Ejemplo: Los tipos que requieren como agente a un "servidor público", tal es el caso del peculado.

b.2.2. Es de derecho privado. Cuando pertenece a un ordenamiento iusprivatista; ejemplo: en las hipótesis en que el sujeto activo debe ser ascendiente o descendiente del sujeto pasivo; tal es el caso del incesto, del parricidio, etc.

c) Cualificación profesional. Se presenta cuando el agente ejerce una determinada profesión u oficio en razón del cual se cometió el delito. Ejemplo: delito de abogados, patronos o litigantes.

d) En relación con la conducta. En cuanto al desarrollo de la conducta ejecutada por el sujeto activo, puede ser:

d.1. De encuentro, y

d.2. De convergencia.

d.1. De encuentro. Son aquellos que suponen la intervención de dos o más personas cuyas conductas se orientan recíprocamente, en forma tal que sin esa mutua acción no es posible la realización del hecho típico. Ejemplo: el delito de incesto que requiere la bilateralidad de comportamientos que se encuentran en el acto sexual consumado por parientes.

Las acciones de quienes intervienen en el hecho típico pueden ser afines o diversas, surgiendo así la siguiente clasificación:

Tipos de encuentro o reciprocidad homogéneos, y
Tipos de encuentro o reciprocidad heterogéneos.

Los tipos de encuentro homogéneos. Son aquellos en que las conductas de varios sujetos se dirigen hacia una misma dirección mediante acuerdo o convenio.

Los tipos de encuentro heterogéneos. Son aquellos en que las acciones que han de ejercer quienes en ellas intervengan son diversas, aunque orientadas al mismo fin. Ejemplo: el delito contra la salud, el cual presenta diversas modalidades.

d.2. De convergencia. Son aquellos tipos penales que exige la cooperación unilateral, porque pudiendo ser realizados por un solo individuo, permiten la intervención de otro, mediante una conducta que implica auxilio, instigación o consentimiento.

La conducta es de auxilio cuando se plasma en una colaboración o ayuda que resulta eficaz para asegurar el producto o beneficio del delito.

La simple instigación, proposición o inducción para que otra u otras personas ejecuten una conducta descrita en la ley como delito, configuran a su vez, hecho punible.

e) TIPOS DE LONGA Y DE PROPIA MANO : Tipos de *longa manus*. Son aquellos cuyo comportamiento sólo esta en condiciones de ejecutar personal y materialmente el propio agente, sin que otra persona en su lugar y para él pueda realizarlo. Ejemplo: La revelación de secretos; sólo quien por razón de su encargo tiene conocimiento de tales secretos.

Los tipos de *propria manus*. Son aquellos tipos que describen modalidades de comportamiento culposo.

B). EL SUJETO PASIVO.

1. CONCEPTO. "Es el titular del bien jurídico tutelado."²⁰⁸

2. CLASIFICACION. Existen diversas especies de sujetos pasivos, mismas que pueden clasificarse de la siguiente forma:

"a) En cuanto a la titularidad del bien jurídico;

²⁰⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 421.

- b) En cuanto a su número, y
- c) En cuanto a su calidad.²⁰⁹

a) EN CUANTO A LA TITULARIDAD DEL BIEN JURIDICO. En cuanto a la titularidad del bien jurídico, éstos a su vez se suelen subdividir en:

a.1) EL INDIVIDUO. Es sujeto pasivo de todos aquellos tipos penales que pretenden amparar intereses jurídicos de los cuales es titular la persona individualmente considerada, tales como la vida y la integridad personal.

a.2) LA COLECTIVIDAD. Protegen intereses jurídicos que no pertenecen a un sujeto en particular, sino genéricamente al conglomerado social. Ej. la salud.

a.3) EL ESTADO. Adquiere el carácter de sujeto pasivo en aquellos tipos que amparan intereses jurídicos de los cuales es su titular. Ej. La administración pública.

b. EN CUANTO A SU NUMERO. En cuanto a su número, los sujetos pasivos se pueden clasificar en:

²⁰⁹ Cfr. Reyes Echandía, Alfonso. *Op. cit.*, pp. 42 a 44.

a) Singular, o

b) Plural

a) Sujeto pasivo singular. Se presenta éste, cuando basta la presencia de un solo titular del bien jurídico afectado por la conducta del agente. Esto no impide para que estén presentes más de dos, pero en tal hipótesis habrá tantos delitos cuantos sujetos pasivos resulten lesionados.

b) Sujeto pasivo plural. Son aquellos tipos penales que protegen intereses jurídicos cuyo titular es la colectividad. Ejemplo: La contaminación de aguas.

c) EN CUANTO A SU CALIDAD. En cuanto a su calidad, los sujetos pasivos suelen clasificarse en indeterminados o cualificados.

a) Sujeto pasivo indeterminado. La indeterminación implica que la conducta es típica y, por ende, susceptible de ilicitud, cualquiera que sea el titular del bien jurídico afectado. Ejemplo: el legislador suele emplear expresiones tales como: "otra", "alguno", "una persona", etc.

b) La cualificación del sujeto. Se refiere a una condición natural, jurídica, moral o profesional de la cual debe estar revestido al momento del hecho.

La cualificación natural. Depende de la edad, del sexo, o de una condición biosfísica del sujeto pasivo. Ejemplo: Estupro, en donde el tipo penal requiere que el sujeto pasivo sea mayor de 12 años y menor de 18 años de edad.

La cualificación biosfísica. Se da tanto en el caso de que el sujeto pasivo padezca de una anomalía mental cualquiera, en el momento de la comisión del ilícito. Ejemplo: aborto.

La cualificación jurídica del sujeto pasivo se refiere tanto a una persona física como a una persona moral y, en cualquiera de los dos casos puede ser de derecho público o privado.

El sujeto pasivo es una persona física de derecho público en el caso del tipo descrito en el artículo 225 fracción X, en cuanto la conducta del agente consista en prolongar la detención en forma injustificada la libertad de un detenido.

El sujeto pasivo es una persona física de derecho privado, como lo es en lo caso del delito de despojo, puesto que a quien se afecta puede tener la calidad de arrendador;

La cualificación jurídica presenta también el doble aspecto de pública y privada.

La primera se da en todos aquellos tipos que tienen por sujeto pasivo al Estado.

El sujeto pasivo del delito es una persona moral de derecho privado en el tipo que incrimina la defraudación que se realiza contra el patrimonio de una compañía aseguradora cuando el agente, con la pretensión de obtener el precio de un seguro, destruya, oculte o deteriore objetos asegurados de su propiedad.

SUJETO PASIVO Y PERJUDICADO. "No deben confundirse las nociones de sujeto pasivo y perjudicado por el delito; el primero es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta del actor; en tanto que el segundo es la persona física o moral que ha recibido perjuicio o sufrido daño por el delito cometido."²¹⁰

²¹⁰ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 46.

Ordinariamente las dos calidades recaen sobre una misma persona; ejemplo: en el caso del robo; pero hay ocasiones como en el caso del homicidio en donde el sujeto pasivo y el perjudicado son distintos, es decir, el sujeto pasivo es el cadáver, en tanto que los perjudicados son los familiares.

B) El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión.

EL OBJETO MATERIAL. (objeto de la acción) "Es el ente corpóreo sobre el que la acción típica recae."²¹¹

Algunos tipos de acción no incluyen este elemento, ejemplo: la revelación de secretos, la coalición de funcionarios.

Los tipos de omisión carecen de objeto material, ya que el no hacer algo no recae, materialmente, sobre ente corpóreo alguno.

C) Los medios utilizados.

En determinadas circunstancias la adecuación típica de una acción depende de que el autor del delito haya utilizado ciertos medios para la comisión de un delito. Ejemplo: en el homicidio calificado, mediante veneno.

²¹¹ Islas, Olga, Op. cit., p. 58.

D) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

Hay tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que son específicamente circunstanciados.

En tal sentido puede hablarse de circunstancias o referencias de lugar, tiempo, modo y ocasión que exige el tipo penal para que se pueda realizar la acción.

