

20762



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO 2

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS  
PROFESIONALES ACATLÁN

LA TEORÍA DEL DELITO  
(Causalismo y Finalismo en México)

TESIS

Como requisito para obtener el título de  
MAESTRÍA EN DERECHO

Presenta  
JESÚS LÓPEZ BARRIENTOS

TUTOR Dr. JULIO CESAR KALA



ACATLÁN

MÉXICO, D.F.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

MARZO 2002



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## DEDICATORIAS

*Dedico especialmente este trabajo a mi tutor*

*Al Dr Kala, como afectuosamente le llamamos los que como yo tuvimos el privilegio de ser sus alumnos, excelente catedrático, magnifico profesionista, pero sobretodo, persona con una gran calidez humana*

*En el desarrollo de mis estudios de Maestría y después que me aceptara como su discípulo, no obstante sus múltiples ocupaciones, en todas aquellas ocasiones en que acudí a su cubículo en busca de consejo y orientación, su trato educado, cortés y humano me permitió continuar con el desarrollo del trabajo de investigación, lo que hizo no sólo reafirmar mi admiración y respeto, sino también mi amistad*

*por todo ello:*

*Gracias Dr Julio Cesar Kala.*

*Quiero también dedicar éste trabajo a los Doctores Sánchez Sandoval Augusto y Alicia González Vidaurri, catedráticos, profesionales y personas de una gran calidez humana, quienes durante el tiempo que desarrollé el trabajo de investigación tuvieron para mi, palabras de aliento y motivación.*

*Al Dr. Moisés Moreno Hernández, a quién tuve el privilegio de tener por maestro durante el desarrollo del primer semestre de la formación académica de la Maestría, que con su cátedra y diversas conferencias en que he tenido el privilegio de escucharlo, despertó en mi, el deseo de conocer, aunque sea en forma muy general, el tema que ha sido motivo de este trabajo.*

*A todos mis maestros que me impartieron sus conocimientos durante las diversas cátedras que ofrecieron durante mi formación académica de la maestría*

*A todos mis compañeros de la Maestría*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México, que no sólo me recibió con los brazos abiertos en su instalaciones, sino también me brindó los recursos necesarios para mi formación académica.*

*A mi amada esposa, de quién siempre he recibido apoyo y aliento en el transcurso de mi vida*

*A mis amados hijos: José de Jesús y Jorge Daniel que representan una bendición de dios y quienes siempre han sido el aliento de mi vida. dios los bendiga por siempre*

*A mis padres: Francisco y Guadalupe y, a mis hermanas, de quienes siempre he recibido apoyo, aliento y motivación en la consecución de mis metas*

*A mis suegros y a toda la familia Nava. de quienes siempre he recibido atenciones.*

*“.....Con frecuencia escuchamos o leemos que el Derecho Penal y con él la pena es utilizado como un instrumento de dominación, es decir, que sirve para dominar al hombre y no como un instrumento para servir al hombre, esto es para proteger sus intereses frente a aquello que lo afecta, que es lo que conocemos como delito.....”*

**Moisés Moreno Hernández**

*(conferencia) La función político criminal y dogmática del principio de culpabilidad en el Derecho Penal. Sustentada en el marco del II seminario Internacional de Derecho Penal “La dogmática penal y la política criminal en el momento actual”. Organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A.C. Impartida en la Escuela Libre de Derecho en México D.F. Febrero de 1999.*

*“... El Estado acredita su verdadera condición ética, su carácter autoritario o democrático. Autoritario, cuando usa anticipada y excesivamente la reacción punitiva frente a la conducta ilícita o al riesgo de que ésta se presente. Democrático, cuando afirma y actúa el principio de intervención penal mínima, y por ello emplea primero los restantes instrumentos del control social, no punitivos, y solo finalmente, como extremo recurso, las penas y medidas de seguridad.....”*

**Sergio García Ramírez**

*La Reforma Procesal Penal en la Constitución. ¿Derecho Democrático o Derecho Autoritario? Criminalia. Año LXIV No 3 Sep - Dic de 1998, Editorial Porrúa México. P 87*

*“En un Estado democrático - a juicio del finalismo - la política criminal debe apoyarse en una función ético - social; de esta manera, por ejemplo, el presupuesto de la pena debe ser la culpabilidad, no la peligrosidad del autor, pues de no considerarse así, se coloca al individuo a merced del criterio del juez, quien puede no atender a la magnitud de la culpa y en la medida de ella a la penalidad, sino que puede aplicar una medida preventiva, apoyándose en el criterio de la peligrosidad del autor, llegando así a los mas criticables excesos.”*

**Orellana Wiarco Octavio Alberto**

*“Curso de Derecho Penal. Parte General” Edit Porrúa México 1999. P 197*

*“Las fundamentaciones de orden naturalista o utilitaria, además de que ya no responden al desarrollo cultural y humanísticos, son peligrosas, porque un Estado puede valerse de ellas para supeditar a su voluntad los derechos de los individuos.”*

**Orellana Wiarco Octavio Alberto**

*“Curso de Derecho Penal. Parte General” Edit Porrúa México 1999. P 197*

*“... Se pueden obscurecer los conceptos de cualquier teoría para ponerlos al servicio de la arbitrariedad: esto no es cuestión de teorías sino de ideologías y hombres, temores y ambiciones, honestidad y deshonestidad, claridad y confusión de conceptos.”*

**Eugenio Raúl Zaffaroni.**

*Tratado de Derecho Penal Parte General I III Cárdenas Editor y Distribuidor México 1988 P 41*



## ÍNDICE

### CAPÍTULO I

#### 1.- COMENTARIOS, TEORICO – EVOLUTIVOS DEL CAUSALISMO Y FINALISMO

1.1.- Consideraciones Preliminares.....	1
1.2.- Escuela clásica.....	7
1.3.- Escuela positiva.....	9
1.4.- Teoría causalista .....	14
1.5.-Teoría neoclásica , valorativa o causal valorativa.....	19
1.6.- Teoría Finalista.....	23

### CAPÍTULO II

#### 2.- ELEMENTOS DEL DELITO

2.1.-En la Teoría Causalista y en la Neoclásica, Valorativa o Causal valorativa.....	28
2.1.1.- Acción, nexa causal y resultado, la omisión (La acción Neoclásica).....	30
2.1.1.1 Teorías que explican el nexa causal:	
2.1.1.1.1 En los delitos de Acción (De la causa mas eficaz, Adecuada, etc.).....	35
2.1.1.1.2.- En los delitos de Omisión (Del alid actum, aliud facere, De la acción esperada) .....	38
2.1.1.1.3.- En los delitos de comisión por omisión.....	38
2.1.1.1.4.- El nexa causal en nuestra legislación.....	39
2.1.2.- Tipicidad (Tradicional y Neoclásica).....	40
2.1.2.1.-Fases evolutivas del tipo (fase descriptiva, Indiciaria, ratio essendi, etc).....	45
2.1.2.2.- Funciones del tipo.....	48
2.1.3.- Antijuridicidad y Antijuridicidad Neoclásica.....	50
2.1.3.1. Antijuridicidad e injusto.....	52
2.1.3.2.- Antijuridicidad Formal y Material.....	53
2.1.3.3.- Antijuridicidad Objetiva y Subjetiva.....	55
2.1.3.4.- Antijuridicidad y los conceptos de Lesión y de Peligro.....	56
2.1.4.- Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (Causalismo tradicional).....	56
2.1.5.- Culpabilidad .....	59
2.1.5.1.- Clases de dolo (Dolo directo, de segundo grado y eventual).....	60
2.1.5.2.- Dolo eventual y culpa con representación.....	61
2.1.5.3.- El dolo en nuestra legislación (Aspectos generales).....	61
2.1.5.2.- La culpa.....	63
2.1.5.2.1 - Concepto.....	64
2.1.5.2.2 - Sus elementos.....	65
2.1.5.2.3.-Clases.....	66
2.1.6.- Culpabilidad Neoclásica.....	66
2.1.7 - La culpa en nuestra legislación ( Aspectos Generales).....	68
2.1.8.- Crisis del sistema clásico y Neoclásico.....	68
2.2.- En la teoría finalista (Acción, Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad).....	72

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

### **CAPITULO III**

#### **3.- LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO EN EL CAUSALISMO Y FINALISMO.**

3.1.- En la teoría causalista.....	80
3.1.1 - Ausencia de conducta (Vis Absoluta, Vis Maior, etc).....	80
3.1.2.- Atipicidad.....	83
3.1.3.- Causas de Justificación.....	85
3.1.3.1.- Derivadas del Ejercicio de un Derecho (Legítima Defensa, Estado de Necesidad, Ejercicio de un Derecho).....	86
3.1.3.2.- Derivadas del Cumplimiento de un Deber (Obediencia jerárquica, Cumplimiento de un deber).....	94
3.1.4.- Inculpabilidad.....	95
3.1.4.1.- Error de Hecho.....	98
3.1.4.1.1.-Error de Hecho Accidental (Aberratio ictus, aberratio in persona).....	100
3.1.4.2.- La no exigibilidad de otra conducta.....	100
3.2.- En la teoría finalista de la acción.....	102
3.2.1.- Ausencia de Conducta.....	102
3.2.2 - Atipicidad.....	102
3.2.3.- Causas de Justificación.....	105
3.2.4.- Inculpabilidad.....	105

### **CAPITULO IV**

#### **4.- CAUSALISMO Y FINALISMO EN MÉXICO**

4.1.- La reforma constitucional de los artículos 16 y 19 de 1993	
4.1.1.- Proceso de reforma	
4.1.1.1.- Exposición de motivos.....	108
4.1.1.2.- La iniciativa de reforma.....	109
4.1.1.3.- Proyecto de Decreto.....	112
4.2.- Problemática Inmediata.....	112
4.3.- Comentarios doctrinales en torno al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.....	114
4.4.- El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales ("Los elementos del tipo penal") y su vinculación con el Código Penal Federal.....	117
4.5.- La reforma constitucional de los artículos 16 y 19 de 1999	
4.5.1.- El proceso de Reforma	
4.5.1.1 - La exposición de motivos.....	135
4.5.1.2.- Modificaciones de la Cámara de Senadores.....	138
4.5.1.3 - Decreto por el que se declaran reformados, entre otros, los artículos 16 y 19 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.....	139
4.6.- Comentarios en torno al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, Reformado.....	139
4.7.- Problemática.....	146
4.8.- La justicia penal mexicana en los inicios del siglo XXI.....	147
Conclusiones.....	150
Bibliografía.....	152

## INTRODUCCIÓN

La Teoría de Delito se ha instituido como la parte esencial del derecho Penal, adentrarse en su estudio es la forma mas certera de familiarizarse con el injusto penal, que se ha constituido, en pieza fundamental de análisis de la ciencia jurídico penal. Al ocuparnos del análisis teórico del Causalismo y Finalismo, a partir de sus elementos integradores, se pretende evidenciar las diferencias que ambas explicaciones sistemáticas presentan y apreciar su incidencia en el sistema de Justicia Penal Mexicano.

Al utilizar el *método analítico* en el desarrollo de la presente investigación, buscamos evidenciar el hecho de que solo a partir de los elementos que integran el delito es posible determinar su existencia y con ello se da base a la reacción punitiva del Estado. Sin embargo, también nos ocuparemos del uso del *método sintético y comparativo*.

Hemos desarrollado el presente trabajo en IV capítulos: en el primero desarrollamos los aspectos teórico-evolutivos de las doctrinas causalista y finalista.

En el capítulo segundo, se aborda el estudio de los elementos positivos que integran el evento delictivo desde el punto de vista de las sistemáticas Causalista, Neoclásica y Finalista, sin dejar de acotar, el que esa desintegración, solamente se realiza para efectos de su tratamiento metodológico y para fines de investigación y análisis, porque es incuestionable, que el injusto penal solo puede presentarse a través de una acción, típica, antijurídica y culpable y con ello, se da base al ejercicio del ius puniendi del estado.

El tercer capítulo, desarrolla el estudio de los elementos negativos del injusto, desde la perspectiva causalista y finalista, ello, con la intención de ser mas precisos en nuestra investigación y poder preparar el antecedente inmediato de análisis de ambas sistemáticas, en las reformas constitucionales de los artículos 16 y 19 de 1993 y 1997-99.

El capítulo cuarto, se dedica a comprobar, como las doctrinas causalista y finalista, han influido en el sistema de justicia penal mexicano; estableciendo un panorama genérico de la reforma constitucional de 1993, donde se aprecia un fortalecimiento de las libertades de los individuos frente al ius puniendi estatal, y se atiende también a la reforma Constitucional de 1997-99, respecto los artículos 16 y 19, donde se retorna al concepto procesal: "Cuerpo del Delito". Proponiendo *-acorde con la postura de Enrique Díaz Aranda\**, una interpretación de los contenidos del vigente artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales apegada a los contenidos de la doctrina de la acción final. Asimismo, se hace un breve comentario en torno al sistema de justicia penal que se vislumbra para nuestro país, en los inicios del siglo XXI.

---

\* Díaz Aranda Enrique. Gimbernat Ordeig Jager Christian Roxin Claus. *Op Cit*

## CAPITULO I

### 1. COMENTARIOS EN TORNO A LOS ASPECTOS TEORICO - EVOLUTIVOS DEL CAUSALISMO Y FINALISMO

#### 1.1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En este trabajo, trataré de abordar, los planteamientos teórico-evolutivos, que sustentan las sistemáticas tradicional y finalista; congruente con ello, esbozaremos los comentarios que algunos doctrinarios han sustentado, en torno a los principios, que son base, de éstas construcciones; de igual forma, nos ocuparemos -aunque sea en términos muy generales-, de los postulados de la escuela clásica y la escuela positivista, que tuvieron repercusión en las explicaciones que nos ocupan, -aunque debo aclarar, que no agotaré todas las escuelas o corrientes de pensamiento que en aquéllos años surgieran como parte del desarrollo de las ideas penales-. Lo anterior, nos lleva a determinar, -desde ahora-, que el contenido del derecho penal es la norma, *"...pero lo que rodea al Derecho Penal no sólo es norma..."*

Conocer los aspectos teórico-evolutivos que sustentaron las explicaciones que del delito nos han presentado la llamadas teorías: Clásica, Neoclásica y Finalista, es atender al pensamiento dominante de la época y ello, adquiere especial relevancia, debido a que si logramos desentrañar los pilares en los cuales se sustentaron el Causalismo y Finalismo, es lógico pensar que comprenderemos de mejor manera, los contenidos que sustentan su estratificación -*acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*-, en torno al injusto penal

Siguiendo con ésta línea de pensamiento, se considera necesario realizar un breve comentario, en torno a las ideas que surgieran en aquellos años: El Derecho Penal Científico nació en Europa en el siglo XVIII, acuñado por la burguesía que cuestionaba a la monarquía y a la aristocracia, que se consideraban detentadores del poder político por derecho divino;<sup>2</sup> situación que provoca, que mas tarde se afirme: el Derecho Penal humanista, es una reacción en contra de los excesos del absolutismo, en contra de ese derecho divino que no tenía mas límite que el capricho del Monarca, reacción que provocaría el nacimiento de corrientes de pensamiento, que sostendrán el principio -universalmente aceptado-, que debe ser la ley y no la voluntad de un hombre, la que señale los presupuestos y requisitos, que se deberán cumplir, para que una persona pueda ser sometida al ius puniendi del Estado

<sup>1</sup> Marquez Piñero Rafael Coordinador de las ponencias que se presentaron el 25 de Febrero de 1999, en la Escuela Libre de Derecho, en México DF, al comentar la ponencia del Dr Moisés Morenos Hernández *La Función Político Criminal y Dogmática del Principio de Culpabilidad en el Derecho Penal (Mexicano) de Hoy*, Durante el II Seminario Internacional de Derecho Penal. *La dogmática Penal y La Política Criminal en el Momento Actual*, organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A.C

<sup>2</sup> "Una constante e ininterrumpida lucha contra el poder estatal, la iglesia y los señores feudales caracteriza los tiempos posteriores, en los que el hombre es víctima azotada por diversos vendavales centralistas o autárquicos oriundos de plurales fenómenos sociales hasta el extremo de que ni aún en las cercanas épocas existía un pensamiento científico sobre el delito ni un criterio rector que engendrara seguridad jurídica o moderase la arbitrariedad creadora. El delito era una desobediencia que se castigaba ciegamente para afirmar el poder y al insumiso dominar" Jiménez Huerta Mariano, *"Derecho Penal Mexicano"* Tomo I, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2000 Prefacio pp 14, 15

Se debe recordar, por otra parte, que como consecuencia de los grandes descubrimientos y el desmoronamiento del sistema de producción feudal -siglo XV-, los hombres se riegan por toda Europa originándose con ello la concepción del ser humano como "hombre libre", razón que motivó la necesidad de establecer el discurso que sustentará su sometimiento al nuevo orden social:

*"... el Estado tenía que regirse por normas de Derecho, de manera que sólo podría hacer lo que jurídicamente estaba previsto en función de su acuerdo con la voluntad popular. Entre sus obligaciones se establecen por primera vez los llamados derechos humanos y garantías fundamentales de las personas, que identifican el nuevo poder compartido del Estado Contractual y que se contraponía al Estado Absolutista "*<sup>3</sup>

Esa facultad de sancionar conductas socialmente intolerables le deviene al Estado -según lo explicó Rousseau- como consecuencia del pacto social que celebraron todos los ciudadanos, al ceder parte de su libertad para poder vivir en sociedad. Sin duda alguna, podemos establecer que ello legitimó y dio origen al Estado de Derecho, que entre otras atribuciones, tendrá la de garantizar la convivencia del grupo social y su coexistencia pacífica. En torno a nuestra materia -al derecho penal-, el Estado debía establecer descripciones contenidas en los tipos penales que señalen con toda precisión las conductas socialmente intolerables y por ende acreedoras a una sanción, adoptándose con ello, la obligación del cumplimiento del principio de legalidad -*nullum crimen nulla poena sine lege*- como principio limitador de su facultad punitiva, es decir, que sólo lo que la ley señala como delito es lo que da base para la reacción punitiva del Estado.

Lo anterior, nos permite esbozar uno de los pilares fundamentales que caracteriza al denominado Estado de Derecho, que por otra parte, sirve también, como parámetro de comparación con el llamado Estado Absolutista, ya que a éste último, lo podemos delinear a partir de la antigua afirmación, de que el rey era el Estado, situación que indudablemente propició situaciones crueles e injustas, carentes de las mas elementales garantías a los gobernados; de ahí, que se buscaron mejores formas de organización social, surgiendo entonces el Estado de Derecho, que fue producto de las ideas del Renacimiento, de la Ilustración, del Iluminismo y de grandes pensadores como Juan Jacobo Rousseau, -al que brevemente ya nos referimos- Voltaire, Diderot, y de radical importancia para el estudio que nos ocupa, Cesar Beccaría.

No es de extrañar pues, que en éste ambiente del desarrollo de las ideas, surgieran diversas corrientes de pensamiento,<sup>4</sup> entre las que se encuentra aquella que

<sup>3</sup> Sánchez Sandoval Augusto, *"Derechos Humanos. Seguridad Pública y Seguridad Nacional"*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000, p 12

<sup>4</sup> "El Derecho Penal contemporáneo se gesta en las ideas de la Ilustración y del Iluminismo que lentamente van minando la teocracia y la arbitrariedad imperantes. y en la gran Revolución mece su cuna. Las ideas filosóficas de Diderot, D'Alembert, Montesquieu, Voltaire y Rousseau hallan su consagración en la Declaración des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Beccaría ya había afirmado en 1764 el principio de legalidad de los delitos y de las penas que veinticinco años más tarde el artículo 6° de la Declaración por vez primera proclama. El apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege* recogida en la parte dogmática de las constituciones políticas que a partir de entonces se promulgan, se contiene éstas elementales bases legalistas en programática sistesis..." Jiménez Huerta Mariano, *"Derecho Penal Mexicano"* Tomo I, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2000 Prefacio, p 15

sustentara los postulados del *Pensamiento Humanista* y que encuentra en Cesar Bonessana<sup>5</sup>, su mas grande exponente:

*"que como su nombre lo indica, es cuando el Derecho Penal se preocupa en desterrar concepciones caracterizadas por la brutalidad, la crueldad, y en una palabra en prácticas inhumanas"*<sup>6</sup>

Bonessana, en su obra, *De los delitos y de las penas*:

*"escribió paginas que aún son valaderas sobre temas como la tortura, la pena de muerte, la proporcionalidad entre el delito y la pena, criticando el sistema punitivo de sus días y demostrando que el excesivo sistema represivo de su tiempo no lograba los pretendidos fines de seguridad y readaptación social, y menos aun el efecto preventivo que debía tener el Derecho Penal."*<sup>7</sup>

De ahí que, en la Ciencia Penal, cuando se hace referencia a Cesar Bonessana, *Marques de Beccaria*, se le debe reconocer como el forjador del Derecho Penal con criterio humanista. Al englobar la importancia de su pensamiento, pero sobre todo si nos:

*"atuviéramos a las versiones corrientes en la manualística, pareciera que el cambio que se produce en la última parte del siglo XVIII y en las primeras décadas del siglo XIX, es casi "espiritual", o sea, que una suerte de "opinión publica" demandaba esos cambios, a la que respondió el noble milanés CESARE BECCARIA (1738 -1794) con la publicación de su pequeño libro Dei delitti e delle pene que de inmediato fue traducido al francés a instancias de Voltaire, seguidamente a otras lenguas, y la consiguiente difusión de sus ideas y la aparición de epígonos en varios países desencadenó un rápido movimiento de reforma que se extendió a toda Europa ...."*<sup>8</sup>

Para resaltar la importancia del pensamiento y obra, de Beccaria, simplemente habría que recordar, que la burguesía en base a su poder económico, fue disputándole el poder al rey, quien poco a poco fue cediendo en su condición de poder, ello propició el surgimiento de un nuevo orden social que respondió a esa nueva sociedad en

<sup>5</sup>El análisis de su pensamiento y de su obra aún se lleva a cabo, simplemente habría que recordar que sus criterios, principios y postulados, aún son motivo de debates dentro de las discusiones de la actual ciencia jurídico- penal. Para ilustrar lo anterior, baste referir, la polémica discursiva que gira en torno al logro de la tan *ansitada proporcionalidad entre el acto y la pena*, que en la actualidad, se ha constituido en uno de los temas mas recurrentes de la doctrina penal, puesto que al transgresor del código punitivo se le debe sancionar por su acto y no por el grado de peligrosidad que representa. Esta afirmación, sustenta el fundamento discursivo de lo que la actual ciencia penal ha denominado como: El derecho Penal de Autor o El derecho penal de acto, puesto que al ser humano debe sancionársele por lo que haga y no por la potencialidad que tenga en la comisión de delitos. Y a partir de ahí, podrá delinarse el tipo de Estado que se sustenta, un Estado que respete la dignidad de la persona humana y que sancione por el acto realizado o un Estado que use el ius puniendi castigando la peligrosidad del sujeto sin atender a su conducta.

Por otra parte, se considera importante mencionar que la crítica que entabló desde entonces, en el sentido de que *el sistema represivo de su tiempo no logra los fines de readaptación social que se proponía* me parece que es aplicable en la actualidad, porque es indudable que el derecho penal se hace cada vez mas represivo situación que se hace evidente en el *aumento excesivo de la aplicación de las penas*, como ejemplo de ello, simplemente habría que señalar que el artículo 320 del Código Penal Federal, señala como pena máxima hasta 60 años, en el delito de homicidio calificado. De ahí, que si un joven de 25 años comete éste delito, en caso de sobrevivir a la prisión, saldría siendo un viejo y difícilmente podría readaptarse a una sociedad que durante el periodo de su reclusión ha cambiado significativamente.

<sup>6</sup>Orellana Wiarco Octavio Alberto, *"Teoría del Delito Sistema Causalista y Finalista"*, Octava Edición, Edit. Porrúa, México 1999, p 2.

<sup>7</sup>Idem p 2.

<sup>8</sup> Citado por Rene Boderio C. Edmundo, *"El sistema penal. Valoración y Crítica"* Criminología, Año LXV No 1 Ene - Abr; 1999 Editorial Porrúa, México, p p 57- 58.

formación, *-la concepción del hombre libre-* que si bien era pobre y miserable, su condición, ya no de servidumbre, ni tampoco de súbdito, sino de *libertad lo igualaba a todos los demás* y por tanto, al ceder parte de ella junto a los otros hombres, se da origen al Estado de Derecho de corte Contractualista. Con la adopción de ésta nueva visión, el hombre por ser igual y libre a los demás hombres no permite la existencia de status diferentes y, por lo tanto, la aplicación de la ley es igual para todos y el único facultado para ejercer su aplicación es el Estado.

Las ideas de Bonessana, que *ya consagraban el principio de legalidad*, fueron el punto de partida que ocasiono que el Derecho Penal fuese estudiado con criterios humanistas y su pensamiento y obra, gracias a Voltaire, se difunden por toda Europa, sembrándose las bases de la actual ciencia jurídico - penal.

Castellanos Tena, menciona que la reforma que el noble milanés consideraba necesario efectuar *debería versar*, sobre:

*"a).- El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.*

*b).- Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; estas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas.*

*c).- Las penas deben de ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben ser atroces.*

*d).- Los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley. Para Beccaría nada hay tan peligroso como el axioma común que proclama la necesidad de interpretar el espíritu de la ley.*

*e).- El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres; y,*

*f).- La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual el mismo no puede disponer por no pertenecerle."<sup>9</sup>*

Derivándose de éstos postulados, el hecho de que el *ius puniendi* del Estado, encuentra su fundamento, no sólo en ese derecho que tiene de imponer sanciones, sino también, en las corrientes de pensamiento de la época que -como ya lo hemos referido-, sostenían que el Estado era producto de esa delegación de libertad que cada ciudadano realizaba para poder vivir en sociedad y por ende, se sometía a su autoridad, aunque, debe acotarse por otra parte, que éste, -el Estado-, debía estar regido por normas jurídicas que deberían ser respetadas en el ejercicio de sus atribuciones y, al mismo tiempo, en contrapartida, se plasmaron diversos derechos y obligaciones que los ciudadanos debían ejercitar y cumplir; lo que denota la conformación del *Estado de Derecho de corte contractual*

De ahí que de forma certera, el citado doctrinario -Beccaría-, manifestara que *la justicia humana* -aquella que encuentra sustento en la ley-, y *la justicia divina* que durante muchos años diera base al Absolutismo, son independientes y por lo tanto, la justicia humana se legitima como producto del ejercicio del respeto a la soberanía popular, en la creación de la ley, por que finalmente será ella, quien describa la conducta que revista carácter delictivo.

Cuando *CESARE BECCARIA*, señala que *las penas debían estar establecidas en las leyes, ser generales y solamente impuestas por los jueces*, en la actualidad lo

<sup>9</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General*, décimo sexta edición Editorial Porrúa, México 1983, p 36

consideramos como algo normal, pero para llegar al establecimiento de ésta garantía fundamental tuvieron que pasar muchos años y aún hoy, continúa su evolución y perfeccionamiento, baste decir que todavía se critica que existan descripciones abstractas contenidas en las leyes penales que requieren que el juzgador en el caso concreto determinen si el activo al incurrir en la violación de la disposición penal *podía prever siendo previsible o que previó pero confió en que el resultado típico no se produciría*, encontrándose obligado a realizar lo que la ley le ordenaba, situación a la que la doctrina y la legislación han pretendido dar respuesta, atendiendo por ejemplo a la *calidad de garante* derivada de una *ley*, de un *contrato* o de su *actuar precedente*, lo que deja en el juez la posibilidad de completar la labor del legislador, generándose con ello, un campo, de inseguridad jurídica para el gobernado, pues el tipo penal debe describir con toda precisión la conducta prohibida u ordenada en aras del cumplimiento estricto del principio de legalidad. Ello adquiere especial relevancia si se recuerda, que el principio de legalidad se fundamenta, en la aportación del Tipo de E. Von Beling en 1906, porque sólo lo que la ley sanciona como delito es lo que el Estado podrá castigar. Por otra parte, debe precisarse que el contenido del tipo penal en las sistemáticas, objeto de ésta investigación, -causalismo, neoclasicismo y teoría de la acción final-, se va fortaleciendo como producto de la evolución que de la explicación del delito, nos van proporcionando, lográndose su máximo desarrollo con el finalismo, donde se analiza el tipo objetivo y subjetivo como mas adelante lo veremos.

El principio de que *las penas* deben ser públicas, *proporcionadas al delito y las mínimas posibles*, ha aportado la base sobre la cual la *escuela clásica* sustentó el criterio de la aplicación de la pena, estableciéndose que ésta, debería ser proporcional al delito, es decir al hecho cometido, a la acción realizada; esbozándose el criterio de que el derecho penal debe ser un derecho penal de acto.<sup>10</sup>

Continuando con la referencia, al pensamiento del ilustre doctrinario, podemos decir que cuando se refiere a que *los jueces*, por no ser legisladores, *carecen de la facultad de interpretar la ley*, nos aportó un principio fundamental para el Derecho Penal: la ley debe describir con toda precisión la conducta sancionable por el Estado y por ende, no se debe dejar al arbitrio de los jueces la posibilidad de su interpretación porque ello implica, la posibilidad de arbitrariedad, es decir, el riesgo de que se puede afectar al ciudadano con un razonamiento alejado del texto de la ley, originándose con ello, la

<sup>10</sup> El principio denominado Derecho Penal de acto, encuentra su fundamento en la idea de orientar la actuación del Estado, hacia los principios rectores que caracterizan al Estado Democrático de Derecho, porque en éste, se garanticon de mejor manera las libertades de los individuos frente a las potestades punitivas del Estado de ahí, que al ejercerse el ius puniendi atendiendo al principio del acto realizado por el ser humano, se garantiza que éste será sancionado por su actuar ilícito, por lo que hizo y no por el grado de peligrosidad que representa, es decir, se garantiza que la pena se graduará dentro del contexto del límite - mínimo y máximo -, de la acción realizada y no en el grado de peligrosidad que el sujeto representa para sociedad. Para ilustrar lo anterior piénsese en el caso de quién es sancionado no por la infracción penal cometida, que puede ser grave o no, sino por su inclinación al mal, por que en ese supuesto se buscaría con la aplicación de la sanción penal la modificación de las condiciones que provocan en él su condición peligrosa, lo que saldría del límite del acto realizado y nos ubicaría en los terrenos fangosos e inseguros de la personalidad del autor.

Por otra parte, habría que decir que este criterio -de la peligrosidad del autor-, podría dar base, en el momento de la aplicación de la pena a excesos, piénsese en la persona que sea calificado como de alta peligrosidad, pero que su conducta desplegada en el mundo real se haya adecuado a un delito de mínima gravedad, desde luego que ello, justificaría la aplicación de una pena mas severa, no importando que el acto ejecutado por el sujeto activo del delito sea de mínima gravedad.

Este criterio estuvo vigente en nuestro Código Penal Federal en el artículo 52, que regula la individualización judicial de la pena, en el que se tendría que hacer alusión al grado de peligrosidad que rebelaba el sujeto activo y que en sentencia a través del estudio interdisciplinario que se realizaba normaba el criterio del juzgador para imponer una pena con tendencia a la mínima o a la máxima situación que evidencia que hasta 1994 fecha en que se deroga esta disposición, el principio de peligrosidad estuvo aplicándose en nuestra legislación penal, para posteriormente, dar paso al principio de culpabilidad.



posibilidad de que el juzgador, pudiera crear figuras jurídicas que la ley no establece, se estaría legislando y, por ende, se presentaría lo que el ilustre doctrinario intentaba atacar, la creación de leyes para el caso concreto y no, la garantía de que la ley debe ser general y en su aplicación, previa, escrita y estricta.

Cuando nos menciona, que el fin de la pena es *evitar que el autor cometa nuevos delitos*, así como la *ejemplaridad respecto de los demás hombres*, estableció el criterio de la prevención especial positiva, puesto que con la aplicación de la pena se busca, que la persona que transgredió la norma, se rehabilite (se readapte) y mas tarde se integre a la sociedad, y al mismo tiempo, a través de la prevención general negativa, que se dirige a los demás hombres (a la sociedad), a través de la intimidación, se busca que el delito no se presente. Éstos fines, aún siguen vigentes, sin embargo, *la prevención especial positiva*, ya desde los tiempos de Cesar Bonessana, era cuestionada y en la actualidad, ha entrado en evidente crisis, porque somos testigos de una escalada en la agravación de las penas, lo que pone en duda, el hecho de que se busque la readaptación social, puesto que entre más alta sea la condena del sujeto activo del delito -hasta 60 años en el caso del homicidio calificado 320 del Código Penal Federal-, es menos probable que el condenado pueda salir y reintegrarse a una sociedad, que en el tiempo de su reclusión, seguramente ha cambiado y que difícilmente lo puede aceptar, además de que cuando sale de la cárcel sale con el estigma de ser un delincuente y si a eso le agregamos que en los trabajos cada vez es mas común que se solicite *carta de antecedentes no penales y constancia de no inhabilitación*, evidentemente su posibilidades de conseguir un trabajo honesto se reducen, con ello el objetivo de la readaptación social parece que se va diluyendo cada vez mas hasta convertirse en un ideal a conseguir que no tiene referente en la realidad. Por otra parte, cuando Beccaría se refiere a *la pena de muerte y establece que debe ser proscrita por injusta*, me parece que obedece a una postura ideológica de corte humanitario, con base en la teoría del contrato social, pues si bien se reconoce que el Estado Contractual nace de esa relación que se establece entre los ciudadanos y el Estado, regulada por el Derecho, éste último no debe tener a su vez, la facultad de privar de la vida al ciudadano que lo creó, puesto que incluso -tal vez aquí se aprecia con mayor rigor su postura ideológica -, éste no tiene el derecho de disponer de ella por no pertenecerle.

Como punto conclusivo de las anteriores referencias al pensamiento de tan significativo doctrinario, podemos concluir que sus ideas no pierden su vigencia y muchos de sus postulados aún son motivo de análisis y acalorados debates académicos.

En otro orden de ideas, se considera que para poder encontrar los presupuestos jurídico-penales que fundamentan la aparición del delito<sup>11</sup> deberemos atender al estudio de las explicaciones que sobre él nos dan las sistemáticas objeto de análisis de esta investigación. Asimismo, se considera oportuno atender a los postulados de la escuela clásica ya que es ahí, donde se encuentran referentes de la explicación causalista del delito

<sup>11</sup> Grandes fueron las preocupaciones y los esfuerzos realizados por los penalistas del siglo XIX para esclarecer y precisar el contenido material que debe tener el delito. Birnbaum fue el primero en indicar que la sustancia del delito consiste en una lesión o puesta en peligro de un bien garantizado por el orden estatal; Rossi afirma que el delito lesiona un derecho subjetivo, variable según la especie delictiva; Carrara no se limita a manifestar que el delito es "la violación de la ley promulgada", sino que agrega que "es un ente jurídico porque su esencia debe consistir infaliblemente en la violación de un derecho; y von Liszt comprendía la entraña del delito en un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad protegidos por las normas jurídicas". Jiménez Huerta Mariano. "Derecho Penal Mexicano" Tomo I, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2000. Prefacio, p p 15.16

## 1.2.- ESCUELA CLÁSICA.

La aparición de la etapa denominada humanista del Derecho Penal motiva el surgimiento de una corriente de pensadores que se agrupan en las llamadas *escuelas penales*, entendiendo por ellas, al conjunto de juristas que en conceptos básicos tienen rasgos de coincidencia, así se observa:

*"En los trabajos de Feurbach, Romagnosi, Roeder, Rossi, Carnignani, y otros juristas de la mitad del siglo XIX, que culminan con la obra de Francisco Carrara, encontramos algunas notas semejantes como fueron aquellas de estudiar al delito desde una perspectiva jurídica, de que la responsabilidad del delincuente se encuentra en el "libre albedrío," de la necesidad de la pena para restaurar el orden jurídico, fundamentos que tomó en cuenta el positivista Enrique Ferri para englobar a estos pensadores bajo la denominación de Escuela Clásica."*<sup>12</sup>

Por eso se dice que la llamada *escuela clásica*,<sup>13</sup> al sustentar la postura de que la responsabilidad del sujeto activo del delito se basa en el *libre albedrío*,<sup>14</sup> en la capacidad que tiene el ser humano de poder decidirse conforme a sentido, es decir de poder actuar conforme a la norma o de optar por su violación, aportó el fundamento para poder responsabilizarse al autor por su conducta. Además estudió al delito como *ente abstracto*, por que la ley define lo que es el delito y su violación implica la transgresión del derecho del Estado, es decir, que se actualiza por la realización de una conducta externada en el mundo fáctico que transgrede el mandato o prohibición contenido en la norma penal.

Éste fundamento se aprecia en Francisco Carrara, cuando nos proporciona la definición del delito:

<sup>12</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, *"Curso de Derecho Penal, Parte General"*, Editorial Porrúa, México 1999, p 59.

<sup>13</sup> "La filosofía liberal clásica de los siglos XVIII y XIX con sus postulados sobre el contrato social, la división de poderes, el principio utilitario y el libre albedrío, inspira a la Escuela Clásica del Derecho Penal en su interpretación del delito. Si ante la ley todos los hombres son libres e iguales, responsables de sus propias acciones, entonces toda conducta es la manifestación o ejercicio de la propia libertad. Por ello, aquellas conductas que violan el derecho emanado del pacto social, deben ser valoradas negativamente y criminalizadas en aras de la defensa social. Lo que interesa entonces es la acción imputable. El delito como ente jurídico, no la personalidad del delincuente, ni la realidad social en que está inserta la conducta. En conclusión, la medida de la reacción ante este hecho jurídico será la del daño causado y su límite, será la necesidad o utilidad de la pena para efectos de la prevención general. Esto señala que en una sociedad en la que todos los individuos son formalmente libres e iguales, el delito es una acción que emerge del libre albedrío del sujeto, que es calificada desvalorativamente e introducida al derecho penal, porque rompe con el pacto social excediéndose en el ejercicio de la libertad individual que todos poseen. Esta acción debe ser castigada para conminar a los otros a no salirse del límite del ejercicio de su derecho, ya que ellos habiendo tenido la misma libertad, no lo hicieron. El castigo solo se da, en esa concepción, en la medida del daño que halla causado esa acción, constituyendo la función represiva y disuasiva de la pena. Sánchez Sandoval Augusto, González Vidaurri Alicia, Dieter Gorenc Klaus, *Control Social en México DF. Criminalización primaria, secundaria y derecho humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela de Estudios Profesionales Acatlán, México 1988, p p 81, 82

<sup>14</sup> El "libre Albedrío" proporciona el fundamento de la responsabilidad penal del trasgresor de la norma penal, puesto que contiene el basamento de la conducta humana, es decir, sustenta el principio de que el hombre tiene la posibilidad -con base en la razón- de optar libremente por el bien o el mal, de ahí, que si optó por el mal, teniendo la posibilidad de conducirse conforme a la ley, exista la posibilidad de determinar su culpabilidad. Este fundamento fue retomado por la escuela clásica, y sustentó la moderna explicación sistemática del delito. Sin embargo, como más adelante lo veremos, éste no escapa a la crítica, sobre todo como fundamento de la culpabilidad para la aplicación de la sanción penal, porque ¿como puede demostrarse que alguien en iguales circunstancias a las que rodearon la comisión del delito puede actuar de modo diferente a como lo hizo?

*"Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."*<sup>15</sup>

Esta concepción, nos permite realizar algunos comentarios en torno a los fundamentos que sustenta la escuela clásica y su explicación del ilícito penal; por ejemplo, se afirma que *el delito es considerado como una infracción de la ley*, es decir, es la transgresión a un ente jurídico abstracto contenido en la ley penal, que se origina en el momento, en que analizada la conducta humana, se llega a concluir que ésta, viola un mandato o prohibición contenido en la ley.

Ahora bien, para que el delito se presente es necesario que existe la concurrencia de dos aspectos fundamentales: *uno referido a la voluntariedad y otro de orden físico*, el primero, hace alusión a la *voluntad inteligente del ser humano*, que provoca un resultado -cambio- en el mundo fáctico, el segundo, es el movimiento corporal que desarrolla el infractor del Código Punitivo y que provoca un resultado, que se percibe por el daño producido, o por el peligro a que estuvo expuesto el bien jurídico protegido. En el aspecto voluntariedad se hace patente la intención o, la falta de previsión o cuidado, que se tuvo para la exteriorización de la acción u omisión. Este criterio será retomado, un poco, mas tarde por Liszt para explicar el *aspecto subjetivo* del injusto de corte causalista. *El objetivo*, en tanto, se integra, con la fuerza física, por el movimiento corporal que externa el sujeto activo y que provoca un cambio en el mundo fáctico.

Por otra parte, se considera de suma importancia señalar que uno de los avances más significativos que aportó la escuela clásica a la ciencia penal, lo constituyó la idea de la *imputabilidad*, que fundamentó el principio de la responsabilidad penal al activo, porque se afirmó que quién tiene la posibilidad de conducirse cumpliendo la norma y opta por su violación, da base para que su conducta sea sancionada (*se percibe el fundamento del libre albedrío*).

De las ideas que anteceden, se considera oportuno subrayar que en la definición de Carrara ya aparecen planteamientos tales como que *el delito es un ente jurídico*, que para su debida integración requiere de presupuestos y elementos, que derivados de los contenidos de la ley, fundamentan el ejercicio del ius puniendi del Estado y, en forma inversa, podemos decir que de los mismos contenidos de la ley se debe dar base para definir cuándo una conducta no debe ser sancionada, porque éstos son espacios de actuación que la ley le otorga al ciudadano para que mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, pueda desplegar su conducta que si bien es típica, excluye su antijuridicidad y en consecuencia realiza su acción al amparo del derecho. De ello nos ocupamos un poco mas adelante, cuando atendamos a las causas de exclusión del delito.