En las circunstancias de lugar. Podemos hacer referencia por ejemplo: el tipo penal de abigeato, el cual sólo puede ser cometido en el campo.

En las circunstancias de tiempo. Podemos hacer referencia por ejemplo: al tipo penal de aborto, en el cual se requiere que la acción de dar muerte al sujeto sea en el momento de la preñez, ya que de lo contrario, estaremos en presencia de un homicidio o de un infanticidio si fue la propia madre.

En las circunstancias de modo. Podemos hacer referencia por ejemplo: al tipo penal de fraude, en el que se requiere como medios para la obtención del lucro o cosa indebida, el engaño o error de la persona.

En las circunstancias de ocasión. Podemos hacer referencia por ejemplo: robo de doméstico, en el que se requiere que el doméstico cometa el delito de robo en contra de su patrón.

E) Los elementos normativos.

"Hay tipos penales que no sólo contienen elementos descriptivos, sino también elementos normativos, es decir, elementos para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ético—jurídica."²¹²

"Son los contenidos en una descripción de la conducta prohibida que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captarlos un acto de valoración."²¹³

Por ejemplo: la calidad de *honesto*; de *obscena*.

Para hacer esa valoración es preciso formular un juicio basado en normas que reconocen un fundamento empírico-cultural.

²¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 422.

²¹³ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 39.

Junto a estos elementos de una valoración empírico-cultural, hay otros en que la valoración se apoya en normas jurídicas. Ejemplo: fraude a través de un cheque, tendremos que recurrir a las normas del derecho para determinar si ese documento es o no un cheque; o bien, los delitos cometidos por servidores públicos, en donde tendremos que recurrir a la norma constitucional y al Código Penal para entender qué es un servidor público.

Sin embargo, algunos autores consideran que abusar en los tipos de los elementos normativos, lesiona la seguridad jurídica, pues por depender de una valoración, carecen de la precisión de los elementos descriptivos, lo cual consideramos infundado, ya que siempre se recurrirá a otros preceptos legales que definan la figura.

LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS. Son aquellos que el autor puede conocer a través de sus sentidos; es decir, oído, tacto, vista.

F) Los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea.

6. La antijuridicidad como requisito previo a la responsabilidad. (Párrafo tercero del artículo 168 CFPP).

1. LA ANTIJURIDICIDAD Y SU ACREDITACIÓN. **CONCEPTO.** Zaffaroni conceptúa la antijuridicidad como “el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos.

El método según el cual se comprueba la presencia de la antijuridicidad consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico (no sólo en el derecho penal, sino tampoco en el civil, comercial, administrativo, laboral, etc.)²¹⁴

Para definir la antijuridicidad haremos referencia a sus dos conceptos:

a) **ANTI JURIDICIDAD FORMAL.** Es la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico.

b) **ANTI JURIDICIDAD MATERIAL.** Es cuando la antijuridicidad no se agota con la relación de oposición entre acción y norma, sino que también requiere de una ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger.

²¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 512.

Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegida jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídicamente protegido por la norma con la realización de la acción.

La ofensa al bien jurídico que constituye la esencia de la antijuridicidad, puede consistir en:

- a). Una lesión, o
- b). Puesta en peligro.

a). LESION. "La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material."

b). PELIGRO. El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidades de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca".²¹⁵

²¹⁵ Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 85.

De lo expuesto se llega a la conclusión que en la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico, no podrá hablarse de antijuridicidad, aun cuando exista una contradicción entre la norma y la acción.

Para el sistema causalista, la antijuridicidad con Beling, se encuentra separada del tipo; posteriores autores como Mayer, Hegler y más recientemente Mezger nos habla de que el injusto penal se integra por la tipicidad y la antijuridicidad.

Para el finalismo la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, porque al concretarse en un evento, puede resultar que no sea contraria a derecho, sino lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

2. ACREDITACION DE LA ANTIJURIDICIDAD. Para la teoría causalista, la antijuridicidad estaba formada sólo por elementos objetivos, pues los elementos subjetivos, para los seguidores de esta corriente, forman parte del terreno de la culpabilidad.

Esta teoría adecuaba estos conceptos a su doctrina de la acción causal, separando la acción como mero proceso causal, del contenido subjetivo de la voluntad.

Cuando surgen los elementos subjetivos del injusto, la teoría causalista trato de solucionar el problema afirmando que eran excepciones a las reglas; sin embargo se dio la existencia de múltiples tipos penales que contenían los elementos subjetivos, lo cual contradecía lo sustentado por los causalistas.

Sin embargo los causalistas no pudieron explicar los casos de tentativa, pues ésta era imposible determinarla sólo por los elementos objetivos, donde por la naturaleza misma de la tentativa el resultado no se produce, por lo que a nivel objetivo no se podía constatar la intención sin acudir al dolo del sujeto.

Para la teoría finalista la antijuridicidad no sólo esta integrada por elementos objetivos, sino también por elementos subjetivos.

Es decir, para afirmar que una conducta es antijurídica es necesario recurrir al contenido de la voluntad del autor.

“La concepción subjetiva de la antijuridicidad está ligada a la teoría de los imperativos. Para esta teoría, las leyes contienen imperativos que son verdaderas órdenes. Los destinatarios de esas órdenes son, entonces, los sujetos de un determinado ordenamiento jurídico que, consecuentemente, sólo son destinatarios de cada una de las órdenes en la medida en que estuviera en condiciones de comprenderla.”²¹⁶

²¹⁶ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 62.

Así, para la teoría finalista encontramos que la conducta que valoramos está compuesta en parte por elementos objetivos y en parte por elementos subjetivos. Es decir, la realización del tipo es considerada objetivamente en la medida en que el sujeto realiza una acción contraria al derecho: pero será subjetiva en la medida en que el autor en el momento de la realización del tipo pudo o no obrar de otra manera.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

CONCEPTO. Para los finalistas, la conducta típica es un indicio de la antijuridicidad de la misma, es decir, es un indicio porque puede ser desvirtuada, ya que en las propias normas jurídicas al lado de las normas prohibitivas, pueden coexistir las normas permisivas, que impiden que la norma general abstracta se convierta en un deber jurídico, apareciendo de esta manera las llamadas causas de justificación.

Sin embargo cabe advertir que las causas de justificación no excluyen la tipicidad, lo que anula es la antijuridicidad de la conducta, ya que el hecho está amparado por una causa de justificación.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICACION. El ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido, lo cual da lugar a las causas de justificación.

En el tipo permisivo de legítima defensa se requiere el conocimiento de la situación de defensa, es decir, el reconocimiento de la agresión y la finalidad de defenderse.

Pero observamos que las causas de justificación no sólo tienen elementos objetivos, sino también subjetivos.

Para justificar una acción típica no basta con que se dé objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además, que el autor conozca esa situación e, incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción.

Para la justificación de una acción no es suficiente, por tanto, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además, que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado. No actúa, por ejemplo, en legítima defensa quien mata por venganza o otro sin saber que la víctima estaba esperándolo para matarlo.

“El elemento subjetivo de justificación no exige, por lo tanto, que los móviles del que actúa justificadamente sean valiosos, sino simplemente que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente.

La justificación de una acción sólo se da si concurren tanto el elemento subjetivo como el objetivo de la respectiva causa de justificación. La falta de cualquiera de estos elementos determina que el acto permanezca antijurídico.²¹⁷

Es decir, si falta el elemento subjetivo (el autor no quiere actuar conforme a derecho, pero su acto causa un resultado objetivamente lícito), como por falta del elemento objetivo (el sujeto quería actuar conforme a derecho, pero el acto que produjo no está objetivamente autorizado por el derecho), entonces en ambos casos estaremos en presencia del error, el cual ya no afectaría el campo de la antijuridicidad, sino el campo de la culpabilidad.

²¹⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 95.

Este error puede afectar a la culpabilidad como error de prohibición, bien excluyéndola totalmente, si el error era invencible, bien atenuándola si el error era vencible.

Cuando falta el elemento subjetivo de justificación, aunque objetivamente exista una situación justificante, en estos casos, la doctrina refiere que deber ser sancionada la conducta por tentativa, ya que, aunque el resultado pretendido por el autor se ha producido y, objetivamente, constituye la consumación de un delito, la verdad es que el ordenamiento jurídico no lo desaprueba; en este caso existe desvalor de la acción que fundamente la punibilidad en base a la tentativa, pero no desvalor del resultado, que justificará la punición por delito consumado.

De lo anterior se llega a la conclusión de que si en la causa de justificación se dan tanto sus elementos objetivos como subjetivos, éstos automáticamente excluyen la antijuridicidad. Pero si falta alguno de estos elementos o hay exceso en el ejercicio de la causa de justificación, en tal caso debe atenuarse el juicio de antijuridicidad.

Tal es el caso de la defensa putativa, en donde el individuo mata a otro, porque cree erróneamente estar defendiendo su vida o se

excede en el ejercicio de la causa de justificación; en tales circunstancias dará lugar a un atenuación de la pena.

CAUSAS DE JUSTIFICACION. Las causas de justificación reconocidas en nuestro ordenamiento legal punitivo se encuentran establecidos en el artículo 15 del Código Penal, entre las cuales se pueden citar las siguientes:

- A. La legítima defensa;
- B. El estado de necesidad;
- C. El cumplimiento de un deber, y
- D. El ejercicio de un derecho.

A. LEGITIMA DEFENSA. NATURALEZA. Durante mucho tiempo se consideró a la legítima defensa como causa de inculpabilidad, planteándose como un problema de miedo o perturbación del ánimo en el que se defiende, porque es objeto de un ataque.

Hoy en día, la legítima defensa es considerada como una causa de justificación o de licitud, porque en la medida en que la defensa sea una respuesta proporcionada a una agresión injusta, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe una causa de justificación que legitima el acto.

2. FUNDAMENTO LEGAL. La legítima defensa tiene su fundamento en la fracción IV, del artículo 15, del Código Penal, el cual a la letra establece:

“ARTICULO 15. El delito se excluye cuando:

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 del medio empleado 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 existan la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;”²¹⁸

3. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA LEGITIMA DEFENSA.

3.1. REPELER UNA AGRESION. Por agresión debemos entender “como acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo, también, en ella a la omisión cuando ésta suponga esa eventualidad. Ahora bien, tanto la acción como la omisión deben ser agre-

²¹⁸ Artículo 15, Fracción IV, Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

siones dolosas, es decir, el ataque al bien jurídico debe ser intencional; frente a lesiones o puestas en peligro simplemente imprudenciales, no cabe legítima defensa, aunque sí estado de necesidad, porque, frente al autor del delito imprudente la legítima defensa no despliega efecto intimidante alguno, ya que él no es consciente de su agresión y es mucho más eficaz advertirle de su actuación incorrecta o recurrir al estado de necesidad que usar de legítima defensa.²¹⁹

La agresión debe ser:

A) REAL. Que exista verdaderamente la agresión, es decir, no basta que quien se defiende crea que lo que hace ante una agresión que sólo existe en su imaginación.

La defensa putativa frente a una agresión que no existe realmente, sólo puede dar lugar a una causa de inculpabilidad, si el error era invencible, o a una atenuación de la pena si el error era venible, ya que en éste último caso se deja subsistente la culpa.

B) ACTUAL O INMINENTE. Debe darse en el momento e inmediatamente una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles, que con la agresión estén en verdadero riesgo inmediato de ser lesionados.

²¹⁹ Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 102.

Se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelarla o impedirla.

C) SIN DERECHO. Debe ser ilegítima, es decir, debe ser antijurídica. Debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles, sin causa justificada para la agresión, poniendo en verdadero riesgo inminente de ser lesionados. La agresión además de ser antijurídica debe ser típica, es decir, que constituya el tipo de injusto de un delito.

3.2. PROTECCION DE BIENES JURIDICOS PROPIOS O AJENOS. La defensa puede ser propia o a favor de terceros.

Respecto a los bienes jurídicos que pueden ser legítimamente defendidos y cuya agresión constituye, por tanto, el presupuesto de la legítima defensa, son los bienes jurídicos individuales o ajenos.

Los bienes jurídicos individuales son: la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el patrimonio, etc.

3.3. QUE EXISTA NECESIDAD DE LA DEFENSA. La defensa, para ser legítima, deber ser, ante todo, necesaria, es decir, que el sujeto no haya estado obligado a realizar otra conducta menos lesiva o inocua en lugar de la conducta típica. No actúa justificadamente quien para defenderse de una agresión a golpes responde con una metralleta, en estos casos se excluye la legítima defensa, porque la conducta realizada era la necesaria para neutralizar la agresión.

3.4. QUE EXISTA RACIONALIDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS. Es la proporcionalidad de los medios empleados para repelar la agresión. No puede haber una desproporción entre la conducta defensiva y la del agresor, en forma que la primera no puede causar un mal inminentemente superior al que hubiese producido el agresor.

3.5. FALTA DE PROVOCACION DOLOSA SUFICIENTE E INMEDIATA POR PARTE DEL QUE SE DEFIENDE. Se da como causa de justificación la legítima defensa, sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor. Ya que la ley niega el permiso para defenderse legítimamente ha quien ha provocado suficientemente la agresión.

“La provocación suficiente por parte del titular del bien agredido es una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho en forma tal que hace cesar el principio fundamentador de la legítima defensa (nadie está obligado a soportar lo injusto).”²²⁰

LEGITIMA DEFENSA PRESUNTA. Nuestro Código Penal en el párrafo segundo de la fracción IV, del artículo 15, establece la legítima defensa *juris tantum*, la cual consiste en sostener que existe legítima defensa mientras no se pruebe lo contrario.

El párrafo segundo del artículo citado dice: “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;”²²¹

²²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 525.

²²¹ Artículo 15 fracción IV, párrafo segundo, Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

4. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA LEGITIMA DEFENSA.

ESTADO DE NECESIDAD.

1. CONCEPTO. "El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño".²²²

El estado de necesidad surge de una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro.

Ello supone que el bien jurídico que se trata de salvar, esté en inminente peligro de ser destruido. Además se requiere de salvar el interés mayor, sacrificando el menor, en una situación no provocada de conflicto externo.

El mal que se quiere evitar puede provenir tanto de una fuerza de la naturaleza como de una acción humana.

²²² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 533.

2. FUNDAMENTO LEGAL. El estado de necesidad tiene su fundamento en la fracción V del artículo 15, del Código Penal, el cual a la letra establece:

“ARTICULO 15. El delito se excluye cuando:

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;”²²³

3. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE EL ESTADO DE NECESIDAD.

3.1. Elemento subjetivo.

El tipo permisivo estado de necesidad justificante requiere el conocimiento de la situación de necesidad y la finalidad de evitar el mal mayor.

“El elemento subjetivo puede estar acompañado de otras intenciones o de otros estados anímicos, sin que ello sea relevante, siempre y cuando exista la finalidad de evitar el mal mayor.”²²⁴

²²³ Artículo 15, fracción V del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

²²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 534.

3.2. Salvar un bien jurídico propio o ajeno de un mal.

Por mal debe entenderse la afectación de un bien jurídico.

El mal puede originarse por una fuerza natural o humana, entre las que cuentan las propias necesidades fisiológicas, como la sed o el hambre. Tal es el caso del robo de famélico.

3.3. De un peligro real, actual o inminente.

Es el mal que puede ocasionarse en cualquier momento, sin que lo sea únicamente el que se habrá de producir dentro de un segundo.

3.4. Que la situación de necesidad no haya sido ocasionada dolosamente por el agente.

El requisito de la no provocación intencionada se refiere al que actúa, bien sea el propio afectado o un tercero.

Así, por ejemplo, puede invocar el estado de necesidad el automovilista que, conduciendo a velocidad excesiva, crea una situación extrema en la que tiene que elegir entre chocar frontalmente con un camión o atropellar a un ciclista.