Pavón Vasconcelos, al caracterizar los postulados de la escuela clásica nos dice:

*"a).- Como el Derecho Penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas, proclamó como método ideal el lógico abstracto;*

*b).- El delito se contempla no desde un punto de vista natural sino jurídico; es la infracción a la ley promulgada por el Estado y por ello el investigador no debe perder de vista la ley. En síntesis el delito es un ente jurídico, una creación de la ley, sin que pueda concebirse su existencia fuera del ordenamiento jurídico;*

<sup>15</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto "Cursos de Derecho Penal ...", p 60

c) - *La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la imputabilidad moral y en el libre albedrío "Todo el ingente edificio del clasicismo - escribe PUIG PEÑA -, toda la estructuración y basamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha basado en ese principio fundamental. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal. Como llegó a decir un autor eminente: "el que niega el libre albedrío no puede justificar el Derecho Penal..."*

d) - *Si el delito es un ente jurídico, la pena por tender fundamentalmente a conservar el orden legal, es una tutela jurídica que lo restaura cuando se le altera..."<sup>16</sup>*

En consecuencia, se puede decir que cuando se estudia al delito dentro de los postulados de la corriente clásica, se le debe concebir como una *abstracción de la ley* y por lo tanto, su infracción reviste el carácter de lo antijurídico y se le puede imputar al activo, es decir se le puede responsabilizar por que tenía la posibilidad de actuar en acatamiento de la norma y se decidió por su violación. Lo anterior, nos permite percibir la importancia que para la escuela clásica, conlleva el acto externado por el infractor de la norma penal, es decir, se atiende a la acción realizada y no al grado de peligrosidad que el sujeto pudiera revelar, como fundamento de la aplicación de la consecuencia punitiva. De ahí, que en la actual ciencia jurídico-penal se mencione, que:

*"... La escuela Clásica mira preferentemente a la acción criminosa, al delito mismo, con independencia de la personalidad del autor, esto llega a ser para Carrara una especie de garantía individual al afirmar, el juez competente para conocer de la maldad del hecho, no puede tener en cuenta la maldad del hombre sin rebasar el límite de sus atribuciones."<sup>17</sup>*

Ésta concepción hasta nuestros días mantiene su importancia y su vigencia, porque el fundamento del Estado para sancionar conductas que revisten el carácter de delito se encuentra en esas *dos vertientes* que vienen siendo motivo de acalorados debates en la doctrina penal, ya que por una parte se han buscado *criterios que tienden a sancionar la peligrosidad del autor* es decir la potencialidad que tiene una persona de cometer delitos y por la otra se han vertido argumentos -de los cuales somos partidarios-, en el sentido de que se tiene que atender a *la gravedad del acto cometido* y en función de ello, graduar la pena, porque sólo así el Estado se convierte en garante de la seguridad jurídica del ciudadano

### 1.3.- ESCUELA POSITIVA.

Con postulados totalmente diferentes a los que sustentaba la escuela clásica, aparece en el campo penal un grupo importante de pensadores que consideraron que al delito, se le debía estudiar como un fenómeno *Pisco-biológico y social*. Apareciendo la llamada *escuela positiva*<sup>18</sup> Entre sus máximos representantes. -Marque Piñero-, menciona a:

<sup>16</sup> Pavón Vasconcelos Francisco "Manual de Derecho penal Mexicano. Parte General". Editorial Porrúa, Decimacuarta Edición, México 1999, p p 67, 68

<sup>17</sup> Castellanos Tena Fernando, "Op Cit" p 58

<sup>18</sup> "El delito no es ya un ente jurídico, sino una realidad fenoménica; en consecuencia las conductas descritas en el código penal tiene para los positivistas una realidad ontológica preconstituida. Así, adoptando un paradigma

"Cesar Lombroso, cuya obra fundamental es el *Uomo delinquente*, Enrique Ferri, con su *Sociología Criminale* y Rafael Garófalo con su *Criminología*. Los tres tratadistas han sido llamados los evangelistas y sus textos mencionados constituyen los evangelios de la *Scuola positiva*. Lombroso estableció que, antes de estudiar al delito como ente jurídico o simple infracción de la ley penal, debe examinarse como acción humana, como fenómeno humano, natural y social, considerando la biología del delincuente. De ésta fase antropológica Lombrosiana positivista se evoluciona a la sociológica de Ferri (que estima que el delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales), para concretar con Garófalo la noción de la temibilidad (perversidad constante y activa del delincuente y cantidad de mal previsto, que hay que temer de él), afinada y decantada con posterioridad por Felipe Grispigni al afirmar que la peligrosidad criminal supone la capacidad de una persona para convertirse, con alto porcentaje de probabilidades en autor de un delito. Desde un punto de vista psíquico, se trata de que la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto, un atributo, una cualidad, o mas concretamente, su condición psíquica como causa probable de un delito. Desde el punto de vista jurídico, la peligrosidad criminal es un estado de antijudicialidad de un sujeto, cuya consecuencia jurídica es la aplicación al mismo de una sanción penal. Así pudo señalarse el criterio básico para determinar las sanciones." <sup>19</sup>

Con éstos nuevos planteamientos, el estudio del delito cambió su contexto de estudio, porque ahora debía considerarse al injusto penal no sólo como un ente jurídico y abstracto, sino que se tendría que analizar la conducta desplegada por el ser humano desde una concepción natural y social, es decir se dará mas atención al estudio de la personalidad del infractor del Código punitivo que al acto realizado, descubriendo su bajo o alto potencial para la comisión de delitos y de dañar a la sociedad. Con el anterior planteamiento, se dio origen, al principio de la *Peligrosidad de autor*, que

---

epistemológico de tipo etiológico, la concreción de una conducta descrita por el código penal sólo puede explicarse por una relación causal que liga al hecho delictuoso con las características bio-psico-sociales del individuo, con su peligrosidad social. El delito ya no es un acto libre de voluntad sino la consecuencia previsible o determinada por las condiciones del sujeto que lo comete

El sujeto criminal, el encarcelado, es el principal objeto a estudiar para determinar las causas del delito, que no es sino una conducta patológica y manifestación de una personalidad individual diferente a la de los que no cometen delitos. Y por tanto, las características de esa personalidad deben ser el fundamento y parámetro para medir la culpabilidad y la imposición de la pena

Considerando la escuela positiva, la pena ya no se fijará en razón de la gravedad del daño causado, sino en razón del juicio de peligrosidad que se haga del delincuente. No se trata de retribuir con el castigo el mal ocasionado, sino de reeducar al sujeto que no puede convivir pacíficamente en sociedad. Por sus funciones curativas y reeducativas, la pena debe ser indeterminada

El tiempo de su ejecución será el necesario para remover las características del sujeto que lo hacen peligroso. Para los positivistas el delito es una acción del individuo, que concreta y una conducta descrita en el código penal y que tiene su origen en múltiples factores que conforman la personalidad del sujeto -biológicos, psicológicos, sociales-. Este tipo de conducta, la realizan sólo un pequeño número de individuos que por todas esas causas, se encuentran en una situación de anormalidad respecto del resto de la sociedad. Por lo tanto, es posible actuar para remover esas causas y eliminar la peligrosidad implícita en el sujeto a través de la imposición de una pena o una medida de seguridad. Sánchez Sandoval Augusto, González Vidaurri Alicia, Dieter Gorenc Klaus. *Control Social en México D.F. Criminalización primaria, secundaria y derecho humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Escuela de Estudios Profesionales Acatlán, México 1988 p p 82, 83

<sup>19</sup> Marquez Piñero Rafael. *Derecho Penal Parte General*. Primera Reimpresión. Editorial Trillas, México 1999, p p 76, 77

durante muchos años, en la legislación Penal Mexicana<sup>20</sup> (art. 52 del Código Penal Federal, antes de la reforma procesal penal de 1994) había fundamentado la aplicación de las penas. Por eso, la doctrina penal, entorno a ésta escuela, ha afirmado que:

*"Para la escuela positivista el delito es un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos..."*<sup>21</sup>

De ahí, que Orellana Wiarco mencione que para la escuela positiva, el delincuente al encontrarse determinado por esos factores:

*"debe ser sujeto a medidas de seguridad no a penas, por que en él carece de sentido la pena con finalidades represivas, pues si no pudo obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, y si lo hace la pena no va en sí misma a variar los factores que determinaron esa conducta. El Derecho Penal, en consecuencia debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social."*<sup>22</sup>

Con estos nuevos fundamentos, se cambió radicalmente la visión del delito y del infractor del Código punitivo, porque el sujeto activo, en el momento de su comisión se encuentra influenciado por factores *-biológicos, psicológicos y sociales-*, que le impiden actuar libremente y por ende, se encuentra *determinado en su conducta* por lo que carece de la posibilidad de sentir la amenaza contenida en la descripción típica, lográndose imponer su inclinación natural hacia la comisión del ilícito. En esos casos, *-establece la escuela positiva-*, la sociedad sólo puede reaccionar en forma defensiva, dándose preeminencia a la aplicación de las medidas de seguridad y no a las penas. De ahí que, la doctrina penal al estudiar las características de la escuela positiva estableciera que *hay que estudiar al hombre delincuente* y a partir de él tomar las medidas de seguridad que permitan eficazmente la defensa de la sociedad.

Lo establecido en la líneas que anteceden, no escapa a la crítica pues si establecemos que una persona esta determinada a la comisión de delitos, entonces la justificación del ejercicio del *ius puniendi* se fundamentará en esa potencialidad que se tiene de dañar a la sociedad *-peligrosidad de autor-*, careciendo de importancia la realización del acto externado y ello, determinará que sea el Estado quién precise el grado de peligrosidad del activo para posteriormente graduar la duración de la sanción penal, que deberá estar vigente hasta que desaparezcan esos factores que motivaron su estado peligroso. Esta posición, torna evidente un problema, porque puede ocurrir que aunque se haya realizado un delito no grave si su peligrosidad es elevada, la aplicación de la sanción lo será también, ello, encierra inseguridad jurídica.

Por lo anterior, se considera necesario apuntar, que si no se acepta que el ser humano tiene la posibilidad de actuar conforme a sentido, es decir, de conducirse conforme al contenido de la norma penal o de optar por su violación, dejamos sin sustento el

<sup>20</sup> Simplemente habría que acotar que por lo que se refiere a la individualización judicial de la pena, en nuestro país, durante muchos años, prevaleció el criterio de la peligrosidad como un elemento que se tenía que tomar en cuenta a la hora de aplicar la pena, elevándose en consecuencia la gravedad de la sanción penal cuando el sujeto activo del delito revelaba un alto grado de peligrosidad. Esta situación no escapo a la crítica doctrinal que sustentaba, que individualizar la pena atendiendo a criterios de peligrosidad de autor, desencadenaba para el encauzado un espacio de inseguridad jurídica porque no era la norma sino un grupo interdisciplinario, los que determinaban la potencialidad *-alta o baja-* de cometer delitos que revela un procesado y en consecuencia ese criterio debía tomarse en cuenta al momento de la individualización de la pena por el juzgador.

<sup>21</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto *Teoría del Delito* P 5

<sup>22</sup> Idem p 6.

fundamento que ha sido base del Derecho Penal Moderno. Cerezo Mir, en torno a lo aquí apuntado, comenta:

*"... el Derecho ha de partir ... de la concepción del ser humano como persona, como ser responsable. En realidad el Derecho ha partido siempre de esta concepción del hombre. Es difícil imaginar, incluso, que no lo hiciera y partiera de una concepción determinista del ser humano. Las normas serían concebidas únicamente como factores causales de posible influencia en la conducta de los ciudadanos. Esto resultaría tanto mas desconcertante y disfuncional en cuanto los seres humanos se creen libres, tienen el sentimiento de la libertad de poder obrar en cada momento de un modo u otro, de asignarse libremente los fines de su conducta."*<sup>23</sup>

El estudio del delincuente como punto medular de la definición del delito es decir, el análisis de las características de la persona como sujeto activo del delito y no, a la conducta desplegada, propició -en la escuela positiva-, que se sustentarán postulados muy definidos en el estudio del injusto penal. Castellanos Tena -citando a Ignacio Villalobos-, nos refiere:

*"1 El punto de mira de la justicia penal es el delincuente: el delito no es sino un sintoma revelador de su estado peligroso; 2 La sanción penal para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción; 3 El método es el inductivo, experimental. 4 Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal; 5 La pena posee una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas; 6 El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso; 7 La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles."*<sup>24</sup>

esas consideraciones, propiciarorr que se estudiara al delincuente en cuanto a su potencial de peligrosidad en la sociedad -y no atender, como en la escuela clásica, al acto ejecutado-, concibiéndose al delito sólo como una manifestación de ése estado peligroso es decir, *la pena debe estar regulada en atención al grado de peligrosidad y no al acto realizado*. Con ésta última afirmación, se dio base para la discusión moderna en torno al Derecho Penal de acto y de autor.<sup>25</sup>

Al señalarse que el *método inductivo* (de lo particular a lo general) es el que debe aplicarse en el estudio del delito, existe una contraposición con el método deductivo clásico, puesto que -para ésta escuela-, deberá atenderse a la condición específica del

<sup>23</sup> Cerezo Mir José, "El Finalismo" Criminalia, Año LXIII, No 2, Mayo - Agosto de 1997, Editorial Porrúa, p 82

<sup>24</sup> Ignacio Villalobos, citado por Castellanos Tena Fernando, "Op Cit" p 65

<sup>25</sup> Esos postulados -Derecho Penal de Acto y Derecho Penal de Autor-, han dado paso (en la doctrina penal moderna) a enconadas discusiones teóricas que buscan el fundamento de un Derecho Penal moderno que garantice de la mejor manera, las exigencias de legalidad y defensa del ciudadano frente a las potestades punitivas del Estado. Sustentar el derecho penal de acto, es dar un paso firme hacia el ideal de un Estado democrático de derecho, pues en él, donde se encuentran mejores fundamentos para la defensa legítima del ciudadano frente al Estado ya que el ejercicio del ius puniendi se realiza con base en el acto realizado. Por otra parte, sustentar el principio jurídico del derecho penal de autor, es oscilar hacia un modelo de Estado con tintes autoritarios, pues en ese caso el ciudadano es sancionado no por lo que hace, sino por que tiene un alto grado de peligrosidad, (entiéndase potencialidad de cometer ilícitos) y por ende, es sujeto de medidas de seguridad que buscan actualizar la protección de la sociedad ante esas conductas desviadas

activo, a su grado de peligrosidad revelado, a sus condiciones particulares y a los factores que determinaron su acto. para que, con todo ello, un poco más tarde, esos casos particulares puedan generalizarse; lo que permitirá encontrar mejores medios de defensa sociales ante éste tipo de conductas desviadas. Analizado en los términos precedentes el grado de peligrosidad del activo, el juzgador estará en la posibilidad de aplicar la medida de seguridad por el tiempo necesario para que esos factores desaparezcan.

Debe destacarse que para la escuela positiva la finalidad primordial de la aplicación de la pena -la intimidación- resulta irrelevante, puesto que la *conducta humana se encuentra predeterminada*, dándose por ende, mayor relevancia a las medidas de seguridad que a las penas mismas. Esa afirmación, le ha valido diversas críticas, pues otorga al Juez un principio de arbitrio, que conlleva a establecer la duración de la sanción atendiendo a las condiciones particulares de la persona que revelaron su grado de peligrosidad, independientemente del acto ejecutado. Buscándose además, que durante el cumplimiento de la sanción, se logre la reforma de los infractores, para lograr su readaptación a la sociedad y en caso de no lograrse ello, la segregación de los incorregibles.

Los criterios expresados, revelan un motivo mas que justificado de preocupación, pues deja en el Juez un arbitrio tan grande que si éste considera que una persona, que ha cometido un delito menor, revela un alto grado de peligrosidad, deberá aplicársele una sanción grave, apreciándose en consecuencia, que el probable responsable carecería de seguridad jurídica, pues estaríamos simplemente sujetos al criterio del Juzgador.

Por otra parte, se considera oportuno citar el hecho de que Garófalo:

*“... distinguió el delito natural del legal, entendió por el primero: la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad que posee una sociedad en una medida media. Afirmando, los delincuentes que se encuentran determinados por factores individuales y sociales son los que afectan sus “sentimientos” de piedad o probidad, o ambos; y al ejecutar las conductas ilícitas cometen los delitos “naturales”, contra ellos la Sociedad debe protegerse con medidas de seguridad y ... llega a proponer abandonar a esos delincuentes naturales en una isla solitaria y sin recursos”<sup>26</sup>*

En consecuencia, se puede afirmar que para Garófalo, existen personas que se encuentran *determinadas a la realización de conductas ilícitas*, en virtud de que se encuentran afectados en sus sentimientos de *piedad y probidad* y, por tanto, no tiene la libertad de conducirse de acuerdo con las reglas que impone la sociedad, luego entonces, para este autor, las medidas de seguridad son los medios idóneos de que dispone la sociedad para combatir éste tipo de conductas, que por otro lado, *no resienten la amenaza de la pena* por no ser libres en su determinación, e incluso propone, que a los que no pueda readaptárseles se les abandone en una isla solitaria.

Esta posición, nos permite apreciar que la escuela que reseñamos, estudió al injusto penal *como un fenómeno natural y social*, es decir, para la escuela positiva el delito, tiene un fundamento *natural* porque produce efectos que son percibidos a través de los sentidos -podemos experimentar los cambios que producen-, y es *social* porque sus consecuencias se perciben en la sociedad. De ahí, que ésta escuela refutara el planteamiento de la escuela clásica de que el delito es un ente abstracto.

<sup>26</sup> Citado por Orellana Wiarco Octavio Alberto. “Curso de Derecho Penal ...” p p 63 y 64.



La escuela positiva fundada en éstos postulados, en torno a la concepción del delito, puso en duda el fundamento básico del clasicismo -el libre albedrío-, porque el delincuente se encuentra determinado por factores que anulan su posibilidad de elección, entre la abstención o violación de la norma, adquiriendo por ende, suma importancia el criterio de la conducta determinada por causas individuales y sociales. De ahí que el estudio del delito debe basarse en el individuo que con sus acciones u omisiones daña a la sociedad.

#### 1.4.-TEORIA CAUSALISTA

Con el contexto del pensamiento sustentado en las escuelas penales que acabamos de reseñar, podremos ahora, estudiar a la Escuela Jurídico-Penal sociológica (*llamada también del Causalismo Naturalista*) que nace en Alemania, siendo su fundador Franz Von Liszt, quién señaló:

*"... Como método de la Ciencia del Derecho Penal, el lógico abstracto, reconoce que la responsabilidad penal encuentra su necesaria justificación en la imputabilidad del sujeto, entendiéndolo por tal la capacidad de éste para comportarse socialmente; el delito es, por una parte, una creación de la ley, mientras que por la otra resulta ser un fenómeno social cuya etiología puede ser determinada por estudios realizados por otras ciencias; las penas y medidas de seguridad constituyen medios legales de lucha contra el delito"*<sup>27</sup>

En esta primera aproximación se aprecia una postura ecléctica, en virtud de que se toman elementos tanto de la escuela clásica como de la positivista, lo que se percibe cuando se sustenta que la responsabilidad penal encuentra su fundamento en la imputabilidad, pues con ello, se hace alusión a la capacidad que tiene el ser humano, de conducirse adecuadamente en sociedad, esta posición se ve reforzada cuando se sostiene que el delito es un ente abstracto, una creación de la ley, pero al mismo tiempo, se reconoce que el injusto penal es un fenómeno social y, por ende, las medidas de seguridad se aceptan como medidas legales de lucha contra la criminalidad. De ahí que se diga, el padre del causalismo fue influido por las corrientes de pensamiento de su tiempo en la sistematización de su explicación del injusto penal. Baste simplemente acotar lo que Orellana Wiarco, explica:

*"La escuela positivista, sobre todo en el plano sociológico influyó en Franz Von Liszt, pero también convergen en su pensamiento la formación filosófica positivista, así el delito es entendido como un hecho en sentido naturalístico, causal, posible de ser estudiado bajo el método experimental, por sus relaciones de causa efecto, pero a la vez el delito entraña un juicio de valor, presentándose la contradicción del hecho, con los elementos objetivos del delito en cuya esencia encontramos el concepto de Antijuridicidad, estudiado bajo el punto de vista del método lógico; así pues el delito parte de un hecho naturalístico que puede ser valorado objetivamente, y de un aspecto que consiste en la relación psicológica entre el agente y el resultado, esto último constituye el contenido de la culpabilidad. El delito en esta escuela encuentra su justificación en las orientaciones político criminales que combatan el fenómeno delictivo desde su perspectiva naturalística -causalista, en su inserción en el análisis lógico y sistemático de la ley.*

<sup>27</sup> Pavón Vasconcelos Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano" p 70

*De esta manera Franz Von Liszt, recoge elementos de las teorías clásica y positiva y los resume en una teoría ecléctica que va a dar lugar al esquema o sistema de la teoría del delito, denominada Causalismo naturalista o esquema Liszt - Beling.<sup>28</sup>*

Lo que aquí nos refiere -Wiarco-, es de gran importancia. debido a que ubica con atinado criterio las bases fundamentales que sustentaron el pensamiento teórico del padre del causalismo -el positivismo- al mismo tiempo, nos deja entrever la estructuración que en torno a la explicación del delito nos aporta la corriente Causalista, ya que si el delito es percibido como *un hecho en sentido naturalístico*, es lógico pensar que sus efectos pueden ser percibidos por nuestros sentidos en una relación de causa efecto, situación que nos permite un poco después, realizar un juicio de antijuridicidad objetivo que se determina como daño social y como contradicción con la ley. Al mismo, se percibe la existencia de un aspecto subjetivo que se hace presente en la relación psicológica que une al activo con su acto en forma de dolo o de culpa. Congruente con lo que venimos apuntando Zaffaroni, explica:

*"La dogmática del delito de los primeros años de nuestro siglo, tenía el sello de una drástica consigna: el injusto era considerado objetivo y la culpabilidad era considerada psicológicamente*

*Para este criterio el injusto se componía con la causación física de un resultado socialmente dañoso y la culpabilidad era la causación psíquica de ese mismo resultado, que podía asumir la forma de dolo (cuando se quería causar el resultado antijurídico) o de culpa (cuando el mismo sobrevenia como consecuencia de imprudencia o negligencia). Lo que se debía investigar en definitiva para saber si había un delito eran dos nexos causales: uno físico (¿causó la conducta el resultado?) y otro Psíquico (¿hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado?)."*<sup>29</sup>

Esta explicación del delito, aún no comprende como elemento del injusto la tipicidad - que será aportación de Ernest von Beling en 1906-, pero como existían diversas conductas que siendo antijurídicas y culpables carecían de sanción se hizo necesario agregar otro elemento (la punibilidad), estableciéndose con mayor precisión los elementos de la explicación causalista del delito.

De ahí, que el injusto penal de Liszt quedara estructurado con la:

*"Conducta, entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.*

*Antijuridicidad, entendida como causación de un resultado socialmente dañoso*

*Culpabilidad, entendida como relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo y culpa*

*Punibilidad, entendido como sometimiento a pena de lo anterior"*<sup>30</sup>

Por lo que el Causalismo, en los primeros años de su existencia sostuvo que el delito estaba integrado por una acción antijurídica, culpable y punible, es decir, que se desplegara una conducta en el mundo material que produjera un resultado, que ese resultado provocara un daño apreciable por los sentidos y por ende, antijurídico y, además, debía presentarse la relación psicológica del autor con su acto que podía

<sup>28</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto. "Curso de Derecho Penal", p p 67 y 68.

<sup>29</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal Parte General", tercera reimpression, Cárdenas Editor Distribuidor. México 1999, p p 345 y 346

<sup>30</sup> Ibidem 346

darse en forma de dolo o culpa y, que ésa conducta tuviera asignada una pena. Esta explicación del injusto penal, le valió a Liszt que la doctrina penal, en tono a él, afirmara:

*"Grande fue el prestigio de Von Liszt en Alemania, a grado tal que se le considera el fundador de la escuela moderna del Derecho Penal, tal vez por ser el "puente de transición" entre las antiguas ideas y las nuevas tendencias, posición intelectual que lo llevó a la creación de una corriente que se dio en llamar Escuela Jurídico Penal Sociológica.... En opinión de Maurach, la concepción y el destino del movimiento de reforma están inseparablemente ligados a Von Liszt, a quién califica del mayor político-criminólogo alemán; su significación radica, a su juicio, "en haber sido el primero que ha explicado el delito y la pena como manifestaciones de la realidad, como fenómeno de la vida social y del destino del hombre individual, y de haber permitido, en consecuencia la construcción de un puente entre derecho penal y criminología, hasta entonces enfrentados....."*<sup>31</sup>

Resulta evidente, en el contexto de las ideas que venimos exponiendo, que la explicación causalista del delito, parte de una base naturalística, -de causa efecto- que en ese tiempo se encontraba en boga y que permite apreciar que la *conducta* del infractor del Código punitivo se explique como *un movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo real y que es percibido a través de los sentidos*; fundamento, que da base en la ciencia jurídico-penal, a la construcción sistemática clásica del delito, así se aprecia en el comentario de Roberto Reynoso Dávila:

*"La teoría causalista considera el delito como un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, trata a la conducta como el factor causal del resultado; sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla.*

*Los Causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerla, porque ésta no pertenece a la conducta. Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora."*<sup>32</sup>

Estas ideas nos permite establecer lo que más tarde se constituiría en el criterio definidor de ambas posturas -*causalista y finalista*-, puesto que, mientras la sistemática tradicional (causalista) explica a la conducta como un mero proceso causal que produce un resultado perceptible por los sentidos, donde no importa la finalidad con la que el activo actuó porque esa se estudiará hasta el elemento culpabilidad, donde se examinara si existe la relación psicológica del autor con su acto en forma de dolo o culpa, en la teoría finalista, que coincide con la estructura que presenta también el causalismo -*tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*- , la conducta se explica a partir del contenido de la voluntad, esto es, la finalidad hacia la que se dirige la realización de la conducta con ello, se reconoce que la acción humana al desplegarse en el mundo real no es ciega, producto de relaciones naturalísticas de causa efecto como las que se presentan en la naturaleza, sino que es vidente pues el ser humano es el único que puede en base a un objetivo seleccionar los medios y prever las consecuencias que

<sup>31</sup> Parte de la nota a pie de página que aparece en Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano* " p p 70 y 71

<sup>32</sup> Reynoso Davila Roberto. *"Teoría General del Delito"*. Segunda Edición. Editorial Porrúa, México 1997. p 11

desencadena su actuar final. Con ésta visión se puso en el centro de la discusión a la acción con sentido final.

Derivado de lo anterior, podemos afirmar: en el transcurso de más de un siglo, han surgido diversas construcciones sistemáticas -aunque no es objeto de análisis de este trabajo todas ellas- que intentan encontrar la mejor respuesta en torno a la pregunta: ¿que es el delito?; es decir, que pretenden establecer con plena claridad, cuáles son aquellos presupuestos jurídico-penales que convierten a la acción en delito y, a éste, en presupuesto de una pena y, cuál de ellas, obedece a un modelo de *Estado Democrático de Derecho*,<sup>33</sup> es decir, cuál garantiza de mejor manera los derechos fundamentales del ciudadano frente a las potestades del Estado.

Por otra parte, -volviendo al tema que nos ocupa-, me parece importante apuntar que la corriente del positivismo, que tanta importancia tuvo en el siglo XIX y que pretendió someter a la exactitud de las ciencias naturales, toda rama de conocimiento, influyó en la rama penal, situación que se aprecia en la exigencia de que el Derecho Penal quedará sujeto a verificaciones empíricas, a cuestiones meramente objetivas, dejando lo subjetivo a procesos internos. Esta situación se ve reflejada en la sistemática que del delito nos aportó el causalismo clásico -como lo venimos apuntando-, pues efectivamente divide su explicación en una parte objetiva, perceptible por los sentidos y una subjetiva que se desarrolla en la psiquis del activo en forma de dolo o de culpa.

Esta explicación de la *sistemática clásica*<sup>34</sup> se fortaleció, un poco más tarde debido a las aportaciones de *Beling*<sup>35</sup> y Radbruch. En realidad, apunta Díaz Aranda, (se):

*"quería someter a las ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las Ciencias Naturales y reducir consiguientemente el sistema del Derecho Penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios solo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos-internos, por lo que desde este punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del Derecho Penal entre elementos objetivos y subjetivos....."*<sup>36</sup>

Por eso se afirma que el sistema causalista cimentó su explicación del delito, sin atender en la conducta, al contenido de la voluntad, es decir, se basa en la causalidad naturalística, en consecuencia, el delito de corte tradicional, la causa es la acción (u

<sup>33</sup> El Estado acredita su verdadera condición ética, su carácter autoritario o democrático. Autoritario, cuando usa anticipada y excesivamente la reacción punitiva frente a la conducta ilícita o al riesgo de que ésta se presente. Democrático, cuando afirma y actúa el principio de intervención penal mínima, y por ello emplea primero los restantes instrumentos del control social, no punitivos, y solo finalmente, como extremo recurso, las penas y medidas de seguridad. Sergio García Ramírez "La Reforma Procesal Penal en la Constitución: ¿Derecho Democrático o Derecho Autoritario?" Criminalia Año I XIV No 3 Sep - Dic de 1998, Editorial Porrúa México, p 87.

<sup>34</sup> El modelo de la concepción clásica del delito nace a partir de las ideas propuestas inicialmente por Carrara en Italia y, posteriormente, a partir de la separación iniciada por Rudolf Von Jhering en 1867 de la contrariedad de la acción con las normas jurídicas y una censura a la disposición anímica del sujeto utilizando algunos postulados de Bechmer. Nota 3 de Román Quiroz Verónica. *La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación*, Editorial Porrúa, México 2000, p 2

<sup>35</sup> Recordemos que Beling aporta a la sistematiza clásica -causalismo-, el tipo penal, que es la descripción abstracta de la conducta humana que el Estado ha dotado de una sanción. Con ello, aparece esbozado el principio moderno del *nullum crimen nulla poena sine lege* que actualmente es la columna vertebral sobre la que descansa el derecho penal.

<sup>36</sup> Díaz Aranda Enrique, *Dolo Causalismo-Finalismo -Funcionalismo y La Reforma Penal en México*, Editorial Porrúa, México 2000, p p 4, 5

omisión), el efecto es el resultado (jurídico o material) y el *nexo causal*<sup>37</sup> es el lazo que une a la acción con el resultado.

Este fundamento se aprecia en Zaffaroni cuando explica que:

*"...esquema -el causal- escinde de la conducta su contenido de voluntad en base a muy diferentes puntos de partida filosóficos. El esquema positivista del delito es siempre un esquema causal, que rechaza la concepción del hombre como ente capaz de autodeterminación y, por consiguiente, no puede sostener la culpabilidad. Lo que Liszt llamaba "culpabilidad" en realidad no era tal, sino que se trataba únicamente de contenidos subjetivos del delito. Para este pensamiento el delito era únicamente la causación de un resultado (causación física en el positivismo ferriano), que respondía al determinismo monista, y causación a la vez física y psíquica en el positivismo Lisztiano..."*<sup>38</sup>

El autor citado, sigue diciendo:

*"Feurbach hablaba de una "causación psíquica del delito". La explicación de cualquier ley penal estaba sometida a la condición de que exista una voluntad contraria a la ley (gesetzwidrigen willen) como causa (intelectual, psicológica) del delito. Se llama "imputación" la relación de un hecho punible (objetivo), como resultado de una determinación de voluntad contraria a la ley penal por parte del autor, como causa del mismo, e "imputabilidad" al estado (exterior e interior) de una persona, por el cual puede imputársele un hecho. La imputación determina la culpabilidad como fundamento subjetivo general de la punibilidad"*<sup>39</sup>

De ahí, que se afirme que la ciencia penal de corte naturalista que dominara en el siglo XIX y que fuera producto del positivismo, refute toda especulación trascendental, en consecuencia pretendió adoptar fundamentos naturales en la explicación del injusto, que se hacían perceptibles a través de los sentidos. Por eso es que en Liszt, se aprecia una explicación causalista naturalista, como relación objetiva de causa efecto- movimiento voluntario que produce un resultado- y una relación psicológica que une al autor con su acto en forma de dolo o culpa.

En torno al método naturalístico, -en el que se basa la explicación clásica del injusto-, se debe apuntar, que en realidad se refiere a que en esa época, toda ciencia que pretendiera llegar a resultados valederos debería ser rigorista en la aplicación del método científico, es decir, llegar a resultados que empíricamente pudieran comprobarse, situación a la que también se pretendió someter a las ciencias sociales, dentro de las cuales se encuentra el derecho.

Por otra parte, se considera oportuno señalar para el causalismo, la tipicidad, -que como ya lo hemos referido fue aportación de Beling, a la sistemática de Liszt-, en su primera etapa, fue concebida como una acción desarrollada en el mundo fáctico, que es descrita por el legislador en el tipo penal en forma avalorada y por lo tanto, perteneciente a la parte objetiva del delito, en tanto que a la culpabilidad, que se definió como la relación psicológica que une al autor con su acto en forma de dolo o de culpa; cimentó la parte subjetiva

<sup>37</sup> El nexo causal, en términos generales, debe explicarse como la relación de causalidad entre la conducta del ser humano y el resultado, ello es, que no se puede entender suprimido el acto de voluntad sin que deba de dejar de producirse el cambio en el mundo fáctico

<sup>38</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal, Parte General." Tomo III. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988, p 34.

<sup>39</sup> Citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal, Parte General." Tomo IV. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988. p 14

## 1.5.- EN LA TEORÍA NEOCLÁSICA, VALORATIVA O CAUSAL VALORATIVA

Como toda obra humana, la postura de la explicación clásica del delito, no escapó a las críticas y a partir de ellas, se buscó una explicación más consistente que pudiera dar respuesta a esas insuficiencias, apareciendo la explicación neoclásica del delito. Veamos en que consistieron esas críticas: Debido a que la explicación causalista del injusto penal, dividía el estudio del delito en una parte objetiva y otra subjetiva, dejando todo lo objetivo al tipo y a la Antijuridicidad y lo subjetivo a la culpabilidad, pronto se derrumbó, presentó evidentes fracturas, fisuras, inconsistencias, en suma entró en crisis, debido a que se demostró, que existían algunos tipos, en los que el legislador exigía ciertos elementos de carácter subjetivo<sup>41</sup> para que el delito se integrara (*ánimos, tendencias, propósitos, etc*); al mismo tiempo, se evidenció, que la relación naturalista de causalidad que unía al autor, con el cambio que produjo en el mundo fáctico (el resultado), tampoco se podía sostener (*se desquebrajaba, se rompía*), cuando se presentaba la *tentativa*, ya que sin referencia a la intención del activo, al momento de desplegar su conducta, no es posible determinar el delito que pretendió realizar y además, debemos destacar la influencia filosófica del pensamiento que surge en la época y que origina la *Filosofía neokantiana*<sup>42</sup>, que pone en el centro del debate la significación valorativa de los conceptos jurídicos<sup>43</sup> Por eso, López Betancourt, explica:

<sup>41</sup> "La causa de la reestructuración del concepto de delito operada por el mismo radico en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos, así por ejemplo, el tipo de hurto requiere algo más que la sustracción -objetiva- de una cosa mueble ajena, que en cuanto privación o desposesión temporal de la cosa es por regla general jurídico penalmente irrelevante; si el elemento -ánimico- interno del ánimo de apropiación no se puede abarcar adecuadamente el modelo del hecho del hurto y el injusto del mismo. Por eso la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto. Por otra parte, también se puede perfectamente afirmar que la culpabilidad, en casos como las situaciones de estado de necesidad del actual, también depende de circunstancias objetivas, y en la imprudencia inconsciente, que entonces se concebía como forma de culpabilidad, es incluso dudoso que en ella se pueda encontrar un elemento volitivo. De este modo, el concepto de delito denominado hoy mayoritariamente "neoclásico", que era dominante hasta 1930, y que encontró su mejor expresión en el Manual de Mezger, pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirmar el dolo como forma de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia se halló y ello supone una evolución fundamental- en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia del injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como "reprochabilidad" es lo que caracteriza el denominado concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y solamente en los últimos tiempos está siendo sometido a modificación y ulterior desarrollo." Roxin Claus *Derecho Penal Parte General* Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999 p 198 y 199

<sup>42</sup> Mediante la influencia neokantiana se dio nuevo impulso a la vieja noción de que del ser no se deriva ningún deber - ser (o, en otras palabras, de que jamás pueden hallarse baremos normativos para la valoración de la realidad por medio de un análisis empírico de la misma) A tal "falacia naturalista" en la resolución de problemas de contenido, clara desde un punto de vista neokantiano, le correspondía, en el plano sistemático, el error consistente en construir el sistema predominantemente a base de conceptos empíricos, en lugar de hacerlo sobre los valores esenciales para el Derecho Penal" Román Quiroz Verónica, *La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación* Editorial Porrúa, México 2000 p 71

<sup>43</sup> "los penalistas modernos se esfuerzan también en construir como contrapunto técnico o equivalente armónico del antiguo apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, un elemento o carácter del crimen que designan con el nombre de tipicidad y que hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del derecho punitivo ha creado para poner de relieve que es imprescindible que la antijuridicidad esté determinada y sistematizada de una manera precisa e inequívoca. El moderno ordenamiento penal queda así reducido, como expresa Bebing, a un "catálogo de tipos delictivos" o, como Carletti afirma, a "una especie de museo donde los modelos están expuestos con gran variedad" Estos tipos penales ahondan sus estructurales raíces en las concepciones sociales y culturales donde se gesta el derecho y se construyen y sistematizan por el legislador en virtud de un proceso lógico de generalización de los fenómenos humanos. Este proceso lógico de generalización va precedido de un juicio de valoración de las conductas humanas en relación con las normas y fines del Derecho: tutelar intereses vitales. Cuando la creación del tipo delictivo no es oriundo de este juicio, carece de fundamentación ético social y es sólo un instrumento para

*"... la crítica principal se centraba en la imposibilidad de que dadas sus características naturalísticas, era el que menos podía ajustarse a un sistema penal referido al valor" y que "la insuficiencia de ese concepto de la acción se manifestaba particularmente en la injuria" ya que en este injusto "se trata del sentido de una expresión como manifestación de desprecio y del quebranto de la pretensión de estima por parte del ofendido, pero no de los concurrentes fenómenos fisiológicos y físicos", ... según M E Mayer: concepto de acción que pretendió abarcar tanto los aspectos positivos (acción en sentido estricto), como los negativos (omisión); a su vez pretendió ser un concepto unitario de acción, pero siguió siendo causal ya que respeto la separación, voluntad (para el movimiento corporal) de su contenido (dolo). Seguidores del Neokantismo, restaron relevancia al concepto de acción otorgándosela en mayor medida a las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ya que son en éstas en donde se expresan juicios de valoración".<sup>44</sup>*

Es incuestionable, por otra parte, que con el fundamento neokantiano, se buscó dejar a un lado la base naturalística y restablecer un soporte autónomo a las ciencias del espíritu, apoyándose en que la realidad se debe vincular a determinados valores supremos. Con esta perspectiva, se logra interpretar el injusto y la culpabilidad desde dos criterios fundamentales: el primero desde la perspectiva de la *dañosidad social* y el segundo desde la óptica de la *reprochabilidad*.

La vinculación valorativa de la sistemática Neoclásica, se aprecia en Mezger cuando manifiesta:

*"Para mi metodológicamente, cada vez gana mas terreno el carácter dualista empírico-valorativo de todos los conceptos jurídicos ... la acción, la culpabilidad, la personalidad, etc., tienen sus raíces en el firme terreno de lo empírico y de las leyes naturales; pero como acción querida, culpabilidad punible, personalidad motivada, etc., caen en realidades empíricas bajo la selección del mundo de los valores... Así habrá de resolverse la especial secular misión de nuestra época naturalista a una nueva ciencia jurídico - penal valorativa... he intentado continuar con esta tarea de establecer posteriores líneas de enlace entre las direcciones empírico-psicológicas de los últimos tiempos y el mundo de los valores jurídico-penales."<sup>45</sup>*

Así, al recurrirse al Neokantismo y al establecerse la culpabilidad con contenido normativo, lo que en realidad se buscó era fortalecer la estructura objetiva-subjetiva fundada por Liszt; Justificación que se aprecia, en la explicación de Zaffaroni, cuando nos dice:

*"Con la variante neo-kantiana del esquema causal se procura un retorno al esquema aristotélico, particularmente por la introducción de la culpabilidad (la llamada "concepción normativa"), pero sin embargo, pese a ese intento filosófico, no llega a la reinserción de las categorías que lógicamente se desprenden del análisis no causal, precisamente porque el neo-kantismo se esforzó por sostener*

---

sojuzgar a los hombres al imperio o dominación de un individuo, de una minoría o de una casta" Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano* Tomo I. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México 2000. Prefacio. p 17

<sup>44</sup> López Betancourt Eduardo, *Teoría del Delito*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1998, p 72

<sup>45</sup> Citado por Díaz Aranda Enrique, *Dolo Causalismo - Finalismo - Funcionalismo y La Reforma Penal en México* Editorial Porrúa. México 2000. p 21

*la vigencia de la estructura analítica proveniente del positivismo dualista de Liszt - Bebing* <sup>46</sup>

El esquema aristotélico sustenta la postura de que:

*"...un acto es "malo" no solo porque cause un resultado lesivo o negativo, sino porque ese resultado es causado voluntariamente. Además este esquema presupone la admisión de la autodeterminación del hombre..."*<sup>47</sup>

La anterior afirmación, presupone la presencia del *libre albedrío*<sup>48</sup>, la posibilidad -que tiene el hombre-, de decidirse por lo bueno o lo malo, por el acatamiento de la norma penal o por su violación. Como se puede apreciar, al retomarse las aportaciones del sistema llamado causalista naturalista, se dio origen a la teoría del *Causalismo valorativo*, del que a su vez, se derivara la teoría de la acción final.

Daza Gómez, al establecer la coincidencia de la acción Clásica y Neoclásica manifiesta:

*"La teoría normativa y la clásica conciben a la acción como la conducta humana, una manifestación de la voluntad en el mundo exterior. El acto interno de voluntad y la manifestación externa de este acto son requisitos de la acción."*<sup>49</sup>

El planteamiento naturalista causalista de la acción, que fuera retomado por la sistemática Neoclásica, fue duramente criticado, porque además de que presentaba carencias, insuficiencias o deficiencias, tampoco podía sustentar la omisión porque del no actuar del hombre no se puede sustentar la relación de causa efecto, en consecuencia, existían conductas que no podían sancionarse con ese fundamento. Por ejemplo: no se le podría imputar la muerte del hijo a la madre que por estar tejiendo y ve que su hijo se ha caído en la piscina y se ésta ahogando, y sin embargo prosigue con su actividad, presentándose un poco mas tarde el fatal desenlace, la muerte. En consecuencia, puede argumentarse que la madre con su abstención no ha hecho nada desde el punto de vista causal, pero si atendemos a un *juicio de carácter normativo*, en realidad con su omisión hizo lo penalmente relevante, es decir lo que su posición de garante le mandaba realizar y al no acatar ese mandato su conducta provoca el resultado penalmente relevante.

Lo anterior nos evidencia que el juicio normativo y no causal naturalístico es el que puede fundamentar el problema que representa la omisión pues sólo atendiendo a

<sup>46</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1988, p 35

<sup>47</sup> Idem, p 3

<sup>48</sup> "El hombre posee el libre albedrío porque sin él serían vanos los consejos, exhortaciones, preceptos prohibiciones, recompensas y castigos. Para demostrarlo hasta la evidencia, es denotar que hay seres que obran sin juicio, como la piedra que se precipita hacia abajo, y lo mismo sucede en todo los seres desprovistos de conocimiento: otros que obran con juicio, pero no con juicio libre, cuales son los animales brutos: pues la oveja, al ver al lobo, juzga que debe huir: más éste juicio es puramente natural y no libre, por cuanto no juzga por la comparación, sino por natural instinto, igual que todos y cualquiera de los demás brutos. El hombre, empero, obra con juicio, puesto que por su facultad cognoscitiva juzga que debe huir de esto o procurar aquello, y porque éste juicio no es naturalmente instintivo respecto de acciones particulares, sino racionalmente discursivo, obra con libertad de juicio, pudiendo decidirse entre cosas opuestas, porque respecto de las cosas contingentes, la razón puede escoger entre las contrarias, como ve en los silogismos dialécticos y en la persuasión oratoria, y como las acciones particulares son cosas contingentes, el juicio de la razón puede optar entre opuestas resoluciones y no está en la precisión de adoptar una con exclusión de su contraria. Luego necesariamente, siendo el hombre un ser racional es, por lo mismo, libre en su albedrío. SANTO TOMAS Citado por Román Quiroz Verónica, *La Culpabilidad y la Complejidad* ... Al inicio de su obra

<sup>49</sup> Daza Gómez Carlos Juan Manuel, *Teoría General del Delito*, Cárdenas Editor Distribuidor, México 1997 p 43



criterios normativos tales como la *posición de garante* puede ésta encontrar sustento y ser relevante para el derecho penal.

Moreno Hernández y Zaffaroni, -el primero refiriendo a diversos doctrinarios-, nos permiten apreciar el fundamento valorativo\* de la nueva explicación teleológico del injusto penal, cuando nos dicen:

*"Esta construcción dogmática del concepto del delito en el sistema de Liszt, Beling -Radbruch, fue sumergida, en Alemania, en un proceso de transformación desde la primera década de este siglo por la dogmática posterior, que fue caracterizada como el "sistema Teológico" y que estuvo esencialmente determinado por la "teoría del conocimiento" de la escuela del Neokantismo sudoccidental alemán (Stammler, Windelband, Lask, Rikert). Esta aporta junto al método "científico causal" de la ciencia natural, un método "científico intelectual" (espiritual) propio, que comprende y enjuicia los sucesos en atención a los fines y valores. Sin embargo, como dice Welzel, esta nueva corriente, que también es conocida como filosofía de los valores" o escuela de Badén Badén, no es mas que una continuación del positivismo que influyó en la dogmática anterior."*<sup>50</sup>

*"La escuela neokantiana de Marburgo no tuvo grandes repercusiones penales, pero las tuvo y las conserva la llamada escuela de Badén, que en lugar de seguir el camino de la "crítica de la razón pura" siguió el de la "crítica de la razón practica" y con ello concluyó en que los valores son los que crean y ordenan. La realidad es una especie de caos al que no se puede penetrar sino es por medio del valor, que es lo que crea al objeto. La consecuencia que esto tiene en el campo jurídico penal es que el valor no se limita a agregar un dato sino que el derecho penal penetra en el caos de la realidad, recreándola, lo que equivale a decir que el valor no respeta la realidad, porque no puede, sino que crea lo que valora o desvalora. De este modo, puede separarse todo dato de realidad proporcionado por las ciencias empíricas -como la Psicopatología- y hacer del saber penal "una ciencia de la cultura", que a partir de su método crea sus propios objetos. Esto permite dar sistemas de respuestas diferentes de lo que proporciona la criminología, sin que quepa inquietarse por su contradicción. Es un cómodo expediente para que el sistema penal funcione retributivamente, pese a que la ideología del tratamiento proclame otra cosa"*<sup>51</sup>

\* Dentro de esta corriente del Neokantismo de Badén, también llamado "sudoccidental", se distingue Rudolf Stammler y dos penalistas de nota; Max Ernst Mayer (1875 - 1924) y Gustav Radbruch (1878 - 1949) Max Ernst Mayer sostenía que la cultura no es pura realidad ni puro valor, sino una combinación de ambos: "Cultura es el valor devenido realidad y la realidad devenida valor." De allí que rechazase la teoría de las normas de Binding y hablase de "normas de cultura" -recogiendo una idea de Stammler-, según la cual el delito era la contradicción con las normas de cultura reconocidas por el Estado. De allí que sostuviese que la Antijuridicidad era un concepto "material" no el choque con la ley, sino con la norma de cultura recogida en la ley. Por esta vía idealista, el neo-kantismo de Badén se acercó al positivismo de Liszt, quien también sostenía que la Antijuridicidad era dañosidad social -es decir, un concepto material-, pero sin precisar el criterio. Gustav Radbruch fue el artífice de la teoría de la creación de la conducta por el derecho, fue un positivista jurídico; llegando al positivismo jurídico por la vía del neo-kantismo sudoccidental. Afirmaba que el juez debía hacer un *sacrificium intellectualis*: "nos apartamos del predicador que predica contra sus convicciones, pero honramos al juez que se mantiene fiel a la ley, contra su sentimiento jurídico, en homenaje a la seguridad jurídica de la ciudadanía". Por esta vía identificaba casi poder y derecho. Pasada la segunda guerra mundial, en sus últimos años, Radbruch da un giro violento contra el positivismo jurídico, por completo ajeno al neo-kantismo. De esta dramática denuncia del positivismo jurídico, afirma Radbruch en 1945, que el mismo "ha dejado indefensos a los juristas y al pueblo contra las leyes arbitrarias, crueles y criminales".

El neo-kantismo ha sido usado, en su vertiente sudoccidental, por penalistas de la talla de Mezger, y nutre todo el Causalismo posterior a Liszt y Beling, es decir todo lo que se ha dado en llamar el "neoclasicismo penal". Zaffaroni Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tercera reimpresión, Cárdenas Editor Distribuidor, México 1999, p 276.

<sup>50</sup> Moreno Hernández Moisés. *Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico-Penal Mexicana*, Criminalia, año LVII, No 3, México Septiembre - Diciembre de 1992, p 39

<sup>51</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl *Manual de Derecho Penal Parte General*, tercera reimpresión, Cárdenas Editor Distribuidor, México 1999, p 275

De esas explicaciones, se ha derivado el consenso doctrinal de que la corriente del pensamiento Neokantiano, especialmente la escuela del Badén, -de los valores- aportó en la explicación del injusto penal un análisis diferente de la contradicción de la conducta con la ley penal, puesto que al desarrollar la acción en el mundo fáctico y provocar un resultado, no sólo se transgredía a la norma penal, sino que se violentaba la norma de cultura contenida en ella, es decir el estado al establecer mandatos o prohibiciones en los tipos penales, en realidad lo que esta haciendo es proteger los valores mas importantes y sensible de la sociedad, de ahí que se diga que el derecho penal, crea lo que se valora o desvalora y aspira a la protección de los valores fundamentales que permiten una convivencia armónica en sociedad -la vida, la libertad, la propiedad, etc-.

Esta nueva orientación representó un avance muy importante en la evolución de la explicación del injusto, sin embargo, no escapo a las criticas, básicamente por que seguía sustentando los postulados de la sistemática tradicional (*una relación causa-efecto para la acción y un juicio de reproche normativo, donde conservó al dolo y la culpa como sus elementos integrantes al lado de la imputabilidad y la exigibilidad*).

#### 1.6.- TEORIA FINALISTA.

Como consecuencia del desarrollo evolutivo de la explicación que del delito nos presentaron las explicaciones Clásica y Neoclásica, surge en Alemania en 1930, una nueva explicación del injusto penal (la teoría de la acción final) que no sólo sometió a critica, la base científica del positivismo, sino también la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana.<sup>52</sup>

Respecto de su origen, Roman Quiroz, sostiene que el punto de partida:

*"... se halla en la crítica de Welzel al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. De ella surgió el intento de probar que en las "estructuras lógico-objetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotado así de sentido" se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de realidad y de valor) La ontología es la estructura visible de lo existente del mundo. Esta estructura no es resultado de una "constitución de la realidad", ni de la intervención humana, ni es constituida por prejuicios; está más allá del conocimiento humano y es asequible a éste con lo que consecuentemente puede determinarse en ella la verdad del conocimiento humano. Ello sin caer en la falacia naturalística, que se introdujo en el naturalismo jurídico-penal al limitar la contemplación de la realidad con una forma de razonamiento científico-natural y avalorativa. Según ésta concepción (sostenida por Welzel también en el plano iusfilosófico como un compromiso entre el Derecho natural y el relativismo valorativo), en las estructuras lógico-objetivas se trata de constantes antropológicas, que existen de modo previo al Derecho, sin poder ser modificadas por éste, y que por ello deben ser necesariamente observadas también por el*

<sup>52</sup> De la base naturalista, que Liszt sostuvo en su explicación del delito, se evoluciona a la postura de la explicación científica intelectual, que atendía al enjuiciamiento de los hechos en atención a fines y valores. Por eso, en la explicación Neoclásica, se estableció que el sujeto activo, con su conducta no sólo transgrede la ley, sino la norma de cultura contenida en ella. Dándose origen, más tarde, a la teoría de la acción final, pues se consideró, que la ley solo puede contener conductas finales, y por ende, sustentadas en la posibilidad que tiene las personas de dirigir voluntariamente sus actos hacia un objetivo o finalidad, o conductas, que si bien se dirigen a una finalidad licita, deben ejecutarse con el mínimo de prevision y cuidado que requiere el vivir en sociedad (culpa)

*legislador, así constituyen los materiales naturales de un sistema de Derecho Penal previo a la propia regulación jurídica* <sup>53</sup>

De ahí, que Welzel, atendiendo a éstas estructuras lógico-objetivas, estableciera como centro de su explicación, a la acción humana; pues el hombre es el único que mediante la anticipación mental y correspondiente selección de medios, puede controlar el curso causal dirigiéndolo hacia una determinada dirección u objetivo. Por ejemplo: en el caso del delito de homicidio doloso, el sujeto activo al desplegar su conducta final, establece el *objetivo* (matar), *selecciona los medios* idóneos para la realización del objetivo - compra el arma -, *reflexiona* sobre las posibles *consecuencias* de su actuar -el pasivo puede estar acompañado en el momento que él intente la acción homicida-, y al *desencadenar el proceso causal* puede controlar el curso de su acción hacia la meta deseada (verbo rector del tipo). Con este nuevo fundamento de la acción final, se establece la exigencia de que el estado y específicamente el derecho penal, solamente pueden describir conductas humanas finales. De ahí que se manifieste:

*"El hecho de que esta estructura prejurídica (es decir, previamente dada en la realidad) de la acción humana como ejercicio de actividad final constituyera una estructura lógico - objetiva esencial para el Derecho Penal resultaba para Welzel de un análisis de las funciones e instrumentos de la legislación penal. Dado que el fin de Derecho Penal de protección de bienes jurídicos ha de alcanzarse a través de prohibiciones y mandatos acompañados de las respectivas sanciones, la capacidad del ser humano de causar o evitar resultados por medio de la actividad final, expresada en la estructura final de la acción, se convierte en sustrato directo del Derecho Penal y, con ello, la finalidad en su estructura lógico - objetiva fundamental."* <sup>54</sup>

Por eso, con sobrada razón, se dice que la relación entre las realidades ónticas y el mundo normativo, no se puede explicar por normas que ordenan o prohíben meros procesos causales, sino sólo por actos dirigidos finalmente o la omisión de tales actos. Roxin, en torno al tema apunta:

*"...la teoría de la acción final se basa filosóficamente en teorías óntológico - fenómeno - lógicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras (denominadas por Welzel) lógico reales (o lógico - objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe de proporcionar a la dogmático jurídico penal perspectivas permanentes e incommovibles"* <sup>55</sup>

No obstante lo anterior, los doctrinarios del Derecho Penal, en su búsqueda por cimentar los orígenes del finalismo han proporcionado las siguientes explicaciones:

<sup>53</sup> Román Quiroz Verónica. *La Culpabilidad y la Complejidad de su.....* p p 149 150

<sup>54</sup> Idem p p 150 151

<sup>55</sup> Roxin Claus, *'Derecho Penal Parte General'* Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo. Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas. 2ª Edición Alemana. Madrid España 1999 p 201.

*"Inspirado en la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana (Filosofía de los valores y la sicología del pensamiento de Richard Högnigswald). Hans Welzel inicia durante los años treinta su desarrollo para la conformación del concepto final de acción, siendo en 1940 cuando lo presenta en toda su extensión sistemática Surgiendo así la teoría final de acción, mas conocida como finalismo."*  
56

Moisés Moreno Hernández, citando al padre del finalismo, explica:

*"Welzel arremete contra el positivismo jurídico, al que considera la doctrina de la omnipotencia jurídica del legislador. Lo hace, así mismo contra la escuela de la filosofía de los valores, a la que considera una continuación de aquél por haber malentendido el pensamiento de Kant. Para él, el orden positivo, real, no puede tener cualquier contenido arbitrario, como lo cree el positivismo; que el legislador siempre se encuentra ligado a determinados límites inminentes del Derecho positivo, entre los que se encuentran la estructura ontológica de la acción; y que de no observar el legislador tal estructura al hacer sus regulaciones serán falsas. Esa estructura ontológica de la acción está dada previamente a toda valoración y regulación a la que el legislador no puede ni quitarle ni agregarle nada. Se coloca así a la teoría de la acción como el centro de gravedad o piedra angular de la construcción sistemática del Derecho penal....."*<sup>57</sup>

Mas adelante, nos manifiesta:

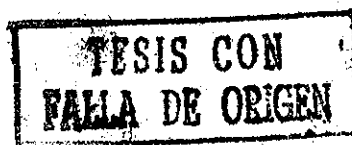
*" En efecto, la teoría de la acción final lleva a sus mayores límites la evolución iniciada por la dirección teológica en el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y del elemento normativo de la culpabilidad, pero en contra de la construcción tradicional del delito, el dolo es trasladado del campo de la culpabilidad al de la acción y consecuentemente, al del injusto; precisamente con la inclusión del "contenido de la voluntad" en el concepto de acción; lo que no implica que se haya abandonado el concepto de culpabilidad, sino que a ella se le ha dado su verdadero contenido de valoración"*<sup>58</sup>

Reflexión que nos permite apreciar: que la explicación tradicional del delito, y posteriormente el neoclasicismo, establecieron que éste, se encontraba desprovisto del contenido de la voluntad, pues lo concebían como un movimiento corporal voluntario que provocaba un cambio en el mundo real, ligando al activo con el resultado, por medio de un nexo causal y concibiendo a la culpabilidad como un nexo psicológico que une al autor con su acto en forma de dolo o culpa -agregando el neoclasicismo-, un poco mas tarde, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta, pero ninguna de las dos, partió de un criterio finalista, es decir donde la acción tiene un objetivo, una finalidad, hacia la cual se le dirige y para cuyo efecto, se seleccionan los medios y asumen las consecuencias secundarias de la acción que previamente ya se representó, con ello, se establecieron las bases, dentro de las cuales, el legislador debería encuadrar sus regulaciones, introduciéndose así, la nueva discusión entorno a la finalidad de la acción y creándose los tipos finales, rescatando el dolo y la culpa, del elemento culpabilidad y trasladándolos al tipo y dándole a la culpabilidad su verdadero

<sup>56</sup> Díaz Aranda Enrique, *'Op Cit'* p 43.

<sup>57</sup> Moreno Hernández Moisés, *'Op Cit'* p 45

<sup>58</sup> *Ibidem.* p 44



contenido (Capacidad de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad, la exigibilidad de otra conducta).

Zaffaroní, quien también se ocupa de los orígenes del finalismo, nos explica:

*"En las postrimerías de la década del veinte se observa atinadamente que la culpabilidad como juicio de reprochabilidad al autor no podía contener la relación Psicológica, es decir, el contenido de la voluntad, que desde los positivistas (y con el retoque de Radbruch) le habría sido arrebatado al injusto. Se cayó en la cuenta de que resultaba incoherente juzgar un acto como contrario a derecho sin atender al contenido de la voluntad con que se realizaba. Fueron Hellmuth Von Weber y Alexander Graf Zu Dohna quienes incorporaron este contenido al tipo dejando a la culpabilidad en reprochabilidad pura e incorporando el dolo y la culpa al tipo, como estructuras típicas diferentes.*

*A partir de la década del treinta, la formulación de este esquema comienza a redondearse por obra de Hans Welzel, quien vuelve decididamente al esquema aristotélico, a partir de la afirmación ...de que la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin. Esta es la llamada teoría finalista de la acción, por oposición a la teoría causalista, que es la que da origen a las estructuras anteriores ...*

*1.-Conducta, entendida como hacer voluntario (final).*

*2.-Tipicidad, como prohibición de conducta en forma dolosa o culposa*

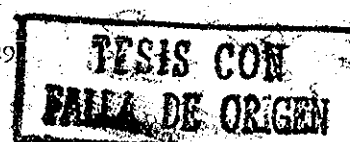
*3.-Antijuridicidad; entendida como contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico*

*4.-Culpabilidad, entendida como reprochabilidad "*<sup>59</sup>

Como puede apreciarse, la nueva construcción sistemática del delito, a partir de la teoría de la acción final, dota a la acción de su contenido, del cual la explicación tradicional había prescindido, la voluntad con sentido final, pues sólo así, es posible comprender la acción humana, y por tanto, se trasportan, el dolo y la culpa del elemento culpabilidad -ahí los estudiaba el Causalismo-, al tipo, fortaleciéndose con ello el principio de legalidad, -*nullum crimen nulla poena sine lege*-, entendiéndose ahora la contradicción de la conducta prohibida con el orden normativo, con un juicio valorativo, y dándole a la culpabilidad, su verdadero contenido -capacidad de culpabilidad (imputabilidad), conciencia de antijuridicidad, y la exigibilidad de otra conducta-

En otro orden de ideas, es importante señalar que la aspiración de la teoría de la acción final es el restablecimiento de los valores éticos sociales, pero de aquéllos que la sociedad considera como valiosos, es decir se deben atender a la protección de aquellos valores que por su importancia para la sociedad -la vida, la libertad, etc- deban ser protegidos en la norma penal. Esto es, que deberán protegerse únicamente aquellos verdaderamente importantes para la conservación y existencia del grupo social, porque de no ser así, se ampliaría el ámbito de aplicación del Derecho Penal -*principio de aplicación máxima*-, es decir, se tendría como primera y quizás única vía de solución a los problemas, al Derecho Penal, estableciéndose, en consecuencia, las bases de un Estado que se oriente hacia el autoritarismo. Por eso, la teoría de la acción final busca volver a esos valores éticos sociales mas valiosos para la existencia y permanencia del grupo social, buscando siempre, que el Derecho Penal sea la última forma de reacción estatal en la lucha contra el delito -*principio de aplicación mínima del*

<sup>59</sup> Zaffaroní Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General" p. 349



*Derecho Penal*-, al mismo tiempo, que promueve que se instaure un *Derecho Penal de acto*, donde se establezca la culpabilidad del sujeto por lo que hizo, por la acción desplegada en el mundo fáctico y no por su grado de peligrosidad, porque recordemos que el grado de peligrosidad es entendido como la capacidad o potencialidad que tiene una persona para cometer delitos, criterio que genera un espacio de inseguridad jurídica para el infractor del Código punitivo. El principio de peligrosidad ha sido criticado por que permite el arbitrio judicial, la posibilidad de que el juez, atendiendo a su discrecionalidad pueda imponer penas, que revistan una mayor gravedad al acto realizado, cuando el sujeto rebele un mayor grado de peligrosidad, creándose con ello, inseguridad jurídica para el probable responsable.

En resumen, Moreno Hernández sostiene:

*"A mediados de la década de los treinta, el sistema de Liszt - Beling, para entonces declinante en el desarrollo que experimentó durante el periodo teleológico, como se manifiesta fundamentalmente en la obra de Mezger, nuevamente se vio sometida a duras críticas; críticas que se dirigieron tanto en contra de la base filosófica, representada sobre todo por la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana, como en contra de la base científica del positivismo naturalista, por tanto, en contra del postulado "causalista".... Se rechaza la fundamentación naturalística y, por tanto, el que la acción sea entendida como un mero "proceso causal ciego", carente de sentido; y en su lugar se hace resaltar el momento "final" de todo proceder humano, conforme a esta nueva concepción; la acción es actividad final, es ejercicio de la actividad final humana y como tal es un acontecer final y no solo causal; la finalidad por otra parte, es vidente y la causalidad ciega. El Derecho Penal puede dirigirse al hombre, prohibiéndole u ordenando, solo porque el hombre es capaz de un obrar con conciencia final; las prohibiciones y los mandatos del derecho, pues, no pueden dirigirse a los procesos causales ciegos, sino solo a las acciones, que pueden configurar finalmente el futuro. En definitiva, las normas solo pueden mandar o prohibir una conducta final. De esta manera, la esencia de la acción fue fundamentalmente definida; y a su nueva estructuración correspondió, a la vez, una fundamental estructuración de los conceptos de tipo y de culpabilidad y, con ello, de la total estructura del delito; iniciándose así, una polémica entre la teoría de la acción causal y la teoría de la acción final, cuya mayor intensidad se manifestó en Alemania en la década de los cincuenta."*<sup>60</sup>

De las ideas aportadas por la doctrina, podemos inferir la aspiración última de la teoría de la acción final que se orienta a darle a la conducta del hombre su verdadero sentido, por que éste, sólo puede actuar finalísticamente, sólo él es capaz de dirigir sus actos conscientemente hacia un objetivo, hacia un fin, es decir que el hombre es el único que puede actuar videntemente hacia su meta y el Derecho Penal, sólo puede regular válidamente esas conductas, porque si atiende a otro tipo de consideraciones, sus regulaciones serán falsas, ciegas, ajenas al actuar del hombre, consecuentemente: el legislador, en sus regulaciones ésta obligado a atender a las estructuras de la teoría del delito y al actuar final del hombre porque de no ser así, sus regulaciones serán falsas.

Hecho este bosquejo de las principales ideas sustentadas por las sistemáticas objeto de este trabajo, pasemos ahora, al estudio de los elementos del delito en cada explicación.

<sup>60</sup> Moreno Hernández Moisés. *Op Cit* p p 44 - 46



## CAPITULO II.

### 2.-ELEMENTOS DEL DELITO

#### 2.1.-EN LA TEORÍA CAUSALISTA Y EN LA NEOCLÁSICA, VALORATIVA O CAUSAL VALORATIVA.

Con la idea de poder apreciar el aspecto evolutivo de la sistemática causalista al neoclasicismo, trataremos en términos generales, dentro de cada uno de los peldaños de la estratificación del delito -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, su aspecto evolutivo. Ello nos permitirá, hacer algunos comentarios generales al sistema penal mexicano sin distinciones entre ambas posturas sistemáticas, pues existe el criterio uniforme en la doctrina de considerarlas como causalismo, sin embargo, no se debe dejar de reconocer sus diferencias, de las que nos seguiremos ocupando.

Partiendo de lo que hemos establecido en líneas precedentes y sin dejar de reconocer que corresponde a la ciencia del derecho penal, elaborar un concepto del delito en que estén presentes las características generales y comunes a todos ellos y, considerando que éste análisis corresponde a la teoría general del delito, que se ubica en la parte general del Derecho penal, reconozcamos que:

*"el Concepto de delito como acción típica, antijurídica y culpable... se apoya en una larga historia de desarrollo dogmático en la que tuvieron participación grandes pensadores del Derecho Penal. En esa larga historia de aproximadamente un siglo, pueden distinguirse fundamentalmente tres períodos que son: el del llamado "Sistema Clásico", el del "Sistema Neoclásico o Teológico" y el del "sistema Finalista" cada uno de ellos con sus respectivas características".<sup>61</sup>*

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La idea de que la evolución del delito ha sido obra de las aportaciones de grandes pensadores de la ciencia jurídico-penal, también es sustentada por Claus Roxin.<sup>62</sup> Por nuestra parte, sólo haremos referencia a algunos doctrinarios, pero sólo para efecto de ilustrar brevemente su aportación, sin dejar de reconocer que han existido una gran cantidad de estudiosos que sería muy difícil referir, con ésta salvedad, permítanme recordar que Beling con su *"teoría del delito"* aportó -a la sistemática de Liszt-, el tipo penal, fundamento del moderno principio de legalidad, Frank con su obra *"Sobre la*

<sup>61</sup> Moreno Hernández Moisés, *"Op Cit"* P 35

<sup>62</sup> Las categorías básicas -que también se las llama peldaños (escalones) de la estructura del delito - han sido poco a poco desarrolladas por la ciencia en un proceso de discusión de décadas. Así aparece el concepto de acción por primera vez en el manual de Albert Friedrich Berner (1857) como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad, la formula poco después el gran jurista Rudolph Von Jhering en su escrito *"Das Schuldmoment im römischen Privatrecht"* ("El momento de culpabilidad en el Derecho Privado Romano", 1867), abriendo el camino para la época siguiente. El concepto del tipo lo crea Ernst Beling en el año de 1906 en su monografía, aún celebre hoy, *"Die lehre vom Verbrechen"* ("La teoría del delito"), Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia el escrito del gran comentarista Reinhard Frank *Über den Aufbau des Schuldberggriffs* ("Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", 1907). La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz V Liszt y Ernst Beling, de Max Ernst Mayer y Edmund Mezger, así como Hans Welzel, el fundador de la teoría de la acción final; Roxin Claus *"Derecho Penal Parte General"* Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999 p p 196, 197.

*Estructura del Concepto de Culpabilidad*" aporta el fundamento de la teoría normativa de la culpabilidad, Welzel sistematiza la "Teoría de la Acción Final" etc.

Para iniciar la referencia en torno a los aspectos teórico evolutivos que sustentaron la explicación clásica del delito -Causalista -, es necesario recordar que la doctrina penal ha establecido que esa explicación llamada también tradicional del delito se inicia en Alemania con Franz Von Liszt (1881), quién en su obra "Tratado de Derecho Penal" define al delito de la siguiente manera:

**"DELITO (ACTO PUNIBLE) ES EL HECHO AL CUAL EL ORDEN JURÍDICO ASOCIA LA PENA COMO LEGÍTIMA CONSECUENCIA"**<sup>63</sup>

Esa forma de concebir al delito nos permitió percibir la estructura sistemática que Liszt estableciera para su explicación del injusto penal, pues al referirse al acto punible podemos inferir que se delinea a la conducta humana, conducta que se exterioriza en el movimiento corporal voluntario que provoca un cambio en el mundo real y ese resultado o mutación, debe encontrarse prohibido por el orden jurídico, dándose base con ello a la reacción punitiva del estado. De ahí que, Zaffaroni sostenga que los elementos que integran el delito tradicional, sean:

*"Conducta.- Voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad.*

*Antijuricidad.- Causación de un resultado socialmente dañoso.*

*Culpabilidad.- Relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o culpa, y:*

*Punibilidad.- Sometimiento a pena de todo lo anterior"* <sup>64</sup>

Estableciéndose así la sistemática denominada clásica -Causalista-, del delito Esa explicación llamada también tradicional estableció, que la explicación del delito se dividía en dos partes, *una objetiva* que se percibía por el movimiento corporal voluntario que provocaba el cambio en el mundo fáctico y *una parte subjetiva* que se cimentaba en la relación psicológica del autor con su acto en forma de dolo o de culpa. Congruente con lo que venimos apuntando Zaffaroni, -quien es citado por Monarque Ureña-, explica:

*"Para este criterio el injusto se componía con la causación física de un resultado socialmente dañoso y la culpabilidad era la causación psíquica de ese mismo resultado, que podía asumir la forma de dolo (cuando se quería causar el resultado antijurídico) o de culpa (cuando el mismo sobrevinía como consecuencia de imprudencia o negligencia). Lo que se debía investigar en definitiva para saber si había un delito eran dos nexos causales: uno físico (¿Causo la conducta el resultado?) y otro Psíquico (¿Hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado?)"* <sup>65</sup>

Es importante mencionar, -Como ya lo hemos expresado-, que Liszt se encontraba inmerso en la época del auge de las ciencias naturales, por ello, a su explicación del injusto, le dio un enfoque de causa-efecto; partiendo de una base naturalística que se

<sup>63</sup>Von Liszt Franz, "Tratado de Derecho Penal" Tomo II, Traducido de la 20ª Edición Alemana, por Luis Jiménez de Azúa y Adicionado con Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña. Cuarta Edición. Editorial Reus. p 262.

<sup>64</sup>Eugenio Raúl Zaffaroni. "Manual de Derecho Penal, parte General". Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, Tercera Reimpresión, México 1997 p 346

<sup>65</sup>Eugenio Raúl Zaffaroni, citado por Monarque Ureña Rodolfo. "Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito". Editorial Porrúa. México 2000. p 11



manifiesta en el acto causalista, es decir, la causación de un resultado dañoso en el mundo fáctico y la comprobación de la conexión entre el acto y el resultado por medio de una comprensión psíquica del autor con su acto en forma de dolo o culpa. Maurach, en torno al sustento metodológico del causalismo, explica:

*"... Se le llama natural, por que pretende aplicar las leyes de las ciencias naturales al derecho penal y considerar la realización del tipo como una consecuencia científico - natural del acontecer causal previo. Esta construcción es el producto característico del pensamiento científico - natural que dominó el último tercio del siglo XIX, invadiendo incluso las ciencias sociales..."<sup>66</sup>*

### 2.1.1. ACCIÓN, NEXO CAUSAL Y RESULTADO. LA OMISIÓN (La acción neoclásica)

Con la idea de poder abordar el estudio del primer elemento de la explicación tradicional del delito, considero necesario dejar asentado, que toda reacción jurídico penal del estado se origina en la conducta humana. De ahí, que se afirme, la acción del hombre que satisfaga, además otros presupuestos *-tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-*, es merecedora de una pena. La doctrina penal ha dicho que sólo la *conducta humana traducida en actos externos*<sup>67</sup> da base para llamársele delictiva y en consecuencia, sustenta la aplicación de la pena.

La explicación precedente, nos da base para decir que el derecho penal debe estar basado en el acto realizado, pues sólo este *-el acto-*, puede ser controlado y limitado en un Estado Democrático de Derecho, debido a que éste puede fácilmente ser descrito en la ley, es decir, acotarse cual es el acto constitutivo de un delito en particular, pero difícilmente podrá determinarse con igual precisión las cualidades o características de un homicida, o de un violador, etc. Esto último, genera inseguridad para el gobernado y posibilita el ejercicio abusivo del ius puniendi. De ahí, que el estudio, de éste primer peldaño de la estructura del delito, adquiera una especial importancia

Welzel respecto de la acción en el causalismo explica

*"El concepto "causal" de acción, desarrollado por v. Liszt y Bebing y fundamentado mas detenidamente por Radbruch, la fraccionaba en 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)." <sup>68</sup>*

<sup>66</sup>Maurach Reinhart Maurach, Zipf Heinz, *Derecho Penal Parte general I*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires 1994, p 253

<sup>67</sup>Cuando el sujeto actúa en forma *Positiva* (acción) o *negativa* (omisión) *está violando una norma*. En los delitos de acción se viola, según es sabido, una *norma prohibitiva*, ya que el sujeto realiza algo que la norma *prohíbe* hacer; en cambio, en los delitos de omisión el sujeto *viola* una norma de naturaleza diversa pues ésta le *obliga a actuar* y él omite o deja de hacer lo que la norma le ordena, es decir, la omisión lleva como consecuencia la *violación de la norma preceptiva*, norma que le *obliga a hacer*. Por último, en los delitos de *comisión por omisión* el sujeto viola dos normas; una *preceptiva* que ordena obrar o hacer algo y otra *prohibitiva* que contiene una prohibición de hacer. Pues bien, de lo dicho inferimos que *la conducta es la actividad o inactividad voluntarias, ya una norma preceptiva o ambas*. Pavón Vasconcelos Francisco, *La causalidad en el Delito* Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1993, p p 59, 60

<sup>68</sup>Welzel, Hans *"Derecho Penal Alemán. Parte General"*, 4ª Edición Castellana: Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile; Chile 1993. p 46

Por otra parte, Roxin - refiriéndose a Liszt y a Bebing -, nos dice que la acción:

*"... es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior, según lo definió por primera vez Liszt. En este concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea, como el provocar "vibraciones del aire" en las injurias. Pero como esa concepción difícilmente se podía compaginar con la omisión, que no causa nada. Liszt llegó posteriormente a formular otra descripción algo distinta; "acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior, mas exactamente: modificación, es decir causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria" con lo cual quedaba la "voluntariedad" como supraconcepto...."*<sup>69</sup>

En resumen, la acción causalista es un movimiento corporal voluntario que produce un resultado dañoso en el mundo fáctico. La acción humana debe ser voluntaria, pero esa voluntariedad, solo se refiere al movimiento corporal, que produce el resultado material -su importancia radica en que desencadena el proceso causal- sin importar el fin que se perseguía, al llevar a cabo esa conducta, debido a que ello se analizará en el elemento culpabilidad. Posición que se deriva de considerar:

*"II. La voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior. El concepto de acto exige, pues, la aparición de un CAMBIO EN EL MUNDO EXTERIOR ... en los hombres... o en las cosas. Nosotros llamamos RESULTADO a este cambio, perceptible por los sentidos"*<sup>70</sup>

Sin embargo, no debe ignorarse que la teoría causalista si atendió a la finalidad de la acción, pero lo hizo hasta el elemento culpabilidad dejando todo el proceso causal a los demás elementos, -acción, tipicidad, antijuridicidad-, lo que desde luego es criticable porque el legislador cuando prohíbe una determinada conducta (Por ejemplo en el homicidio), lo que en realidad prohíbe es que el ser humano despliegue esa conducta con ese objetivo matar, pues recordemos que si se atiende sólo a procesos causales, estos también pueden darse en la naturaleza, pues un rayo también puede matar a una persona, por eso el legislador, pretende con esta prohibición proteger el bien jurídico vida y establece que esas conductas son socialmente intolerables y por ende las califica con una sanción. En definitiva, para que exista el injusto penal, es necesario que se presente un movimiento corporal voluntario que provoque un cambio en el mundo externo, y que esa acción y ese resultado se encuentren ligados por la existencia de un **nexo causal**. Así lo establece Franz Von Liszt:

*"El resultado debe ser CAUSADO (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto (en relación de causalidad)*

Existe RELACIÓN CAUSAL entre el movimiento corporal y el resultado *cuando este no hubiere tenido lugar sin aquel*; es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal, sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido (*conditio sine qua non*). Naturalmente que, de este modo, sólo consideramos el resultado en su forma concreta. Lo que importa, en suma, no es

<sup>69</sup>Roxin Claus "Op Cit" Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999. p p 236, 237.

<sup>70</sup> Von Liszt Franz, "Op Cit" Tomo II, p 300

que B hubiera muerto sin la manifestación de la voluntad de A, sino que haya muerto tal día y de tal modo. Si existe este nexo entre el movimiento corporal y el resultado, entonces llamamos al movimiento corporal causa del resultado, y a éste efecto del movimiento corporal, es decir, aplicamos a la relación del movimiento corporal y del resultado la categoría de *causalidad* (como una forma de nuestro conocimiento).....*todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor*"<sup>71</sup>

Se percibe la preeminencia, de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en la postura de Liszt, ésta teoría, establece que son causa del resultado todos los que contribuyeron a él; se da una equivalencia, ya que si se suprime mentalmente una de ellas el resultado no se produce, postura que ha sido criticada porque se puede caer en una "regresión infinita", baste decir, que la teoría de la equivalencia de las condiciones vulnera los principios de un Estado Democrático de Derecho, porque al aceptarse afecta las libertades de los individuos en forma regresiva y sin tener su acción incidencia directa en el verbo del injusto, situación que no es pertinente que ocurra. El ejemplo que la doctrina penal (Carlos Binding\*) ha proporcionado para ilustrar los excesos de ésta teoría se encuentra en el delito de adulterio, en el que para encontrar las causas que se constituyeron en condición para la comisión del injusto se llega a la regresión temporal que nos dice que es responsable de la comisión del delito de adulterio el carpintero que construyó la cama donde yacen los adúlteros, situación que es absurda porque el tipo penal contiene un verbo rector y requiere para su comisión que los infractores del código punitivo lo lleven a cabo, es decir, que en el caso que nos ocupa, sólo pueden exteriorizar la acción descrita en el tipo aquellos que siendo casados mantengan relaciones sexuales con otra (o) que no sea su cónyuge o, cuando uno de los dos sea casado, en consecuencia, el carpintero que construyó la cama no es responsable de la comisión del delito de adulterio. Volveré sobre lo aquí apuntado cuando establezcamos la crítica a esta teoría como una de las que explican el nexo causal.

En cuanto al resultado Monarque Ureña, Plantea:

*"El resultado es la mutación en el mundo jurídico formal o material:*

*a) - El resultado material o externo. Es la alteración como consecuencia de la actividad o inactividad humana en el mundo externo (el delito de daños, lesiones, homicidio, etcétera )*

*b) - El resultado jurídico - Formal. Parte de la doctrina acepta que existen delitos de resultado jurídico o formal*

*A diferencia del resultado material que es una consecuencia natural y física de la actividad o inactividad humana, el resultado jurídico - formal se actualiza con la sola conducta de la persona, violando únicamente la norma penal, y no habiendo una alteración física (daños) o fisiológica (homicidio) Vgr; portación de armas, allanamiento de morada, etcétera."*<sup>72</sup>

De las ideas antes expuestas, podemos apreciar que el autor citado nos hace notar que el injusto puede contener un resultado material (perceptible por los sentidos) o bien un resultado formal, es decir, que no pueda apreciarse materialmente a través de los

<sup>71</sup>Von Liszt Franz, "Op Cit" p p 304, 305

\* Ver nota a pie de página que aparece en Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General". Décimo cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 1999, p 244

<sup>72</sup> Monarque Ureña Rodolfo. "Op Cit" p p 21 y 22

sentidos ya que en estos casos, el tipo legal se integra sólo con la actividad voluntaria desplegada por el sujeto activo

Por otra parte, con la idea de conceptualizar la omisión dentro de la sistemática que venimos reseñando considero oportuno decir que ésta, se ha entendido como la abstención de movimientos corporales que producen un resultado, pero la omisión no es toda abstención sino aquella que era posible y esperada para evitar el resultado, es decir existía un deber jurídico que obligaba a impedir que se presentará el cambio en el mundo fáctico.

La omisión, ha sido motivo de acalorados debates en la doctrina penal, pues se afirma que como es posible que del no actuar del hombre se pueden derivar consecuencias jurídicamente graves, como es someterse a la acción punitiva del estado, de ahí que Radbruch (en 1904):

*"completa el planteamiento de Liszt a partir del no actuar del hombre, es decir cuando la omisión produce efectos en el campo del Derecho Penal; así determina que la acción puede incidir tanto en el aspecto positivo como en el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar"*<sup>73</sup>.

Con éste criterio se vino a complementar la concepción de conducta humana, porque ahora se podía entender con claridad, tanto su aspecto positivo (movimientos corporales voluntarios), como su aspecto negativo, (abstención de movimientos corporales), que el derecho ha descrito en los tipos penales y que adquieren plena vigencia en el momento en que el infractor del código punitivo adecua su acto a la descripción contenida en la norma penal. Liszt establece:

"LA OMISIÓN CONSISTE EN NO IMPEDIR VOLUNTARIAMENTE, EL RESULTADO.

*1. La manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable)....El concepto de la omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste; por consiguiente, en este concepto se da una característica análoga a la causalidad de la acción, si bien no es la causalidad misma.*<sup>74</sup>

Un poco más adelante, el padre del causalismo, nos sigue diciendo:

*"Aplicando esto al orden jurídico significa, pues, que sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo. Sólo de la omisión CONTRARIA AL DERECHO se siguen las circunstancias jurídicas de la acción."*<sup>75</sup>

Estos comentarios nos permiten vislumbrar con mayor claridad como lo que hace penalmente relevante a la omisión, no es la omisión misma, sino el deber jurídico que se tiene de actuar en un sentido y que por no hacer, lo que era humanamente realizable, esa abstención voluntaria de movimientos corporales, adquiere ropaje

<sup>73</sup> Guerrero Agripino L. Felipe, (tesis de Maestría) *La Teoría del delito en el Código Penal Para el Estado de Guanajuato. Un Análisis Dogmático* Universidad de Guanajuato, Guanajuato 1998, p 32

<sup>74</sup> Von Liszt Franz, *Op Cit* p p 314, 315

<sup>75</sup> Idem p 316

delictivo y da base a la reacción punitiva del estado. Para ilustrar el aspecto negativo de la conducta, baste citar aquella situación en que la madre, de la cual se espera alimente a su bebé, omite realizar ésta acción, y debido a ello se presenta la muerte.

Muñoz Conde, explica a la omisión, en los siguientes términos:

*"La omisión social y jurídicamente relevante está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión: el paráltico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer....Las causas que excluyen las acciones son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión."*<sup>76</sup>

Con claridad, Muñoz Conde nos hace notar, que lo que hace penalmente relevante a la omisión -la abstención voluntaria de movimientos corporales-, no es la omisión misma, sino la falta de realización de la acción esperada. Volviendo al ejemplo de la madre que no alimenta a su hijo y de la cual se espera que lo haga, *al no desplegar esa conducta que es esperada*, su abstención adquiere relevancia para el derecho penal y por ende da base a la reacción punitiva del Estado.

### **LA ACCIÓN NEOCLÁSICA**

A partir de la inclusión de conceptos valorativos Mezger conceptualizó a la acción como imputación, al señalar:

*"Sólo lo que es imputable es acción, y lo que es acción es también imputable.... La imputación es el juicio por el que se expresa que el acto es una acción"*<sup>77</sup>

Daza Gómez, en torno a la acción neoclásica apunta:

*"La teoría normativa y la clásica conciben a la acción como la conducta humana, una manifestación de la voluntad en el mundo exterior. El acto interno de voluntad y la manifestación externa de este acto son requisitos de la acción"*<sup>78</sup> sigue diciendo: *"Al igual que en el sistema clásico, la acción debía ser voluntaria y se continuaba reservando a la culpabilidad el fin perseguido por el autor...."*<sup>79</sup>

Plascencia Villanueva, apunta:

*"En cuanto al concepto de acción, se debilitó su concepción mediante el uso del termino comportamiento, el cual englobaba la actuación de la voluntad humana en el mundo exterior...."*<sup>80</sup>

De los anteriores comentarios se puede establecer que para la explicación teleológica del delito, la acción es también un movimiento corporal voluntario que provoca un

<sup>76</sup> Muñoz Conde Francisco, *Op Cit*, p 23

<sup>77</sup> Mezger Edmund, citado por Díaz Aranda Enrique. *Op Cit*, p 21

<sup>78</sup> Daza Gómez Carlos Juan Manuel, *Op Cit* p 43

<sup>79</sup> Idem p 43

<sup>80</sup> Plascencia Villanueva Raul, *Teoría del Delito* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones Jurídicas, segunda reimpresión, México 200. p 38

cambio en el mundo fáctico y que esa manifestación de voluntariedad no comprende su contenido, es decir la intención, la finalidad de esa conducta. Como ya nos hemos ocupado de la acción causalista, ahora nos ocuparemos de las explicaciones que se han elaborado en torno al nexo causal.

### **2.1.1.1.- Teorías que explican el nexo causal**

**2.1.1.1.1.- En los delitos de acción:** Una conducta humana, para ser calificada de penalmente relevante, debe producir un resultado, éste cambio producido en el mundo material, ya no es parte de la acción, sino efecto de ella, razón que nos obliga a realizar un análisis que permita determinar, si esa consecuencia -ese efecto-, es producto de esa acción, dado que:

*"... En muchos casos ni siquiera surgen dudas acerca de la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Así por ejemplo, A dispara tres tiros a B, quien se halla aun metro de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza y muriendo B casi instantáneamente a consecuencias de las heridas. En este caso la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado y su relación directa no deja lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y el resultado. Sin embargo, no todas las relaciones son tan sencillas de resolver. Pensemos que en el ejemplo anterior A hiere a B y este muere al ser trasladada a la casa de socorro para ser atendido o por una infección sobrevenida a consecuencia de la herida o por un mal tratamiento médico. Para resolver casos tan complicados se han elaborado diversas teorías..."<sup>81</sup>*

Ésas teorías intentan explicar si ese resultado es producido por una determinada conducta, así tenemos: La teoría de la causa mas eficaz, de la mas adecuada, de la causa próxima, de la adecuación al tipo, de la equivalencia de las condiciones, de las que a continuación nos ocupamos:

#### **De la causa más eficaz(Birkmeyer)**

Esta teoría, sostiene que sólo *aquel que pone la causa eficaz* en la generación del resultado es quien debe ser sancionado penalmente:

*"... Vgr. una persona para morir requiere 100 gramos de veneno: A pone 60 gramos y B, 40 gramos. El responsable de homicidio sería A, por haber puesto la condición más eficaz..."<sup>82</sup>*

Esta explicación, resulta criticable porque sólo sanciona al autor material dejando sin sanción las conductas de los demás partícipes del delito

#### **De la causa mas adecuada.**

Esta teoría, sustenta la postura de que para el derecho penal resulta relevante, únicamente la *conducta* que sea la *mas adecuada* para producir el resultado:

*"... Vgr. una mujer X, amante del boticario Y, suministra veneno a su marido Z, mismo veneno que le fue dado por el boticario previo consenso. Cuando la mujer intenta dar a su marido la bebida envenenada éste se da cuenta, y es tal su exaltación que muere de un infarto al miocardio. Deviene claro, que si el resultado se hubiese producido por envenenamiento, la conducta mas idónea para*

<sup>81</sup> Muñoz Conde Francisco, 'Op Cit', p 18.