Desde luego que en esta hipótesis, el agente no podrá estar amparado por la justificante estado de necesidad, ya que para ello se requiere que él no hubiese provocado intencionalmente el haber decidido manejar a exceso de velocidad, luego entonces, debemos concluir, que la provocación de una situación de necesidad impide que el que la provocó pueda después ampararse en ella.

3.5. Debe lesionarse otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado.

El estado de necesidad puede darse tanto en caso de conflicto entre bienes desiguales (daños para salvar la vida) como entre bienes iguales (matar a otro para salvar la propia vida).

En estos casos, el mal causado debe ser menor que el que se quiere evitar, o en otras palabras, que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar, ya que de lo contrario, "el autor se hallará excluido del tipo permisivo y actuará antijurídicamente, sin perjuicio de que pueda hallarse eventualmente en un estado de necesidad inculpante, en cuyo caso, al igual que en la provocación suficiente en la legítima defensa, no habrá otra solución que imputarle el resultado a título culposo."²²⁵

²²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 535.

El mal menor se individualiza mediante una cuantificación que responde fundamentalmente a la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y a la cuantía de la lesión amenazada en cada uno de ellos.

3.6. Que exista un peligro que no sea evitable por otros medios.

3.7. Que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Existen ciertas funciones específicas, que imponen a las personas encargadas de desempeñarlas, cierto riesgo o peligro en el desarrollo de las mismas, tales como el bombero, el policía, el salvavidas, el soldado, los cuales no pueden excusarse, dentro de ciertos límites, del cumplimiento de su deber: apagar los incendios, detener delincuentes, rescatar a un ahogado, etc.

Esta idea basada en el rol social e inspirada en el principio de exigibilidad, es la que preside este principio, que, en cierto modo, impone la obligación de sacrificio cuando el cargo u oficio así lo imponga.

Los límites de la exigencia de sacrificio deben coincidir con los límites legales o sociales del ejercicio de su profesión; mas allá de ellos no se puede exigir a nadie un comportamiento heroico o virtuoso.

Ejemplo: la tripulación de un barco estará amparada por este tipo permisivo, cuando se arroja la carga al agua para salvar sus vidas o el barco; el bombero no debe renunciar a su vida para salvar los muebles.

EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

1. CONCEPTO.

FUNDAMENTO LEGAL. El cumplimiento de un deber tiene su fundamento en la fracción VI del artículo 15, del Código Penal, el cual a la letra establece:

"ARTICULO 15. El delito se excluye cuando:

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 éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro."²²⁶

²²⁶ Artículo 15, Fracción VI, Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

El cumplimiento del deber que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a derecho.

Este requisito de la *conformidad a derecho* del que actúa al amparo de esta eximente, plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico.

En efecto, para saber cuándo un policía o un servidor público actúan dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario conocer cual es el contenido de la regulación jurídica (administrativa o laboral) que los rige.

En ocasiones, cuando las reglamentaciones administrativas tiene conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas que dejan amplios espacios a la discrecionalidad, ello provoca que se deje al arbitrio del las autoridades la decisión para valorar los presupuestos o límites jurídicos de su actuación.

Ejemplo: Para restablecer el orden jurídico perturbado, las autoridades en ocasiones hacen uso de la violencia, la cual en ocasiones es innecesaria por ser suficiente para cumplir la orden, con cualquier otro tipo de medida no violenta; y ello es lo que nos lleva a estimar que esta última no estará amparada por este tipo permisivo.

EL EJERCICIO DE UN DERECHO

1. CONCEPTO. El ejercicio de un derecho tiene para algunos el carácter de una causa de justificación.

Pero cabe advertir, que parece contradictorio hablar de que ejercer un derecho sea una causa de justificación, pues son conductas que no están prohibidas. Sin embargo, si "la ley penal menciona el ejercicio de un derecho, es porque se refiere al caso en que haya un precepto permisivo especial para autorizar en una circunstancia determinada la realización de una conducta típica, es decir, prohibida."²²⁷

2. FUNDAMENTO LEGAL. El ejercicio de un derecho tiene su fundamento en la fracción VI, del artículo 15, del Código Penal, el cual a la letra establece.

"ARTICULO 15. El delito se excluye cuando:

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 éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro."²²⁸

²²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 536.

²²⁸ Artículo 15 Fracción VI, Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Así encontramos que la ley regula algunos casos en que un precepto permisivo autoriza una conducta antijurídica, tales como los siguientes casos:

a) El derecho de retención. El Código Civil, regula los casos en que un precepto permisivo autoriza la *retención*, es decir, hace surgir un derecho de retención, que define como la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa.

b) La detención. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, autoriza a los particulares a detener a los delincuentes, siempre que se encuentren dentro de los lineamientos establecidos por el mismo.

c) Las lesiones ocasionadas en la práctica de un deporte. El boxeo.

Para Zaffaroni, ésta no es una causa de justificación, sino es sólo el enunciado genérico que remite a cualquier otra rama jurídica.

EL CONSENTIMIENTO.

1. CONCEPTO. Esta causa de justificación o licitud se presenta cuando no hay la oposición o existe el consentimiento del titular del bien jurídico, para disponer del mismo.

El consentimiento puede ser expreso o tácito.

Se puede hablar que el consentimiento es tácito, en los casos en lo que hay previamente una relación de confianza.

Ejemplo: se permite pensar que el titular del bien jurídico está de acuerdo en que su vecino, familiar o alguien de confianza penetre a su domicilio, al percatarse que la puerta esta abierta; por tanto no se configura el tipo penal de allanamiento de morada; o bien, utilice su vehículo, por ser socios de la compañía.

En algunos casos ese consentimiento puede ser solucionado por la vía del estado de necesidad, es decir, no se configura el tipo penal de allanamiento de morada, cuando sus vecinos penetran a su domicilio para apagar un incendio.

2. FUNDAMENTO LEGAL. El consentimiento tiene su fundamento en la fracción III, del artículo 15, del Código Penal, el cual a la letra establece:

"ARTICULO 15. El delito se excluye cuando:

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."²²⁹

3. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE EL CONSENTIMIENTO.

3.1. "Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios. Esta facultad es cuestionable respecto de determinados bienes jurídicos como la vida e integridad física.

²²⁹ Artículo 15 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

3.2. Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que igual que ésta exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.

3.3. Cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento.

3.4. El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo.²³⁰

EL CASO FORTUITO

1. CONCEPTO. Estamos en presencia de un caso fortuito cuando el hecho se causa por un mero accidente, en donde no existe dolo ni culpa del sujeto.

Se ha considerado al caso fortuito como causa de exclusión de la culpabilidad, ya que tanto el dolo como la culpa, cuya ausencia es característica del caso fortuito, se consideraban por la mayoría de los doctrinarios como formas de la culpabilidad.

²³⁰ Muñoz Conde, Francisco, Op. cit., p. 122.

Sin embargo, si se admite ya con la doctrina finalista de la acción que estos dos elementos forman el elemento objetivo y subjetivo, respectivamente, del tipo de injusto, habrá que considerar que el caso fortuito es una causa de exclusión del tipo de injusto.

2. FUNDAMENTO LEGAL. El caso fortuito tiene su fundamento en la fracción X, del artículo 15, del Código Penal, el cual a la letra establece;

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.”²³¹

CULPABILIDAD

I. TEORIAS. Antes de entrar al concepto de culpabilidad, analizaremos la evolución de la misma; así encontramos las siguientes teorías:

I.1. CULPABILIDAD DE AUTOR. Esta teoría fue sustentada por los positivistas atendiendo a la peligrosidad del sujeto, en donde el delito era una expresión de la personalidad del sujeto, pues su conduc-

²³¹ Artículo 15, Fracción X del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

ta sólo representa una mínima fracción de esa personalidad y para juzgarlo se debía juzgar al autor y no al hecho.

Sin embargo, este punto de vista condujo al abuso del poder punitivo del Estado, ya que en atención a la culpabilidad del autor, se llegaron a imponer medidas de seguridad más severas que las propias penas, en atención a la peligrosidad del sujeto.