<sup>82</sup> Monarque Ureña Rodolfo, 'Op Cit', p 23

*producirlo sería la de la mujer que lo suministró, quedando impune el comportamiento del boticario que fraguó el delito y proporcionó el veneno.”<sup>83</sup>*

Se le critica debido a que no siempre la causa más adecuada es la que produce el resultado, además de que deja impunes a los copartícipes

#### **De la proximidad o causa próxima(Ortman)**

En ésta, se sustenta que solo *produce el resultado la causa mas próxima a él*, lo que desde luego es criticable porque deja sin sanción a los copartícipes:

*“... Vgr: Si A le ordena a B, que mate a C, la causa más próxima sería B, por lo tanto, A queda impune.”<sup>84</sup>*

#### **De la adecuación al tipo (Beling)**

Esta explicación asevera que la causalidad debe estar descrita en el *verbo rector* que contiene el tipo penal. De ahí, que:

*“ Para Beling el problema causal se remite a la parte especial de los Códigos, pues será en cada tipo penal, según el verbo rector, la relación de causalidad que se exija y comprobar dicha relación.”<sup>85</sup>*

**De la equivalencia de las condiciones (Von Buri).** Esta teoría establece que sólo el *conjunto total de condiciones son causa del resultado*, por tanto, todas y cada una de ellas son relevantes debido a que todas son indispensables para la producción del resultado:

*“... sólo el conjunto total de condiciones tanto positivas como negativas, son la “causa” del resultado. Así mismo, que es imposible precisar de qué modo e intensidad influye cada condición, por lo que todas las condiciones son “equivalentes entre sí”, de ahí que esta teoría sostenga que “toda condición es causa del resultado.”<sup>86</sup>*

Esta teoría ha sido duramente criticada por que incurre en excesos que rayan en lo absurdo para ilustrar lo que venimos afirmando, permítanme referirme al comentario crítico de Binding:

*“... quien afirmaba que de aceptársele tendría que declararse culpable de adulterio al carpintero que construyó la cama en que yacen los adúlteros, ya que si la cama no se hubiera construido el delito no se hubiera cometido al faltar una de las condiciones causales. ... estas exageraciones son posibles cuando se pretende equiparar relación de causalidad y responsabilidad, lo cual con toda evidencia constituye un error en la solución de los casos considerados, pues la determinación de la causa a efecto entre la conducta del hombre y el resultado material, solo tiende, como lo hemos precisado antes, a establecer que éste último le es atribuible en un nexo de causalidad, con lo cual se integra el hecho o la acción (latu sensum).... Quienes propugnan la equivalencia no han pretendido crear propiamente una teoría jurídica de la causalidad, pues la misma funciona tanto en el orden natural como jurídico, en atención una conducta es causa de en cuanto sin ella el resultado no se hubiere producido. Lo importante para la ley es la*

<sup>83</sup> Ibidem p 24

<sup>84</sup> Idem p 24.

<sup>85</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal. Parte General* , Editorial Porrúa, México 1999, p 184

<sup>86</sup> Ibidem p179

*realización del hecho típico que comprende un particular resultado, teniendo por tanto, significación causal todas las condiciones que influyan en dicho suceso, sean preexistentes, simultáneas o supervivientes ...*<sup>87</sup>

Cabe decir que esta postura de la equivalencia de las condiciones ha sido duramente criticada porque de aceptarse incurriría en excesos, -como ya se refirió brevemente-, al considerar que cualquier condición, que dentro de la relación causal sea necesaria para la realización del delito, tiene el mismo valor, por que sin ella el ilícito no se presenta, ello propicia, que personas que no tengan nada que ver con la realización del injusto sean consideradas responsables de su comisión, debido a que contribuyeron con una condición durante el desarrollo del proceso causal.

Esta situación, de la que se ocupó Carlos Binding y de la que nos hemos ocupado con antelación, se considera producto de la influencia del tipo de corte naturalístico, -de causa efecto-, porque es evidente que en la naturaleza para que se produzca un determinado efecto, es necesario atender a todas aquellas condiciones que tiendan a producirlo, sin embargo, este planteamiento es criticable por que el Derecho, no se encuentra regido por leyes naturales, sino que se le ubica en el campo de las ciencias sociales y, se funda en el *libre albedrío* de los ciudadanos, porque éstos son las que voluntariamente ejecutan una acción que produce un cambio en el mundo fáctico y que puede dar origen al injusto penal; en consecuencia, es dable afirmar, que en el ejemplo de Binding no cabe la posibilidad de declarar responsable de Adulterio al carpintero que construyó la cama donde yacen los adúlteros, puesto que ese delito contiene un verbo rector (copular) que debe llevarse a cabo por el activo para que se integre, lo que evidencia, que la acción de construir la cama que realizó el carpintero, es ajena a ese verbo rector.

Lo anterior ilustra la crítica que se enderezo contra esa teoría -de la equivalencia de las condiciones-, por que al incurrir en esos excesos, vulnera los principios de un Estado Democrático de Derecho afectando los derechos fundamentales de los gobernados en forma regresiva y sin que esa acción tenga relación con el verbo que describe el injusto penal. Por eso para limitar la regresión infinita de esta teoría, se propuso el llamado "correctivo de culpabilidad", es decir:

*"... debe considerarse como "condición", la que contribuye a producir un resultado, solo aquella condición que el sujeto puso culpablemente, es decir, la acción que sea dolosa o culposa, decisiva para producir el resultado. De ahí que el sujeto que dispara el arma y logra la muerte de la víctima, solo a este se le debe atribuir valor de relación causal, pues tuvo el dolo de privar de la vida, y lo mismo tiene que considerarse si al estar limpiando una arma de fuego, el sujeto, por su descuido se le dispara y priva de la vida, pues en este caso la muerte se debe a su acción culposa, es decir negligente o falta de cuidado, pero por su puesto esa relación causal no alcanza a quien vendió o fabrico el arma de fuego ..."*<sup>88</sup>

Otro de los correctivos a los que se acudió fue al de tipicidad, estableciéndose que:

*"... únicamente sería condición que debía tomarse en cuenta, la que se adecuó al verbo rector de la descripción típica. Así cuando la ley exige que el adulterio se cometa por las relaciones sexuales extramaritales, o sea, por cópula, sólo entre quienes realicen esa acción se da el proceso de causa efecto. Sin embargo se ha*

<sup>87</sup> Nota a pie de página que aparece en Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General". Décimo cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1999, p 244 y 245

<sup>88</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto. "Curso de Derecho Penal. Parte General", p 180



*criticado estos "correctivos", sean de culpabilidad o tipicidad, pues se dice, que no puede ser "correctivo" lo que es elemento indispensable para que se integre el delito, y que además se tenga que acudir a estos elementos cuando debería plantearse la solución del nexo causal a nivel de la propia conducta* <sup>89</sup>

No obstante esta crítica esta teoría - de la equivalencia de las condiciones -, ha tenido una gran aceptación en la doctrina penal.

#### **2.1.1.1.2.- En los delitos de omisión:**

En este apartado nos ocuparemos del no hacer del sujeto que resulta penalmente relevante, es decir, estudiaremos cuando el no hacer voluntario es sancionado con una pena por el Estado. Para que la omisión del sujeto activo del delito sea penalmente relevante, éste debe dejar de hacer -en forma voluntaria- lo que la norma ordena. Para resolver la cuestión se hayan planteado las siguientes explicaciones: Del *alid actum*, *aliud facere* y *De la acción esperada*.

##### **Del *alid actum*, *aliud facere***

Esta teoría trato de establecer la relación de causalidad de la omisión, en la realización del "otro hacer" porque sólo el que omite voluntariamente, lo hace porque realiza un otro hacer y por tanto es responsable de su acto, lo que desde luego le valió serias críticas, una de ellas era que se atribuía el resultado a quién se encontraba tejiendo calcetines, como se ilustra a continuación:

*"...el problema lo explica Luden diciendo: mientras el omite, por cierto que necesariamente tiene que realizar una, otra, acción positiva. El nexo causal se ubicarla en esa "otra acción positiva". Esta doctrina se conoce con el nombre de "alid actum, aliud facere" el otro acto, el otro hacer. Se critica a Luden su postura de hacer radicar el "nexo causal" de una conducta omisiva, en un actuar, en una acción que no guarda ninguna relación para el derecho penal. Algún tratadista irónicamente decía: el delito se comete porque el sujeto activo tejía calceta* <sup>90</sup>

##### **De la acción esperada.**

Esta explicación parte de considerar que el nexo causal debe buscarse en el plano normativo y por tanto en la acción esperada que el activo debió y pudo realizar, debido -por ejemplo- a su *posición de garante* o debido a su *actuar precedente* y como omitió voluntariamente esa actuación es por eso que resulta penalmente relevante para el Estado.

*"Para Mezger el problema del nexo causal en los delitos de omisión propia o simple, como en los delitos de comisión por omisión, debe plantearse normativamente, el "eje del delito de omisión es la acción esperada". La pregunta que se formula en este caso, sería. ¿Con la acción esperada se habría impedido el resultado que el derecho desapruaba?. Obviamente, si se ejecuta la "acción esperada" el delito no se presenta.* <sup>91</sup>

#### **2.1.1.1.3.- En los delitos de comisión por omisión.**

Estos delitos se caracterizan porque a través de una omisión se produce un resultado material; el ejemplo clásico y recurrente en la doctrina penal, lo ilustra el hecho de que la madre que no amamanta a su hijo recién nacido y éste muere de hambre, en éste

<sup>89</sup> Ibidem p 181

<sup>90</sup> Ibidem p 188

<sup>91</sup> Ibidem p 189

ejemplo, se percibe que la madre tiene el deber de amamantar al hijo, pero **omite** el cumplimiento de ese deber y como consecuencia de ello el hijo **muere produciendo así un resultado material** producto de esa omisión, con ello se viola una norma preceptiva (que impone el deber de actuar) y una norma prohibitiva (no matar).

Para poder establecer el nexo causal en este tipo de delitos, la doctrina ha recurrido a diversas posturas, así:

*"...Otros autores trataron de encontrar el nexo causal en el hacer precedente, es decir, no en el hacer contemporáneo al suceso delictivo, sino en el hacer anterior al hecho, así, en el ejemplo, sería que la madre se encontraría desempeñando otros quehaceres, lo cual nos llevaría a la crítica formulada... El nexo causal para los delitos de omisión impropia, también fue explicado por algunos penalistas con la teoría de alid actum, aliud facere, pero Krug rebatió esta teoría diciendo que con la diversa "acción contemporánea" a que se refiere esta posición teórica, tendríamos que decir que el nexo causal por el cual la madre mata al hijo en el ejemplo ya citado, se va a encontrar en que la madre se encontraba tejiendo calcetines... También para los delitos de comisión por omisión se planteó la solución del nexo causal en la teoría "de la acción esperada", así, si la madre alimenta al hijo, que es la acción que el derecho "espera", la muerte no se produce, el ilícito no se comete. Posteriormente a la teoría de la acción esperada que dominó en la etapa del "Causalismo normativista", surgieron otras teorías propuestas por autores finalistas y funcionalistas como la teoría de la "posición de garante"<sup>92</sup>*

Como se aprecia de la simple lectura de los comentarios anteriores para la doctrina penal ha sido difícil establecer la relación de causalidad para los delitos de omisión por comisión, sin embargo creemos que lo que debe imperar es el criterio normativo de que la causalidad en ésta clase de delitos deberá basarse en la *posición de garante*, en el *actuar precedente* o en *el derivado de la ley* pues sólo así podrá fundamentarse el resultado penalmente relevante al activo

#### **2.1.1.1.4.- El nexo causal en nuestra legislación.**

La Legislación Penal Federal de nuestro país, en torno al tema que nos ocupa, señala, en el caso de homicidio que se encuentra regulado en los artículos 303 y 304, lo siguiente:

*"... no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:*

*I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitable por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya se porque sea incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios."<sup>93</sup>*

Para cuyo efecto:

*"Artículo 304. ...se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:*

*I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;*

*II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y*

*III.- Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión."<sup>94</sup>*

<sup>92</sup> *Ibidem* p 189.

<sup>93</sup> Código penal Federal. Editorial Sista, México 1999 p 104

<sup>94</sup> *Idem* p 105

Derivado de lo anterior es posible establecer que el legislador federal mexicano se inclinó por la teoría de la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, ello se deduce de que la ley establece concausas como son: *falta de auxilios oportunos, que la lesión no habría sido mortal en otra persona, en la constitución física de la víctima, etc;* y ello es así, debido a que si se suprime mentalmente la lesión inferida, la muerte no habría ocurrido.

Por otra parte, la doctrina penal ha señalado que para probar el nexo de causalidad, tanto en la acción como en la omisión, debemos atender al siguiente criterio, la:

"a)- *... fórmula mayormente adoptada para establecer la causalidad en la acción, es suprimir mentalmente la conducta ejecutada por el agente y si a pesar de ser suprimida la conducta, el resultado subsiste, no habrá causalidad. Vgr. A dispara a B por la espalda, pero milésimas de segundo antes del impacto y sin que se percate de la acción de A, B fallece de un infarto. Suprimida la conducta de A el resultado muerte persiste y la conducta no es causal. b)- Causalidad en la omisión. aquí lo que impera es la teoría de la acción esperada, es decir, se piensa ejecutada la conducta que debería realizar el garante; si a pesar de ello el resultado se produce, lógicamente no existe causalidad*"<sup>95</sup>

Con la anterior explicación se pretendió aclarar la función del nexo causal en la configuración, tanto de la acción como de la omisión, para poder establecer con precisión el momento en que una conducta, le es atribuida al sujeto activo del delito, situación que no ha sido ajena al desarrollo doctrinal, estableciéndose otros criterios tales como la posición de garante derivada de un contrato de la ley o del actuar precedente.

Se considera conveniente acotar que el tema de la causalidad seguirá siendo motivo de debate en el mundo académico hasta encontrar soluciones cada vez más adecuadas al caso específico, pero mientras esto no ocurra podemos decir que a pesar de las críticas que se han enderezado en contra de *la teoría de la equivalencia de las condiciones* creemos que ésta es la que debe prevalecer, pero sin dejar de atender al correctivo de culpabilidad como una acotamiento a esa regresión infinita que pretende atribuirsele, es decir, que sólo será culpable de un delito aquel que pone una condición culpable para que éste se produzca.

Ahora, nos ocuparemos del elemento tipicidad, que apareció con Beling, un poco más tarde (en 1906) en su obra "Teoría del delito" y que constituyó un avance sustancial en la explicación causalista del delito y en un fortalecimiento de su estructura, aportando no sólo un elemento más a dicha sistemática, sino un principio garantista frente al ius puniendi estatal.

### 2.1.2.- Tipicidad (Tradicional y Neoclásica)

El segundo escalón de la estratificación que del delito hace la sistemática causalista es la tipicidad, es decir que la acción desplegada en el mundo fáctico coincida perfectamente con la descrita en el tipo penal. Ello implica precisar que el tipo penal ha sido definido por la doctrina como la descripción en abstracto que hace la ley de un mandato o prohibición, así que si se presenta una conducta que encuadre perfectamente en esa descripción abstracta prevista en la ley, se diría que esa acción es típica. Muñoz Conde, en relación a lo que venimos refiriendo explica:

<sup>95</sup> Monarque Ureña Rodolfo. *Op Cit*, p 24

*"... La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal; - mas adelante señala -, ... De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona conforme al principio de intervención mínima aquellos mas intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada."*<sup>96</sup>

Esto, que en nuestros días, la doctrina penal sostiene con tanta aceptación, no siempre fue así, baste recordar que el tipo penal -para el causalismo-, es aportado por Beiling algunos años mas tarde. Simplemente habría que recordar que:

*"En el año de 1906, con la aparición de su "Teoría del Delito", Beiling aportó a los elementos señalados por Liszt el de la "Tipicidad" de la acción y creó además una sistemática más consistente para los elementos del delito, ya que la Tipicidad no pertenece a todas las acciones humanas -antijurídicas y no antijurídicas-, sino sólo aquellas que se encuentran legalmente descritos bajo el principio nulla poena, nullum crimen sine lege."*<sup>97</sup>

Por eso, con atinado criterio, la doctrina penal, ha señalado que fue Beiling quien proporcionó al tipo penal su función específica dentro de la estructura del delito, pues al basarse en el principio de legalidad, pretendió ser portador de una función garantista para el gobernado, frente al poder punitivo del Estado; estableciéndose, desde entonces, que si falta el tipo no puede existir el delito.

Con el elemento tipicidad se estableció una mejor perspectiva sistemática y garantista y, con ello, se erige el "tipo" -Descripción abstracta contenida en la ley penal-, como punto de referencia que, permita el encuadramiento de una conducta en concreto, a lo que en abstracto construyó el legislador (Juicio de tipicidad). Claus Roxin, al referirse a la concepción inicial del tipo, sustentada por Beiling nos dice:

*"consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito. El tipo penal es objetivo y valorativamente neutral."*<sup>98</sup>

Queda claro, que dentro de la sistemática denominada tradicional,<sup>99</sup> el tipo en sus inicios estuvo constituido por elementos meramente objetivos y libres de valor. Además de que en ésta primera fase del desarrollo de la teoría del tipo, éste era considerado como la descripción abstracta y desvalorada de una conducta causal, así que para poder determinar si esa conducta era contraria a la norma se requería de un juicio valorativo que corresponde a la Antijuridicidad y si esa conducta debe ser atribuida a un sujeto, a título de dolo o culpa, ello corresponde a la culpabilidad, es decir se percibe la existencia de una función específica para cada elemento

<sup>96</sup> Muñoz Conde Francisco. "Op Cit" p 31

<sup>97</sup> Moreno Hernández Moisés, "Op Cit", p. 36

<sup>98</sup> Roxin Claus, *Teoría del Tipo Penal. tipos abiertos elementos del deber jurídico*. Versión castellana del Dr Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1979, p 57

<sup>99</sup> "sus partidarios consideran a las descripciones legales de conducta prohibidas como un mero encuadre formal en el que encaja un proceso causal -cuando lo hay- o un mero movimiento externo sin finalidad conocida. Es de esta manera que las descripciones legales quedan -según este criterio- "objetivadas". El grito -casi alarido- sistemático, es el siguiente: "todo lo objetivo al injusto, todo lo subjetivo a la culpabilidad" Zaffaroni Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal. Parte General." Tomo III. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988. p 22

Por otra parte debemos apuntar que no obstante que el trabajo de Beling -en ésa primera etapa-, sufrió diversas críticas, no se puede negar que fue él quien dentro de la teoría de delito, descubrió en la figura del tipo, una función sistemática que ha servido de base para toda estructuración teórica que posteriormente se ha generado.

La doctrina penal, al referirse al tipo tradicional o causalista, consideraba que éste se integraba por:

*"Los elementos objetivos esenciales:*

- 1).- *El sujeto activo que es la persona que exterioriza su conducta que se adecua al tipo penal. Generalmente se le identifica genéricamente como "El que", "Al responsable"*
- 2).- *El sujeto pasivo que la doctrina lo ha señalado como aquel que resiente la afectación en el bien jurídico tutelado en la ley.*
- 3).- *La conducta, determinada por la acción, omisión o comisión por omisión contenida en el tipo penal*
- 4).- *El resultado que debe ser identificado con el daño, lesión o peligro que corrió el bien jurídico tutelado...*
- 5).- *El nexo causal que se hace patente en los delitos con resultado, pues debe establecerse la relación de causa efecto, entre la conducta exteriorizada y el resultado que se produjo.*<sup>100</sup>

Orellana Wiarco, incluye también los elementos objetivos accidentales, explicándolos de la siguiente manera:

*"a).- Circunstancias sobre la calidad del sujeto activo o del pasivo. El sujeto activo, en ocasiones debe reunir determinada calidad, restringiendo su carácter universal, así por ejemplo cuando el tipo señala "El descendiente", "El servidor público", "El funcionario", "La madre", "el medico", "A los abogados", etc; se restringe la posibilidad genérica que usualmente emplea la ley, como "al que", "el que", "al autor", etcétera.*

*El sujeto pasivo, puede por exigencia del tipo constreñirse en su carácter general, así por ejemplo cuando precisa la persona moral afectada por el delito como en el caso del delito de peculado donde el pasivo resulta "el Estado" o "el organismo descentralizado", o en el delito de lenocinio donde el sujeto pasivo "es la persona cuyo cuerpo es explotado por medio del comercio carnal", etcétera.*

*b).-Circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión. El tipo a veces señala alguna referencia de tiempo, así por ejemplo en el delito de lesiones, el termino de menos o mas de 15 días para que sanen, es uno de los requisitos típicos para considerar a la lesión como levisiva o leve*

*Igualmente el tipo ocasionalmente indica que la conducta delictiva deba ocurrir en determinado lugar o espacio. Así por ejemplo el delito de allanamiento de morada, exige que el sujeto activo penetre "a un departamento, vivienda, aposento, o dependencia de casa habitada"*

*También el tipo puede prever alguna circunstancia de modo, es decir, que la conducta se ejecute de una forma específica captada por el tipo, por ejemplo el delito de homicidio calificado, que se presume premeditado, si emplea "inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, venenos, asfixia, enervantes, tormentos, etcétera.*

*Por último es circunstancial que el tipo haga referencia a la "ocasión", como cuando en el caso del homicidio calificado por ventaja el sujeto activo "se vale de*

<sup>100</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto. "Curso de Derecho Penal. Parte General". p p. 223 y 224

*algún medio que debilite la defensa del ofendido o cuando se aprovecha de que el pasivo se encuentra inerme o caído.*<sup>101</sup>

### Tipo Neoclásico

Debido a las deficiencias del tipo de corte clásico, se evoluciona en su integración y se descubren los elementos normativos y subjetivos, con lo que el contenido del *tipo neoclásico* se enriquece. Es decir que ya no sólo se integraría por elementos objetivos, sino también por elementos normativos<sup>102</sup> y subjetivos, Así lo refiere Díaz Aranda:

*"al igual que su antecesor, el sistema neoclásico siguió manteniendo la fundamentación del tipo objetivo en las teorías causales, aunque rectificadas, y el cambio más relevante radica en la inclusión de los elementos normativos, con lo cual el tipo objetivo quedaría conformado de elementos descriptivos (causales) y elementos normativos. Empero, el cambio fundamental radicó en el descubrimiento de los elementos subjetivos distintos del dolo, los cuales dieron origen a la inclusión del tipo subjetivo. Desde este momento y hasta nuestros días el tipo penal se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo.*<sup>103</sup>

Con el descubrimiento de esos elementos, el tipo penal pierde los caracteres meramente objetivos que Beling le había asignado, puesto que ahora, para su debida integración -del tipo neoclásico- habría que incorporar ciertos ejercicios intelectivos que la autoridad normativamente deberá realizar en su juicio de tipicidad, pues en algunas ocasiones, deberá atender a ciertos criterios legales o culturales para definir los elementos que como la "ajeneidad" y la concepción de ser "casta" y "honesta", se requieren para su debida integración. Además de que también deberá atender aquellos elementos subjetivos distintos del dolo o la culpa que el tipo requiera.

Nos ocuparemos ahora en forma muy genérica de los orígenes de los elementos normativos, en cuyo caso, atenderemos a la explicación que nos proporciona Díaz Aranda, quien afirma:

<sup>101</sup> Ídem p p , 223 y 224

<sup>102</sup> El motivo para revisar la teoría de Beling en este punto lo dio el descubrimiento de los elementos normativos del tipo por Max Ernst Mayer. En efecto, el propio Mayer seguía partiendo en principio del carácter no valorativo del tipo, pues, según él, la realización del tipo ciertamente es un indicio de la antijuridicidad, pero la una guarda una relación con la otra como la existente entre el humo y el fuego. el humo no es el fuego ni contiene fuego, pero permite extraer la conclusión de que hay fuego salvo prueba en contrario. Según Mayer, el tipo es sólo *ratio cognoscendi* o sea un indicio detonador, de la antijuridicidad, pero no es componente de la misma. Para él, el carácter no valorativo del tipo está asegurado por el hecho de que los elementos del tipo son "descriptivos", es decir, que contienen descripciones asequibles a la "percepción sensorial" (como p ej "hombre", "cosa", "edificio"), pero no contienen ya su valoración, que sólo se produce mediante la categoría de la antijuridicidad. Ahora bien, la situación es distinta en los elementos "normativos" (valorativos) del tipo, como P ej La "ajeneidad" de la cosa en el hurto, los cuales no describen objetos y por tanto tampoco están en relación causal con la acción del autor, sino que contienen una valoración que en parte prejuzga la antijuridicidad. El que sustrae una cosa "ajena" se ingiere con ello en la propiedad de otro y en esa vulneración de la propiedad radica un elemento esencial del injusto del hurto. De ese modo los elementos normativos del tipo son -según él-, "auténticos elementos de la antijuridicidad; pues una circunstancia que no denota, sino que fundamenta la antijuridicidad, es decir, que no es *ratio cognoscendi* sino *ratio essendi*, pertenece a la antijuridicidad, es componente o integrante de la misma. Pero por otra parte, para Mayer esos elementos también son simultáneamente elementos del tipo (impropios), porque la ley los convierte en objeto del dolo; "su peculiaridad sólo puede ser valorada dentro del concepto tipo". Así, pues, los elementos normativos del tipo tienen una doble posición: son "comparables a una grapa con una de las puntas clavadas en el tipo legal, y con la otra en la antijuridicidad". De este modo se había abandonado el carácter no valorativo del tipo en un ánimo importante. Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General* Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999 p 281.

<sup>103</sup> Díaz Aranda Enrique. *Op Cit* Edit Porrua. México 2000. p 24

*"Fue Marx Ernest Mayer quien puso de manifiesto que junto a los elementos descriptivos del tipo, perceptibles a través de los sentidos, existen otros elementos que hacen necesaria una valoración anterior a la Antijuridicidad misma, es decir, se deben analizar en el tipo. Así por ejemplo, el elemento "ajeneidad" del tipo de robo es imperceptible a través de los sentidos, se requiere de una valoración jurídica de su ratio essendi la cual, posteriormente, se analizará en "todo su contexto" para fundamentar su Antijuridicidad o ratio cognoscendi. Aunque, de acuerdo con Mayer, los elementos normativos tienen una doble posición al encontrarse tanto en el tipo como en la Antijuridicidad, esto es otro de los pasos importantes para dejar atrás la concepción del tipo avalorado formulada por Belling*

<sup>104</sup>

Mas tarde, debido al descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo, que se atribuye a Fischer y Hegler<sup>105</sup>, se admitió, que en diversas ocasiones, se debía atender a la dirección que el autor le dio a su acción para determinar en que tipo se podía encuadrar su conducta o si por el contrario ésta era atípica. Un ejemplo podrá aclararnos mejor:

*"Si Javier a la salida del restaurante donde ha comido toma del perchero la gabardina azul y en ese momento el dueño de la gabardina se da cuenta y llama a la policía quien detiene a Javier; si sólo analizamos objetivamente la conducta de Javier tendríamos un apoderamiento de una cosa ajena, pero lo que no sabemos es si el animo que guió la conducta de Javier es el de apropiación o sólo el de uso o incluso si realizó su conducta bajo error. En efecto Javier pudo haber tomado la gabardina para quedársela (robo, del artículo 367 del Código Penal Mexicano) o si debía ir a su coche por su billetera para pagar la cuenta del restaurante y para evitar mojarse tomo "prestada" la gabardina (robo de uso, del artículo 380 del código penal), o incluso, si tomo la gabardina creyendo que era suya, pues, como efectivamente se comprueba, en el perchero estaba su gabardina que era idéntica"*<sup>106</sup>

Lo anterior, nos permite apreciar, que el tipo penal para su debida integración requiere - en el caso del delito de robo-, del *ánimo de apropiación*, sin embargo, en el ejemplo anterior, habría que atender a la dirección, a la finalidad que le dio Javier, a su acción para poder determinar si su conducta se adecua al tipo, es decir, si se apoderó de la

<sup>104</sup> Ibidem p 24

<sup>105</sup> La teoría de la objetividad del tipo se vio pronto conmovida H A Fischer, Hegler, Max Ernest Mayer y Mezger descubrieron que en muchos casos, no ya la culpabilidad, sino ya el injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor - o sea, de momentos subjetivos intraanímicos - Ciertamente, la cuestión se discutió primero predominantemente en conexión con las causas de justificación, para las que se exigieron determinados elementos subjetivos de justificación (como la voluntad defensiva en la legitima defensa) Pero en seguida quedó claro (por primera vez en Hegler) que para el tipo, si debe abarcar en el sentido de Belling los elementos de los que se desprende "de qué delito se trata típicamente", tampoco se puede renunciar siempre criterios subjetivos Así el cazador furtivo tampoco acecha la pieza objetivamente si no tiene la voluntad de matarla. Acciones sexuales (según la legislación anterior: deshonestas) no son tales si no son llevadas por una tendencia subjetivo - lúbrica E igualmente sucede que la sustracción de cosas ajenas y la producción de un perjuicio patrimonial provocando un error, pero sin ánimo de apropiación antijurídica o de lucro, precisamente no concuerdan con el tipo delictivo en el que se basan de este modo, la teoría de los elementos subjetivos del tipo ya se había impuesto hacia 1930 (pese a múltiples discusiones sobre puntos concretos), hoy es absolutamente indiscutida en Derecho Alemán Roxin Claus *"Derecho Penal Parte General"* fundamentos, La estructura de la teoría del delito, tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999 p 280

<sup>106</sup> Díaz Aranda Enrique. "Op Cit", p 27

gabardina con ese ánimo de apropiación, o si sólo se equivocó al tomarla por que la de él es idéntica, ésta cuestión nos obliga a realizar un análisis mas profundo que los aspectos objetivos del tipo y, necesariamente atender a sus aspectos subjetivos, lo que dio base a efectos diversos que el causalismo clásico no pudo responder.

Así, podemos establecer -coincidiendo con Orellana Wiarco-, que el *contenido del tipo neoclásico*, además de integrarse por los elementos objetivos, se robustece con:

*"C).- Los elementos subjetivos del tipo se refieren a situaciones de carácter psicológico del sujeto activo al momento de realizar la conducta. Se refiere a estados de animo o a otro aspecto psicológico distintos del dolo o la culpa. Por ejemplo en el delito de fraude "engañar"; o en el delito de difamación el propósito de "causar deshonra o descrédito". Es pertinente insistir que en el sistema causalista el dolo o la culpa se ubican en la culpabilidad, en el sistema finalista corresponden al tipo...*

*D).- Los elementos normativos en el tipo lo constituyen las valoraciones culturales o jurídicas que a veces aparecen en el tipo. Así por ejemplo el tipo de estupro recoge una valoración cultural al señalar que la mujer debe ser "honesta", en el delito de robo aparecerán valoraciones jurídicas cuando se exige que el bien objeto de apoderamiento sea "ajeno" y que además sea "sin derecho..."<sup>107</sup>*

Es evidente que el desarrollo alcanzado por la teoría Neoclásica determinó que se aceptará, en el tipo neoclásico, la inclusión de los elementos subjetivos distintos del dolo y la culpa (ánimos propósitos, tendencias), además de los elementos normativos. Esas aportaciones fueron básicas para que posteriormente aparecieran como integrantes del tipo finalista y se aceptará la inclusión del dolo y la culpa como sus integrantes al lado de los demás elementos -*objetivos, subjetivos distintos del dolo y la culpa, y normativos* -, lográndose con ello, fortalecer el ámbito de libertad de los gobernados frente las potestades punitivas del estado y fortaleciéndose el principio de legalidad

#### **2.1.2.1. - Fases evolutivas del tipo:**

La doctrina penal ha establecido que la teoría del tipo ha pasado por diversas fases en su desarrollo teórico-evolutivo, así tenemos, una primera fase *descriptiva*, una segunda, que sustenta a un *tipo cognoscitivo (indiciaria)*, la tercera, en que se le denominó como la *ratio essendi*, después al tipo *defensista* y por último a un tipo en su fase *destruictiva*

##### **Fase descriptiva.**

Como lo hemos venido reseñando:

*" El tipo de Belling se caracteriza preferentemente por dos notas: es "objetivo" y "libre de valor (no valorativo)". La objetividad significa la exclusión del tipo de todos los procesos subjetivos, intraanímicos, que son asignados en su totalidad a la culpabilidad. ...El tipo es puro objeto de valoración, mientras que la valoración de ese objeto solo se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad."<sup>108</sup>*

Por eso, Luna castro, nos explica:

*"Esta primera fase del tipo (tipo avalorado) corresponde a la primera concepción de Belling y, como se sabe, dicha teoría, al ser expuesta en 1906, no tuvo gran acogida entre los tratadistas de la época, siendo prácticamente ignorada fuera de*

<sup>107</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal, Parte General", 224 y 225

<sup>108</sup> Roxin Claus "Op Cit" p 279



*Alemania, incluso se dice que Binding la ataco severamente atribuyéndose a Max Ernesto Mayer la argumentación que evitó su olvido.*<sup>109</sup>

### **Fase indiciaria.**

Su carácter indiciario de la antijuridicidad, se hace evidente cuando atendemos a la metáfora que es recurrente en la doctrina penal en el sentido de que la tipicidad de una conducta es *como el humo al fuego* es decir, el humo no es fuego pero nos alerta en el sentido de que ahí puede existir fuego.

Márquez Piñero, en torno al carácter indiciario del tipo, apunta:

*“...Max Ernesto Mayer, en su Tratado de derecho Penal, publicado en 1915, expuso la segunda fase de la teoría de la tipicidad. Dicho tratadista no considera a la tipicidad como la simple descripción, sino que tiene un valor indiciario de otras características del delito, especialmente en cuanto a la antijuridicidad”*<sup>110</sup>

Luna Castro, refiriendo a Jiménez de Asúa, apunta:

*“... la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, surgiendo como ejemplo, el tipo legal del delito de robo, donde se incluye la cualidad ajena respecto de la cosa. De donde deriva la afirmación de que la tipicidad es la ratio cognoscendi de lo antijurídico”*<sup>111</sup>

### **Fase ratio essendi.**

En ésta etapa evolutiva del tipo se *soldan los elementos tipo y antijuridicidad*, puesto que lo que resulta penalmente relevante para el estado no es cualquier conducta antijurídica sino sólo aquella conducta antijurídica que se encuentre legalmente descrita en el tipo penal, pues solo así se justificaría la reacción punitiva del Estado. Marquez Piñero, apunta:

*“...su máximo representante es Edmundo Mezger, quien formuló su doctrina, ya plenamente elaborada, en 1931 al escribir su Tratado de derecho Penal. La definición de delito que da Mezger es la siguiente: acción típicamente antijurídica y culpable, definición que indica con toda claridad el fundamento de su teoría.*

*El afamado tratadista alemán dice: El delito es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica. No toda acción antijurídica es punible, pues para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial”*<sup>112</sup>

Luna Castro, respecto del tema que nos ocupa, nos dice:

*“Como puede verse, de acuerdo con este criterio, la tipicidad es mucho más que indicio, mucho mas que ratio cognoscendi de la antijuridicidad, pues viene a constituir la base real de ésta, su ratio essendi. De acuerdo con esta misma postura también se 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 es esencial a la antijuridicidad la tipificación”*<sup>113</sup>

<sup>109</sup> Luna Castro José Nieves, *“El Concepto de Tipo Penal en México”* Un Estudio Actual Sobre Las Repercusiones de su Aplicación en la Legislación Nacional, Editorial Porrúa, México 1999. p 12

<sup>110</sup> Márquez Piñero Rafael. *“Derecho Penal, Parte General”*. Primera Reimpresión. Editorial Trillas. México 1999. p 218

<sup>111</sup> Luna Castro José Nieves. *“Op Cit”*, p 13

<sup>112</sup> Márquez Piñero Rafael, *“Op Cit”*, p 219

<sup>113</sup> Luna Castro José Nieves. *“Op Cit”*, p p 14. 15

Creemos que la manera en que Mezger, explica al tipo, rebasa su función sistemática dentro de la estructura del concepto doctrinal del delito, puesto que cada elemento del injusto penal tiene una función específica, por tanto la tipicidad describe la conducta (mandato o prohibición), que el estado ha considerado merece protección y por ende le asigna una pena, por otra parte al elemento antijuridicidad le corresponde, mediante un juicio normativo comprobar que esa acción se encuentra en contradicción con el derecho, aunque debe mencionarse que una conducta que encuadre perfectamente en el tipo y por tanto revista el indicio de antijurídica puede no serlo si concurre alguna causa de justificación. Como puede apreciarse de lo que hemos expuesto, cada elemento juega un papel específico en la sistemática del delito y no es válido soldarlos -tipicidad antijurídica-, y asignarles una función mayor que la que la doctrina les ha otorgado.

### Fase defensiva

Debido a las críticas que se enderezaron en contra de la primera concepción del tipo que sustentará Beling en 1906, en esta etapa denominada *defensiva* el ilustre penalista Alemán aporta el concepto de la *figura rectora* considerada ya no como lo había establecido en su primera concepción del tipo -avalorado y carente de contenidos anímicos -, sino como *aquella figura que encuadra en la especie delictiva*, que se encuentran enmarcada dentro de la descripción contenida en el tipo específico. Beling, Explica:

*"Toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstos a veces expresis verbis, a veces sub intelligenda para precisarse o complementarse por interpretación. Encuéntrase esos elementos en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna (subjetiva) de la acción. Los elementos externos caracterizan "el tipo de illicitud" de cada caso y los internos las particularidades de la culpabilidad que deben ocurrir para redondear el tipo de illicitud como tipo de delito. Pero en toda figura delictiva todas sus características se orientan hacia una imagen unitaria a la cual se relaciona cada uno de los elementos, ya inmediata, ya mediatamente"* <sup>114</sup>

Luna castro, respecto de ésta nueva postura, señala:

*"...Beling, al sostener entonces la idea de la "figura rectora", en realidad sale en defensa de su propia teoría que, según se dijo, no tuvo una buena acogida entre los doctrinistas de la época*

*De tal manera, la evolución del tipo se vio adicionada con esta nueva faceta en donde ya no se sostiene la idea de un tipo objetivo y abstracto descrito por sus elementos materiales, sino considerado como imagen que rige el cuadro formado por la especie delictiva de que se trate, es decir las diversas hipótesis enmarcables en la misma especie del delito, incluyendo la tentativa y la participación"* <sup>115</sup>

Esta nueva postura no escapó a la crítica, porque se afirmó, que la figura de la "imagen rectora" era mas extensa de lo que en realidad pretendía abarcar, es decir, dentro de ella podría haber todo lo que se quisiera incluir.

<sup>114</sup> Von Beling Ernest, citado por Guerrero Agripino L. Felipe, "Op Cit" p 26

<sup>115</sup> Luna Castro José Nieves. "Op Cit", p 15.

### Fase destructiva

En ésta fase se perturban las bases fundamentales de la doctrina penal liberal. Pues, ahora, se atenderán ya no a las nociones jurídicas que emanen de la realidad sino a *criterios de orden moral* como el *pueblo y la raza* y con estos nuevos fundamentos, el juez se convierte en interprete y aplicador de ese orden moral y la pena en su consecuencia. Con la anterior concepción, el principio de legalidad, fundamento de actuación de los Estados de Derecho desaparece y en su lugar se debe aplicar el criterio moral del pueblo, la raza y la nación.

Éste nuevo fundamento se percibió durante la existencia del nacionalsocialismo (nazismo hitleriano). Así lo refiere la doctrina penal:

*"Cuando en 1933 se inició la reforma penal en Alemania, se estableció la afirmación de que la pena ya no depende de la producción del resultado; el nuevo derecho penal tiene como meta la voluntad, mas no la acción; el delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible; y el punto de partida no es ya el resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente.*

*Precisamente Georg Dahm, extremista exaltado, se aplicó a la tarea de destruir la noción de la tipicidad. <sup>116</sup> " para Dahm, sólo debe apreciarse el acto individual en sus relaciones con la comunidad y, mas concretamente aún, con la comunidad de raza. El derecho es el orden concreto, en tanto que el delito es el desorden. El hecho de matar a un hombre, por ejemplo, sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido, o está en riesgo de sufrir, un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios que supongan la noción de valor deben ser rechazados. De acuerdo con esto, por ejemplo, matar a un alemán sería moralmente reprochable y, por ende, una conducta delictiva pues la comunidad de raza se vería afectada, en tanto que privar de la vida a un extranjero no traería esa consecuencia.*

*... el derecho penal nacionalsocialista sólo consideraba la voluntad criminal y sin tomar en cuenta el resultado. Pero esto no es todo; para juzgar, es preciso poner en la balanza al individuo culpable y a la colectividad ultrajada. Con esta elemental y primitiva comparación, Dahm,.....rechaza toda diferencia entre acto típico antijurídico y acto culpable, en el sentido de la doctrina que pudiera llamarse clásica en la materia. Conforme a estas reglas debe ser interpretada la ley, que es la expresión obligatoria de dicho orden moral. El interprete habrá de librarse de la presión de los conceptos puramente formales e inspirarse en las ideas expuestas. Naturalmente las concepciones penales liberales, basadas en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* desaparecen con este particular punto de vista del nazismo. <sup>117</sup>*

En conclusión de ese devenir evolutivo, consideramos, que en el momento actual, es necesario el mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad como elementos del delito, pero sin dejar de lado el hecho de que conforman el todo denominado Injusto penal, no obstante la posibilidad de distinguirse para efectos teóricos.

#### 2.1.2.2.- Funciones del tipo.

Sin duda alguna, podemos afirmar que la principal función del tipo penal es ser garante del principio de lo que modernamente se ha dado en llamar el principio de legalidad, *el nullum crimen nulla poena sine lege*, no hay crimen no hay pena sin ley, que traducido

<sup>116</sup> Jiménez de Azúa y Georg Dahm, citados por Márquez Piñero Rafael, 'Op Cit' p 222

<sup>117</sup> Ibidem. p 222

en términos mas sencillos, nos dice que la conducta socialmente intolerable y merecedora de una sanción debe estar descrita en la ley penal, porque solo lo que la ley sanciona como delito es lo que es merecedor de una pena y por ende, da base a la reacción punitiva del estado.

En ésta línea de pensamiento, Orellana Wiarco nos dice:

*"El tipo ha venido desempeñando desde su nacimiento una función fundamental de legalidad Frente a los abusos del poder, que en materia penal se traducen en actos de represión que atentan a los bienes más preciados del individuo, su libertad y a veces, hasta su vida; la exigencia de que se cumpla, en los casos en que se atribuye una conducta delictiva a una persona, ésta debe ser ante todo típica, además antijurídica y culpable."*<sup>118</sup>

En un Estado Democrático de Derecho éste criterio del principio de legalidad adquiere especial relevancia porque se traduce en un derecho fundamental del individuo frente a la facultad punitiva del Estado, puesto que sólo lo que la ley sanciona como delito será merecedor de pena, en consecuencia, si una conducta no se adecua al tipo penal, ésta será atípica y por ende, el delito no se integra.

Por otra parte al vincular esta garantía -el principio de legalidad-, con el principio de aplicación mínima del derecho penal, concluiremos en que el legislador en su actuación sólo deberá atender las conductas que socialmente son las mas graves e intolerables para sancionarlas con una pena, dándose en consecuencia, plena vigencia las demás funciones del estado para solucionar problemas y dejándose al derecho penal como última opción:

*"De tal manera que, solo aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos mas relevantes se incorporan al derecho penal. De aquí su carácter fragmentario, que se explica porque solamente su competencia pertenece a un fragmento del ámbito jurídico general, y sólo esos comportamientos subsumibles en el tipo, pueden ser sancionados penalmente.*

*Mediante esa descripción precisa e inequívoca de la conducta antijurídica que realiza el tipo penal, descansa el principio nullum crimen, nulla poena sine lege."*<sup>119</sup>

En conclusión, la doctrina penal le ha asignado al tipo una función múltiple por que por un lado se le ha asignado la función de ser *seleccionador de las conductas socialmente intolerables*, por otro se ha afirmado que cumple una función *preventiva*, porque busca que el ciudadano al conocer su existencia se abstenga de incurrir en esas conductas intolerables socialmente. Además de que busca que con el *cumplimiento de la pena se logre la resocialización* del infractor del código punitiva.

Zamora Jiménez, en relación a las funciones del tipo, expone:

*"La función seleccionadora determina, del universo de conductas que son consideradas dentro del ámbito del derecho, cuales de ellas se incardinan en las normas penales, de tal suerte que no todo el hacer humano es regulado por el derecho penal, sino solo los comportamientos penalmente relevantes. A esta función se le ha llamado delimitadora, porque segmenta un área del injusto, de relevancia penal."*<sup>120</sup>

*Como función motivadora general, el tipo penal va dirigido a todos los miembros de una sociedad y al clasificar ciertas conductas, se espera que el*

<sup>118</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal Parte General", p 220

<sup>119</sup> Zamora Jiménez Arturo, "Op Cit" p p 66, 67

<sup>120</sup> Ibidem p 66

desenvolvimiento del hombre no traspase o no dañe los derechos o bienes que pertenecen otro, por lo que, al indicar los comportamientos prohibidos mediante la conminación penal que surge en cada una de las figuras delictivas, los ciudadanos deberán abstenerse de llevar a cabo la conducta materia de la prohibición.

Consideramos que de la función motivadora general, surgen a su vez, las siguientes:

**Función preventiva:** se da cuando prohíbe la realización de conductas con resultados lesivos a bienes jurídicos, o cuando ordena la realización de una conducta con el mismo fin. Se pretende por este medio, que la amenaza de las consecuencias jurídicas del delito sea suficiente para que el ciudadano se abstenga de ejecutar la conducta tipificada o ejecute lo ordenado por la ley penal, par impedir el resultado. Prevención general que va dirigida a todos los ciudadanos y se plasma en la fórmula *sed en peccetur* (para que no se delinca).

**Función resocializadora** mediante el cumplimiento efectivo de las penas y medidas previstas en el tipo, se busca reintegrar a su medio social al individuo. Prevención especial, de aquí los fines resocializadores e inhibidores de conductas desaprobadas políticamente.<sup>121</sup>

### 2.1.3.- Antijuridicidad y Antijuridicidad Neoclásica

En la sistemática que venimos reseñando (causalista), no es suficiente que la conducta encaje de manera perfecta en la descripción abstracta contenida en la Ley, además se requiere que esa conducta vaya en contra del derecho. Lo anterior, nos obliga a atender al estudio del siguiente elemento -la antijuridicidad- concepto que el padre del causalismo identifico como "dañosidad social", pues es lógico pensar que lo que se opone al derecho es lo que el legislador descriptivamente ha señalado en el tipo y que provoca un daño a la sociedad\*.

De ahí que Liszt, estableciera un doble aspecto de la antijuridicidad, formal, cuando se transgrede el derecho y material, cuando esa transgresión produce un daño en la sociedad. El fundamento material que el padre del causalismo le diera a la antijuridicidad, -conducta contraria a la sociedad-, sin que él lo determinara así, fue retomado por el nacionalsocialismo, etapa durante la cual, se sustituyen conceptos como el del individuo y la sociedad y se introducen los del pueblo, la raza y la nación, produciéndose los excesos de todos conocidos.

Como ejemplo de lo que venimos afirmando baste recordar lo que Welzel nos relata:

*"... Para el nacionalsocialismo, era especialmente fácil continuar teorías anteriores y desvirtuarlas en su sentido. En las discusiones sobre la punibilidad del aborto se había impuesto, mucho antes del advenimiento del nacionalismo, la idea de que su prohibición no se basa en la inviolabilidad de la vida humana en formación, sino en el interés de la política demográfica del Estado. El nacionalsocialismo realizó efectivamente ésta idea. cuando en los años de guerra millones de obreros del este fluyeron a Alemania, el ministro de justicia del Reich fue autorizado, por ordenanza del nueve de marzo de 1943, para exceptuar a las personas no pertenecientes al pueblo Alemán de la prohibición del aborto... que sacudimiento de la moral tenía que producir esto en las mujeres alemanas, cuando vieron que el*

<sup>121</sup> Ibidem p p 67, 68

\* "1. El acto es formalmente contrario al Derecho en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico

2 El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial)." Von Liszt Franz. "Op Cit" p 336.

*aborto era impune en las mujeres rusas y polacas, que trabajaron al lado de ellas en la chacra o en la fabrica, mientras en ellas el aborto era severamente penado*<sup>122</sup>

Derivado de lo anterior, podemos precisar que la antijuridicidad debe revestir necesariamente la contradicción con el orden jurídico, con el derecho, aun y cuando el resultado que produzca esa conducta delictiva provoque un daño en la sociedad, por que de no ser así, sería fácil extraviarse en el laberinto de los criterios materialistas que dejaron de lado el principio de legalidad, columna vertebral que sustenta la actuación de un Estado Democrático de Derecho.

Por otra parte, debemos precisar que no todo lo que encuadre en el tipo es antijurídico porque puede presentarse una causa de justificación. Así lo refiere Roxin, cuando aborda el planteamiento de la antijuridicidad:

*"La acción típica ha de ser antijurídica, o sea prohibida. Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorpora a una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación."*<sup>123</sup>

Como se desprende de la explicación precedente, el hecho de que a acción encuadre de manera perfecta en la descripción típica, no determina que ésta sea antijurídica, pues esta deberá valorarse en torno a las causas, que contenidas en el la ley penal - *legítima defensa, estado de necesidad, obediencia jerárquica, etc.*, destruyen el carácter antijurídico de la conducta. Piénsese en el caso de una persona que causa daño a otra:

*"... 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."*<sup>124</sup>

En éste supuesto la ley destruye el carácter de ilicitud de la conducta desplegada por el activo, pues en principio si se causa un daño al pasivo -lesiones o incluso la muerte-, el hecho de que esa conducta esté prohibida no determina que la ley, bajo determinadas circunstancias, deje de autorizar al particular a realizar esas acciones para la salvaguarda de esos valores fundamentales contenidos y protegidos por el Estado.

### **Antijuridicidad Neoclásica**

Se le da una orientación de índole valorativo, se sostiene que es algo más que la oposición entre un acto y el derecho positivo, pues supone el sometimiento del derecho penal positivo al cumplimiento de los fines que le son propios:

*"...Bustos Ramírez, ... Explica que la antijuridicidad es una lesión objetiva de las normas de valoración; la acción típica surge como creación de una lesión, en la medida que no hay causas de justificación. Esta es la forma en que se afirma la*

<sup>122</sup> Welzel Hans, *La Teoría de la Acción Finalista*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, p p 11, 12

<sup>123</sup> Roxin Claus, *Teoría del Tipo Penal tipos abiertos elementos del deber jurídico* Versión castellana del Dr Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1979. p 195

<sup>124</sup> Código Penal Federal. Ediciones Andrade S. A de C. V. México 1999 p 6

*valoración de la tipicidad y la antijuridicidad, con la cual se verifica la existencia de elementos normativos específicos del tipo.*<sup>125</sup>

En similares términos, se conduce López Betancourt, cuando afirma:

*"A la par con la tipicidad, la antijuridicidad, también registró cambios. De ser una oposición formal a la ley, exigió que existiera daño o perjuicio social, es decir junto a la antijuridicidad formal se exigió el nuevo concepto de antijuridicidad material. Empero, juntas tipicidad valorativa y antijuridicidad, constituyen un solo elemento: el tipo de injusto. Así el delito "constituye un injusto en cuanto lesiona o pone en peligro bienes protegidos por el ordenamiento,"*<sup>126</sup>

De las explicaciones precedentes podemos inferir que se sigue conservando la definición clásica de la antijuridicidad entendida como contradicción con el orden jurídico de la acción desplegada en la realidad por el sujeto activo del delito y de su resultado dañoso en el ámbito social, pero, debido a la nueva orientación que se le dio a la teoría teleológica, se aprecia que ahora, también se tendrá que hacer referencia a las normas de cultura contenidas en la norma penal, es decir, que cuando una conducta es antijurídica lo es no sólo porque se opone al derecho sino también porque transgrede a la norma de cultura contenida en ella, dañando un valor fundamental para la convivencia del ser humano en sociedad.

### **2.1.3.1.- Antijuridicidad e Injusto.**

Para lo efectos de la presente investigación considero necesario diferenciar al injusto de la antijuridicidad, pues mientras ésta última se constituye como el predicado de la acción porque se contrapone a todo el derecho, el injusto se determina como la acción antijurídica misma, es decir, la acción antijurídica del delito en específico, la acción antijurídica del delito de homicidio, de robo, etc. por eso se dice que el injusto penal contienen las conductas antijurídicas sobre las que habrá de recaer el juicio de reproche.

Muñoz Conde en relación a éste tema nos dice:

*"En la dogmática jurídicopenal se emplea tanto el término antijuridicidad como el de injusto como equivalentes. Sin embargo ambos términos deben diferenciarse. La antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma. Mientras que la antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto (a veces también llamado ilícito) es una acción antijurídica determinada: la acción antijurídica de hurto, de homicidio, de incumplimiento contractual, de infracción administrativa. Por eso se habla de injusto penal, injusto civil o injusto administrativo, aunque la antijuridicidad sea unitaria para todo el ordenamiento jurídico. En derecho penal se emplea la expresión tipo de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad "*<sup>127</sup>

<sup>125</sup> Daza Gómez Carlos Juan Manuel, *Op Cit* p 44

<sup>126</sup> López Betancourt Eduardo, *"Op Cit"* p 72 y 73

<sup>127</sup> Muñoz Conde Francisco, *"Op Cit"*, p 66

### 2.1.3.2.- Antijuridicidad Formal y Material.

La antijuridicidad se ha venido estudiando atendiendo a dos vertientes una *formal* entendido como la contradicción entre la conducta y el derecho y la *material* que se concibe como la lesión a intereses sociales -Franz von Liszt;<sup>128</sup> Mayer por su parte concebía a la antijuridicidad como la contradicción con las normas de cultura<sup>129</sup> Carlos Binding sustenta esa contradicción en la lesión de bienes jurídicos.<sup>130</sup>

Para Liszt, la antijuridicidad se constituye por dos elementos fundamentales por un lado el acto debe ser formalmente antijurídico, es decir debe violar una norma del estado, y por el otro debe ser materialmente antijurídico, es decir causar un daño o una lesión de bienes jurídicamente tutelados por el Estado. Muñoz Conde, en torno a lo que venimos exponiendo apunta:

*"Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad, es por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción. La falsificación de la firma de un personaje famoso por puro pasatiempo o la confección de una letra de cambio con fines didácticos, etc., no constituye una acción antijurídica de falsedad documental, ya que el bien jurídico protegido en este delito, la seguridad en el tráfico fiduciario, no se ve afectada por esos hechos."*

<sup>131</sup>

<sup>128</sup> La antijuridicidad "material" surge como consecuencia de la lucha entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. Frente al positivismo jurídico alzó von Liszt el concepto de antijuridicidad "material", empujando así la bandera del positivismo sociológico. Decía que "formalmente antijurídica es la acción como contravención de una norma estatal, de un mandato o de una prohibición de orden jurídico", en tanto que "materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o también asocial)".

Von Liszt explicaba esta duplicidad conceptual de la siguiente manera: "La acción antijurídica es la agresión a un interés vital protegido por las normas jurídicas, sea del individuo o de la totalidad, por lo tanto es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Pero este principio requiere de una explicación limitativa. Proteger intereses vitales es la más próxima tarea de las normas jurídicas. No obstante, por más cuidadosa que fuere la delimitación de los intereses vitales que con la protección jurídica se elevan a bienes jurídicos, no puede excluirse totalmente la lucha de intereses, la colisión de bienes jurídicos. El fin de la vida humana en común, cuyo logro y garantía configura la última y más alta tarea del orden jurídico, exige que se sacrifique el interés de menor valor en cualquiera de tales contradicciones, cuando solo a éste precio pueda ser conservado el interés de mayor valor. De ahí resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es sólo antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico; será materialmente adecuada a derecho. Pese a su dirección contra intereses jurídicos, si - y en tanto - se corresponde con todos los fines del orden jurídico y con ello de la vida humana en común" De este modo, la antijuridicidad "material" no era para von Liszt algo creado por el legislador, sino algo que se le presentaba. El objetivismo valorativo del positivismo sociológico imponía esta solución, aunque Liszt no la elevaba hasta sus últimas consecuencias. Nota de Zaflaroni Eugenio Raúl. "Opus Citatus." Tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1988, p p 562-563.

<sup>129</sup> "La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes o prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponda a su interés. Por tanto lo antijurídico supone una contradicción a esas normas de cultura reconocidas por el Estado. Para terminar Mayer señala que es conveniente puntualizar, con toda claridad, que el deslinde de la conducta conforme a derecho de la contraria a él se ejecuta en la legislación mediante el reconocimiento de las normas de cultura y lo mismo ocurrirá en caso de conflicto de intereses, en que, para conseguir una correcta interpretación habrá de acudirse a las normas de cultura.

Si se pretende fijar una posición respecto del contenido de la antijuridicidad y considerar a la doctrina de Max Ernesto Mayer, como lo hace el maestro Jiménez de Azúa, como preferible a todas las demás, hay que tener en cuenta el carácter precursor que tiene Rafael Garófalo. Cuando éste definió el delito natural como ataque a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida en que un grupo social concreto los posee, se remontó a normas prelegales (auténticas normas de cultura). En consecuencia, la doctrina garofaliana puede ser invocada como antecedente de ésta construcción técnico-jurídica de la antijuridicidad. Marquez Piñero Rafael. "Op Cit." p 206.

<sup>130</sup> Carlos Binding, uno de los más grandes y sagaces juristas alemanes de todos los tiempos, señala que el delito no vulnera la ley (mas bien se ajusta a lo previsto en la ley penal), pero quebranta algo mas esencial para la convivencia humana y el ordenamiento jurídico: se infringe la norma que está por encima y por detrás de la ley. En la vida del derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales, que la protección jurídica eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, de aquí que el delito que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por ello Jiménez de Azúa afirma que, en vez de hablar de antijuridicidad, sería mas correcto decir lo contrario a la norma (normalidad, para Binding): "mas adelante señala:" la doctrina de Binding no resulta satisfactoria, pues lo que hace es cubrir su teoría con una apariencia jurídica, porque en el fondo se trata, aunque el autor lo niegue, de consideraciones de orden social; es decir como anota Max Ernesto Mayer, Binding pretende formular las normas de modo inmanente al derecho y lo que hace es fundamentarlas externamente. Marquez Piñero Rafael, "Op Cit." p p 203, 204.

<sup>131</sup> Muñoz Conde Francisco. "Op Cit.", p 66



Zaffaroní, entorno a las dos vertientes de la antijuridicidad de Von Liszt, nos dice:  
*"La Antijuridicidad "material" fue concebida como lo socialmente "dañoso" y el defensor de esta posición fue Von Liszt. No obstante Liszt sostenía que la Antijuridicidad "material" no podía ser relevada sino pasando previamente por la Antijuridicidad "formal" o "legal", puesto que consideraba al Derecho Penal como la "carta Magna" del delincuente. De cualquier manera hemos visto que estas pretensiones de estructurar lo antijurídico a partir de supuestas valoraciones sociales, invariablemente desembocan en un delito "natural" que suele construirse al arbitrio del intérprete.*"<sup>132</sup>

La postura que sostiene el criterio de que la *Antijuridicidad material* es lo socialmente dañoso, presenta el riesgo de construir conductas, que atendiendo a valores sociales, queden a elección del intérprete:

*"En Alemania afines del siglo XIX, partiendo de la idea de la Antijuridicidad como algo socialmente dañoso, independientemente de la ley, surgió la justificación "supralegal", así como el injusto "supralegal"; la primera fue relegada al estructurarse perfectamente las causas de justificación en el Código Penal. Respecto al injusto "supralegal", el problema se planteó en términos altamente dramáticos, cuando se trató de juzgar a los jueces del nacionalsocialismo y en general a quienes alegaban la obediencia debida conforme a esa legalidad. La magnitud de los crímenes contra la humanidad hacia insostenible el punto de vista del positivismo jurídico, reverdeciendo los ecos del concepto "material" de Antijuridicidad.*"<sup>133</sup>

De ahí, que no se puedan realizar interpretaciones apartadas del texto de la ley, porque de llevarse a cabo, éstas atentarian contra el principio de legalidad -únicamente será delito lo que la ley prevea como tal-, que es pieza fundamental en la que descansa el derecho penal moderno y es garantía individual del ciudadano frente al ius puniendi estatal, de ahí que cuando se atiende a criterios "supralegales" considerando como delito lo que daña a la sociedad, se deja al individuo indefenso frente al juzgador, porque será éste quien determine cuando una conducta provoque daño social, generándose así un campo de inseguridad para el gobernado. Para evitar esos riesgos, se considera que se debe atender al concepto *Antijuridicidad formal*, en el sentido de que una conducta será antijurídica en la medida que viola un mandato o prohibición del Estado y si se quiere revestir de objetividad, será material cuando esa misma conducta, afecte el bien jurídicamente tutelado por la norma penal, esta interpretación permite mantener intocado el principio de legalidad, bastión principal de nuestro sistema de justicia penal.

Coincidimos con Zaffaroní cuando sostiene:

*"...negamos que la Antijuridicidad pueda tener otro fundamento que la ley, aunque para su determinación en los casos concretos se deba eventualmente acudir a valores sociales. No creemos que en el plano dogmático se pueda hablar de una Antijuridicidad "material" opuesta a la "formal": la Antijuridicidad es una, material porque implica invariablemente la afirmación de que se ha afectado un bien jurídico, formal en cuanto a que su fundamento no puede hallarse fuera del orden jurídico."*<sup>134</sup>

<sup>132</sup> Eugenio Raúl Zaffaroní *Manual de Derecho penal. Parte General* p 512

<sup>133</sup> López Betancourt Eduardo, *"Op Cit"*, p 151 y 152.

<sup>134</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal ...* p 514

### 2.1.3.3.- Antijuridicidad Objetiva y Subjetiva.

En el contexto del presente trabajo, es importante acotar que entendemos como *antijuridicidad objetiva* aquella que se identifica con la explicación más tradicional del delito -causalismo- pues es ahí, donde se dice que la antijuridicidad debe ser objetiva porque su ubicación sistemática se encuentra en la parte objetiva del delito, pues como se viene apuntando, para esa sistemática, el aspecto subjetivo del injusto penal, se estudia hasta el elemento culpabilidad. En relación con éste tema Malo Camacho, explica:

*"En sentido diverso se afirma que la antijuridicidad es objetiva, para hacer referencia a la sistemática seguida por una cierta posición doctrinal, en el análisis del delito. En este sentido desde el Causalismo naturalista de Liszt, se consideró que la antijuridicidad implicaba un juicio de carácter objetivo, en la medida que suponía un juicio de valor sobre el delito, considerado en su objetividad, es decir, en lo relativo a todos los aspectos objetivamente observables del mismo, a partir de la estructura sistemática entonces delineada y que aceptaba el estudio del delito en dos momentos, el objetivo y el subjetivo, el primero como apuntando, y el último, referido a los aspectos que no eran físicamente observables, vinculados con la subjetividad de la persona, es decir con la voluntad del agente.*

*En realidad la teoría de la bipartición clásica del delito (elementos subjetivo y objetivo) fue sostenida desde la época de la llamada escuela clásica, si bien, la estructura más sistematizada fue la seguida por Liszt, quien recoge la influencia de la escuela positiva italiana del derecho penal, con el acervo de la propia formación filosófica jurídica alemana, elementos, ambos, con los cuales se desarrollo la nueva escuela del derecho penal.<sup>135</sup>*

Zaffaroní, en relación a la antijuridicidad objetiva, nos dice:

*Por nuestra parte entendemos que la antijuridicidad es "objetiva" en dos sentidos: a) En rigor, la antijuridicidad de una conducta concreta se determina conforme a un juicio fáctico y no valorativo: el juicio subjetivo (valorativo) viene hecho por la ley y el juez se limita a concretizarlo con la comprobación de la ausencia de justificación (tipo permisivo). El juzgador realiza un juicio objetivo (fáctico); el legislador realiza un juicio subjetivo (valorativo). B) La antijuridicidad es objetiva porque no toma en cuenta la posibilidad exigible al sujeto de realizar otra conducta motivándose en la norma, es decir, lo que pertenece a la culpabilidad. De allí que la afirmación de que la antijuridicidad es objetiva, sea falsa "si se quiere hacer referencia a su materialidad, y, en cambio,, es verdadera, si se alude a su objeto de valoración con sus contenidos físicos y psíquicos.*

*Cualquier otra consecuencia que quiera sacarse de la afirmación de la "objetividad" de la antijuridicidad la rechazamos por errónea, sea la pretensión de un injusto objetivo -que hoy ni el mismo Causalismo puede sostener-, sea la afirmación de que la antijuridicidad es un juicio que recae sólo sobre el tipo objetivo o cualquier otro regreso al criterio "objetivo - subjetivo" <sup>136</sup>*

Como se aprecia de los comentarios anteriores, la *objetividad de la antijuridicidad* se deriva de la explicación de la sistemática tradicional del injusto penal, -causalista-, que fue la primera que sistematizó los elementos del delito, dividiendo su estudio en dos partes, una parte *objetiva* y otra *subjetiva*; quedando incluidos en la primera, la tipicidad

<sup>135</sup> Malo Camacho Gustavo, "Derecho Penal Mexicano", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2000, p 409, 410

<sup>136</sup> Zaffaroní Eugenio Raúl, "Op Cit." Tomo III, p p 572, 573

y la antijuridicidad y, en la segunda, el aspecto subjetivo del injusto, es decir la relación psicológica del autor con su acto en forma de dolo y de culpa. Lo anterior, evidentemente sustentó el que la antijuridicidad fuera concebida solo como objetiva.

#### 2.1.3.4.- Antijuridicidad y los conceptos de Lesión y peligro.

El juicio que desarrollará el juez para determinar el carácter antijurídico de una acción desarrollada en el mundo fáctico, necesariamente deberá atender, no solo a la ausencia de causas de justificación, sino también a *la lesión o puesta en peligro* del bien jurídico tutelado en la norma penal. De ahí, que a través de éste juicio, -de carácter normativo-, el órgano jurisdiccional pueda establecer la lesión del bien jurídicamente tutelado, como en el caso del homicidio, donde se puede apreciar la privación de la vida o como en el caso del delito de injurias, que aunque la lesión no es perceptible objetivamente (materialmente), se afecta el honor de las personas.

Por otra parte, también el concepto de *peligro* es un juicio normativo que debe realizar el juez para percatarse que la acción desarrollada era peligrosa, es decir si la acción externada en las circunstancias y condiciones en que se ejecuto puso en peligro los bienes jurídicamente tutelados. Muñoz Conde, apunta:

*"La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.*

*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. Tal lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, así como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los delitos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido por el tipo.*

*Junto a la lesión, en el derecho penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos.*

*El peligro es también un concepto normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico). Para saber, por ejemplo, si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, porque tipo de carretera viajaba, qué clase de coche era, etc., y, segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocará la muerte o la lesión de alguien<sup>137</sup>*

#### 2.1.4.- Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (causalismo tradicional)

La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad ha sido aceptada por la doctrina penal, encuentra su fundamento en la explicación del injusto que nos aporta el causalismo. Para

<sup>137</sup> Muñoz Conde Francisco, "Op Cit" p p 67, 68.

ésta explicación del delito, antes de entrar al estudio de la culpabilidad, se debe apreciar la capacidad intelectual y volitiva del ser humano y decidir, basándose en ello, si es capaz de desplegar normalmente su conducta en el mundo externo, si no se encuentra en un estado de locura, de imbecilidad o de sordomudez, etc. y por ello, no puede conducirse en la sociedad como se espera que lo haga. En éste último caso, no se entra al análisis del elemento culpabilidad y el delito no se integraría.

Liszt, respecto de la imputabilidad, sostiene:

*"...Esta se da con aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, con la facultad que tiene el agente de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas... a los dominios del derecho"*<sup>138</sup>

Arilla Bas, respecto de la imputabilidad, apunta:

*"Nos adherimos resueltamente a esta última tesis, pues... la imputabilidad es un estado subjetivo generalizado, con existencia propia, independiente de la conducta punible. En la formación subjetiva de la culpabilidad intervienen la inteligencia y la voluntad, de aquí que solamente pueda ser sujeto culpable quien goce de la posibilidad psíquica de ejercer ambas facultades. La imputabilidad podemos definirla como la posibilidad, condicionada por el desarrollo y el equilibrio de la personalidad del sujeto de conocer el deber jurídico. El artículo 85 del Código Penal Italiano, define la imputabilidad, diciendo que "es imputable quien posee la capacidad de entender y querer (intendere y volere)"*<sup>139</sup>

Para poder esclarecer los contenidos que albergan los términos de "querer y entender" es menester preguntarnos: ¿que se entiende por capacidad de querer y entender? La capacidad de *entender* es aquella facultad intelectual que tiene el ser humano de poder discernir los *motivos de su actuar*, su vinculación con el mundo externo y de poder apreciar sus consecuencias, la capacidad de *querer* la podemos esbozar como la posibilidad que tiene de conducirse de acuerdo a la comprensión de su conducta, de elegir la mas adecuada a su motivación.

*"La imputabilidad, dentro de la doctrina penal ha sido el carácter errante, es decir, se le ha considerado como presupuesto del delito, como elemento del delito y finalmente como presupuesto de la culpabilidad"*<sup>140</sup>

La importancia de la imputabilidad\*, en materia penal resulta relevante, porque la legislación penal justifica su actuación en la imputación al sujeto activo del delito, quien en el desarrollo de su actividad ante la sociedad, se encuentra dotado de libre albedrío es decir que tiene la capacidad de motivarse conforme a sentido, de actuar en acatamiento de la norma o en decidirse por su violación, así pues, es el único ser que debido a su capacidad de raciocinio

<sup>138</sup> Von Liszt Franz. "Op Cit" p 389

<sup>139</sup> Arilla Bas Fernando. "Derecho Penal Parte General" Editorial Porrúa, México 2001, p 245

<sup>140</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General", Decimacuarta Edición, Editorial Porrúa. México 1999, p 408.

\* En la legislación Penal no se establece en forma positiva a la imputabilidad, por lo que tendremos que acudir al artículo 15 fracción VII, para interpretarlo en sentido inverso y derivar de ahí, lo que en nuestro derecho debe entenderse por imputabilidad, la citada fracción señala: "VII Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible" "Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal" Ediciones Delma, Edo de Mexico, 2001 P 5

puede reflexionar en torno a sus actos a sus consecuencias y prever el resultado de su actuación en el desarrollo de los acontecimientos en el mundo real. Por ello, es que si se decide por la violación de la norma en forma consciente y voluntaria, se convierte en sujeto del juicio de reproche personal.

López Betancourt, citando a Jiménez de Asúa, señala:

*" la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, con el padre Jerónimo Montes, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre ..."*<sup>141</sup>

En definitiva, podemos establecer como elementos de la imputabilidad\* la capacidad que tiene el ser humano de comprender el carácter ilícito de su acción y la voluntad de conducirse de acuerdo con esa comprensión. Al explicar la *capacidad de entender*, López Betancourt, quien cita a Maggiore, explica:

*"A).- Capacidad de entender. Según Maggiore es: "la facultad de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, de medir y de prever las consecuencias de la conducta propia. El que mejor prevé, más entiende. Inteligencia no es sino previsión". La capacidad de entender o capacidad de comprensión, abarca aspectos como un cierto grado de desarrollo intelectual, así como un grado de madurez ética ..."*<sup>142</sup>

Pavón Vasconcelos, en torno al tema que referimos, apunta:

*"...la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicologista, esa capacidad habrá de dar significación al nexo psicológico entre el hecho y su autor."*

<sup>143</sup>

<sup>141</sup> López Betancourt Eduardo, *Op Cit*, p p 181, 182

\* La idea de considerar a la imputabilidad como un *presupuesto* del delito, descansa fundamentalmente en la circunstancia de estimarla como un *atributo* del sujeto, quien preexiste en el orden natural a su *hecho* y por ende al delito mismo. Desde tal punto de vista, la posición que sostiene la identidad de la imputabilidad como un *presupuesto general* del delito, sólo es sostenible *formalmente* y ello en caso de aceptarse la Categorical de los presupuestos, lo cual ha sido puesto en duda con harta frecuencia. En efecto, se ha dicho que *ex-ante* todo puede ser considerado como presupuesto del delito: *norma penal, sujetos, medios comisivos* etc., en tanto *ex-post* todo se compenetra en el delito y por ello resulta difícil separar el presupuesto del elemento constitutivo". Idéntica crítica se hace a la a la estructura de MARSICH, al reprocharle el confundir delito con hecho, pues si bien en éste se proponen los sujetos activo y pasivo, la norma, el bien tutelado, etc., no es adecuado identificar ambas nociones, dado que el hecho es uno de los elementos constitutivos del delito, y si bien como fenómeno fáctico presupone la existencia del sujeto que lo produce, éste resulta ser ajeno al concepto de hecho como parte esencial del delito, pues de aceptarse la autonomía del concepto de presupuesto, tendría que aceptarse, igualmente, que la imputabilidad es presupuesto del hecho, presupuesto de la tipicidad, presupuesto de la Antijuricidad y así sucesivamente. A la anterior crítica, podemos añadir la consideración siguiente: existiendo una íntima vinculación entre la imputabilidad y el acto ejecutado no es posible en un orden lógico, referirse a algo pre-existente y condición del delito, pues no debe de olvidarse que este es, fundamentalmente, un fenómeno jurídico y como tal es el hombre quien constituye su causa de interés para el derecho; por ello se ha dicho que la imputabilidad es un *atributo* de la persona como *autora* de la conducta que produce el resultado y que sólo puede ser importante dicho atributo o capacidad, *en el momento mismo en que la conducta o acción se verifica*. Nota a pie de página Pavón Vasconcelos Francisco, *"Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General"*, Decimacuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1999, p p 408.409

<sup>142</sup> López Betancourt Eduardo, *"Op Cit"* p 187

<sup>143</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *"Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General"* p 411

López Betancourt, continuando con la exposición de Maggiore, establece:

*"B).- Capacidad de querer. Maggiore nos dice: "Paralelo al proceso de la conciencia es el proceso de la voluntad, que no nace inmediatamente como tal, sino que va pasando por grados intermedios. Primero es una tendencia indistinta o apetito; después es una tendencia distinta en su objeto o deseo; luego un querer sin ley o arbitrio; y por último, un querer subordinado a la razón y a la ley, o sea libre. La pura voluntad no es otra cosa que voluntad libre. Por lo tanto, la capacidad de querer es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta."<sup>144</sup>*

### 2.1.5.- Culpabilidad.

El sistema clásico establecía que: Una vez que se ha apreciado que el sujeto activo del delito, al momento de desplegar su conducta en el mundo externo tenía su capacidad intelectual y volitiva sin alteración alguna, es decir que podía dilucidar perfectamente el *querer y entender* para el mundo del derecho, se pasa en la sistemática causalista al análisis de la culpabilidad en forma de dolo y de culpa, dándose base al desarrollo de la teoría psicologista.

En torno a los dos nexos que el causalismo señalaba como básicos para que el delito pudiera existir. Zaffaroni, apunta:

*"La culpabilidad era la relación psicológica que había entre la conducta y el resultado, así como la relación física era la causalidad. El injusto se ocupaba, pues, de esa relación física -causación del resultado-, en tanto que a la culpabilidad cabía el menester de tratar la relación psíquica. El conjunto de ambas relaciones daba por resultado el delito."<sup>145</sup>*

La culpabilidad para el causalismo no es sino la relación psicológica que une al autor con su acto en forma de dolo o de culpa, siendo en éste elemento donde se aborda el contenido de la voluntad<sup>146</sup> pues habrá de precisarse si la conducta desplegada por el sujeto activo del delito fue con la intención de cometer el ilícito o si éste se presenta por la falta de previsión o de cuidado al desplegar su actuar en el mundo fáctico.

Ésta postura como más adelante veremos fue criticada porque algunos supuestos en los que la relación psicológica entre el autor y su acto en forma de dolo se mantenía en forma perfecta, sin embargo no eran conductas sancionables como en el caso del estado de necesidad disculpaste, -recordemos el caso del naufragio que para poder sobrevivir mata a su compañero de infortunio para alimentarse con su carne- o en la culpa inconsciente, en que no se podía establecer la relación psicológica con el evento que ni siquiera se representó el activo. Esas inconsistencias (incongruencias,

<sup>144</sup> Maggiore citado por López Betancourt Eduardo, "Op Cit", p p 188, 189.

<sup>145</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal, parte General" p 545, México 1997

<sup>146</sup> Los partidarios de esta teoría señalan que la culpabilidad tiene su fundamento en la determinada situación de hecho, predominantemente psicológica. En consecuencia se trata de la relación subjetiva entre el hecho y el autor. Carlos Fontán Balestra entiende que la culpabilidad consiste en la relación psicológica del autor con su hecho; en definitiva su posición psicológica frente al mismo. Sebastián Soler, maestro argentino, afirma que así como la antijuridicidad es el resultado de una valoración objetiva concreta del hecho, la culpabilidad deriva de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el desvalor creado. conciencia de la criminalidad del hecho

Al destacar esta teoría la relación subjetiva entre el autor y el hecho, lógicamente se establece un psicologismo esencial a la culpabilidad. Marquez Piñero Rafael, "Derecho Penal. Parte General", Primera reimpression, Editorial Trillas. México 1999 p p 245, 246

deficiencias, etc) darían por resultado la culpabilidad como juicio de reproche normativo que sustentará, un poco más tarde, la doctrina teleológica.

### 2.1.5.1.- Clases de dolo (Dolo directo, de segundo grado y eventual)

La doctrina penal ha distinguido dos clases de dolo,<sup>147</sup> el primero ha sido determinado como dolo directo o de primer grado, el dolo indirecto o de segundo grado, (dolo eventual). Al dolo directo se le ha estudiado como aquél en que el activo quiere directamente la producción del resultado típico (dolo directo) o, cuando se elige el medio como necesario para la realización del fin (dolo indirecto). Los ejemplos que nos proporciona Zaffaroní, nos pueden ilustrar:

*“...Cuando un sujeto quiere matar a otro y le dispara cinco balazos, quiere directamente el resultado como fin propuesto (dolo directo de primer grado). En lugar, cuando un sujeto quiere matar a otro y aprovecha un viaje en avión para introducir un artefacto explosivo en el equipaje y provocar una catástrofe aérea, querrá como consecuencia necesaria del medio elegido y directamente querido la muerte de los restantes pasajeros de la aeronave (dolo directo de segundo grado). El dolo eventual, conceptualizado en términos corrientes, es la conducta del que se dice “que se aguante”, “que se fastidie”, “si pasa, mala suerte”, “qué me importa”. Obsérvese que aquí no hay una aceptación del resultado como tal, sino su aceptación como posibilidad, como probabilidad... El que ha tenido algunos signos de una enfermedad venérea y tiene dudas acerca de su infección y posible contagio y, sin embargo, tiene relaciones sexuales sin tomar ninguna precaución, actúa a costa de la producción de un resultado lesivo para un tercero, es decir con dolo eventual... El que incendia un campo para cobrar un seguro sabiendo que hay un puesto en el que vive una familia, representándose la posibilidad de la muerte de los mismos y aceptándola, actúa con dolo eventual, aunque no desea la muerte de la familia, en razón de que las muertes pueden dar lugar a una investigación mas profunda que revele su fraude. El conductor de un camión que lo deja estacionado en una carretera, sobre el pavimento, en una noche de niebla y sin luces, actúa también a costa de la producción de un resultado lesivo, con dolo eventual de homicidio y de daños. Quién penetra en un edificio que no conoce y no sabe si habita alquilen en él, pero tampoco le interesa, actúa con dolo eventual de violación de domicilio. Quien se lanza a una competencia automovilística de velocidad en una ciudad populosa, a costa de la posibilidad de producción de un resultado lesivo, actúa también con dolo eventual de homicidio, lesiones y daños.*

148

Como puede apreciarse en los ejemplos transcritos, el dolo eventual se presenta cuando el activo, no quiere directamente la producción del resultado, sin embargo lo elige como medio para realizar la finalidad de su actuar, así en el ejemplo de la catástrofe aérea, que reseña Zaffaroní, el activo no busca que esta ocurra sin embargo la acepta como medio para lograr la finalidad de privar de la vida a determinada

<sup>147</sup> Para Carrara, el dolo se distingue en dos especies: dolo determinado, que es el formado por la intención directa, y el dolo indeterminado, que es el que se encuentra en la intención indirecta positiva, que algunos prefieren llamar intención alternativa. El dolo indeterminado presupone una intención malvada, que esté dirigida al fin de agraviar el derecho ajeno, y acompañada de la previsión de poder lesionar también un derecho más importante, y producir así un daño mayor, pero sin la voluntad positiva de ofender además este derecho ulterior. Si se presenta este agravio ulterior, el dolo es determinado, con respecto a la primera, e indeterminado con respecto a la segunda. Carranca y Trujillo, Raúl y Raúl Carranca y Rivas... citados en nota a pie de pagina de Román Quiroz Verónica, “La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación”, Editorial Porrúa, México 2000 p 48

<sup>148</sup> Eugenio Raúl Zaffaroní. *Manual de Derecho Penal. parte General* . p p 444,445,446.

persona, es decir que la muerte de los pasajeros no se quiere, sin embargo se acepta como medio para lograr su fin.

### 2.1.5.2.-Dolo eventual y culpa con representación.

El establecer *la diferencia* entre el *dolo eventual* y *la culpa con representación* ha sido un trabajo difícil para la doctrina penal, pues, es muy complicado probar cuando un resultado se ha previsto como posible por el activo y éste *lo ha aceptado*, como medio para la realización de su finalidad delictiva y, cuando un resultado se ha previsto, se ha representado, pero *el activo no lo acepta*, es más, se tiene la esperanza de que no suceda. Con la idea de precisar esa diferenciación, Orellana Wiarco, apunta:

*“...la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente era el mayor grado de probabilidad del resultado; a mayor grado, dolo eventual a menor grado, culpa consciente. A simple vista salta lo endeble de esta postura, pues es difícil determinar el criterio o medida, en forma a priori, para determinar ese grado de probabilidad. Actualmente se admite que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en que en la primera se “acepta” el resultado, y en la segunda se tiene la “esperanza” que el resultado no acontezca; en ambas se quiere la conducta, se representa el resultado, pero en el dolo eventual se acepta ese resultado en caso de que suceda; y en la culpa consciente, ese resultado previsto no se quiere ni se acepta, se tiene la esperanza que no suceda.”<sup>149</sup>*

### 2.1.5.3.- El dolo en nuestra legislación (aspectos generales)

El dolo en nuestra legislación penal actual (Código penal de 1931), siempre se ha encontrado regulado, aunque su tratamiento se encontraba en términos de la *intencionalidad delictuosa*. El código Penal Federal así lo establecía:

*“ARTICULO 8º, LOS DELITOS PUEDEN SER:*

*I. Intencionales, y*

*ARTICULO 9º La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.*

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

*I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño;*

*II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si este es consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado”<sup>150</sup>*

La crítica que se enderezó contra este artículo fue en el sentido de que *transgredía el principio de la presunción de inocencia*, principio en el que encuentra su basamento la facultad punitiva del estado de derecho, puesto que en ese artículo se estableció que la presunción de intencionalidad no se destruía aunque el activo probara alguna de las hipótesis contenidas en las fracciones que contemplaba, es decir, que no se propuso ofender a determinada persona si tuvo la intención general de ofender, que no se propuso causar el daño que ocasionó...etc. Esta problemática no fue ajena a la doctrina penal y como en nuestro país tradicionalmente se nos había considerado como causalistas su estudio se encontraba vinculado con esa sistemática, en

<sup>149</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, *“Curso de Derecho Penal, Parte General”*, p p 316.

<sup>150</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, *“Curso de Derecho Penal”* p p 309



consecuencia, se afirmó que ahí se hacía alusión al dolo y, como a éste, se le reconocía como especie de la culpabilidad, se llegó a sostener que en realidad lo que el artículo 9º establecía era la presunción de culpabilidad, porque el activo aunque probará los supuestos contenidos en las fracciones que se contemplaban, de todas formas, su intencionalidad no se destruía. Moisés Moreno Hernández, al referirse a esta problemática, explica:

*"...el artículo noveno establecía, ..., que en todo caso, la intencionalidad delictuosa se presume y que esta presunción no se destruye aun cuando el sujeto demuestre lo contrario; de acuerdo con la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia habían hecho de éste contenido del artículo noveno, se afirmaba, que allí, se hacía referencia al principio de culpabilidad porque doctrina y jurisprudencia entendían que dolo y culpa eran un problema de la culpabilidad, luego entonces, entendiendo eso así, en realidad lo que el artículo noveno establecía es que en todo caso se presume la culpabilidad del sujeto salvo que el demuestre lo contrario, entendiendo este contenido así, encontramos un criterio que es totalmente opuesto a la ideología constitucional, que se opone totalmente a un principio fundamental que es el principio de presunción de inocencia que si bien no esta expresamente establecido en la constitución si se conlleva con la propia ideología constitucional nuestra. Igualmente el principio que debió regir desde el principio de la vigencia del código penal actual debió ser el principio de culpabilidad, en el sentido de que a nadie se impondrá pena alguna si no se demuestra previamente su culpabilidad, entonces, hay allí un contenido, que así interpretado nos lleva a rechazar el principio de culpabilidad en nuestra legislación, pero a raíz de la existencia de esa presunción de intencionalidad, por otra aparte, nuestra legislación le negó efecto excluyente o atenuante al error, y sobre todo al llamado error de derecho porque en el propio artículo noveno expresamente se decía que esa presunción de intencionalidad no se destruía aún cuando el sujeto demostrará toda una serie de circunstancias, entre las cuales estaba precisamente, es decir, aunque el sujeto demostrará que lo que hacía no era contrario a derecho, entonces aquí pues tenemos un punto para decir que la legislación penal vigente original no observó el principio de culpabilidad."<sup>151</sup>*

Con las reformas del 10 de Enero de 1994, que entraron en vigor el primero de febrero del mismo año, el artículo noveno fue modificado quedando redactado de la siguiente forma:

*"Artículo 9. Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y  
Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que podía y debía observar según las circunstancias y condiciones personales."<sup>152</sup>*

Esta reforma reviste singular importancia para nuestro estudio porque se abandonó definitivamente la intencionalidad como equivalencia de dolo, se deja de lado la

<sup>151</sup> Moreno Hernández, Moisés (conferencia) "La función político criminal y dogmática del principio de culpabilidad en el Derecho Penal". Sustentada en el marco del II seminario Internacional de Derecho Penal "La dogmática penal y la política criminal en el momento actual". Organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C. Impartida en la Escuela Libre de Derecho, en México D F, Febrero de 1999

<sup>152</sup> Código Penal Federal. Editorial Sista S A de C.V. México D F 1999. p 5

presunción de intencionalidad a que nos hemos referido y se da base a la acción dolosa o culposa, introduciéndose una nueva interpretación del injusto penal de corte finalista, porque recordemos que ésta sistemática es la que parte de considerar a la acción con un contenido final, pues es ahí donde se analiza el objetivo del activo, la selección de los medios que empleo para su finalidad y se analizan las consecuencias de la acción que mas tarde desencadena el procesado causal en la búsqueda del resultado final. Congruente con lo que venimos exponiendo, Márquez Piñero, cuando habla de los elementos integrantes del dolo, nos dice:

*"Los elementos integrantes del concepto legal del dolo son: 1 Obrar dolosamente se refiere a la conducta, es decir, al ejercicio final de la actividad humana, o en otras palabras a la acción en sentido amplio, que abarca tanto la acción strictu sensu, hacer positivo, como la omisión, conducta negativa o no hacer. Ambas, desde luego, orientadas a la persecución de unos objetivos, a los medios para obtenerlos y a las consecuencias secundarias derivadas de ellos, que conforman el o los resultados. 2... el que, conociendo los elementos del tipo penal. Se trata, por consiguiente, de una actividad intelectual de cabal discernimiento de los elementos integrantes del tipo penal de que se trate. 3 ... o previniendo como posible el resultado típico, actividad también intelectual, ya que el acto de previsión, ver antes, está claramente referido a las posibles consecuencias de la conducta y de los medios empleados para conseguir los objetivos propuestos. 4 ... quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. Se trata, en relación con el querer, de un dolo directo, y en relación con el aceptar con un dolo eventual.*

153

### 2.1.5.2.- La culpa.

Para el sistema causalista, la culpa<sup>154</sup> es la segunda forma o especie de culpabilidad.