I.2. CULPABILIDAD POR EL HECHO. La culpabilidad del individuo se toma en consideración al hecho concreto imputado, el cual debe quedar perfectamente encuadrado en el tipo. Así la culpabilidad estará limitada a la pena consignada en la ley para ese acto violatoria. De esta manera recobra vigencia el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

I.3. FUNDAMENTO DE LA REPROCHABILIDAD. La Escuela Clásica afirma que la culpabilidad implica la aceptación de que el hombre es libre, es decir, de que existe *libertad de voluntad*.

La Escuela Positiva por su parte niega la posibilidad de que en la culpabilidad exista la *libertad de voluntad*, ya que ésta es indemostrable científicamente y, al no poderse probar, en consecuencia la culpabilidad no existe.

"Por esa indemostrabilidad de *libertad* para actuar, algunos autores niegan la existencia misma de la culpabilidad, pues la *libertad* como base de reproche es un contenido que no puede, afirman, considerarse en forma seria, pues la cadena de factores que en cada caso se puede dar, son infinitos, mismos que influyen en el individuo, destruyendo la supuesta *libertad*."²³²

Algunos autores niegan el libre albedrío, llegan a opinar sobre la posibilidad de una *pena sin reproche*, ya que si la pena presupone la culpabilidad y ésta se apoya en el reproche a la libertad de elección, y esta última no es demostrable, la culpabilidad no existe, así la pena no encontraría su razón de existir.

"El sistema causalista y el sistema finalista, en términos generales, parten del supuesto, de que existe la posibilidad de elección del sujeto en la conducta que realiza y ello permite considerarlo culpable de esa conducta, es decir, la pena debe responder a fines que garanticen la mejor convivencia y en ese fundamental objetivo, de carácter preventivo, general y especial, se apoya en el concepto de una culpabilidad donde el sujeto tenga la posibilidad de elegir entre la conducta transgresora de la norma y la que no la conduzca a ella, y dentro de ese límite, opera un margen de libertad que será el soporte de la culpabilidad y de la propia pena."²³³

CULPABILIDAD NORMATIVA. Dentro de ésta encontramos diversas teorías, como son:

²³² Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.*, p. 115.

²³³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.*, p. 116

A) TEORIA PSICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD. "La culpabilidad era la relación psicológica que había entre la conducta y el resultado, así como la relación física era la causalidad."²³⁴

Es decir, como puede observarse la culpabilidad consiste en la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva; es decir, en el reflejo anímico de la realidad, postura que a la postre resultó imposible de sostener, ya que este concepto de culpabilidad no era mas que una descripción de algo, concretamente una relación psicológica, pero no contienen nada de normativo, nada de valorativo, sino la pura descripción de una relación, que no sirvió para explicar la culpa inconsciente.

Al abordarse el problema de la llamada culpa sin representación o inconsciente, no se pudo sostener la existencia de la *relación psicológica entre el sujeto y el resultado lesivo*, ya que en la culpa inconsciente, lo que falta es precisamente esa ausencia de representación psicológica.

²³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 545.

B. TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD. Fue enunciada por Frank en 1907.

Ante las deficiencias que presentó la teoría psicológica de la culpabilidad y la falta de explicación de la culpa inconsciente, de la imputabilidad y la necesidad inculpante, la escuela de Baden—Baden a la que perteneció el tratadista Frank, planteó que la culpabilidad no puede ser reducida a una mera relación psicológica, sino que debe ser referida a un juicio de valoración, a un *juicio de reproche*, surgiendo así el concepto normativo de la culpabilidad.

Se concibió a la culpabilidad como un estrato normativo de la teoría del delito, es decir, como la *reprochabilidad del injusto*, pero sin erradicar el dolo ni la culpa de la culpabilidad.

Conforme a la definición, encontramos así que la culpabilidad era al mismo tiempo una relación psicológica y un juicio de reproche al autor de la relación psicológica.

Para la teoría finalista de la acción, la culpabilidad es un juicio de *reproche* a la acción finalista típica, coincidiendo con Frank en que la culpabilidad es fundamentalmente valorativa, pero difiere en cuanto a que el dolo y la culpa sean elementos de la culpabilidad, ya

que éstos para los finalistas de la acción pasaron a ubicarse en el tipo; fue así cuando se pudo hablar de una verdadera teoría normativa de la culpabilidad que quedó limitada a la pura reprochabilidad.

Orellana expresa que : "Welzel acepta la teoría normativa de la culpabilidad como '*reprochabilidad*', difiere de la teoría de Frank, en varios puntos esenciales, a saber :

- a) En el '*poder en lugar de ello*' es donde radica la culpabilidad, es decir, el *fundamento de reproche* personal se apoya en que el autor pudo motivarse de acuerdo a la ley, de acuerdo a las exigencias del derecho, y al no hacerlo da motivo para reprocharle su conducta;
- b) En el concepto normativo de la culpabilidad se sigue aceptando al dolo como especie de la culpabilidad, aceptando que en el dolo se establece una relación psíquica entre el autor y el resultado, agregando que tal relación es reprochable; lo cual no es aceptable en la teoría finalista, ya que ubica al dolo en el tipo, en donde se da la relación psicológica, y en la culpabilidad finalista sólo se da el reproche como valoración. Ya que una cosa es la reprochabilidad como valoración y otra el dolo como objeto de valoración.
- c) En la teoría finalista se excluyen los elementos subjetivos anímicos, que corresponden al tipo y se conserva únicamente la reprochabilidad;
- d) La culpabilidad en "la teoría finalista de la acción continuando una larga tradición jurídica y filosófica la determinó como el "*poder en lugar de ello*" de la persona respecto de la estructuración antijurídica de la voluntad" y la teoría normativista causalista se aferra al concepto más genérico de libertad."²³⁵

²³⁵ Orellana Wiarco, Op. cit., p. 117 y 118.

2. CONCEPTO. La culpabilidad "es la reprochabilidad del injusto al autor."²³⁶

"En este sentido es reprochable el que pudiendo obrar de otra manera lo ha hecho en forma típica y antijurídica, es decir el que tuvo capacidad para obrar de acuerdo a derecho"²³⁷

Este concepto de culpabilidad es un concepto de carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible que lo hiciese en esas circunstancias.

La capacidad de obrar de acuerdo a derecho, depende de dos presupuestos:

- a. De la capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho y de la capacidad de dirigir las acciones de acuerdo con esa comprensión, y
- b. De la posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho.

²³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 543.

²³⁷ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 79.

CONCEPTO MATERIAL. Fuera del tipo de injusto, es decir, de la tipicidad y de la antijuridicidad, existen una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, no exigibilidad de otra conducta) que forman parte de la teoría general del delito y también condicionan la aplicación de una pena.

Muñoz Conde encuentra el fundamento de la culpabilidad en la función motivadora de la norma al establecer: "La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos normativos.²³⁸, y es posible hasta ese momento atribuir a un individuo el hecho típico y antijurídico y hacerle responsable del mismo.

²³⁸ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, pp. 132 y 133

"La *motividad*, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.,) permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida."²³⁹

II. ESTRUCTURA. La reprochabilidad esta condicionada por la capacidad de culpabilidad y la cognoscibilidad de la antijuridicidad.

Los elementos de la culpabilidad son:

II.1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad;

II.2. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido; y

II.3. La exigibilidad de un comportamiento distinto.

II.1. LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.

"La capacidad de culpabilidad (imputabilidad). La capacidad de culpabilidad requiere que el autor haya podido, en el momento del hecho punible, comprender la criminalidad de su acto y comportarse de acuerdo con esa comprensión."²⁴⁰

²³⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, pp. 132 y 133

²⁴⁰ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 85.

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad se presenta cuando el autor del tipo del injusto, tiene las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Es decir, "debe ser entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma".²⁴¹

Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, o por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos.