<sup>153</sup> Marquez Piñero Rafael, "Op Cit" p 276

<sup>154</sup> "Manzini, quien estudió muy detenidamente el código de Hammurabi (que pasa por ser el más antiguo documento legal, pues se remonta al siglo XXXIII antes de Cristo), señala que el ordenamiento babilónico contenía disposiciones contradictorias sobre la culpa, aunque no hay constancias veraces acerca de como se aplicaría prácticamente dicho texto legal. En la India, el código de Manú, aunque diferenciador del homicidio voluntario y del involuntario, penaba este último en atención sobre todo a las castas o clases sociales, y no distinguía la culpa del caso fortuito. Las leyes hebreas consideraron con mayor suavidad los hechos culposos, o sea, cuando se causaba daño por yerro o por descuido. En este sentido la Biblia castigaba menos severamente los pecados por ignorancia o por error que los cometidos intencionalmente. Empero, seguía predominado la consideración objetiva del resultado dañoso: lo que se aceptaba era el asilo. En Egipto, el respeto a la vida humana era tan grande que tanto los homicidios voluntarios como los involuntarios se castigaban con la última pena. Por su parte en Grecia, las leyes atenienses contemplaban casos en que el homicidio no era punible, pero se castigaban incluso los involuntarios, aunque Platón señalaba diversas graduaciones en la pena.

El concepto de culpa como hecho de resultado imprevisto y debido prever, nace en Roma primero aplicado al derecho civil. El italiano Orfeo Cecchi sostiene que se conocía la culpa, en la esfera estrictamente penal, en el derecho romano. Para este autor, el origen del delito culposo se encuentra en la *lex aquilia*, que se basa en tres conceptos: *la injuria el dannum y la culpa*. También afirma que en la *lex aquilia* se distingue la culpa en *lata levis y levisima*. A pesar de sus alegatos, muy connotados autores, entre ellos Jiménez de Asúa y Franz von Liszt, consideran que la culpa penal es un problema no muy clarificado en el derecho romano. Puede afirmarse con Jiménez de Asúa, que en el derecho romano, si bien no existía una noción penal de la culpa, se castigaban como delitos culposos algunos casos.

El Derecho germánico, no supuso tampoco un progreso acentuado respecto de la culpa, aunque se consideraron los delitos culposos que daban lugar a la composición; empero de cualquier forma no puede olvidarse que el derecho tudesco reconoció la responsabilidad sin culpabilidad y, en consecuencia, derivó en la equiparación de todos los actos dañosos (voluntarios, intencionales o fortuitos).

Respecto del derecho intermedio, cabe decir, con el maestro Jiménez de Asúa, que fueron los Italianos los que dieron origen a la formación del concepto de culpa penal y en ellos se apoyo la Constitución Carolina para definir el homicidio culposo. Esto lo han reconocido los propios autores alemanes, como von Liszt, von Hippel y Mezger. Sólo a finales del siglo XVII, los prácticos italianos parecieron al fin superar el causismo, remontándose a principios de orden general. Marquez Piñero Rafael, "Op Cit" p p 290.291.292.

En la ciencia penal moderna a los delitos por culpa se les ha identificado con delitos de imprudencia<sup>155</sup>, pues se ha atribuido al ser humano la capacidad de conducirse en forma adecuada en la sociedad, es decir toda persona que se encuentre inmersa en la sociedad, necesariamente debe atender a medidas mínimas de previsión y de cuidado que el ser común debe observar para que su actuar en el grupo social sea adecuado y no vulnere bienes jurídicos fundamentales protegidos por la ley penal. Reynoso Dávila, refiriéndose a los delitos culposos, explica:

*"En los delitos culposos la acción típica no está definida en la ley. Sus tipos son, por ello, tipos abiertos o que necesitan ser completados, pues el juez tiene que completarlos en el caso concreto, con arreglo a un criterio general. Por ejemplo en los delitos de tráfico de automóviles, el juez tiene que averiguar, pues, en primer lugar, cual es el cuidado necesario en el tráfico, para el autor, en la situación concreta en que se encuentra y después, mediante una comparación de esta conducta debida con la acción real, constatar si ésta era o no conforme al cuidado debido. El concepto de cuidado necesario en el tráfico es un concepto objetivo y normativo."*<sup>156</sup>

Es importante recordar que la ubicación de la culpa como especie de culpabilidad fue el motivo que desencadenó la crisis de la teoría psicológica de la culpabilidad porque ésta fue insuficiente para explicar la culpa inconsciente. La concepción de la culpabilidad como relación psicológica con el resultado no puede explicar esta forma de culpa (inconsciente), porque en ella, no existe relación psicológica alguna.<sup>157</sup>

#### **2.1.5.2.1.- Concepto.**

Con la idea de determinar los contenidos de ésta forma de la culpabilidad (culpa), citemos a Marqués Piñero, quién refiere:

<sup>155</sup> "En los casos de los delitos cometidos en forma culposa, el autor de la conducta dañina debe ser objeto de un reproche por no cumplir con la obligación que en calidad de integrante de una comunidad le impone, en cuanto se refiere a cuidar que su conducta tenga siempre los ingredientes necesarios de precaución, prudencia, cautela, etcétera, para no dañar los bienes sociales protegidos por la norma

Hay en la conducta del delincuente culposo un algo de asocialidad, que debe ser motivo de la atención del Derecho Penal a través del reproche que el juez formule; en este sentido vemos que se ha expresado Quintano Ripollés, cuando afirma que "el delincuente culposo acredita sus condiciones de asocialidad que le hacen reprochable al arriesgar con sus actos o inactividades las mínimas exigencias de la seguridad colectiva" y al cual corresponde en las escalas de clasificación de los delincuentes un último peldaño en orden a la asocialidad manifestada por las motivaciones de la conducta delictiva Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito.* Editorial Trillas, México 2000, p p 232,233

<sup>156</sup> Reynoso Davila Roberto, *Op Cit*, p 237.

<sup>157</sup> El concepto psicológico de culpabilidad fue reemplazado en las primeras décadas de nuestro siglo por el concepto normativo de culpabilidad, todavía hoy dominante. Se considera "pionero en el sentido de ésta nueva concepción" el trabajo de Frank "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" (Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad) del año 1907. Frank partió de la observación de que el estado de necesidad disculpante, que hallaba paulatino reconocimiento, no era explicable mediante el concepto psicológico de culpabilidad: "pues si el concepto de culpabilidad no abarca más que la suma de dolo e imprudencia y éstos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, sigue siendo del todo incomprensible cómo podría ser excluida la culpabilidad por estado de necesidad. Pues también el sujeto que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace. Negarle el dolo significa simplemente carecer de lógica." Subrayó también la insuficiencia de la concepción de que la imputabilidad sea "presupuesto de la culpabilidad" (es decir, presupuesto para el dolo y la imprudencia). "pues también un enfermo mental puede querer la acción y representarse lo elementos que la convierten en delito, puede incluso saber que es un delito": la imputabilidad no sería "presupuesto de la culpabilidad, sino que pertenece a la culpabilidad". Otro argumento, no aducido por Frank, pero por lo demás muy discutido, contra el concepto psicológico de culpabilidad consiste en que en la imprudencia inconsciente no es constatable una relación psíquica del sujeto con el resultado; si se quiere mantener su carácter de culpabilidad, se ha de acudir a otro concepto de culpabilidad. Roxin Claus, *Derecho Penal Parte General* Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999 p p 794, 795

*“...Franz von Liszt entiende que la culpa es, formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Por consiguiente, el acto culposo es la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero previsible”* <sup>158</sup>

Vela Treviño, citando a Carrara, Zu Dohna y a Mezger, refiere:

*...Expresa Carrara que “la culpa se define como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho” y al obtener los elementos constitutivos del concepto se refiere a tres: voluntariedad del acto, falta de previsión del efecto nocivo y posibilidad de prever.... Graf Zu Dohna, quien trata de definir que “actúa culposamente quien no pone la diligencia a que esta obligado y de la que es capaz, de acuerdo con las circunstancias y con sus condiciones personales, y por ello no prevé que puede concretarse el tipo de una acción punible o aún previniéndolo confía en que no se producirá”, ...Estos mismos elementos son perceptibles en la definición de Mezger de la culpa, cuando expresa que “actúa culposamente quién infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado”* <sup>159</sup>

De las anteriores concepciones podemos inferir que el sustento de la culpa se encuentra en un criterio de carácter normativo que comprende dos aspectos esenciales: por un lado, habría que atender al deber de cuidado que contempla la norma penal y que el ciudadano debe cumplir y, en segundo lugar, al cumplimiento de éstos deberes, es decir, que el sujeto debe conducirse de tal manera que su conducta no infrinja el deber que la norma penal le impone y con ello, se evita que se presente el hecho delictivo. Para nosotros *la culpa* -desde el punto de vista causalista-, la podemos conceptualizar como una especie de culpabilidad que pune aquellas conductas que infringen el deber de cuidado que la sociedad exige a quienes por su capacidad y características personales, pueden prever lo previsible -la violación del tipo penal-, o que al preverlo confían en que no suceda

#### **2.1.5.2.2.- Sus Elementos.**

Con la idea de precisar los elementos de la culpa, podemos decir que éstos se perciben cuando se presenta una *violación al deber exigible al autor, una conducta descrita en forma causal en el tipo y un resultado previsible y evitable*, elementos que el órgano jurisdiccional deberá tomar en cuenta para tener por acreditada esa forma de culpabilidad. La doctrina penal nos ha sostenido que una acción u omisión es penalmente relevante cuando el legislador la ha incluido en ese catalogo de descripciones típicas que comúnmente se denominan tipos. En ese catalogo de descripciones típicas, existen mandatos que asignan al activo un deber de cuidado, que se percibe en la exigencia de mantener las debidas medidas de previsión y de cuidado, en sus relaciones con los demás, afín de no dañar, ni poner en peligro bienes jurídicamente tutelados. De ahí que cuando se presenta una conducta que viola el deber impuesto por la norma penal, se pueda establecer una relación de causalidad entre esa violación y el resultado previsible o que al preverlo espera que no se presente, estamos, sin duda alguna, en presencia de la culpa.

<sup>158</sup> Marquez Piñero Rafael, ‘Op Cit’, p p 293

<sup>159</sup> Vela Treviño, Sergio, ‘Culpabilidad e Inculpabilidad. teoría del delito’ Editorial Trillas, México 2000, p p 234, 239

### 2.1.5.2.3.- Clases.

La doctrina penal ha sido unánime en considerar que la culpa, como especie de culpabilidad causalista, se divide a su vez dos clases, por un lado la *culpa con representación*, en la que el sujeto se representa el evento delictivo como posible pero espera que no acontezca y por la otra la *culpa inconsciente*, que se presenta cuando el evento delictivo ni siquiera es representado en la mente del activo. En el primer supuesto es dable citar el caso de quien al ir conduciendo su automóvil a alta velocidad para trasladarse a su trabajo, espera que durante el trayecto no se le atraviese un peatón, la segunda -culpa sin representación-, se presenta cuando el activo que regresa del teatro se percata que en su casa ha ocurrido una explosión, como consecuencia de una fuga de gas, siniestro que al salir a divertirse, ni siquiera se representó como posible. Carranca y Trujillo, respecto de lo que venimos exponiendo, apunta:

*"Se distingue entre culpa consciente o con representación, en la que se prevén las consecuencias del resultado esperando que no ocurran y la inconsciente o sin representación en la que no se prevén dichas consecuencias."*<sup>160</sup>

Díaz de León, respecto de la culpa explica:

*"Dícese culpa inconsciente aquella en la cual el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Dícese, en cambio, culpa consciente aquella en que el evento es previsto como posible, pero no es querido y, además, el sujeto espera, infundadamente, que no ocurrirá..... Hay negligencia cuando el sujeto podía evitar el daño, si hubiera desplegado mas actividad en determinado sentido. Hay imprudencia, cuando el sujeto podía evitar el daño con ser mas reposado, es decir, desplegando menos actividad, u obrando mas reflexivamente."*<sup>161</sup>

Amuchategui Requena, respecto de las reglas aplicables a los delitos culposos, en el caso de la legislación penal del Distrito Federal, apunta:

*"...Estos delitos se rigen por las reglas previstas en los arts 51,52,60,61 y 62 del CPDF."*<sup>162</sup>

### 2.1.6.- Culpabilidad Neoclásica

El sistema neoclásico, al descartar la teoría psicologista de la culpabilidad, debido -entre otras cosas-, a que no podía sostenerse en el caso de la culpa inconsciente, porque no se podía establecer la relación psicológica del autor con su acto, da origen a la *teoría normativa de la culpabilidad*<sup>163</sup> Esta teoría, aparece gracias a los estudios de Reinhard Frank en 1907.

<sup>160</sup> Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas, Raúl, *Derecho Penal Mexicano Parte General* Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México 1999, p 461.

<sup>161</sup> Díaz de León, Marco Antonio. *Op Cit*, p 517.

<sup>162</sup> Amuchategui Requena, Griselda I, *"Derecho Penal"* Colección Textos Jurídicos Universitarios. Oxford, Segunda Edición, México 2001, p 87

<sup>163</sup> ".....partió de la observación que el reconocimiento progresivo del estado de necesidad exculpante no era exigible a través del concepto psicológico de culpabilidad: "pues el concepto de culpabilidad no comprende nada más que la suma de dolo y culpa, éstos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, luego queda totalmente incomprensible cómo la culpabilidad puede ser excluida por el estado de necesidad. Pues el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace. Negarle el dolo... sería sencillamente ilógico" Resaltó la insuficiencia de la concepción de que la imputabilidad fuese "presupuesto de la culpabilidad" (esto es, presupuesto para dolo y culpa: pues también un enfermo mental puede querer la acción y representarse las características que la convierten en delito., aún puede saber qué es el delito". la imputabilidad "no es presupuesto de culpabilidad sino pertenece a la culpabilidad" en la culpabilidad, el dolo y la imprudencia importan sólo indirectamente; la culpabilidad será la reprochabilidad de un comportamiento, dividiéndose, a su vez esta reprochabilidad, por de

En realidad se puede sostener que la teoría normativista no constituye una postura que se oponga al psicologismo, sino que lo complementa, pues además del *dolo* y la *culpa* agrega la *exigibilidad de la conducta* y la *imputabilidad*. Elementos que sirven como bases para el juicio de reproche personal al autor por no haber actuado en cumplimiento a la norma cuando tenía la posibilidad de hacerlo.

Vela Treviño, citando a Jiménez de Azúa, apunta:

*"Para la concepción normativista de la culpabilidad esta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad) Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico ha de examinarse la motivación que llevó a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad..."<sup>164</sup>*

por eso es que para integrar el concepto de culpabilidad, no se debe atender sólo al dolo y culpa, sino que también es necesario tomar en consideración la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta. De ahí que:

*"Para Reinhard Frank la culpabilidad no está en la psiquis del autor. Culpabilidad es solamente un juicio que, a la conducta antijurídica (por hechos dados en la realidad", le sería reprochado. A estos hechos (dolo y culpa), así como a la Libertad o a la dirección de los hechos, se le puede hacer un reproche cuando él podía haber actuado de otra forma"<sup>165</sup>*

con la nueva concepción normativa de la culpabilidad, el sistema neoclásico pudo dar respuesta a los problemas que la teoría psicologista no pudo resolver pues ahora, no sólo se atenderá a la relación sociológica que se establece entre el autor y su acto en forma de dolo y culpa, sino también a la imputabilidad, que pasa a ser un elemento más y además se agrega la exigibilidad de la conducta, con ésta nueva estructura la culpabilidad neoclásica pudo sostener la culpabilidad en el caso de la culpa inconsciente a partir del reprocharle al autor por su inobservancia a un deber de cuidado, quedando por determinar si se trataba de una culpa consciente o inconsciente. También pudo dar respuesta satisfactoria al porque en caso de presentarse una causa de justificación – como en el caso del estado de necesidad exculpante – no se podía establecer el juicio de reproche y por ende no se integraba la culpabilidad. Estos planteamientos sin duda alguna representaron un avance sustancial en la evolución de la explicación del injusto penal, sin embargo no deja de llamar la atención que la doctrina teleológica siguió sustentando como elementos de la culpabilidad al dolo y la culpa.

pronto, en hechos -en parte estandarizados-, "constitución psíquica normal". más "relaciones psíquicas" con el hecho, mas "configuración normal de las circunstancias en las que el autor actúa" Román Quiroz Verónica, *La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación*. Editorial Porrúa. México 2000 p p 74, 75

<sup>164</sup> Vela Treviño. Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad, teoría del delito* Editorial Irillas, México 2000, p 183, 184

<sup>165</sup> Daza Gómez Carlos Juan Manuel, *Op. Cit.* p p 161 -162

### 2.1.7.- La culpa en Nuestra Legislación (Aspectos Generales ).

Derivado de la reforma del 10 de Enero de 1994, se estableció en el segundo párrafo del artículo 9 del Código Penal Federal que:

*"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."*<sup>166</sup>

De esta disposición legal se desprenden los siguientes elementos:

- a).- *Obrar culpablemente.*- Este primer requisito comprende el estudio de la conducta humana; la acción u omisión del activo.
- b).- *La producción de un resultado típico.* Debe analizarse si la conducta provoco el resultado descrito en el tipo penal
- c).- *El resultado debe ser previsible o en su defecto que siendo previsible se confía en que no sucederá.*
- d).- *Que se viole un deber de cuidado* Éste deber, deberá analizarse en función de la exigencia que existe de que en el desempeño de nuestras actividades, actuemos con el mínimo de cuidado que se exige para el común de las personas y con ello evitar dañar bienes jurídicos tutelados en la ley penal. Márquez Piñero, nos dice:

*"La alineación con el finalismo del Código Penal Federal es evidente...especialmente en referencia al párrafo segundo del artículo 60..."*<sup>166</sup>

Es evidente que al adoptar nuestra legislación los contenidos a que nos venimos refiriendo se reconoció que la conducta humana sólo podía desplegarse en el mundo material en forma dolosa o culposa. Derivado de esta afirmación, se apreció la influencia de una nueva explicación del injusto penal, esta explicación fue llamada teoría de la acción final, porque fue ahí, donde se encontraba el estudio del primer peldaño de la estratificación del delito, la acción dolosa o culposa, situación que nos permite apuntar que la conducta final del hombre abarca dos aspectos fundamentales, uno *interno* o psíquico que se desarrolla en la mente del activo *-el fin, la selección de los medios y posibles consecuencias secundarias de su acción-*, y uno *externo* que es el desencadenamiento de la acción causal que previamente se dirigió a un determinado fin. Con esta nueva forma de explicar a la acción, también se apreciaron cambios en la integración del tipo penal, apareciendo un tipo objetivo y uno subjetivo. También la antijuridicidad dejó de ser sólo la violación de la norma o contradicción con el derecho y también atendió a aspectos subjetivos. Por último a la culpabilidad se le dio su verdadero contenido (Capacidad de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de la conducta)

### 2.1.8 .- Crisis del sistema Clásico y Neoclásico

Para poder apreciar algunos de los supuestos donde la explicación del delito de corte tradicional o clásica entra en crisis, permítanme en forma muy genérica esbozar las dificultades con las que se enfrentó y para las cuales no tuvo una respuesta satisfactoria.

<sup>166</sup> Código Penal Federal, p 5.

<sup>166</sup> Márquez Piñero Rafael, *Op Cit* p 310

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

### En la acción

Las sistemáticas denominadas clásica y Neoclásica, al momento en que pretendieron aplicar el fundamento naturalístico de la acción, es decir su relación de causa-efecto, se encontraron con que este basamento motivaba la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones -que asume las críticas de las que ya nos hemos ocupado-, lo que llevaba a excesos y absurdos. Díaz Aranda, las ilustra de la siguiente manera:

*"Por ejemplo, si Adolfo quiere lesionar a Sergio y al efecto le lanza un ladrillo a la cabeza causándole una herida, ante lo cual se llama a los socorristas de la Cruz roja, quienes a su llegada consideran conveniente el traslado del herido hasta el hospital, resultando que durante el trayecto el chofer de la ambulancia pierde el control y choca frontalmente contra un poste de luz, cayendo los cables de alta tensión sobre la ambulancia provocando la muerte de Sergio, los paramédicos y el chofer de la ambulancia. La pregunta aquí es si Adolfo debe responder de la muerte de todos ellos, pues el fue quién desencadenó el proceso causal que dio origen a todos los posteriores resultados, toda vez que de no haberse lesionado a Sergio, no habría sido necesario llamar a los socorristas y, por tanto, éstos no habrían acudido a ese lugar, con lo cual tampoco habría existido choque alguno ni la muerte de los cuatro ocupantes de la ambulancia. Por ende, de acuerdo con la teoría de la conditio sine qua non, la conducta de Adolfo es la causa de la muerte de Sergio, los paramédicos y el chofer."<sup>167</sup>*

La anterior exposición nos permite percibir, que con la aplicación de esa teoría, el ámbito penal se agranda enormemente porque se hace patente una regresión infinita, de ahí que se pueda sancionar, incluso a quienes no han realizado la conducta descrita por el verbo rector del tipo (adquiriendo relevancia penal el tener un hijo, el vender una pistola, etc) pues todas ellas, desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones, son causa del resultado, lo que evidentemente resulta en un absurdo. Por eso, a ésta teoría se le sometió a correctivos -de culpabilidad y de tipo-, para evitar esos excesos.

### En la omisión.

Esta forma de conducta humana, cosecho las mayores críticas porque a partir de un fundamento naturalístico de causa-efecto, no era posible sostener la existencia de la omisión y ello es así, porque a partir del no actuar del hombre no se puede sustentar la relación de causa efecto, en consecuencia se aprecia que existían ciertas conductas, que con este fundamento no podían ser sancionadas. Simplemente habría que apuntar, el ejemplo tan recurrido de la madre que ve a su hijo ahogándose en la piscina y no hace nada por salvarlo, éste tipo de situaciones propició que se buscara el fundamento de la omisión no en la relación de causa efecto, sino en un *juicio de carácter normativo* que propicie la posibilidad de imputarle su no actuar al activo, porque de él se esperaba que desarrollará *la acción esperada por el derecho* y al no realizar esa conducta su abstención adquiere el carácter de penalmente relevante

Díaz Aranda, respecto de la problemática de la omisión apunta:

*"... el único nexo posible entre una omisión y un resultado es el normativo; nexo de evitación, el cual es distinto al nexo causal. Mientras que en la acción desencadenante de un resultado existe un nexo causal, en la omisión, por el contrario, no existe dicho nexo debido a que la conducta de omitir no es la causa objetiva del resultado típico."<sup>168</sup>*

<sup>167</sup> Díaz Aranda Enrique, *Op Cit* p p 11, 12,

<sup>168</sup> *Ibidem* p p 14



Lo anterior, nos evidencia que el juicio normativo y no causal naturalístico es el que puede fundamentar la omisión, -el nexo de evitación como refiere Díaz Aranda-, pues sólo atendiendo a criterios normativos tales como la *posición de garante*<sup>169</sup> puede sustentarse y resultar relevante para el derecho penal. Este tipo de problemas evidenciaron las deficiencias e insuficiencias de la explicación tradicional o clásica del delito.

### En la Culpa.

#### Culpa Inconsciente.

La culpa sin representación, es decir aquélla en que el autor del hecho, no lo ha previsto, ni se lo ha representado, desencadena otro motivo de crítica para la explicación objetiva-subjetiva del injusto penal. Ello se hizo evidente cuando en el elemento culpabilidad (que estudiaba a la culpa como una de sus especies), se percibió -en el caso de la culpa inconsciente-, que no se podía sustentar el nexo psicológico del autor con su acto, cuando el evento delictivo ni siquiera se lo había representado y por ende, nunca pudo preverlo. Piénsese el caso de quien se va al teatro y olvida cerrar las llaves del gas en su casa y cuando regresa se encuentra con que en su casa se presentó una explosión y se causaron daños en la propiedad de su vecino. Con relación a lo que venimos exponiendo, Roxin nos explica:

*"Fue en la culpa inconsciente donde fracasó rotundamente el concepto psicológico de culpabilidad al no encontrar cual era en ésta el nexo psicológico entre el autor y el resultado. En efecto, la culpa inconsciente se caracteriza por la "falta de previsibilidad de un posible resultado típico", luego entonces, sin la existencia del nexo psicológico entre el autor y su hecho no había forma de sustentar la culpabilidad."*<sup>170</sup>

#### Estado de Necesidad Exculpante.

En este caso, también se hizo evidente, las deficiencias, fracturas e inconsistencias de la teoría causalista, debido a que tampoco tuvo respuesta para el caso del naufrago que priva de la vida a otro para alimentarse de su carne y sobrevivir, porque en ese caso no se destruye el nexo psicológico, sino que al contrario, se percibió que el activo actúa con dolo es decir, al desplegar su actuar lo hace con la intención de privar de la vida a su compañero de infortunio, no obstante, esa conducta no era sancionada por que al ser humano, en esas condiciones, no se le puede exigir que actué de manera heroica, apareciendo la excluyente que nos ocupa

Mir Puig, nos dice:

*"Así sucede con el ejemplo de la tabla de Carneades, donde la culpabilidad dolosa perfecta del naufrago que quiso y efectivamente mató al otro, queda excluida por la existencia de un estado de necesidad exculpante."*<sup>171</sup>

<sup>169</sup> El Código penal Federal en su artículo 7 establece "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En éstos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Código Penal Federal, "Op Cit" p 2

<sup>170</sup> Roxin Claus, citado por Román Quiroz Verónica. "Op Cit" p 66

<sup>171</sup> Mir Puig, Santiago, citado por Román Quiroz Verónica, "La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación" Editorial Porrúa. México 2000 p 68

### Problemática de la teoría Neoclásica.

La teoría teleológica, debido fundamentalmente a que siguió sosteniendo para la acción el fundamento de causa efecto, enfrentó serias críticas, porque esa postura era insuficiente, desafortunada e incluso no apta para explicar a la tentativa, porque carecía del contenido de la voluntad y sin referencia a la finalidad que el autor le dio a su acción no se podía determinar qué delito pretendió cometer, es decir, hacia donde se dirigía su actuar. Esta problemática es abordada por Roman Quiroz Verónica, cuando apunta:

*"Esta teoría encontró dificultad para determinar el título de imputación atendiendo a criterios puramente causales pues un juicio puramente causal no es suficiente para determinar el tipo que se debe ampliar a través de la fórmula de la "tentativa" (e. g. lesiones - homicidio) o, incluso, si la conducta debe quedar impune (por ser atípica o por haber faltado un resultado). De modo que si X apunta con un arma a Z y dispara sin causarle lesión alguna, no podríamos determinar impunidad a la conducta externa de X, ya que éste no provocó ninguna lesión a los bienes jurídicos tutelados; vida e integridad física. Consecuentemente, el simple análisis de los elementos objetivos es insuficiente para concluir si se trata de una tentativa de lesiones o una de homicidio; resultando, por ende, indispensable atender a la intención de X, para saber si disparó a matar o a lesionar"*<sup>172</sup>

La problemática de la tentativa provocó que en la explicación teleológica se percibieran problemas hacia la estructura sistemática de la explicación del delito, puesto que si sólo se atiende a elementos objetivos del tipo es decir si únicamente se concibe a la acción - a partir, del fundamento de causa efecto-, es decir, como un comportamiento humano que provoca un cambio en el mundo real, en la tentativa, es evidente que no existe resultado y para poder tipificar la conducta será necesario acudir la finalidad de la acción desplegada por el activo, para saber qué delito se pretendió cometer, esta situación, hacia innegable el problema sistémico que el neoclasicismo enfrentaba, porque para tipificar la conducta, era incuestionable, el que tendríamos que atender al dolo del activo y como este elemento se estudiaba hasta el elemento culpabilidad, habría que entrar a su análisis para saber la finalidad con que desplegó su acción para tipificar el delito y después, entrar al análisis de la antijuridicidad y luego al de la culpabilidad. Como se apercibe de lo anterior, ello representaba romper con la estructura sistemática de la explicación del injusto penal, debido a que el tipo es precedente de la antijuridicidad y esta, del elemento culpabilidad y no se puede entrara al estudio de uno sin que se haya acreditado el precedente, es decir no se puede atender al estudio del elemento culpabilidad y luego regresar al tipo, etc, fundamentalmente porque existe el criterio unánimemente reconocido en la doctrina penal de que el delito es una acción, típica, antijurídica y culpable, en consecuencia, no es dable admitir dar saltos en el estudio de su estructura sistemática, es decir, cada elemento tiene su lugar y al mismo tiempo cumple su función de presupuesto del siguiente, cuestión que con la doctrina clásica y neoclásica, en el caso que nos ocupa, se hacia difícil complementar.<sup>173</sup> Fue Alexander Graf zu Dohna, (ver la obra de Román Quiroz Verónica, *La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación* Editorial Porrúa, p 88) quien estableció la separación que debe existir entre *la reprochabilidad como juicio* y el *objeto* de la valoración de ese juicio que es la *acción dolosa* del infractor del Código punitivo, sosteniendo que no se debe sostener la relación psicológica del activo con su acto en forma de dolo o culpa, debido a que existían casos ñeque esta no se podía sostener,

<sup>172</sup> Román Quiroz Verónica. *La Culpabilidad* ... p 85 En el mismo sentido Díaz Aranda Enrique - cuando cita a Hans Welzel -, *Op Cit*, p 15

<sup>173</sup> En el mismo sentido Díaz Aranda Enrique, *Op Cit* p p 39, 40, 41

por tanto tendría que estudiarse el dolo o la culpa en el elemento tipicidad porque ahí es donde se describe la conducta final del hombre. Esta postura pudo dar respuesta en forma consistente al problema de la tentativa y proporcione mayor coherencia y consistencia a la sistemática del injusto penal. Roman Quiroz, en cita a zu Dohna, apunta:

*"Alexander Graf zu Dohna en el estudio de la culpabilidad realizó, en suma, críticas Metodológicas al sistema neoclásico que sirvieron de sustento a la posterior Teoría Final de la Acción. Separó tajantemente la valoración (reprochabilidad) y el objeto de la misma (dolo) y redujo el concepto de culpabilidad a la valoración del objeto. De ese modo, la doctrina de la acción finalista consideró al dolo como una especie de voluntad final de acción y lo ubica en el tipo subjetivo de los delitos dolosos. De acuerdo con Graf zu Dohna la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos como el dolo, ya que tales elementos se pueden dar o no dar y, por ende, su análisis se debe efectuar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual sólo se determinará si esos nexos son o no reprochables. Diferencia con ello el "objeto de valoración" de la "valoración del objeto".<sup>174</sup>*

Con esta explicación el tipo se integró definitivamente en dos partes fundamentales, una parte objetiva constituida por el activo, el sujeto pasivo, la conducta el resultado y el nexo causal, es decir integrado por elementos objetivos, perceptibles por los sentidos y otra, constituida por elementos subjetivos (dolo y culpa), originándose con ello el tipo complejo (constituido por una parte objetiva y otra subjetiva).

Lo anterior determinó que ahora a nivel de tipo, se tendría que realizar la valoración de la acción desplegada por el activo y mas tarde atender al juicio valorativo de la antijuridicidad, que establecen el precedente inmediato del juicio de reproche puramente normativo -en el elemento culpabilidad-, al activo por su conducta final, juicio que debe integrarse por la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), por la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta.<sup>175</sup>

## 2.2.-En la teoría Finalista<sup>176</sup>

### Acción

El finalismo parte de considerar a la acción humana con sentido final, establece que sólo el ser humano es capaz de conducir su voluntad hacia un determinado objetivo y

<sup>174</sup> Román Quiroz Verónica, *"La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación"*, Editorial Porrúa, México 2000 p 88.

<sup>175</sup> En similar sentido, Díaz Aranda Enrique, *"OP Cit"* p p 42, 43

<sup>176</sup> "A un modelo nuevamente distinto del sistema del derecho penal llega la denominada teoría final de la acción, que ha marcado la discusión de la dogmática penal de las dos primeras décadas de la posguerra su punto de partida es un concepto de acción distinto de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho mas rico en contenido. Para esta teoría la "esencia" de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo "supradetermina de modo final". En consecuencia, sólo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea si mata dolosamente. De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que el sistema clásico e incluso en el neoclásico se habían entendido como forma de culpabilidad y del que también se consideraba componente necesario la conciencia del injusto, ahora aparece en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya como componente del tipo. Ello supone una ulterior subjetivización del injusto, y en cambio para la culpabilidad una creciente desubjetivización y normativización, por lo que en esa medida el sistema finalista esta diametralmente contrapuesto al clásico. La doctrina finalista -en parte preparada e influida por v. Weber y Graf zu Dohna- fue fundada en lo esencial por Welzel, pero también se basan en ella (con diversas variaciones) el gran manual de Maurach y la exposición de Stratenwerth, así como numerosos escritos específicos tanto en la doctrina alemana como en la extranjera. Roxin Claus *"Derecho Penal Parte General"* Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999 p199.200

de acuerdo a ello, desencadenar el curso causal de la de los acontecimientos para el logro de la meta que previamente se representó. Con este nuevo fundamento la acción humana deja de ser ciega y ahora adquiere la característica de ser vidente porque desde la mente del infractor del código punitivo se genera el sentido final de la acción, y también es ahí, donde efectúa la selección de los medios, donde reflexiona las posibles consecuencias y, con éstos elementos, mas tarde, pueda exteriorizar el curso causal de su conducta y buscar la meta previamente seleccionada.

Cerezo Mir, -citando al padre del finalismo-, intenta fundamentar la acción con sentido final, en los siguientes términos

*"Welzel enumera varias estructuras lógico - objetivas. La primera de ellas es el concepto ontológico de la acción humana. La acción consiste en el ejercicio de una actividad finalista. El legislador no puede modificar ni ignorar la estructura finalista de la acción humana, ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción si éste ha de corresponder al ser de la misma."*<sup>177</sup>

Con ésta explicación, se abordó el contenido de la voluntad que no había sido atendido por la teoría causalista tradicional, ni por la teleologica del delito, ello permitió dar una respuesta a las insuficiencias e inconsistencias, que la doctrina clásica y Neoclásica presentaron, sobre todo, en torno al problema de la tentativa, pues fue ahí donde tuvieron serias críticas y dificultades motivadas por ese fundamento naturalístico de corte causa efecto que no podía explicar satisfactoriamente a la problemática que representaba, haciéndose evidente que para su tipificación debía atenderse a la intención con que el activo desplegó su acción, si en el caso del delito del robo existió la intención de apoderarse de una cosa ajena mueble, si al accionar una pistola, realizando diversos disparos se buscó privar de la vida al sujeto pasivo del delito o sólo se buscaba inferirle lesiones, etc situaciones que encontraron respuesta con el nuevo fundamento de la acción en el finalismo. Si la acción fue bien recibida, en la culpa las opiniones se dividieron. Maurach nos explica:

*"... La existencia del delito culposo, con un resultado que se encuentra fuera de la línea de meta, dio lugar a la división de las opiniones. El resultado de los delitos culposos era provocado por el empleo de los medios (una actuación de voluntad final, pero no adecuada a ese fin), pero no había sido previsto por la voluntad."*<sup>178</sup>

Este cuestionamiento resultaba razonable porque a partir de la estructura de la acción final, era difícil explicar la conducta humana que se desplegaba en la realidad por falta de cuidado o de precaución o bien por negligencia, es decir que aquí, no se sustentaba la finalidad de la acción. No obstante ello, Welzel encuentra la explicación de la acción culposa en la fase interna de la estructura de la acción final, cuando atiende a la *falta de previsión o de cuidado en la selección de los medios* para desencadenar su actuar en el mundo láctico y en la asunción de las consecuencias secundarias que esa acción final genera. situación que hace evidente que si bien se tuvo la idea de realizar una acción final, ésta en su fase interna fue deficiente, lo que motivo un actuar imprudente y

<sup>177</sup> Cerezo Mir José, 'EL Finalismo' Criminalia, Año LXIII, No 2, Mayo Agosto de 1997, Editorial Porrúa, p p 78, 79

<sup>178</sup> Maurach Reinhart, Zipf Heinz, 'Derecho Penal Parte General', Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Boffill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea. Buenos Aires 1994, p 256

negligente que el derecho penal sanciona, porque se nos exige realizar nuestras actividades con un mínimo de precaución y cuidado para evitar dañar bienes jurídicamente tutelados y como en el caso que nos ocupa, ese actuar prudente, no se observó, condición que se hace patente en el momento de desencadenar el curso causal de los acontecimientos en el mundo real, su conducta imprudente resulta penalmente relevante. Por eso Maurach, apunta:

*"... también el hecho culposo se encuentra determinado de manera finalista, con la diferencia que en éste el punto de referencia de la finalidad es uno distinto. "mientras los tipos de los delitos dolosos comprenden a la acción final en la medida en que su voluntad de acción se dirija a la realización de consecuencias (metas) socialmente indeseadas. Los tipos de los delitos culposos se ocupan (en mucho menor medida que los fines) de la forma de ejecución de la acción final, con miras a aquellas consecuencias socialmente indeseadas que el sujeto actuante confía en que no se presentarán o en las que simplemente no ha pensado" 179*

Para la integración de la acción final es necesario que existan dos fases, una interna que se desarrolla en la mente del sujeto activo del delito (psiquis del hombre) y otra que desencadena el proceso causal en el mundo real (fase externa). Ambas, al complementarse, buscan alcanzar el resultado previamente concebido o representado, o que representado se espera que no ocurra o se presente.

En la mente del hombre ocurre la fase interna de la acción final, en ella se selecciona el objetivo (matar, robar, etc) y a partir de ahí se seleccionan los medios que son necesarios para su consecución, al mismo tiempo, se hace una consideración de los efectos que en la realidad se pudieran presentar, lo que puede incidir en que se reduzcan o abandonen los medios seleccionados o, bien optará por dirigir la acción con la idea de evitar esos efectos secundarios. A partir del fin, de la selección de los medios y de la ponderación de los efectos concomitantes, el activo desencadena el proceso causal de su acción en el mundo fáctico para alcanzar la finalidad que se ha propuesto.

Respecto de las fases de la acción final, Welzel explica:

*"La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento. Empieza con: a) - La anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar. De ello sigue - a partir del fin, B) - La selección de los medios de la acción para la consecución del fin. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de acción). Este proceso mental se llama, por eso, "de retroceso", puesto que consta el fin y desde el se escogen los factores causales requeridos como medios de acción. Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos con otros efectos además del fin perseguido. El fin es siempre un solo un sector de los efectos de los sectores causales puestos en movimiento. Por ello, también pertenece a la selección de los medios Y) - La consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin. Este proceso mental no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia adelante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al*

<sup>179</sup> Maurach Reinhart, Zipf Heinz. *Op Cit* p 256. 257

*autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o, en caso contrario, a dirigir la acción de modo de evitarlos. Por otra parte, la consideración de los efectos concomitantes puede también llevar a que el autor incluya (compute en el calculo) en su voluntad de acción la realización de los mismos, sea porque tenga su producción en caso de aplicación de esos medios o, por lo menos, cuente con ella. En ambos casos la voluntad final de realización abarca también la realización de los efectos concomitantes... por el contrario, se excluyen de la relación final todos aquellos estimados como posibles, respecto de los cuales el actor confía que no se producirán.*

*B).- De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el compute con el calculo de los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar.”<sup>180</sup>*

Por otra parte la omisión también representó para el finalismo un punto que debía de atender por que en principio se afirmó que de la no actuación del hombre no se podía explicar una conducta final porque entre esa abstención de movimientos y el resultado no existía un nexo de causalidad y tampoco la finalidad del activo. Sin embargo Cerezo Mir -refiriendo a Armin Kaufmann-, nos dice:

*“La omisión es una forma independiente de conducta humana. El concepto finalista de la acción permite, sin embargo, una comprensión del sustrato ontológico de la omisión. La omisión como ha señalado Armin Kaufmann, es la no acción con posibilidad concreta de acción; es decir, la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta. Este concepto ontológico de la omisión es independiente de toda exigencia normativa. Se puede omitir una acción no esperada por los usos sociales, la moral o el Derecho.”<sup>181</sup>*

Por eso es que para encontrar una explicación congruente en la sistemática del delito que venimos exponiendo es importante atender a una fase anterior a la acción finalista a la posibilidad que tiene el sujeto activo de desplegar su conducta final y que teniéndola no la realizó. De ahí que se afirme que la omisión es una tercera forma de desplegar una acción final resultando relevante para el derecho penal la abstención de la posibilidad de una acción final, pues es ahí donde se puede fundamentar la reacción punitiva del estado ante este tipo de conductas socialmente indeseables.

Plascencia Villanueva, con relación a la problemática de la omisión en la sistemática finalista, nos dice:

*“La concepción del finalismo, se completó por la teoría de los delitos de omisión de Armin Kaufman, que los concibió como tercera forma general de aparición del hecho punible al lado del delito doloso y culposos de comisión, dotada de una estructura independiente de sus elementos. El delito de omisión constituye para los finalistas una forma especial del hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción cuya comprensión exige en todos sus aspectos la inversión de los principios sistemáticos desarrollados para el delito de comisión”<sup>182</sup>*

<sup>180</sup> Welzel Hans “Derecho Penal Alemán. Parte General”, 4ª Edición Castellana; Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile; Chile 1993, p p 40 y 41.