Anteriormente, la doctrina clásica para explicar la imputabilidad buscó una base común en la libertad de voluntad. Esta libertad se basaba en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo; el que carece de esta capacidad no actúa libremente, y por eso no podía ser considerado culpable. Sin embargo esta tesis fue insostenible, no sólo porque se basaba en algo indemostrable, como es la *libertad de voluntad* o el libre albedrío, sino porque reduce todas las facultades humanas al plano intelectual y volitivo, los cuales no son los únicos, pues también encontramos los factores psíquicos o socio-culturales, etc.

²⁴¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. cit., p. 118.

Para Francisco Muñoz Conde, la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser hecho responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que puedan ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder de ellos.²⁴²

La imputabilidad en el sistema finalista es sinónimo de capacidad de culpabilidad, capacidad de su autor, y se integra a su vez de dos sub-elementos:

1. La capacidad de comprender lo injusto del hecho, y (momento cognoscitivo o intelectual)

²⁴² Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 139.

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

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

La capacidad de comprensión de lo injusto se refiere a que al autor se le exige que pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho como tipificado por la ley.

De esta manera la imputabilidad ya no se explica como capacidad de responsabilidad individual por los actos realizados libremente, sino que actualmente debe entenderse como capacidad de ser motivado por la norma penal y su correspondiente sanción. Los inimputables no serían seres incapaces de libertad ó irresponsables de sus hechos, sino seres no motivables por la norma.

La exclusión de la capacidad de culpabilidad, depende de la existencia de un determinado estado psicológico-psiquiátrico y, además, de un determinado efecto psicológico, es decir, que exista la imposibilidad de comprender y dirigir.

CAUSAS DE EXCLUSION DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD. Las causas de exclusión de la responsabilidad penal son:

- a) La insuficiencia de las facultades mentales;
- b) La alteración morbosa de las facultades;
- c) La grave perturbación de la conciencia, y
- d) La minoría de edad.

Veamos cada una de ellas:

a) LA INSUFICIENCIA DE LAS FACULTADES MENTALES. Corresponde a un grupo de casos que caen en la categoría más general de las alteraciones morbosas de las facultades, tales como la imbecilidad, debilidad mental e idiocia.

b) LA ALTERACION MORBOSA DE LAS FACULTADES. Abarca todas las formas de psicosis en sentido médico (tanto exógenas, ej. intoxicaciones; como endógenas ej. esquizofrenia y manías depresivas; las psicopatías graves y las neurosis).

c) LA GRAVE PERTURBACION DE LA CONCIENCIA. Esta puede ser patológica y psicológica o fisiológica. En el primer caso se presenta la psicopatía grave y las neurosis; en el segundo caso se da el sueño.

d) LA MINORIA DE EDAD. En términos estrictos no se trata de una causa de inimputabilidad, porque no afecta a la capacidad de comprender y dirigir las acciones. Los menores constituyen por el contrario, sujetos de un Derecho Penal especial, predominantemente preventivo especial y tutelar.

Nuestra legislación penal comprende como casos de inculpa-
bilidad los siguientes:

a) La minoría de edad. Como ya se advirtió, la minoría de edad no es una causa de inimputabilidad, porque no afecta a la capacidad de comprender y dirigir las acciones.

Los menores de 18 años tienen una incapacidad de culpabilidad a causa de su inmadurez mental y social, que presume la propia ley.

b) Enajenación o trastorno mental permanente o transitorio. El artículo 15 en su fracción VII, del Código Penal declara exentos de responsabilidad al "enajenado y al que se haya en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir.

Nuestro Código Penal en la fracción VII del artículo 15, ha establecido como causas de exclusión del delito a los que padezcan de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o hubiese sido previsible.

II. 2. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.

"El ordenamiento jurídico penal puede exigir, como presupuesto de la reprochabilidad del autor, que éste haya tenido un conocimiento actual de la antijuridicidad (teoría del dolo), o bien solamente potencial (teoría de la culpabilidad)".²⁴³

²⁴³ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, p. 87.

Es decir, "el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, requiere como requisito de prelación lógica de capacidad de culpabilidad, es decir, que el sujeto sea imputable, que se presente tanto el momento cognoscitivo (intelectual), como el volitivo (voluntad)."²⁴⁴

Así podemos decir que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido. Es decir, para que exista el conocimiento potencial de la antijuridicidad, basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia.

Para la doctrina dominante es suficiente con un conocimiento potencial de la antijuridicidad, es decir, sería suficiente con que el autor hubiese podido conocer lo ilícito de su hacer para que pudiese reprochársele como culpable.

Sin embargo, con esta teoría se amplían desmesuradamente las posibilidades de considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición.

²⁴⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.*, p. 121.

Esto no quiere decir, sin embargo, que el autor deba tener en el momento del hecho una conciencia exacta de que su hecho está prohibido; es suficiente con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc., se represente dicha ilicitud como posible, y a pesar de ello, actúe.

Si el sujeto actúa con desconocimiento de la antijuridicidad, entonces actúa en error de prohibición.

El sistema finalista distingue entre el error de tipo y el error de prohibición.

ERROR DE TIPO. El error de tipo se refiere al desconocimiento del sujeto en alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal, que puede ser un elemento descriptivo o normativo del tipo. Ej. honestidad, ajenidad, carácter de funcionario.

El error de tipo excluye el dolo, y lógicamente, ni siquiera se plantea el problema de su conducta antijurídica y menos culpable.

Si el error de tipo es de carácter vencible, puede dejar subsistente la responsabilidad a título culposo. Ejemplo: la persona que

mata a otra pensando que es un oso, no responde por homicidio doloso, pero sí a título culposo.

El error de tipo puede recaer sobre los distintos elementos típicos, como son:

1. ERROR SOBRE EL OBJETO DE LA ACCION (ABERRATIO ICTUS). "Es el caso en que una conducta se dirige contra un objeto, pero afecta a otro objeto, al que no se quería ni se aceptaba la posibilidad de afectar.

Puede suceder que el objeto de la conducta y el ente que resulta afectado no sean equivalentes, como cuando alguien dispara contra el dueño y lesiona al perro. En este caso habrá una tentativa de homicidio, porque la lesión del perro constituye un daño y el daño culposo es atípico. Inversamente, si alguien dispara sobre el perro y lesiona al dueño, habrá una tentativa de daño y una lesión culposa en concurso ideal."²⁴⁵

Cuando los objetos son equivalentes: si alguien dispara contra otro y resulta matando a un tercero, tendremos un concurso ideal de tentativa de homicidio con homicidio culposo. No obstante, un buen sector doctrinario afirma que en ese caso hay un homicidio dolo-

²⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit., p. 434.

so consumado, porque el autor quería matar a un hombre y mató a un hombre.

2. ERROR EN EL GOLPE (ABERRATIO ICTUS). "El error en el objeto es el que se da cuando se cree dirigir la conducta contra un objeto pero en realidad se la dirige y se afecta otro objeto. Aquí, cuando los objetos no son equivalentes no hay problema, pues desaparecerá el dolo: no hay dolo de lesiones si quiere alguien golpear a su vecino y confunde al mono del vecino con su dueño a causa de la oscuridad; no hay dolo de hurto si alguien se apodera de una cosa propia creyendo que es ajena, o no hay dolo de adulterio si alguien tiene acceso carnal con su propia mujer creyendo que es la ajena. En todos estos casos desaparece el dolo porque éste es el querer la realización del tipo objetivo con conocimiento de sus elementos, cuando en realidad están faltando esos elementos, que sólo existen en la imaginación del autor."²⁴⁶

3. DOLUS GENERALIS. "Es un error sobre la causalidad en que el autor cree haber alcanzado el resultado, pero en realidad éste sobreviene dentro del curso causal con posterioridad. Así cuando un sujeto cree haber dado muerte a golpes a su víctima, pero en realidad éste está sólo desmayada y muere por ahorcamiento cuando la cuelga de un árbol para simular un suicidio. Para algunos hay que considerar

²⁴⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 434 y 435.

que se trata de una sola conducta y que el error es irrelevante, en tanto que para otros hay dos conductas y, por ende, la desviación del curso causal es relevante. Para los primeros se trataría de un homicidio doloso consumado y para los segundos de un concurso real de tentativa de homicidio y homicidio culposo.²⁴⁷

4. ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES. Es la que determina la no apreciación de las circunstancias agravantes o atenuantes o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.

ERROR DE PROHIBICION. Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho.

“El error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo de tipo). El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable, o la atenúa si es evitable.”²⁴⁸

El dolo, entendido como conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, no tiene, en efecto, nada que ver con la

²⁴⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, pp. 434 y 435

²⁴⁸ Welzel Hans, *Op. cit.*, pp. 232 y 233.

conciencia de la antijuridicidad; se puede realizar dolosamente un tipo (matar a un hombre) y creer que se realiza amparado por una causa de justificación o de licitud (matarlo en legítima defensa).

El error de tipo invencible excluye el dolo y, si es vencible, fundamenta en su caso el castigo por culpa; el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible permite atenuar, pero no afecta en nada el tipo de injusto.

"SUPUESTOS DE ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD.

1. ERROR SOBRE LA EXISTENCIA DE NORMA ABSTRACTA. Son los casos en que el autor desconoce que el ordenamiento jurídico prohíbe determinado hecho. Ej. ignora que se ha sancionado una ley que hace punible las amenazas.
2. ERROR SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACION. Es el caso en que el autor supone que el ordenamiento jurídico contiene una permisión determinada, que en realidad, no contiene. Ej. cree que las leyes autorizan a corregir con castigos corporales a niños ajenos.
3. ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACION. Se trata del error que versa sobre las circunstancias en las que el ordenamiento jurídico otorga una autorización para obrar. Estas circunstancias son también denominadas eximentes putativas. Ejemplo, el autor cree que dos bienes jurídicos colisionan necesariamente, cuando en realidad tal colisión puede superarse sin necesidad de sacrificar uno de los bienes jurídicos; o bien el autor se cree atacado ilegítimamente por otro que sólo pretende hacerle una broma.

4. ERROR SOBRE LOS LIMITES DE LA NECESIDAD. En este caso el autor ha obrado en la creencia de que su acción era necesaria para la defensa de un bien jurídico determinado, cuando objetivamente no lo era. Ejemplo; el autor cree que es necesario matar a su agresor para repelar la agresión, pero objetivamente era suficiente con la lesión del agresor.²⁴⁹

Entre el caso de error sobre los límites de la necesidad y el de las eximentes putativas, el fundamento es idéntico, en ambos casos el autor cree en la necesidad de su obra, cuando en realidad falta tal necesidad.

II.3. LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio a todos los ciudadanos.

En principio el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona, es entonces cuando hablamos en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos.

El derecho no puede exigir comportamiento heroicos, o en todo caso no puede imponer una pena cuando en situaciones extre-

²⁴⁹ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, pp. 90 y 91.

mas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes de sacrificar su propia vida o su integridad física.

La no exigibilidad de otra conducta en esas situaciones no excluye la antijuridicidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento) sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable).

Es decir, nos encontramos en presencia de la no exigibilidad de otra conducta cuando el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad de su hacer, realizó un hecho típico y antijurídico, pero que se encontraba en una situación tan extrema que no fue justificable imponerle una sanción penal.

Causas de inculpabilidad.

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. Son excepciones al principio general de deber de cumplir con los mandatos normativos, sin embargo, en algunos casos, el nivel de exigencia de la ley admite que al sujeto no se le pueda pedir que se cumpla con esos mandatos, por encontrarse en determinada situación extrema.

Dentro de estas excepciones encontramos a las siguientes:

1. El estado de necesidad disculpante.
2. El miedo insuperable.
3. El encubrimiento entre parientes.

1. EL ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE. El estado de necesidad es ante todo, una causa de justificación que se encuentra informada primeramente por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor.

Se presenta cuando el sujeto sin tener la obligación legal por su oficio, profesión u ocupación, de sufrir el peligro, sacrifica un bien jurídico para salvaguardar su vida, honor o libertad; o la vida, honor o libertad de un familiar o ser querido.

El estado de necesidad exculpante exige que el estado de peligro en que se ubica el sujeto, sea real, grave, inminente, que no exista otro medio adecuado, para evitar el sacrificio del bien jurídico y sin que el sujeto tenga la obligación de sufrir el peligro o el riesgo, como lo sería el caso del policía, bombero, etc.

La idea de la no exigibilidad de otra conducta aconseja dejar sin sanción a quien actúa en estas circunstancias, por más que el he-

cho sea antijurídico y el autor actúe con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad.

2. EL MIEDO INSUPERABLE. Esta eximente recuerda una causa de inimputabilidad o incluso de ausencia de acción, ya que el miedo es un estado psíquico que puede llevar incluso al agente a la paralización total.

Sin embargo el miedo al que aquí se alude, aun afectando psíquicamente al que lo sufre, le da una opción de actuación.

Estamos en presencia de un miedo insuperable, cuando éste es superior a la exigencia media de soportar males y peligros.

El miedo al igual que el estado de necesidad debe ser serio, real e inminente.

3. EL ENCUBRIMIENTO ENTRE PARIENTES. Esta causa de exculpación, basada en la idea de no exigibilidad de otra conducta, basada por la relación parental con el autor del delito, no deben estar obligados a delatarlo o impedir ayudarlo, cuando aquél se encuentre perseguido o en situación de adversidad.

Nuestra legislación en su artículo 400 fracción V del Código Penal, establece esta hipótesis como causa de exculpación, el cual a la letra reza:

"ART. 400.

V. ...

"No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles."²⁵⁰

La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo pueden darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido, o se encuentra en una situación en la que pueda regirse por ella.

Si por el contrario, el individuo por desconocer el contenido de la prohibición normativa, por falta de madurez, o por defecto psíquico o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la

²⁵⁰ Artículo 400 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad y el autor del hecho típico y antijurídico no podrá atribuírsele y, por tanto, tampoco podrá ser sancionado.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA: El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecía antes de las reformas que entraron en vigor en 1984, que el cuerpo del delito se integraba sólo por elementos materiales u objetivos del delito; con las reformas que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, relativas al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, quedo claramente establecido que el tipo del delito no solo se integra de elementos objetivos sino también de elementos subjetivos.

SEGUNDA: Con la última reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece que entre los elementos del tipo penal están comprendidos al dolo y la culpa; es decir, una vez afirmada la existencia de una acción u omisión, la lesión opuesta

motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad y el autor del hecho típico y antijurídico no podrá atribuírsele y, por tanto, tampoco podrá ser sancionado.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecía antes de las reformas que entraron en vigor en 1984, que el cuerpo del delito se integraba sólo por elementos materiales u objetivos del delito; con las reformas que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, relativas al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, quedo claramente establecido que el tipo del delito no solo se integra de elementos objetivos sino también de elementos subjetivos.

SEGUNDA: Con la última reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece que entre los elementos del tipo penal están comprendidos al dolo y la culpa; es decir, una vez afirmada la existencia de una acción u omisión, la lesión opuesta

en peligro de un bien jurídico, los medios utilizados, el nexo de causalidad, entre otros elementos de carácter objetivo, habrá que determinar si la conducta fue dolosa o culposa.

TERCERA: Con las reformas del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, se sustituyó el concepto de cuerpo del delito por el de elementos del delito, es decir, esta reforma presenta una precisión más terminológica.

CUARTA: La reforma que sufrió el artículo en comento ofrece mayor seguridad jurídica para los individuos ya que a dicho contenido deben ajustarse tanto el Ministerio Público como el Juez.

QUINTA: La redacción del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales presenta un carácter más técnico.

SEXTA: El cúmulo de exigencias que encierra el contenido del nuevo artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, exige al Ministerio Público, a los jueces y a la propia defensa, a estimular la investigación jurídica, el desarrollo de nuestra doctrina penal y, sobre todo, creará las premisas para que el sentido de responsabilidad de los servidores públicos y de los litigantes se adecue al moderno Derecho Penal.

SÉPTIMA: El artículo sujeto a estudio determina con mayor técnica los mecanismos para que el Ministerio Público y jueces acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado.