<sup>181</sup> Cerezo Mir José, “EL Finalismo” Criminalia. Año LXIII, No 2, Mayo Agosto de 1997. Editorial Porrúa, p 84

<sup>182</sup> Plascencia Villanueva Raúl, “Teoría del delito”, Universidad nacional Autónoma de México, Segunda reimpresión, México 2000 p 41

### Tipicidad

El tipo finalista adquiere una parte objetiva y una parte subjetiva, la primera constituida por elementos perceptibles por los sentidos y la segunda por el dolo y la culpa, originándose en consecuencia el tipo complejo. A partir de que se sustenta la fase interna y externa como estructura lógica de la acción con sentido final se considera que el legislador, debe observarlas en el catalogo de conductas que tipifica, incluyendo mandatos o prohibiciones que vulneren los valores éticos-sociales mas importantes de la sociedad, con lo que hace patente dos cuestiones fundamentales, una el que se de plena vigencia a un derecho penal mínimo y que sus regulaciones no sean calificadas de falsas. El tipo de corte finalista tiene su antecedente inmediato en la forma como se integra el tipo teleológico, que si bien no admite en su composición el dolo y la culpa, si contemplo en su integración a los elementos subjetivos distintos del dolo y la culpa, los objetivos y normativos, lo que represento sin duda alguna una evolución. Así, el tipo:

*"De acuerdo con la teoría final de acción ... ya no sólo se conformaba de elementos objetivo - descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino que en todos los tipos penales existe un tipo subjetivo que se conforma por el dolo o, en su caso, por la culpa"*<sup>183</sup>

Por eso, en el tipo con contenido finalista, la acción se entiende conducida por la coincidencia entre lo que se quiere y por la decisión de poder realizarlo, cuando ambos momentos el intelectual y el volitivo se unen dan origen al dolo, que necesariamente se vera reflejado en el tipo, apareciendo lo que se ha determinado como dolo de tipo. En consecuencia, para que el tipo finalista de carácter doloso se presente es necesario que concurren en su realización los dos momentos que ya mencionamos el intelectual consistente en querer realizar la conducta prohibida o de abstenerse de desplegar la acción final mandada, con el momento volitivo (voluntad) de llevarla a cabo. Ambos momentos son necesarios en la realización del tipo doloso. Respecto del dolo Welzel explica:

*"El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es solo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo.. Esta función final - objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el Derecho Penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho. En tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal (como dolo de tipo), su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito. Dolo, en sentido técnico penal es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito."*<sup>184</sup>

Para el delito culposo, la teoría de la acción final en principio no tuvo un respuesta satisfactoria porque consideraba que lo penalmente relevante era el resultado y no la acción misma<sup>185</sup>. Por eso en relación con el tipo culposo<sup>186</sup> podemos afirmar que la

<sup>183</sup> Welzel Hans. Citado por Díaz Aranda Enrique, "Op Cit" p 49, 50

<sup>184</sup> Welzel Hans "Derecho Penal Alemán. Parte General " p 77

<sup>185</sup> "La propia teoría final de la acción en un principio no aprehendió correctamente el delito culposo. La razón de ello estuvo en que partió primitivamente en el perjuicio generalizado en la doctrina jurídico penal de que el resultado era el aspecto jurídico penal esencial del hecho culposo. Dado que el resultado no era provocado finalmente sino por causación causal - ciega, creyó (como los hegelianos) poder y tener que ampliar el concepto de acción y que colocar junto a la finalidad actual, la finalidad potencial. Con ello desde un principio estaban mal colocados los cambios de rieles; los problemas del delito culposo debieron ser solucionados pagando como precio la ampliación del concepto de acción, con lo que junto a la acción en sentido estricto y propio, esto es, la actividad final efectiva, se desarrollo

doctrina de la acción final, se ocupa ya no de la intención y voluntad de realización del tipo sino de la ejecución de la acción final que por negligente, descuidada o falta de precaución provoca consecuencias socialmente intolerables, consecuencias que se presentan por la violación del cuidado requerido para su realización.

De ahí que Welzel señale:

*"En los tipos culposos se pone en conexión, entonces, la ejecución concreta (o dirección concreta) de la acción final con una conducta modelo, rectora, que esta orientada a evitar consecuencias de acción indeseables socialmente. Cuando esta ejecución de la acción coincide con esta conducta rectora, significa que es adecuada a las cosas, al cuidado, y con ello al derecho, aunque haya ocasionado un resultado indeseable socialmente. cuando se desvía de esta conducta modelo, no es adecuada a las cosas, al cuidado, y con ello - salvo causales de justificación - antijurídica..."<sup>187</sup>*

Un poco mas adelante nos explica:

*"Sus tipos son, por eso, "abiertos" o "con necesidad de complementación", ya que el juez tiene que completarlos para el caso concreto conforme a un criterio rector general. Este criterio rector ésta descrito en el § 276 BGB: "actúa culposamente quien no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación". El juez ha de investigar entonces cual es el cuidado requerido en el ámbito de relación para el autor en su situación concreta, y luego a través de una comparación entre esta conducta con la acción real del autor, determinar si era adecuada al cuidado o no...es cuidadosa aquella conducta que habría seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor."<sup>188</sup>*

### **Antijuridicidad**

En la sistemática finalista, la antijuridicidad deja de ser solo lo contrario al derecho y la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, porque ahora se tendrá que atender a la dirección final que el activo le dio a su conducta, de ahí que deben estudiarse no solo elementos objetivos o que son percibidos por los sentidos, sino

una acción en sentido amplio, la evitabilidad mediante un actuar final. La falla fundamental estaba en que veían como aspecto esencial del hecho culposo el resultado y por eso ampliaban el concepto de acción a través de la finalidad potencial (o bien, con la posibilidad objetiva de ponerse fines). Sólo con la comprensión que el momento esencial del hecho culposo no reside en el resultado, sino en la clase y modo de ejecución de la acción (esto es, en la contravención del cuidado), se abrió camino para una explicación conforme a la estructura de la acción culposa. Welzel Hans *"Derecho Penal Alemán Parte General"*, 4ª Edición Castellana; Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile; Chile 1993, p 155

<sup>186</sup> El delito culposo jugaba hasta hace muy poco un papel de segundo orden en la dogmática y en la política criminal, del cual ha salido sólo a raíz de la tecnificación, en especial de la motorización de la vida moderna. Esto aclara porque tanto en la sistemática del Derecho Natural como en la de los hegelianos fue tratado sólo de modo incidental. Welzel Hans *"Derecho Penal Alemán Parte General"*, 4ª Edición Castellana; Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile; Chile 1993, p 153.

<sup>187</sup> *Ibidem* p p 155, 156.

<sup>188</sup> Welzel Hans *"Derecho Penal Alemán Parte General"*, 4ª Edición Castellana; Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile; Chile 1993, p p 157, 158



también a elementos subjetivos que se encuentran contenidos en el tipo penal y con éstos elementos, se realiza el juicio de antijuridicidad dirigido aun hombre en particular -el sujeto activo del delito- que al exteriorizar el proceso causal de su conducta final violenta el contenido de la norma penal. De ahí que Welzel explique:

*"Dado que el ordenamiento jurídico quiere establecer, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que contraría este orden valioso. Por ello, se caracteriza frecuentemente a la antijuridicidad como un "juicio negativo de valor" o como "un juicio de desvalor" sobre la conducta típica. Es preciso tener presente, sin embargo, el sentido figurado de esta expresión. El sujeto de este "juicio negativo de valor" no es un hombre individual (ni siquiera el juez), sino el ordenamiento jurídico como tal.... La antijuridicidad es un juicio de valor "objetivo", en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general, el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo externo (objetivos) y anímicos (subjetivos)"<sup>189</sup>*

La doctrina ha señalado que el juicio de antijuridicidad, además deberá incluir la ausencia de alguna causa de justificación, es decir, que la acción desplegada por el activo y que encuadra perfectamente en el tipo penal no se encuentre amparada por alguna causa que destruya el indicio de ser contraria al derecho, porque debemos recordar que el legislador cuando establece tipos penales lo que en realidad establece son prohibiciones o mandatos que vulneran valores ético sociales: Así lo refiere Daza Gómez:

*"Es un juicio de valor, el cual expresa que la acción puede ser contraria a la norma y lo será cuando no exista causa de justificación, toma en cuenta la causa externa del autor. Al injusto solo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto..."<sup>190</sup>*

Podemos pues concluir, que el juicio de antijuridicidad que se realiza sobre la conducta típica y antijurídica reviste necesariamente elementos objetivos y subjetivos, atiende a la dirección final de la conducta humana y finalmente determina que no existe en el caso concreto una causa de justificación que destruya el carácter de ilicitud de esa conducta, originándose así lo que modernamente se le ha denominado como el injusto penal.

### **Culpabilidad**

Entramos al elemento esencial de la responsabilidad penal pues es aquí donde el finalismo atiende el juicio de reproche normativo puro, es aquí donde se analizará si la persona individualmente considerada en sus capacidades psíquicas tiene lo que doctrinalmente se ha denominado como capacidad de culpabilidad, y si basándose en ello, es capaz de comprender el carácter ilícito de su actuar, y si se le podía exigir que adecuará su conducta al cumplimiento de la norma. Elementos que nos sirven para poder cargar en la cuenta de alguien ese proceder antisocial que viola valores ético sociales.

<sup>189</sup> Welzel Hans *"Derecho Penal Alemán Parte General"*, 4ª Edición Castellana; Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile; Chile 1993, p p 60, 61

<sup>190</sup> Daza Gómez Carlos Juan Manuel, *"Op. Cit"*, p 47

Guerrero Agripino, nos explica en forma certera, los elementos que dan contenido a la culpabilidad y que son:

*"1.- Imputabilidad.- Entendida como capacidad de culpabilidad, que se traduce en la capacidad para comprender lo injusto del hecho y determinarse según esa comprensión.*

*2.- Consciencia de la Antijuricidad - "Se requiere que el sujeto sepa o pueda saber que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico. No implica que éste conozca con exactitud el precepto jurídico que está violando o la punibilidad de su conducta, es suficiente que sepa que su comportamiento se encuentra prohibido. De lo contrario si el sujeto se encuentra en un error invencible sobre la prohibición y actúa de manera antijurídica, no puede ser reprochado, en virtud de que quien erróneamente supone que obra de acuerdo a derecho, no puede motivarse de otra manera, si el error es vencible subsiste el reproche, pues dada la factibilidad de superarlo se tiene aún la posibilidad de obrar de otra manera.*

*3.- Exigibilidad de otra conducta.- Implica que el hecho no haya sido cometido bajo presión extraordinaria que adquiere el carácter de disculpante. Es un elemento que requiere un juicio valorativo por parte del juzgador a fin de determinar en caso concreto, si no existen situaciones de disculpa, tomando en cuenta la normalidad de la motivación y la misma debilidad humana".<sup>191</sup>*

Con estos elementos se dio respuesta al contenido del elemento culpabilidad que fue uno de las críticas que se enderezó en contra de la doctrina de la acción final, pues se afirmaba que dejaba sin contenido a éste elemento dentro de la estructura del delito, situación que como se aprecia, es inexacta, porque ahora gracias al juicio normativo puro se podía dar respuesta a las inconsistencias que las doctrinas que le precedieron presentaron. Esto es así, debido a que ahora se podía determinar que un sujeto que tenía sus capacidades intelectivas y volitivas desarrolladas en forma adecuada y normal para conducirse conforme se lo exige la sociedad, que podía saber que su conducta era contraria a la norma, que debido a las condiciones en que se exteriorizó esa acción, le era exigible actuar en cumplimiento de la norma y que no obstante, opta por su violación permite sustentar el juicio de reproche normativo puro al autor por el acto realizado.

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

<sup>191</sup> Guerrero Agripino L. Felipe (Tesis de Maestría) "Op Cit" p p 51 y 52

### CAPITULO III

## 3 LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO EN EL CAUSALISMO Y FINALISMO.

### 3.1.-En la teoría causalista.

En éste apartado procuraremos establecer los aspectos negativos del delito, es decir, instaurar a la luz, tanto de la sistemática causalista -y la neoclásica-, como de la finalista, aquellos presupuestos que la doctrina ha señalado como impedimentos para que se integre el injusto penal; con ésta visión, pasaremos a estudiar, dentro de la explicación tradicional del delito, el aspecto negativo de cada elemento ya explicado en el capítulo precedente.

#### 3.1.1.-Ausencia de conducta.

Para evidenciar la existencia del aspecto negativo del primer elemento de la estructura del delito, debemos plantearnos, en primera instancia, la existencia o inexistencia del movimiento corporal del sujeto activo y en el caso de que observemos que éste – el movimiento corporal – existe, el paso siguiente será precisar si dentro de él, se presentó o no, *la voluntad*, en caso negativo, se hará evidente la presencia de lo que la doctrina penal ha denominado *la ausencia de la conducta humana*. La determinación del aspecto negativo de éste primer peldaño de la estratificación del injusto penal es de vital importancia, pues el derecho penal solo se ocupa de acciones que resulten penalmente relevantes, de tal manera, que si se presenta el aspecto negativo de la conducta, la acción realizada en esas condiciones, no será relevante para el derecho penal. Por ejemplo:

*“...Si a X se le imputa la muerte de su compañero de cuarto Y, ya que cuando sucedió el hecho ambos se encontraban en la habitación, y se demuestra que X estuvo dormido, en todo momento, entonces, habrá ausencia de conducta, por falta del elemento material o externo, ya que no existieron movimientos corporales por parte de X que le quitaran la vida a Y”<sup>192</sup>*

En consecuencia se puede afirmar que los actos de los seres humanos que carecen de voluntad y por ende escapan a su control, no integran la acción y por ende, su ausencia impide la integración del delito

La doctrina penal, en forma unánime, ha reconocido como aspecto negativo de la conducta a la **Vis absoluta** o fuerza física exterior irresistible proveniente del hombre, a la **Vis maior** o fuerza mayor proveniente de la naturaleza, **los actos reflejos**, por estado de trauma hipnótico y por el sonambulismo:

*“...quien actúa materialmente violentado por una fuerza irresistible no es dueño de su acto material, siendo que cuando resulta forzado por un tercero no es mas que un instrumento de la voluntad de éste. Como señala JESCHECK, puesto que la acción representa la realización de una posibilidad de reacción de que dispone el hombre, la cooperación, al menos potencial, de sus fuerzas psico - espirituales ha de constituir el requisito mínimo del concepto de acción. Según ello, no serán acciones en sentido penal, los actos reflejos puramente somático, en los cuales el movimiento o la falta del mismo son, desencadenados de forma inmediata por un estímulo directamente dirigido al sistema nervioso, los movimientos corporales en*

<sup>192</sup> Monarque Ureña Rodolfo, *Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito*, Editorial Porrúa, México 2000. p 34

estado de in - consciencia ni, finalmente, los efectos producidos por una fuerza irresistible. También JAKOBS observa que los movimientos corporales obtenidos mediante vis absoluta no son acciones y al no poderse responder a la fuerza (irresistible) mediante una contra - actividad no serán tampoco omisiones desde el punto de vista técnico jurídico.<sup>193</sup>

### Vis Absoluta.

Se presenta cuando los movimientos corporales realizados por el activo son ejecutados como consecuencia de que sobre él actúa una fuerza exterior irresistible proveniente de otro ser humano, es decir *sin su voluntad*. Por lo tanto, quien actúa en esas condiciones se convierte en un mero instrumento productor de un resultado que afecta bienes jurídicamente protegidos. Pavón Vasconcelos respecto del tema, sostiene:

*“...En ella, el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad, pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su inactividad, es decir su actuación física, pero no su voluntad, actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla... La vis absoluta o fuerza irresistible supone, por tanto, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevantes para el derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse.”<sup>194</sup>*

El ejemplo que nos proporciona Monarque Ureña puede ilustrarnos:

*“...en un elevado puente, A empuja a B, y éste a su vez por el impulso golpea a C quien cae al precipicio y muere. Evidentemente, si se juzga a B por homicidio, el juez determinará, cuando analice cada uno de los elementos del delito, que existe ausencia de conducta por una fuerza exterior irresistible proveniente de un ser humano (vis absoluta).”<sup>195</sup>*

### Vis maior

En ésta, la actividad o inactividad humana se presenta debido a que sobre el activo ha actuado una fuerza exterior a él, irresistible y proveniente de la naturaleza, ello nos permite diferenciarla de la vis absoluta, porque en ésta, la fuerza irresistible proviene del hombre, mientras que en la vis maior proviene de la naturaleza:

*“la vis maior es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub - humana.*

*En consecuencia, sus elementos son:*

- a) - Una fuerza
- b) - Subhumana
- c) - Física, e
- d) - Irresistible.<sup>196</sup>

<sup>193</sup> Citados por Sandoval Delgado Emiliano, “Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano” Angel Editor, México D F, 2000, P 29

<sup>194</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, “Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general”. Decimacuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1999, P 285

<sup>195</sup> Monarque Ureña Rodolfo, “Op Cit” P 34

<sup>196</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, “Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal” Decimoctava Edición, Editorial Porrúa, México 1999, P 324

Ejemplificando podemos citar el caso de aquel sujeto que encontrándose, conduciendo se automóvil, en pleno periférico, es víctima de un terremoto que destruye el eje vial por el que conduce cayendo su automóvil y él, sobre otro vehículo, que circulaba en la parte inferior del eje vial, produciéndose daños al automóvil y la muerte de su conductor. Nuevamente nos encontraríamos ante una ausencia de conducta pues el activo, no obstante haber provocado daños en la propiedad privada de la víctima e incluso su muerte, no lo hizo por su voluntad sino por una fuerza proveniente de la naturaleza (terremoto que ha anulado su voluntad).

### **Movimientos Reflejos**

Estos se hacen evidentes en el momento que se percibe que el activo desplegó su actuar al encontrarse condicionado por un enervamiento muscular productor del resultado, percibiéndose, en consecuencia, la ausencia de su voluntad en la ejecución del ilícito penal. Lo anterior nos lleva a sostener que el fundamento de éste aspecto negativo de la conducta radica en que para que la conducta humana se presente se deben presentar dos factores en su integración: *la posibilidad de conocer y de querer realizar el resultado* descrito en el Código punitivo. De ahí, que cuando se anulen éstos presupuesto, o uno de ellos -la voluntad-, no se constituya la conducta que la ley penal exige. Es decir:

*“ Los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior no es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores. Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo rompiendo con ello un valioso objeto de cristal.”<sup>197</sup>*

### **Hipnotismo, sueño y sonambulismo**

La doctrina penal ha considerado que éstas constituyen causas que impiden la existencia de la conducta humana, pues la acción u omisión que realiza el activo se lleva a cabo cuando su conciencia se encuentra ausente. De ahí, que se diga:

*“La inconsciencia es cuando se carece del requisito mínimo necesario para la formación de la voluntad, ésta se distingue en tres supuestos: a).- la hipnosis, b) - el sueño y c).- la embriaguez letárgica. ... la primera se da cuando quién hipnotizando al agente domina su voluntad o sin dominarla, hace desaparecer la capacidad de dominio de su propia voluntad, en el segundo supuesto se considera que los actos realizados durante el sueño carecen de conciencia y de voluntad, ... En cuanto a la embriaguez letárgica, constituye el supuesto mas grave de la embriaguez que anula de forma absoluta la capacidad de formación de la voluntad, lo cual, en algunos casos la doctrina trata como trastorno mental transitorio, con la sola excepción de los actos libres en su causa que son provocados voluntariamente por el hombre.”<sup>198</sup>*

Debido al estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño, hipnotismo o sonambulismo, es incuestionable que *existirá ausencia de*

<sup>197</sup> Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito*, Reimpresión de la Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1999, p 14.

<sup>198</sup> Zamora Jiménez Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal* Angel Editor. México 2000 p p 143, 144, 145

conducta aún y cuando su actuar se encuadre en alguna de las descripciones típicas previstas por la ley penal, siendo ello así, debido a que el activo carece del control voluntario de su conducta.

El Código Penal Federal, establece en el Capítulo IV, relativo a las "causas de exclusión del delito", en su artículo 15, lo siguiente: "el delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del Agente."<sup>199</sup>

Esta disposición prevé que pueden presentarse movimientos corporales que produzcan resultados penalmente relevantes, pero que si esos movimientos corporales se realizan *sin la voluntad del activo*, entonces no puede presentarse la existencia de una conducta humana y por ende el primer elemento del delito.

### 3.1.2 Atipicidad

El aspecto negativo del segundo elemento de la estructura del delito, se presenta cuando al encuadrar la conducta desplegada en el mundo fáctico con la descrita en la disposición legal, nos damos cuenta que falta algún o, algunos de los elementos que contempla el tipo. Esto nos lleva irremediablemente a determinar que:

*"El tipo es una descripción que hace el legislador, de determinados eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para proteger uno o más bienes jurídicos"*<sup>200</sup> y la tipicidad es: "la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito"<sup>201</sup>

De ahí, que podamos establecer que la atipicidad se puede presentar en dos formas diversas: cuando no concurren, en un hecho, todos los elementos descritos en el tipo o cuando la ley no ha descrito la conducta, presentándose la ausencia de tipo.

Márquez Piñero, quien cita a Fernando Castellanos, apunta:

*"... hay ausencia de tipo... cuando el legislador no describe la conducta, y hay ausencia de tipicidad (atipicidad propiamente dicha) cuando hay tipo legal pero la conducta no se amolda a él. Además... en toda atipicidad hay falta de tipo, pues si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo."*<sup>202</sup>

La doctrina penal ha sostenido que la Atipicidad puede provenir de:

*"I.- Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto activo. Cuando el código, para la existencia de delitos, exige la concurrencia de determinada calidad en el sujeto activo, por ejemplo: en el ejercicio abusivo de funciones que menciona el artículo 220 del Código Penal exigencia del carácter de servidor público.*

*II.- Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto pasivo. Igualmente se exige en el tipo determinada cualidad en el sujeto pasivo, por ejemplo: infanticidio,.... recién nacido hasta las 72 horas siguientes*

*III.- Ausencia de adecuación en cuanto al objeto. Cuando se exige en el mismo determinada condición (a veces valorativa), expresamente recogida en el tipo; por ejemplo, cosa mueble ajena en el robo, en el caso del artículo 367 del Código penal.*

<sup>199</sup> Colección Penal, Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000, p 4

<sup>200</sup> Marquez Piñero Rafael. "Op Cit" p 210

<sup>201</sup> Ibidem p 211

<sup>202</sup> Ibidem p 232

IV.- Ausencia de adecuación en cuanto al tiempo. A veces el tipo hace expresa referencia a circunstancias temporales; por ejemplo, traición a la patria, declarada la guerra o rotas las hostilidades, en el caso del artículo 123, fracción XV.

V.- Ausencia de adecuación en cuanto al lugar. En otras ocasiones, hay referencias en el tipo en relación con las circunstancias tópicas (es decir de lugar); por ejemplo en despoblados o en parajes solitarios, en el caso del artículo 286.

VI.- Ausencia de adecuación en cuanto a los medios de comisión. Lo mismo ocurre con respecto a la exigencia de un medio comisivo especialmente previsto; por ejemplo, violencia física o moral, en el caso del artículo 265.

VII.- Ausencia de adecuación referente a los elementos subjetivos del injusto. Se trata de referencias a la voluntad del agente (a su animo) o al fin perseguido; por ejemplo, animus difamandi en el caso del artículo 350.

VIII.- Ausencia de adecuación referente a los elementos normativos o antijuridicidad especial. Esta se da en los tipos que delimitan especiales condiciones perfectamente reseñadas en la descripción, Jiménez de Asúa, por ejemplo: sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos permitidos por la ley en el caso del allanamiento de morada, regulado por el artículo 285.<sup>203</sup>

Orellana Wiarco señala, como causas de atipicidad, en la sistemática causalista:

a).- falta del bien jurídico tutelado.

b).- falta de calidad, o de número, en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo

c).- No exista manifestación de voluntad.

d).- No se de el resultado previsto por el tipo.

e).- No exista relación causal;

f).- Por la ausencia de los medios, formas o circunstancias prevista en la ley;

g).- Por falta de las modalidades de tiempo, lugar y ocasión que exija el tipo;

h).- Por falta de objeto material\*.<sup>204</sup>

La atipicidad, como causa de exclusión del delito, se encuentra regulada en el artículo 15 Fracción II, del Código Penal Federal:

"El delito se excluye cuando:

II.- Se demuestra la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate."<sup>205</sup>

Para diferenciar la atipicidad que nos ocupa -tradicional-, de la atipicidad en el finalismo, debemos mencionar que en el desarrollo de éste elemento del delito, se presentó el avance mas significativo que aportó la doctrina de la acción final, pues no sólo se dotó de mayor consistencia y coherencia a los elementos positivos que integran el tipo, sino que, en su aspecto negativo, se amplió en beneficio de los ciudadanos las posibilidades de darse la atipicidad, con lo que se fortaleció la defensa del ciudadano frente a las potestades punitivas del Estado; además de que el *error esencial*

<sup>203</sup> Ibídem 232, 233

\* Con la idea de apuntar algunos ejemplos diremos que para el inciso b) La falta de calidad de "servidor público" en el caso del delito de uso indebido de atribuciones y facultades, en el c) En el caso de Vis absoluta o Vis maior ya reseñado, en el e) Cuando se dispara alguien que un minuto antes a muerto por un infarto, en el f) Por no existir violencia en la violación, engaño en el fraude, en el g) en el de asalto en carreteras o caminos, en el de rapiña, aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan en una catástrofe o desorden publico, en el caso del inciso h) en el homicidio, el cuerpo, en el abigato el animal

<sup>204</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Teoría del Delito" p 24

<sup>205</sup> Colección Penal, Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000, p 4

*insuperable*, que antes debería estudiarse como causa de inculpabilidad, en el finalismo se constituye en causa de atipicidad, dando origen al *error de tipo*. Estos temas los desarrollaremos en el apartado de la atipicidad finalista, por ahora, baste enunciarlos para diferenciarlos de la atipicidad en la teoría causalista.

### 3.1.3. Causas de justificación

El término "causas de justificación" ha provocado que se afirme que si una conducta se encuentra amparada por el derecho no necesita de justificaciones, es decir, que si una conducta es lícita no necesita justificarse, Jiménez Huerta, dice:

*"... que la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse y propone la denominación de circunstancias impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad..."*<sup>206</sup>

No obstante lo anterior y dado que la doctrina y la ley las ha aceptado con el nombre de causas de justificación, en este trabajo las seguiremos denominando igual respecto de ellas, Reynoso Dávila, nos explica:

*"Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho. Es preciso aclarar que no suprimen una antijuridicidad existente, sino que cancelan ab initio el delito, impidiendo que el hecho sea antijurídico. Las causas de justificación son transitivas; los actos justificados son lícitos, y por consiguiente, quienes cooperan en un acto justificado quedan cubiertos por su licitud"*<sup>207</sup>

Monarque Ureña al referirse a sus características, nos dice:

- a).- Deben ser históricas o reales de manera tal que si sólo existen en la mente del autor no hay causa de justificación*
- b).- Deben estar expresa y limitativamente contempladas en la ley, de tal suerte que no pueden existir por encima de las legislaciones penales, ni siquiera en forma suprallegal.*
- c).- Favorecen ega omnes a diferencia de otras excluyentes que sólo aprovechan al autor (exime a todos los partícipes).*<sup>208</sup>

La doctrina ha dividido el estudio de las causas de justificación en dos grandes vertientes: aquellas que se refieren al ejercicio de un derecho y aquellas relativas al cumplimiento de un deber:

*"Dentro de las causas de justificación por ejercicio de un derecho encontramos a la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho en sentido estricto. En las causas de justificación amparadas por el cumplimiento de un deber se ubican la obediencia jerárquica y el cumplimiento de deber en sentido estricto"*<sup>209</sup>

<sup>206</sup> Citado por Reynoso Davila Roberto, "Teoría General del Delito", Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1997, p 97

<sup>207</sup> Ibidem p 97

<sup>208</sup> Monarque Ureña Rodolfo, "Op Cit" p 48

<sup>209</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal. Parte General", p 260



### 3.1.3.1.- Derivadas del Ejercicio de un Derecho: Legítima Defensa.

La defensa legítima, se ha reconocido que constituye una autorización jurídica y por tanto reviste una causa de justificación. De ahí, que Wiarco, la conceptualice como:

*"...el rechazo de una agresión actual, injusta, en la medida necesaria y racional, que tenga por objeto proteger bienes jurídicos del agredido,"<sup>210</sup>*

Un poco mas adelante, citando a Jiménez de Azúa, nos dice:

*"...es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o por tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelela"<sup>211</sup>*

El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las "Causas de Exclusión del Delito" artículo 15, Fracción IV, Párrafo Primero, contempla a la legítima defensa, en los términos siguientes:

*"se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende"<sup>212</sup>*

De ésta disposición legal podemos inferir sus elementos:

**1 Debe existir una Agresión**, Ello implica que la agresión debe de ser autentica, real, es decir que la repulsa de una agresión imaginaria no se encuentra amparada por el derecho y por ende, generaría responsabilidad penal, por eso es que nuestro ordenamiento jurídico exige que la agresión que sufra el activo sea real y a partir de ahí podrá oponer la legítima defensa.

Esta idea se aprecia en Orellana Wiarco, cuando apunta:

*"Esta agresión debe ser autentica, cierta, no supuesta, de tal manera que existan datos objetivos que permitan establecer su existencia, su carácter real, pues de encontrarse sólo en la imaginación de quién reacciona, esa legítima defensa no existe."<sup>213</sup>*

**2 La agresión real debe ser Actual e inminente.** La agresión debe estarse desarrollando en el momento mismo en que se esta oponiendo la defensa, consecuentemente, debe considerarse que "lo actual" es lo presente, esto implica un principio de temporalidad, pues si la agresión ya paso, se genera la venganza y por ende, no puede operar la legítima defensa y, si es para el futuro, se constituye en una amenaza que da base a afrontarla por medios legales. Congruente con lo que venimos exponiendo, en la doctrina penal se ha sostenido que la agresión ha de:

*"Ser actual... contemporáneo del acto de defensa, que no represente una eventualidad más o menos lejana, sino que por estar aconteciendo en el momento puede acarrear prontamente un daño ilícito."*

<sup>210</sup> Idem p 260

<sup>211</sup> Idem p 260

<sup>212</sup> Colección Penal, Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000, p 5

<sup>213</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal" . P 262

Actual es lo presente... si la agresión, existió o sea... ya paso el peligro con que amenazaré para el futuro, es rechazable por medios legales, como acudir al auxilio de las autoridades; si sólo se anuncia para el futuro, constituye más que una agresión una amenaza de agresión y, por lo mismo, puede evitarse por medios legales...

...dicha característica y debe ser pretérita ni futura. Si es pretérita la reacción del agredido no puede constituir en ningún caso legítima defensa, y, a lo sumo, en determinadas circunstancias será una provocación... Si la agresión es futura, se tratará simplemente de una amenaza, y por ello mismo no puede invocarse la legítima defensa para eliminarla...

Además de la actualidad, se refiere a la inminencia de la propia agresión, abarcando con ello los actos inmediatos anteriores a aquel en que la agresión puede actualizarse. Como se infiere, tanto la actualidad como la inminencia de la agresión constituyen referencias temporales íntimamente relacionadas con la repulsa, contraataque o defensa<sup>214</sup>

**3 Debe ser, además, sin derecho.** Este supuesto prevé que la agresión que se esta sufriendo no se encuentra amparada por el derecho, por que de estarlo, seria licita y no podría oponerse la legítima defensa, por tanto, lo que es contrario a la ley, en el caso que nos ocupa: "la existencia de una agresión actual inminente y *sin derecho* da base a oponer la legítima defensa. De ahí que se afirme:

*"Para que la defensa sea legítima es indispensable que la agresión sea ilegítima y que no suponga una acción apoyada y fundada jurídicamente. Significa que es antijurídica, cuando objetivamente aparece que es contraria a las normas jurídicas, lo que resulta lógico, toda vez que si quien agrede, lo hace cumpliendo un deber a su cargo, naturalmente no incurre en una acción ilícita. (Vgr. el actuario que en cumplimiento de su función acude a practicar un secuestro, que el afectado estima un acto de agresión)."*<sup>215</sup>

**4.- Debe poner en peligro bienes jurídicos propios o ajenos.** Este supuesto comprende la posibilidad que da la ley, de oponer como causa de justificación a la legítima defensa respecto de los bienes jurídicos propios o incluso de aquellos que sin serlo, se encuentren sufriendo una agresión real, actual o inminente y sin derecho.

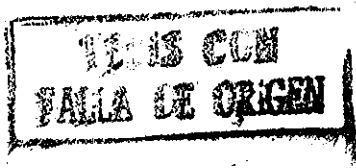
Lo anterior, obedece a la lógica de que el estado como garante de la protección de los bienes jurídicos que tutela, en algunos casos no podrá reaccionar de manera inmediata ante la agresión que los bienes jurídicos están sufriendo y en tal virtud, deja en los particulares la posibilidad establecer una repulsa (rechazo) que debería cumplir con los siguientes requisitos:

**A).- Que el medio empleado en la defensa sea necesario.** Este elemento necesariamente establece un criterio normativo, pues es necesario realizar un ejercicio intelectual que nos permita apreciar si el medio empleado en el momento mismo del evento fue necesario. Idea que explica Díaz de León en los siguientes términos:

*"...alude a la situación del caso concreto y personal del agente que repele la agresión sin derecho, quien en tal supuesto no debe tener otra alternativa de acción distinta a la realizada, ó sea que no estuviese de alguna manera obligado a*

<sup>214</sup> Navarrete Rodríguez David. "Comentarios Doctrinales, Jurisprudenciales y Legislativos al Código Penal del Estado de México". Angel Editor, Tomo I, México 1998, P 194

<sup>215</sup> Malo Camacho Gustavo. "Derecho Penal Mexicano" Tercera Edición, Editorial Porrúa. México 2000, p 417



*actuar de manera menos perjudicante o lesiva en sustitución de la conducta típica desplegada*<sup>216</sup>

Con la idea de ilustrar lo que venimos apuntando, es importante establecer que si:

*"...una persona propina un golpe ligero, que dadas las circunstancias del caso no amente contestar porque ni su integridad física, ni su honor, o algún otro bien jurídico corra riesgo, pudiendo acudir a otros medios legales par solucionar esa agresión."*<sup>217</sup>

El supuesto marcado por la ley es que la persona que ha sufrido la agresión, nos se encuentre en tal estado que su integridad física, su honor o algún otro bien jurídico pueda sufrir riesgo, es decir que la agresión sea de tal magnitud que permita al ofendido atender a otros medios que la ley pone a su disposición para resolver la agresión que sufrió, piénsese en quién al recibir un golpe en la cara y al no seguir siendo golpeado, puede acudir al representante social para ponerle en conocimiento la noticia criminis y mas tarde le clasifican la lesión como de aquellas que no requieren hospitalización y tardan en sanar menos de quince días. En definitiva la esencia de la agresión a la que se refiere este apartado, debe permitir que el agredido pueda atender a otros procedimientos que la ley pone a su disposición para resolver ésa situación. De ahí, que el requisito que nos ocupa, debe ser valorado normativamente por el juez tomando en consideración el caso concreto y, determinar si quién actuó repeliendo esa agresión injusta, no pudo actuar de manera distinta a como lo hizo en cuyo caso se cumplimentará éste primer elemento.

### **B).- Racionalidad en los medios empleados**

Para atender a la racionalidad del medio empleado es necesario realizar un juicio que permita apreciar la contraposición que existe entre la necesaria defensa del agredido y las condiciones reales en que el agresor actúa y que permitirán determinar la racionalidad de los medios empleados en la defensa. Es decir:

*"la proporción del medio utilizado de defensa, debe ser proporcional al daño que la agresión pueda causar. Si A se mete al jardín de B para robarle la manguera, y B saca una Uzi y da muerte a A de 50 tiros en la cabeza, es obvio que no existe racionalidad en el medio utilizado por B, ya que hubiera bastado que sometiera físicamente o incluso con golpes a A."*<sup>218</sup>

### **C).- No debió dar lugar a la agresión en forma dolosa**

Este requisito, me parece que no requiere de mayor explicación porque si quien aduce repeler una agresión real actual e inminente, pero dio motivo o base para que ésta ocurriera, no puede verse beneficiado en su defensa con la excluyente de responsabilidad que nos ocupa, así por ejemplo:

*"... Puede suceder que un sujeto tilda de cobarde a otro precisamente para que éste lo agrede y así poder "rechazar" esa agresión, su actuar no puede quedar legitimado. La ley al utilizar el término "provocación suficiente", permite establecer que la provocación debe ser de una magnitud que suponga la necesidad de la agresión; por ejemplo: si el sujeto agredido se ha concretado a recriminar algún*

<sup>216</sup> Díaz de León Marco Antonio, 'Código Penal Federal con Comentarios' tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1998. p 37

<sup>217</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, 'Op Cit' p 263

<sup>218</sup> Monarque Ureña Rodolfo, 'Op Cit' p 56

*proceder al agresor, que racionalmente no debería dar lugar a una agresión, de ocurrir, su rechazo sí se ubicaría en el supuesto de la legítima defensa.*<sup>219</sup>

### **Legítima Defensa Privilegiada**

El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las "Causas de Exclusión del Delito" artículo 15, Fracción IV, Párrafo Segundo, contempla a la legítima defensa Privilegiada, en los términos siguientes:

*"se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quién por cualquier medio trate de penetrar sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a las 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 algunos de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión."*<sup>220</sup>

Se aprecia con claridad que para que opere la presunción, -que como tal admite prueba en contrario-, se debe provocar un daño a quién trate de penetrar en el hogar propio, al de la familia, sus dependientes o las de cualquiera que tenga la obligación de defender o cuando la presencia del extraño revelen circunstancias que denoten la probabilidad de una agresión. De lo anterior, se puede deducir que el daño a que se refiere la ley no se encuentra expresamente determinado, es decir, que el daño puede consistir en lesiones e incluso la muerte del extraño y si se acreditan los extremos de la presunción que establece la ley operará en favor de quien tenía la obligación de actuar en la defensa de su hogar, de su familia, etc. Jiménez Huerta, apunta:

*"Mariano Jiménez Huerta dice: "La presunción que en estos casos la ley establece sobre la necesidad de la defensa no admite, una vez acreditadas las bases fácticas sobre las que se apoya la presunción, prueba en contrario; si esta prueba fuera admitida quedaría desvirtuada la ratio legis de la presunción. Sin embargo es admisible la prueba en contrario que verse sobre la artificiosa creación de las bases realistas sobre las que la presunción se apoya; cuando se pruebe que el inculpado ha provocado con engaños la realización de la conducta que sirve de base a la presunción con el propósito de eliminar a una persona pretextando ejercitar una defensa legítima, la presunción carece de sustento fáctico, pues no existe una situación de peligro"*<sup>221</sup>

### **Legítima Defensa Putativa**

En ésta el agredido *crea erróneamente* estar repeliendo una agresión actual inminente, sin derecho, y por ende considera que su actuación se encuentra amparada por la ley. Ésta situación de creer estar actuando amparado en la ley y que su conducta es lícita, para el finalismo destruye la consciencia de la antijuridicidad y por tanto puede dar origen a lo que se ha denominado como el *error de prohibición*. Por eso Monarque Ureña nos proporciona la siguiente explicación:

*"La legítima defensa putativa o imaginaria, es denominada así por la doctrina, aunque no es una legítima defensa propiamente dicha, por no revestir todos los elementos que esta institución exige. En la legítima defensa putativa, la agresión que el agente repele, no es real Vgr. A queriendo jugarle una broma a B, se*

<sup>219</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto. "Op Cit", México 1999, p 264

<sup>220</sup> Colección Penal, Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000. p 5

<sup>221</sup> Citado por Reynoso Dávila Roberto. "Op Cit" p p 138, 139

*disfraza con una mascara y actúa como si fuera a clavarle un puñal, mismo que es de juguete; B atemorizado se defiende con una pistola y da muerte a A, percatándose posteriormente que el enmascarado era su amigo. En la especie, la agresión que sufrió B no era real, ni mucho menos corría peligro alguno, si bien es cierto a B no le asistía una causa de justificación (legítima defensa) si le ampara una excluyente de culpabilidad...*<sup>222</sup>

### Estado de Necesidad

Sandoval Delgado nos dice:

*"En una primera aproximación, siguiendo a PUMPIDO FERREIRO define al estado de necesidad como "Aquella situación en que se encuentra un sujeto en la que, para evitar la destrucción o lesión de un bien jurídico propio o ajeno no tiene otra alternativa que destruir o lesionar un bien jurídico distinto de un tercero o dejar de cumplir con un deber que le era exigible"*<sup>223</sup>

Monarque Ureña, sostiene que existe:

*"cuando se presenta una colisión o choque de bienes o valores de distinta jerarquía, en el cual se sacrifica el de menor valor."*<sup>224</sup>

El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las "Causas de Exclusión del Delito" artículo 15 Fracción V, contempla el estado de necesidad, en los términos siguientes:

*"Se obra 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 legales y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo"*<sup>225</sup>

De ahí, que podamos sostener que sus elementos sean:

#### **A) La existencia de un peligro real, actual o inminente**

Este requisito nos determina la existencia de una amenaza real, actual e inminente de una situación que puede causar daño a cualquiera de los bienes jurídicos de los cuales es titular la persona. Es decir:

*"...Peligro real es el que objetivamente existe, el que no es imaginario, de donde la apreciación de este requisito impone al juzgador el examen objetivo del caso. El peligro ha de ser también inminente... y por último ha de ser grave... la inminencia, que significa contemporaneidad entre peligro y necesidad de impedir que se objetiva en daño, da nueva naturaleza objetiva a la excluyente."*<sup>226</sup>

Pavón Vasconcelos nos dice que

*"...La gravedad establece un criterio de valoración para determinar el funcionamiento de la causa de justificación para construir, en algunos Códigos, la figura del exceso. Tal carácter se vincula con las circunstancias concretas de*

<sup>222</sup> Monarque Ureña Rodolfo, 'Op Cit' p p 58, 59

<sup>223</sup> Citado por Sandoval Delgado Emiliano, 'Op Cit' p 171

<sup>224</sup> Monarque Ureña Rodolfo, 'Op Cit' P 60

<sup>225</sup> Colección Penal. Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000, p 5

<sup>226</sup> Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl, 'Código Penal Anotado', Décima séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1993 p p 114, 115

hecho y la peculiar situación del sujeto, las cuales en cada caso serán apreciadas por el juez, desde un punto de vista objetivo, para hacer funcionar o excluir la integración del estado necesario.<sup>227</sup>

### **B) Que el peligro recaiga sobre bienes jurídicos**

Los bienes jurídicos nos dice Monarque Ureña:

*“...abarcan todos los intereses que la ley protege al individuo: la vida, la integridad corporal, el honor, el patrimonio, etcétera.”<sup>228</sup>*

### **C) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente por el agente**

Cuando se establece que el peligro no haya sido provocado dolosamente, se infiere que el peligro que se generó no fue provocado por quién pretende luego beneficiarse de la excluyente para lograr su impunidad. La doctrina nos establece en torno al requisito que hoy nos ocupa:

*“...se provoca voluntariamente una situación peligrosa cuando de propósito la creamos, como cuando pusimos en la sentina del viejo vapor el aparato explosivo para destruir la nave y cobrar la prima del seguro, si luego, inesperadamente, y por haber sido tardía o anticipada la explosión del artefacto, nos hallamos en peligro. No podría, en tal caso, alegarse un estado de necesidad, para arrojar de la tabla capaz para uno solo al primer naufrago que en ella se amparó. En cambio, no se nos inhabilita el estado de necesidad si culposamente originamos la situación. El que un día roba un panecillo para no morir de hambre, no importa que, por haber dilapidado su fortuna, se coloca en la miseria culposamente. La frase no haber provocado intencionalmente la necesidad, e incluso la de no haber dado voluntariamente causa a ella, debe entenderse en sentido intencional de creación de conflicto.”<sup>229</sup>*

### **D) Que se lesione otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado**

En el presente requisito se aprecia la exigencia de atender al valor del bien jurídico sacrificado y ése bien necesariamente debe ser o igual o de menor valor al sacrificado, en cuyo caso la excluyente operará. Lo anterior es así, debido a que si se pensará en que el bien jurídico sacrificado fuera de mayor valor, se:

*“...constituyen el triunfo del egoísmo primitivo y falta de respeto al derecho ajeno y a la solidaridad social, es inútil buscar una excluyente de responsabilidad o una excusa que no existe.”<sup>230</sup>*

para evitar lo anterior es que se ha adoptado el criterio de que el bien jurídico sacrificado sea de igual o menor valor, pues ello, sin duda alguna, nos resuelve un problema que necesariamente se reflejaría en el juicio del juzgador al momento de analizar el caso concreto y permite dejar de lado, criterios que no se ajusten a esta exigencia legal. De ahí, que se afirme:

<sup>227</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *“Manual de derecho Penal mexicano”* p 367

<sup>228</sup> Monarque Ureña Rodolfo, *“Op Cit”* p 63

<sup>229</sup> Jiménez de Azúa Luis *“La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal”* Tercera edición, Argentina 1958, P 311

<sup>230</sup> Castellanos Tena Fernando, *“Las Causas de Justificación en la Reforma Penas”*, publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, Academia Mexicana de Ciencias Penales, en *“Homenaje al Maestro Celestino Portet Petit Candaudap”* México 2000, p 132

*"... que frente a bienes patrimoniales, los bienes relativos a la vida e integridad corporal son de superior jerarquía (no es aceptable que por salvar de un siniestro una valiosa pieza de arqueología se sacrifique una vida humana)"<sup>231</sup>*

Respecto de la valoración de los bienes Jurídicos, podemos apuntar que el estado se ha preocupado por proteger diversos bienes jurídicos que por ser valiosos para la convivencia del grupo social, requieren de su intervención y de su protección, sin embargo, lo que no se puede evitar es que determinados bienes Jurídicos, al momento de externar acciones en el mundo fáctico, propicien situaciones en que dos bienes jurídicas protegidos por la ley se encuentran en conflicto, lo que nos obliga a establecer, cual de ellos es de menor o igual valor al sacrificado, para poder cumplimentar la exigencia legal que nos ocupa y pueda operar la excluyente del estado de necesidad.