OCTAVA: Este dispositivo refuerza el régimen de seguridad jurídica, no sólo porque obliga al Ministerio Público a integrar una averiguación previa con mas cuidado, cautela y objetividad, sino porque demanda además, una mayor preparación técnica y una verdadera profesionalización del Ministerio Público y de los jueces.

NOVENA: Con la nueva reforma la ley ordena que si existen en favor del inculpado alguna causa de licitud, al determinar la probable responsabilidad, la autoridad debe hacer constar este hecho y hacerlo valer como exclusión de responsabilidad.

DÉCIMA: La teoría final de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción.

DÉCIMA PRIMERA: Para la teoría final de la acción, la acción es un comportamiento humano voluntario encaminado a una finalidad, en tanto que la teoría causal prescinde del contenido de la voluntad.

DÉCIMA SEGUNDA: La teoría causal reduce el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo, por completo de la finalidad, lo cual es erróneo, ya que el legislador cuando describe una conducta en un tipo penal, no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal dependiente de la realización de una acción final humana, así como los medios necesarios para su realización y los efectos concomitantes.

DÉCIMA TERCERA: Sólo puede ser sujeto de la acción la persona humana, individualmente considerada. Ya que desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual que no existe en la persona moral.

DÉCIMA CUARTA: La acción u omisión humana subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad.

DÉCIMA QUINTA: La dogmática tradicional divide los componentes del delito entre lo objetivo y lo subjetivo. Al tipo y a la antijuridicidad correspondía valorar el aspecto objetivo y a la culpabilidad del aspecto subjetivo (entendido como pura relación psíquica entre el autor y el resultado).

DÉCIMA SEXTA: Con la teoría finalista se determinó que tanto el elemento objetivo como subjetivo corresponde al tipo, ya que en algunos tipos delictivos era imposible caracterizar el tipo de injusto de un modo puramente objetivo, porque el legislador exigía ya a nivel típico la presencia de determinados elementos subjetivos, sin los cuales el hecho no podía ser típico.

DÉCIMA SÉPTIMA: La culpabilidad no es una simple relación psicológica entre el autor y el resultado. Puede darse esta relación sin que el autor sea culpable ya que un enfermo mental puede matar intencionalmente y no ser culpable.

DÉCIMA OCTAVA: El sistema causalista al igual que el sistema finalista señala como causas de atipicidad la falta de elementos objetivos, pero difieren en que la teoría finalista también refiere como causas de atipicidad la ausencia del dolo, culpa o de otros elementos subjetivos distintos del dolo, por ubicar el dolo y la culpa como elementos subjetivos de la acción típica.

DÉCIMA NOVENA: Los errores accidentales: error en el objeto; en la persona; en el golpe, en sistema causalista se estudian dentro de la culpabilidad, referida al dolo; el sistema finalista los estudia dentro de la tipicidad, y estos errores son irrelevantes; sin embargo para algunos autores de la teoría finalista se puede alterar el grado de

dolo o culpa. Es decir, si se presenta el error en el golpe o persona se daría un concurso de delitos es decir, se presentaría el caso de una tentativa de homicidio doloso y un delito de homicidio culposo.

VIGÉSIMA: El error sobre elementos que agravan o atenúan la conducta típica puede dar lugar a que el delito resulte cualificado o privilegiado, si el error era evitable.

VIGÉSIMA PRIMERA: Para que el error o desconocimiento de los elementos objetivos del tipo penal puedan excluir el dolo es necesario que el error sea invencible .

VIGÉSIMA SEGUNDA: El sistema causalista estudia los errores accidentales dentro de la culpabilidad referida al dolo; el sistema finalista los estudia dentro de la atipicidad.

VIGÉSIMA TERCERA: El error de prohibición se presenta en la teoría del finalismo dentro del estudio de la culpabilidad.

BIBLIOGRAFIA

"Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado" en "El poder penal del estado", homenaje a Hilde Kaufmann, Biblioteca de Ciencias Penales, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985.

ANTOLISEI, Francesco, **Manual de Derecho Penal, Parte general**, 8ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1988.

BACIGALUPO, Enrique, **Estudios de Derecho Penal y Política Criminal**, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, primera edición mexicana, México, 1989.

BACIGALUPO, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos, Buenos Aires, Argentina 1974.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, **Manual de Derecho Penal, parte general**, 4ª edición, Editorial PPU, S.A., Barcelona, España, 1994.

CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl y CARRACNCÁ y RIVAS, Raúl, **Código Penal anotado**, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

CASTELLANOS TENA, Fernando, **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**, Decimatercera edición, Editorial, Porrúa, S.A., México 1979.

CEREZO MIR, José, **Autoría y Participación en el Código Penal**, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo III, Madrid, España, 1979.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, **Derecho Mexicano de procedimientos penales**, 15ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **El nuevo procedimiento penal mexicano. La reforma de 1993-1994**, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio, **La Lógica del Tipo en el Derecho Penal**, Editorial Jurídica Mexicana, 1ª edición, México, 1970.

JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal, Parte general**, volumen primero, tercera edición, Bosch Casa Editorial, S.A., Urgel, 51, bis, Barcelona, España, 1978.

JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal**, tercera edición, Bosch Casa Editorial, S.A., Urgel, 51, bis, Barcelona, España, 1978.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, **Derecho Penal mexicano. Introducción al estudio de las figuras típicas**, tomo I, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1983.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, **La Tipicidad**, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1995.

MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1986.

MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1962.

MEZGER, Edmundo, Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio, Traducción de Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Sexta Edición, 1955.

MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Traducción de Rodríguez Muñoz, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Comentarios a las Reformas del Código Penal, Revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LX, No. 1, Editorial Porrúa, México, D.F., Enero-Abril 1994.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Orientaciones Político—Criminales de las Recientes Reformas al Código Penal del Distrito Federal de México, Revista Criminalia, Año 8, Nos. 21 y 22, editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, primera reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.

ORELLANA, WIARCO, Octavio Alberto, Teoría del Delito. Sistema causalista y finalista, 2º edición, editorial Porrúa, S.A., 1995.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, Tipicidad, Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

RICO, José M., **Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea**, Siglo Veintiuno editores, primera edición, México 1979.

RIVERA SILVA, Manuel., **El procedimiento penal**, editorial Porrúa, S.A., Décimanovena edición, México, 1990.

ROXIN, Claus, **Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico**, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.

VON LIZT, FRANZ, **Tratado de Derecho Penal**, tercera edición, traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia de Derecho Penal en España por Quintiliano Saldaña, Instituto Editorial Reus, Madrid, España.

WELZEL, Hans, **Derecho Penal Alemán, Parte General**, 11ª edición, Traducción del alemán por el profesor Juan Bustos Ramírez y profesor Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de Derecho Penal, Parte General**, Primera Edición, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1986.

ZIPF, Heinz, **Introducción a la Política Criminal**, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA., Madrid, España, 1973.

Legislación consultada:

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Tesis jurisprudenciales citadas

Amparo Directo 4811/1974. Javier Fuentes Gutiérrez Y Otro. Julio 7 De 1975. Unanimidad De 4 Votos. Ponente: Mtro. Ezequiel Burguete Farrera.

Jurisprudencia 672, P. 322. (Esta tesis se publicó con el No. 320, en la página 618 del Apéndice al tomo XCVII).

Jurisprudencia No. 291 (Sexta Epoca), P. 628, Volumen 1a. Sala Segunda Parte Apéndice 1917-1975; Anterior Apéndice 1917-1965,

Jurisprudencia No. 312, Apéndice al Tomo CXVIII, P. 603; no se publicó en las compilaciones de 1917 a 1965, ni de 1917 a 1975; consultar

Jurisprudencia No. 86 (Sexta Epoca), p. 186, Sección Primera, Volumen 1a. Sala, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

Amparo Directo 4109/1963. J. Jesús Jiménez Reyes. Enero 14 De 1964. 5 Votos. Ponente: Mtro. Juan José González Bustamante. 1a. Sala Sexta Epoca, Volumen LXXIX, Segunda Parte.