Mezger, en torno a lo aquí apuntado nos proporcione el siguiente ejemplo:

*"... cuando el embarazo acarrea un estado en el que la no intervención del médico costaría la vida de la mujer, pero en el que la intervención del mismo salvaría la vida de la madre, traerla como consecuencia la destrucción del feto... todos los bienes jurídicos son encarnaciones de valores de naturaleza jurídica y que estos distintos valores aparecen entre sí en una determinada valuación valorativa. El valor de menor importancia debe ceder el paso al más relevante; por tanto, la decisión y solución del conflicto yace en un principio general de valuación de los bienes jurídicos."<sup>232</sup>*

#### **E) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial**

Este requisito, sin lugar a dudas, no permite la existencia de otro medio que no sea el sacrificio del bien jurídico de igual o menor valor, debido a que nos acota los extremos en cuales se presenta el estado de necesidad. Es decir, señala que no debe existir otro medio y de existir debe ser menos perjudicial -sacrificio de uno de los bienes-, es decir, nos obliga a realizar el sacrificio de unos de los bienes jurídicos protegidos necesariamente en las condiciones que la ley prevé. Ésta idea se aprecia en Pavón Vasconcelos cuando nos dice:

*"La exigencia legal hace inevitable el uso del medio y la lesión del interés ajeno, lo cual significa imposibilidad de superar el peligro de manera diversa"<sup>233</sup>*

#### **F) No se debe estar legalmente obligado a soportar el mal**

Este aspecto reviste vital importancia en atención a que determinados servidores públicos debido a la naturaleza de su actuación se ven obligados a enfrentar constantemente situaciones en que necesariamente se encuentra en peligro de perder su vida o de sufrir daño en sus bienes jurídicos, situación que se aprecia en el comentario de Monarque Ureña, cuando apunta:

*"Existen casos en que por el cargo o empleo de una persona, esta obligado a afrontar ciertos eventos que podrían causarle un daño en sus bienes jurídicos. Es el caso de los policías, bomberos, capitanes, de barco, etc."<sup>234</sup>*

<sup>231</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal* P 268

<sup>232</sup> Citado por Navarrete Rodríguez David. *Op Cit* 207, 208

<sup>233</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de derecho Penal mexicano* p 369

<sup>234</sup> Monarque Ureña Rodolfo, *Op Cit*. Editorial Porrúa, México 2000, P 64

En ese orden de ideas habría que decir que en el caso de La Ley de la Policía Federal preventiva, el artículo 12 fracción II, establece:

*"Artículo 12*

*Serán deberes de los miembros de la policía Federal Preventiva:*

*II. Prestar auxilio a las personas amenazadas por algún peligro o que hayan sido víctimas de algún delito, así como brindar protección a sus bienes y derechos*

<sup>235</sup>

Existe pues la obligación impuesta por la ley de soportar un posible mal en el cumplimiento de un deber como puede ser el de *prestar auxilio* a las personas, amenazadas por un peligro, situación que puede desembocar en que el integrante de la policía federal preventiva también afronte una situación de peligro, circunstancia que la ley contempla como parte de sus deberes.

### **Ejercicio de un Derecho.**

El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las "Causas de Exclusión del Delito" artículo 15 Fracción VI, contempla el Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legal, en los términos siguientes:

*"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 que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro,"<sup>236</sup>*

De lo preceptuado por la ley me parece que es importante determinar algunas consideraciones, tales como el hecho de que se reafirma el carácter lícito de la conducta -acción u omisión-, porque finalmente quién cumple con un deber jurídico, cumple con la ley y quien ejerce un derecho, realiza una conducta permitida. Por otra parte, se prevé que ésta conducta solo se puede llevar a cabo mediante una acción o una omisión, situación que no escapa a la crítica, puesto que pudiera haberse dicho que se llevarían a cabo mediante la conducta del ser humano, sin necesidad de precisar que sería a través de la acción u omisión.

Carranca y Trujillo nos dice:

*"La conducta que se ampara en un derecho consignado en la ley es, asimismo, afirmación de la ley y no puede ser antijurídica. El derecho para que esté amparado en la ley, debe, ser ejecutado en la vía que la misma ley autorice... en la expresión "la ley" quedan comprendidos no sólo todo ordenamiento jurídico procedente del poder legislativo conforme a sus facultades constitucionales, sino toda disposición legiferante del poder administrativo"<sup>237</sup>*

Monarque Ureña, respecto del fundamento del ejercicio de un derecho, sostiene:

*"El fundamento es el reconocimiento estatal respecto de determinadas actividades, oficios o profesiones y en el desinterés estatal de castigar.*

*El estado considera como legítimos el ejercicio de ciertas profesiones como la medicina, en la que para ejercerla se requiere la ejecución de lesiones quirúrgicas; se exige que este tipo de actividades se realicen con una autorización estatal que sería el equivalente a una cédula profesional, pero que además medie el*

<sup>235</sup> Multi Agenda Penal, *Ley de la Policía federal Preventiva*, Ediciones fiscales ISEF, México 2001, p 5

<sup>236</sup> Colección Penal, Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000, P 5

<sup>237</sup> Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl, *"Código Penal Anotado"* p 118



*consentimiento de la persona que va a ser sometida a la intervención; el consentimiento puede ser expreso o tácito: expreso cuando el propio enfermo autoriza al médico para que lo intervenga quirúrgicamente y es presunto en aquellos supuestos en los que por inconsistencia o imposibilidad material se presume que el enfermo otorgaría el consentimiento; por ejemplo: en el caso de un individuo accidentado e inconsistente que necesite atención médica urgente, el médico presumirá que el paciente consentiría en la intervención.*

*Igualmente se da el ejercicio de un derecho en las actividades deportivas, generalmente, en aquellas de contacto físico, como el fútbol, box, Karate, etc. La justificación viene porque el Estado consiente este tipo de eventos y porque existe consentimiento de las partes para practicarlos.<sup>238</sup>*

En principio estamos de acuerdo con lo que en líneas precedentes se establece aunque existen algunos casos en que la solución no está del todo clara, simplemente habría que decir que existen algunos grupos que no aceptan por ejemplo transfusiones de sangre debido a que su religión no se los permite, en éste caso habría que preguntarse si el médico que teniendo la autorización legal para ejercer su profesión puede intervenir en una persona que tenga ésta religión y realizar una transfusión sanguínea en el paciente que se encuentra en peligro de muerte, sobre todo cuando el paciente ha manifestado expresamente su voluntad de que ésta transfusión no se le realice. Lo que en realidad estamos planteando es ¿hasta donde el ejercicio de un derecho debe llegar?, en otras palabras ¿hasta donde el médico puede ejercer su profesión para salvar vidas en los casos como el que hemos reseñado?. El problema dista mucho de ser de una rápida solución, sin embargo me parece que tendríamos que atender a la pirámide kelseniana para por lo menos delinear un punto de vista que no tienen otro objetivo que el doctrinal y en este tenor, tendríamos que decir que la constitución tienen una mayor jerarquía que las leyes, incluso Federales, así el artículo 24 de nuestra ley fundamental señala:

*"Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley"<sup>239</sup>*

### **3.1.3.2.- Derivadas del Cumplimiento de un Deber.**

#### **Obediencia Jerárquica**

Para que opere esta excluyente de responsabilidad el inferior debe estar obligado, en virtud de esa relación de jerarquía, a obedecer. Ésta excluyente puede apreciarse con mayor precisión en el caso de la disciplina militar, pues cuando un general le ordena al subordinado que por ejemplo, dispare en contra de un civil, el soldado puede tratar de resistirse a cumplir la orden por ir en contra del derecho, no obstante esa situación, si el superior vuelve repetir la orden e incluso le pone la pistola en la cabeza al subordinado para que sea obedecido, el soldado que cumple la orden privando de la vida al civil, podrá invocar en su favor la excluyente de responsabilidad de obediencia jerárquica, excluyente que en el caso del superior jerárquico no operaría, porque éste sí sería responsable de su orden y del efecto con ella se provocó. En congruencia con ésta idea, Orellana Wiarco, nos explica:

<sup>238</sup> Monarque Ureña Rodolfo, "Op Cit", P P 67, 68

<sup>239</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 131ª edición. México 2000 p 22

*"... la obediencia jerárquica la podemos considerar una especie de cumplimiento de un deber legal, pues para que la obediencia jerárquica pueda considerarse como causa de justificación debe existir entre el sujeto superior y el sujeto inferior un deber legal que obliga a éste a obedecer las órdenes que dicte aquél.*

*El cumplimiento a la orden dictada por el superior jerárquico; en caso de que resulte ilegal, típica, no resultará antijurídica para quien obedece, pues cumple ordenes, está obligado a la obediencia jerárquica, será en todo caso el superior el que deba responder de las consecuencias del cumplimiento de la orden que dictó.<sup>240</sup>*

### **Cumplimiento de un Deber**

En principio habría que decir que para que opere el cumplimiento de un deber, debe estar en la ley, lo que desde luego ya destruye cualquier carácter antijurídico de la conducta, pues lo que el derecho determina como un deber para las personas y éstas, finalmente lo ejecutan, no hacen mas que cumplir con la ley. Para entender ésta afirmación simplemente habría que referir lo que la doctrina en torno al tema nos ha dicho:

*"...Para Malo Camacho el cumplimiento de un deber legal se ubica dentro de la normatividad en la tipicidad y no como aspecto de la antijuridicidad. La Suprema Corte la considera una causa de justificación. Así por ejemplo, si la ley puede imponer la pena de muerte, y ésta se decreta por un tribunal, el verdugo que priva de la vida al condenado, realiza una conducta típica, pero no antijurídica, porque esta cumpliendo con una obligación legal derivada de su función; de igual modo no comete el delito de robo el actuario de un juzgado que en acatamiento de una orden dictada por el juez, embarga y secuestra un bien mueble, pues el apoderamiento de ese bien fue en acatamiento de un deber legal.<sup>241</sup>*

### **3.1.4 Inculpabilidad**

Antes de comentar las causas de inculpabilidad, de manera general siguiendo la exposición de Monarque Ureña-, reseñare lo que la doctrina ha sostenido en torno a la inimputabilidad y la inculpabilidad:

*"... existen diferencias notables entre las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad. En las primeras el sujeto es incapaz; se encuentra, por su minoría de edad, impedido psicológicamente para comprender la significación del acto realizado, o teniendo la edad legal requerida para llegar a la madurez mental, actúa inconscientemente. En cambio el inculpa obra conscientemente, pero sin dañada intención.<sup>242</sup>*

Lo anterior, nos da pauta para determinar las causas de inimputabilidad, pero entendidas dentro de la explicación mas tradicional del delito, es decir, habría que decir que *para el causalismo clásico, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad*, de tal manera que, cuando se aborda el aspecto negativo de ésta, se deberá hacer alusión a ésta circunstancia, es decir que si de acuerdo al análisis que se realice, se llega a definir que se integra alguna causa de inimputabilidad, ya no habrá necesidad de entrar al análisis de la culpabilidad clásica -entendida como la relación psicológica que une al autor con su acto en forma de dolo o de culpa-

<sup>240</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal ..." p p 270, 271

<sup>241</sup> Citado por Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal ..." p 270

<sup>242</sup> Monarque Ureña Rodolfo, "Op Cit" P P 67, 68

Derivado del anterior acotamiento vamos ahora a enunciar -genéricamente- las posibles causas de inimputabilidad que determinan el aspecto negativo de éste presupuesto de la culpabilidad.

La doctrina penal ha sostenido que la inimputabilidad, abarca la *minoría de edad*, la *Inimputabilidad disminuida* y las *acciones libres en su causa*.

Por lo que se refiere a la *minoría de edad*<sup>243</sup>, nuestra legislación penal, ha determinado que la capacidad penal o si se quiere, la edad para fincar la responsabilidad penal, es de 18 años, es decir, que con éste criterio solo se atiende al tiempo transcurrido de vida del sujeto y se deja de lado el aspecto de determinación de comprensión y madurez de su actuar antijurídico, de ahí, que pudiéramos establecer una presunción -por su puesto no operable en todos los casos- en el sentido de que quien cumple la edad referida, tiene la capacidad de entender y querer para el causalismo y para el finalismo la capacidad de comprender y conducirse de acuerdo con esa comprensión. Aunque nos ocuparemos un poco mas adelante de éste aspecto subjetivo que determina la inimputabilidad, por ahora volvamos a la edad penal.

Es incuestionable, por otra parte que los menores de dieciocho años son inimputables para el Código Punitivo y en éste supuesto, deberá estarse a lo que establece el Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 500 a 503. El primero y el último nos dicen:

*"Artículo 500. En los lugares donde existan tribunales locales para menores, éstos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años, aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas.*

*Artículo 503. En todo lo relativo al procedimiento, medidas y ejecución de éstas, los tribunales federales para menores y las demás personas y autoridades que deban intervenir, se ajustarán a lo previsto en la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito federal"*<sup>244</sup>

Ello ya nos determina que los menores no cometan delitos sino infracciones y que el procedimiento a seguir será diferente al que se aplica a los que gozan de capacidad penal, consecuentemente para el causalismo al determinar que un sujeto no tiene la edad penal que exige la ley -18 años-, aparece en consecuencia una causa de inimputabilidad y por ende no es necesario entrar al análisis de la culpabilidad y el delito no se integra

El segundo aspecto que habrá de atenderse como causa de inimputabilidad es aquel que incide en el aspecto psicológico -en la capacidad de entender y querer (causalismo) o, en la capacidad de comprensión y de conducirse conforme a ella (Para el finalismo-, por padecer el activo al momento de realizar el hecho típico *trastorno mental o desarrollo intelectual retardado*. Por ejemplo:

*"... la esquizofrenia, enfermedad psíquica que provoca que el sujeto se desconecte de la realidad, tal padecimiento provoca trastorno mental que anula la capacidad del autor de comprender la naturaleza de sus actos, caso distinto puede resultar el del psicópata que puede comprender lo ilícito de su conducta pero que no puede conducirse de acuerdo al conocimiento de esa ilicitud, pues este padecimiento, para algunos, anula su capacidad de voluntad"*<sup>245</sup>

<sup>243</sup> Para un mayor desarrollo del tema ver la obra de Pavón Vasconcelos Francisco, "*Inimputabilidad e Inimputabilidad*", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1993

<sup>244</sup> Multi Agenda Penal, "*Código Federal de Procedimientos Penales*", Ediciones fiscales ISEF, México 2001, p 96

<sup>245</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "*Curso de Derecho Penal...*" p 286

Ahora bien, para poder determinar el *trastorno mental* debemos acudir a los dictámenes de los especialistas (peritos), pues finalmente serán ellos los que proporcionarán su conocimiento especializado que permitirá al juez darlo por acreditado o no, al momento de la comisión del ilícito

Esta causa de exclusión del delito la encontramos regulada en el Artículo 15, fracción VII del Código Penal Federal, que establece:

*"Artículo 15. El delito se excluye cuando:*

*VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado,."*<sup>246</sup>

Por lo que se refiere al *desarrollo intelectual retardado*, (la imputabilidad disminuida), me parece que en primer lugar deberemos conocer que es lo que debemos entender por ella, así podemos afirmar que ésta radica:

*"...en que el sujeto por su condición psicológica al momento de realizar la conducta delictiva, no alcanza los parámetros médicos o psicológicos que se consideran normales, pero que se ubican en zona limítrofe a esos parámetros, es decir sus capacidades se encuentran afectadas, pero no anuladas."*<sup>247</sup>

El Código Penal Federal en su artículo 69 Bis, nos dice:

*"... Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, solo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de éste Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido..."*<sup>248</sup>

Derivado de lo anterior, podemos afirmar que la imputabilidad disminuida, se encuentra perfectamente regulada en nuestra legislación penal en donde se aprecia que existe una penalidad atenuada si se acredita su existencia.

De ahí que se afirme que el aspecto negativo de la imputabilidad abarque el padecimiento de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado o en su caso tener una edad menor a 18 años, ésta última con la excepción que líneas arriba ya se señaló. Las acciones libres en su causa (*Acciones liberae in causa*) Encuentran su regulación en el artículo 15 fracción VII que como lo venimos exponiendo regula las causas de *inimputabilidad*, sin embargo también prevé que esta no operará si *el activo se provocó en forma dolosa o culposa el trastorno mental*, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible. Un ejemplo pudiera ilustrarnos de mejor manera, piénsese en el caso hipotético, de aquel sujeto que harto del maltrato de su mujer decide embriagarse para matarla, si bien, se puede afirmar que el sujeto al momento de cometer su acción delictiva se encontraba en estado de inimputabilidad la doctrina penal nos ha enseñado que debemos remontarnos al momento que siendo consciente de su voluntad y de su finalidad decide ponerse en estado de embriaguez para cometer el acto ilícito

<sup>246</sup> Multi Agenda Penal, 'Código Penal Federal', Ediciones fiscales ISEF, México 2001, p 4. 5

<sup>247</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal ..." p 284

<sup>248</sup> Multi Agenda Penal, 'Código Penal Federal' Ediciones fiscales ISEF, México 2001 p 19.

Con el desarrollo alcanzado con la teoría Neoclásica la imputabilidad deja de ser un presupuesto de la culpabilidad y se convierte junto a otros requisitos *-dolo y culpa y la no exigibilidad de otra conducta-*, en elemento de la culpabilidad.

Con la idea de no volver a ocuparnos de la inimputabilidad como uno de los elementos que no permite la integración de la culpabilidad neoclásica, dado que ya lo abordamos, en términos generales líneas arriba, a continuación nos ocupamos de las causas que inciden sobre el dolo y la culpa, y que dan origen al tratamiento de la *teoría del error en el sistema Causalista*.

El causalismo se ocupa del estudio del contenido de la voluntad en el elemento culpabilidad, en sus dos especies dolo o culpa; consecuentemente, las causas de inculpabilidad serán aquellas que destruyan o impidan que éstos elementos se presenten. Respecto de las causas de inculpabilidad por error, Orellana Wiarco, nos dice:

*"...Si aceptamos que el dolo requiere la representación y previsión del hecho; la falta del conocimiento o de la voluntad en la realización del hecho típico, de ser esencial o fundamental, destruyen el dolo; o bien, si la culpa exige la previsibilidad y la infracción de un deber de cuidado, si tal previsibilidad no fue posible que el sujeto la tomará en cuenta o no le fue factible obrar con el debido cuidado, puede presentarse alguna causa de inculpabilidad que anula la culpa. Para el sistema causalista la falsa representación de la realidad puede dar lugar al error respecto al hecho o conducta que el sujeto realiza y con ello se puede dar lugar a una inculpabilidad por error; así aparece la teoría del error."<sup>249</sup>*

Aunque debe aclararse, que por lo que hace al error de derecho, el causalismo no le reconoció efectos jurídicos bajo el principio de que *la ignorancia de la ley a nadie excluye de su cumplimiento*, consecuentemente, sólo nos ocuparemos del *error de hecho*, dejando para el estudio de la atipicidad *-cuando veamos las causas de atipicidad para el finalismo-*, el *error de tipo* que finalmente permitió reconocer en nuestra legislación la vigencia del *error iuris nocet* :

#### 3.1.4.1 Error de hecho

Para entrar al estudio del error de hecho y de sus efectos, me parece importante señalar que al error tradicionalmente se le ha considerado como *una falsa apreciación de la realidad*. Y así se le ha estudiado dentro de la doctrina penal.

Monarque Ureña, en relación al error dice:

*"El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. A su vez el error esencial se clasifica en error invencible y error esencial vencible. El error de hecho accidental, por su parte, se clasifica en error en el golpe (aberratio ictus y error en la persona (aberratio in persona))."<sup>250</sup>*

Roberto Reynoso, respecto al **error esencial y accidental**, nos dice:

*"El primero es el que recae sobre elementos constitutivos (esenciales) del tipo que el sujeto realiza o sobre la significación antijurídica de la conducta. El segundo el que versa sobre elementos no constitutivos del tipo (accidentales)."<sup>251</sup>*

<sup>249</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, 'Curso de Derecho Penal ... p 323.\*

<sup>250</sup> Monarque Ureña Rodolfo, 'Op Cit' p 68

<sup>251</sup> Reynoso Davila Roberto. 'Op Cit' p 265

Respecto del *error esencial* podemos decir que existen dos clases el *invencible*, que se presenta cuando el activo al momento de desplegar su actuar ilícito cree fundamente que su obrar es lícito, lo que origina que se presenten los llamados "estados putativos" -legítima defensa putativa, estado de necesidad putativo, obediencia jerárquica putativa, etc-, simplemente debemos citar el caso -que reseña Orellana Wiarco-, de quien siendo velador y al momento de realizar su ronda nocturna con su perro y al recorrer una avenida que circunda su lugar de trabajo, donde se han registrado asaltos en días anteriores, intempestivamente se encuentra con tres sujetos, que en la obscuridad van hacia él, por lo que les marca el alto y al no obedecer suelta a su perro, escuchándose un disparo por lo que saca su arma para defenderse y dispara contra las tres figuras percatándose que una se desploma y las otras huyen en la oscuridad, posteriormente recoge a su perro y continúa con su trabajo. Más tarde, le informan que el disparo que realizó mató a uno de los tres sujetos y que los tres sujetos habían declarado que ellos dispararon porque al momento de encontrarse con un sujeto en las sombras de la noche éste los agredió soltándoles un perro y ellos dispararon al aire, para asustar al animal, pero el sujeto mató a uno de sus amigos y ellos salieron corriendo. En este ejemplo se argumenta, que opera el *error esencial invencible* y por lo tanto se *destruye el dolo* y no se integra la culpabilidad.

Por lo que se refiere a las llamadas eximente putativas, Monarque Ureña nos dice:

*".....Bajo este título, se reconoce en la doctrina a la creencia errónea consistente en estimar que se está actuando al amparo de una causa de justificación. Se puede creer por ejemplo, que se está ejerciendo la legítima defensa, sin que exista una agresión real, también se presenta en el estado de necesidad, en el ejercicio de un derecho, en el cumplimiento de un deber, y en el impedimento legítimo"*<sup>252</sup>

Es incuestionable por otra parte, que este *error llamado esencial de hecho*, la creencia de estar actuando conforme a la ley, es retomado por el finalismo pero como lo que llamó, *conciencia de la antijuridicidad*, que impide la integración del juicio de reproche normativo puro al activo, como más adelante lo veremos. Respecto de ello Pavón Vasconcelos, explica:

*"En consecuencia, si acogiéramos la teoría alemana, las eximentes putativas, estimadas tradicionalmente como errores de hecho, caerían dentro del llamado error de prohibición indirecto, pues el mismo recae sobre la antijuridicidad del hecho, dado que teniendo plena conciencia de que su actuar y la consecuencia causal del mismo es típica, el sujeto cree por error insuperable que le está permitido"*<sup>253</sup>

Volveremos sobre lo aquí apuntado un poco más adelante, cuando estudiemos los elementos que impiden el nacimiento del juicio de reproche en el finalismo.

Por otra parte, en el *error esencial vencible*, es vencible debido a que si el activo al momento de desarrollar su conducta hubiese obrado con las medidas de cuidado debido, su conducta no sería típica, de tal manera, que este tipo de error llamado de hecho vencible, lo que determina es que se anule el dolo pero, por ser un error vencible *deja subsistente la culpa*.

\* ver Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal" P p 325,326

<sup>252</sup> Monarque Ureña Rodolfo, "Op Cit", P 94

<sup>253</sup> Comentario en nota al pie, Nota 9 Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de derecho Penal mexicano" p 486

Respecto del error esencial de hecho superable o vencible, la doctrina nos dice:

*"Se presenta cuando el sujeto sospecha, pero sin certeza, que su conducta pudiera ser delictiva y, sin cerciorarse, la realiza; por ejemplo: un individuo está apunto de tener relaciones sexuales con una enajenada mental y aunque no tiene certeza de su enfermedad y su sanidad mental, realiza la cópula; en estos supuestos, si el delito de que se trata (Violación equiparada) admite ser cometido culposamente, se le aplica la pena correspondiente al delito culposo... Insistimos en que en éstos casos, se elimina el dolo pero no la culpa; el sujeto actúa de manera culposa."*<sup>254</sup>

Esta excluyente -como lo hemos referido-, se encuentra en el artículo 15 del Código Penal Federal, Fracción VIII, inciso E).

*"...Porque crea que esta justificada su conducta..."*<sup>255</sup>

### 3.1.4.1.1.- Error de hecho accidental (aberratio ictus, aberratio in persona).

Navarrete Rodríguez, respecto del error de hecho accidental en el golpe y en la persona, nos ilustra:

*"...si un sujeto dispara su arma de fuego contra otro, con intención de privarlo de la vida, pero por mala puntería yerra el golpe y mata a un tercero, será culpable dolosamente de homicidio. Aquí existe un error en el golpe (aberratio ictus) de naturaleza accidental y por ende ineficaz para impedir el nacimiento de la culpabilidad del sujeto del homicidio.*

*Si un sujeto dispara su arma de fuego contra una persona a quien confunde con otra, pero ha tenido intención de matar y su conducta ha producido el resultado éste debe imputársele como delito de homicidio doloso. En el ejemplo funciona el error en la persona (aberratio in persona), que al igual que el anterior, tiene naturaleza accidental, careciendo por ello de relevancia en orden a la culpabilidad del sujeto"*<sup>256</sup>

Queda claro pues, que el error accidental se presenta cuando una persona pretendiendo dañar a otra, por error daña a otra diversa a la que nunca busco dañar (error en la persona) o que queriendo dañar a X por su mala puntería daña a C (error en el golpe) y, que en ambos casos, el dolo no se anula, pues, resulta irrelevante que exista un error en el golpe o en la persona cuando finalmente la intención era dañar bienes jurídicos tutelados por la ley

### 3.1.4.2 La no exigibilidad de otra conducta

Como lo venimos destacando en el tratamiento de los aspectos que constituyen la parte negativa de la culpabilidad neoclásica, es decir aquellos supuestos que determinan que no se pueda hacer el juicio de reproche, -*aunque en éste caso no es puro, por que se sigue conservando el dolo y la culpa como integrantes de la culpabilidad* -, nos toca ahora abordar el tema de **la no exigibilidad de otra conducta**, respecto de ella, podemos argumentar que se trata de aquellos casos o situaciones en que el derecho ha considerado que dadas las circunstancias en que acontecieron, no le era exigible actuar al activo en forma diversa a como lo hizo, situación que para algunos encierra la idea de una justificación "supralegal" -*que sin estar amparada por la*

<sup>254</sup> Monarque Ureña Rodolfo, "Op Cit" P P 92, 93

<sup>255</sup> Colección Penal. Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000, P 5

<sup>256</sup> Navarrete Rodríguez David. "Op Cit" p 269

ley y a pesar de haber actuado con dolo o culpa se le debía exculpar al activo, dadas las condiciones en que actúo, pues no le era exigible el comportamiento que la ley esperaba de él, y que genera inseguridad jurídica, porque finalmente se deja al juzgador su valoración en cada caso concreto, para determinar su procedencia o no. Respecto de las críticas a éste aspecto negativo de la culpabilidad, que finalmente impide realizar el juicio de reproche al autor, se ha dicho:

*"PETROCELLI la estima inoperante por injustificada en el Código Italiano, además de señalarle el inconveniente de su aplicación "caso por caso", lo que constituye la negación del derecho. Para Miguel GARCILÓPEZ, La "Inexigibilidad" es una peligrosa vaguedad en el aspecto político criminal, pues podría abrir "ancho portillo al arbitrio judicial", en tanto en el técnico jurídico, le es igualmente reprochable su naturaleza ambigua "equidistante de la culpabilidad (subjctiva) y de la antijuridicidad material (objetiva)..."<sup>257</sup>*

Para nosotros -acordes con las ideas de Pavón Vasconcelos<sup>258</sup> -, creemos que el Código Penal Federal en su artículo 15, fracciones V, y IX, contempla, supuestos que amparados por la ley, permiten establecer con precisión algunos casos de no exigibilidad de la conducta, veamos pues que dicen las fracciones citadas:

*"Artículo 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..... lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado....."<sup>259</sup>*

*"IX Atentas las circunstancias que concurren la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;..."<sup>260</sup>*

En la fracción quinta que hemos transcrito podríamos encuadrar el caso de la famosa *tabla de carneades*, en el que el naufrago sacrifica a su compañero de infortunio para salvar su propia vida, dada la situación de peligro real e inminente en que se encuentra (la tabla sobre la que flotan no soporta el peso de los dos).

Otro caso de no exigibilidad de conducta, podríamos encontrarlo en el artículo 400 Fracción V párrafo segundo, que deja sin sanción el encubrimiento que se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines,*
- b) cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo y*
- c) Los que éste ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivado de motivos nobles."<sup>261</sup>*

En éste último supuesto me parece que el legislador atendió a todas aquellas circunstancias que hacen que una persona en las condiciones señaladas -*por motivos de amistad, gratitud, de parentesco*-, determinaba que no le era exigible actuar de otra manera a la persona que se encuentra ligada con el activo por las razones citadas. Pero además de esta situación considero que la fracción nueve del artículo 15 del Código Penal Federal, establece con toda precisión el caso de la no exigibilidad de otra

<sup>257</sup> Citados por Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de derecho Penal mexicano" p 488

<sup>258</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de derecho Penal mexicano" P 490

<sup>259</sup> Colección Penal, Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000. p 5

<sup>260</sup> Multi Agenda Penal, "Código Penal Federal", Ediciones fiscales ISEF, México 2001, p 6

<sup>261</sup> Multi Agenda Penal, "Código Penal Federal" Ediciones fiscales ISEF, México 2001, p 111



conducta, habiendo al juez la posibilidad de determinar en el caso concreto ésta circunstancia como elemento integrante de la culpabilidad neoclásica...

Finalmente, Monarque Ureña apunta:

*"... existen casos específicos de inexigibilidad de otra conducta previstos... El aborto honoris causa" que implica que el aborto sobrevenga por decisión de la persona embarazada, en virtud de que el embarazo es producto de una violación; la posesión de droga para el estricto consumo de los adictos habituales; y, los encubrimientos entre parientes y allegados. No obstante, insistimos en que resulta incuestionable que la valoración o el juicio de reproche al admitirse en el CPF, como causa de inculpabilidad genérica y supralegal, queda al arbitrio del juzgador sin que tenga que limitarse a los casos específicamente reconocidos por la ley<sup>262</sup>*

### 3.2.- En la teoría finalista de la acción

#### 3.2.1.- Ausencia de conducta.

Siguiendo la estructura, de la obra de Monarque Ureña, se considera necesario apuntar, que en el tratamiento del aspecto negativo de los elementos del delito en la teoría finalista de la acción, solo atenderemos a las diferencias que se presentan con la teoría causalista y nos remitiremos a lo expuesto en los párrafos precedentes, por lo que corresponde a las coincidencias. Hecha la anterior observación, diremos que por lo que se refiere al aspecto negativo de la conducta ésta se compone de acción y omisión:

*"...la corriente finalista considera como elementos negativos de la conducta, los siguientes:*

- A).- Vis maior o fuerza física exterior irresistible proveniente de la fuerza de la naturaleza.*
- b).- Vis absoluta o fuerza física exterior irresistible proveniente de un ser humano.*
- c).- Movimientos reflejos.*
- d).- Estados de trauma hipnótico.*
- e).- Sonambulismo.<sup>263</sup>*

#### 3.2.2 Atipicidad

Como ya se ha establecido, la tipicidad es la adecuación de la conducta a la descripción que en abstracto ha establecido el legislador, así que para establecer éste elemento negativo en la teoría finalista de la acción, habrá que atender a:

*"... La atipicidad se actualiza cuando la conducta desplegada por el activo, no encuadra perfectamente en el tipo penal, por no reunirse todos los elementos que éste exige*

*Los aspectos, mas cambiantes de la corriente finalista de la acción, se dan en relación a la atipicidad y con respecto a la culpabilidad, la atipicidad se da a falta de algún elemento objetivo, normativo o subjetivo, específico del tipo a falta de cualquier referencia espacial, temporal, personal o situacional, pero también a falta de dolo y culpa*

*El error esencial insuperable, que en el causalismo era una causa de inculpabilidad, es, en el finalismo, una causa de atipicidad y Welzel la denomina, error esencial de tipo<sup>264</sup>*

<sup>262</sup> Monarque Ureña, Rodolfo, "Op Cit" p 104, 105

<sup>263</sup> Monarque Ureña Rodolfo, "Op Cit", p p 119, 120, 121

Para poder abordar la *teoría del error en el tipo* consideré necesario en primer lugar apoyarnos en lo que la legislación penal ha establecido en torno al error. El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las "Causas de Exclusión del Delito" artículo 15 Fracción VIII, contempla el error de tipo y de prohibición, -aunque debo aclarar que el error de prohibición lo abordaremos cuando hablemos del aspecto negativo de la culpabilidad, en la teoría de la acción final- en los términos siguientes:

*" Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:*

- A) - *Sobre algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o*
- b) - *Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma; o porque crea que esta justificada su conducta.*

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;*<sup>265</sup>

Al conceptualizar al error, López Betancourt, menciona:

*...es una idea falsa o equivocada respecto a un objeto, cosa o situación, ...*<sup>266</sup>

Esa falsa apreciación de la realidad respecto de la ley, es decir, el ignorar que la conducta desplegada por el activo se encontrará prohibida, la doctrina clásica, -que lo estudió en el elemento culpabilidad-, había sostenido que no podía aprovecharle al activo, porque la ignorancia de la ley a nadie beneficiaba, pues se decía -basados en una presunción *jure et de jure*-, que todos conocían el derecho o podían conocerlo. Por eso, la doctrina clásica, pudo sostener:

*"Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpididad, pues la ignorancia de las leyes a nadie beneficia, principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del derecho. ...."*<sup>267</sup>

Orellana Wiarco, respecto del principio de intencionalidad, que no concedió efectos al error de derecho, nos dice:

*"... el Código penal federal en su artículo noveno, antes de su reforma, prescribía que "la intención delictuosa no se destruiría, aun cuando el sujeto llegase a probar que creía que era legítimo el fin que se propuso, consagrando así la culpabilidad del llamado error de derecho"*<sup>268</sup>

Lo anterior fue motivo de diversas críticas, debido principalmente a que en ese artículo noveno se establecía, -como ya lo hemos referido-, *la presunción de intencionalidad* debido a que allí mismo se afirmaba que la intencionalidad delictuosa no se destruía aun y cuando el activo probara una serie de supuestos que ahí se contemplaban, entre los que se encontraba, *el que creía que era legítimo el fin que perseguía*, negándole efectos al llamado *error iuris nocet*. Además, también se afirmó que este principio de

<sup>264</sup> Ibidem p p 122, 123

<sup>265</sup> Colección Penal, Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000, P 5

<sup>266</sup> López Betancourt Eduardo, "Teoría del Delito" Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1998, P 238

<sup>267</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de derecho Penal mexicano" p 476.

<sup>268</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Teoría del Delito, Sistema Causalista y Finalista" Octava Edición, Edit, Porrúa. México 1999 P 67

intencionalidad estaba en contra del principio de presunción de inocencia que, si bien, no existe de manera expresa, si se conlleva con nuestra legislación.

Un poco más tarde y debido a las reformas a la legislación penal de 1994, se adoptó y se le reconocieron sus efectos, al llamado *error de derecho* que adquiere plena vigencia cuando se habla de la teoría del error dentro de la doctrina de la acción final, percibiéndose efectos diferentes a la doctrina causalista que la estudiaba en el elemento culpabilidad.

La doctrina penal en relación al *error de tipo*, nos ha dicho que:

*"El error de tipo se puede definir como el desconocimiento o la equivocación sobre los elementos objetivos del tipo; si el error es de carácter invencible excluye la tipicidad dolosa; si el error de tipo es de índole vencible, o sea si el sujeto no obro con la debida previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, su conducta resulta típica culposa."*<sup>269</sup>

Tal vez si mencionamos algún ejemplo el error de tipo pudiera quedar un poco mas claro, piénsese en quien llega a un supermercado, habiéndose estacionado y después de haber realizado sus compras se dispone a abordar lo que el supone erróneamente como su automóvil, pues es del mismo color, marca y sobretodo porque el vehículo abrió con su llave, introduciendo al lado del asiento del conductor, la mercancía adquirida y deponiéndose a partir, cuando intempestivamente aparece una persona acompañada con un policía afirmando ser el dueño del vehículo donde se encuentra el activo, quien a su vez, sigue afirmando y creyendo erróneamente que el vehículo donde se encuentra es suyo y sólo, hasta que ve en la guantera los documentos, se percata que no es de él y que el suyo se encuentra dos cajones después. En él supuesto que hemos descrito *no existió el animo de apropiación* -elemento subjetivo- que exige el tipo de Robo, por tanto no se integrará el tipo referido y la conducta será atípica

De ahí, que se afirma *que si el error es insuperable o invencible, no será sancionable*, pero si es vencible se sancionará en términos del artículo 66 del Código Penal Federal que establece:

*"En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible. Se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización ..."*<sup>270</sup>

Monarque Ureña en torno al **error de derecho superable o vencible**, apunta:

*"Este tipo de error se actualiza, cuando el sujeto no tiene la certeza de que se actuar es lícito, y, sin embargo, no se detiene a verificarlo, y lleva a cabo su acción. Ejemplo: quien toma una cosa olvidada por su dueño y no la denuncia a la autoridad correspondiente, en algunos sistemas podría cometer el delito de hurto, si el sujeto no sabia con certeza que su acción podía resultar delictiva, pero tampoco da por descontado ello, y sin cerciorarse se apodera de la cosa, nos encontramos entonces, ante error de derecho superable"*<sup>270</sup>

Derivado de lo anterior, podemos decir que el delito se sanciona, debido al error en que al momento de desplegar su conducta el activo se encuentra -error vencible-, porque de haber adoptado las debidas medidas de previsión y cuidado el injusto no se

<sup>269</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal" p 244

<sup>270</sup> Multi Agenda Penal, "Código Penal Federal" Ediciones fiscales ISEF, México 2001, p 18

<sup>270</sup> Monarque Ureña Rodolfo, "Op Cir" 93, 94

presenta, pero debido a que no se condujo de ese modo, se le sanciona en términos de un delito culposo.

En resumen podemos establecer que el *error de tipo siendo invencible excluye el dolo*, pero *siendo vencible da origen a la culpa*, por lo que se refiere a los errores accidentales (*aberratio ictus, aberratio in persona*) no afectan el dolo, pues este subsiste en el tipo. Aunque debe apuntarse, que en el causalismo esta clase de errores se estudian en el elemento culpabilidad.

### 2.2.3.- Causas de justificación.

Si consideramos que la antijuridicidad se considera que se presenta cuando una conducta siendo típica, no admite una causa de justificación, ello nos permite afirmar en sentido inverso, que si la conducta siendo típica, es indiciaria de la antijuridicidad, ese indicio puede destruirse cuando aparece una causa de justificación:

*"La antijuridicidad es lo contrario a la ley penal. Al incluirse el dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo, la antijuridicidad reviste invariablemente características subjetivos del injusto.*

*Por lo que se refiere a las causa de justificación, en el finalismo se comparte la idea de que la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo, son las causas justificantes.*"<sup>271</sup>

De ahí, que podamos afirmar que las causas de justificación que establece la sistemática causalista coincide con la finalista por lo que nos remitimos a la parte donde tocamos esos temas.

### 3.2.4.- Inculpabilidad.-

para abordar este tema se considera necesario realizar algunos comentarios que determinen la función específica de aquellos presupuestos que impiden que la culpabilidad finalista se integre y por tanto, evitan se complete el juicio de reproche normativo puro, así tenemos la *ausencia de la capacidad del sujeto activo, desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido e inexigibilidad de otra conducta.*

Por lo que se refiere a la capacidad de culpabilidad, que tradicionalmente se ha identificado con la imputabilidad, es pertinente aclarar que esta ha dejado de ser lo que el causalismo ha determinado como el entender y querer en el mundo del derecho y ahora, se atiende a *la capacidad de comprensión de la norma y en la capacidad de conducirse conforme a ella.* Aunque debe señalarse que en esencia coinciden las causas de **inimputabilidad** que establece la doctrina causalista con las establecidas por la doctrina de la acción final. La capacidad de culpabilidad:

*"consiste ya no en comprender y querer el delito, sino en la capacidad de conducirse conforme a la norma, siempre que tenga la capacidad de conocer la misma; esencialmente, no existe diferencia entre una corriente y otra, pues en ambas, la imputabilidad se fundamenta en el desarrollo psicofisiológico o maduracional, y en el aspecto psiquiátrico o de sanidad mental: por lo que al primer aspecto se refiere, son imputables los mayores de 18 años y poseen*

<sup>271</sup> Ibidem p p 123. 124

*inimputabilidad disminuida, los sordomudos, los agentes de conducta en estado violento y los que producen respuesta en corto circuito.*<sup>272</sup>

Compartimos la anterior postura en cuanto a las causas de inimputabilidad o que fundamentan *la ausencia de capacidad de culpabilidad*, puesto que, en efecto, quien es mayor de edad -18 años en nuestra legislación-, se le considera con capacidad penal y quien siendo mayor de edad *no tiene la capacidad de comprensión de la norma* por sufrir trastornos mentales transitorios de la conciencia (*desmayos, delirios, etc.*) o que teniéndola *no puede conducirse conforme a ella (oligofrenia, esquizofrenia, etc.)*, carecerá de esa capacidad, consecuentemente no podrá integrársele el juicio de reproche normativo puro.

Por lo que se refiere a las acciones libres en su causa:

*"... Welzel las clasifica en dolosas y culposas. Son dolosas, cuando el agente se provoca a sí mismo el estado de inimputabilidad con la intención de cometer un delito, por ejemplo: que alguien se embriague para tener el valor de cometer un homicidio; y culposas, cuando el agente se provoca el estado de inimputabilidad, y se representa como probable un resultado típico, Vgr: conducir en estado de embriaguez un automóvil, a pesar de haberse representado mentalmente la posibilidad de causar un resultado típico."*<sup>273</sup>

#### **Desconocimiento de la antijuridicidad del hecho realizado.**

En éste apartado es donde podríamos estudiar lo que la doctrina final ha llamado como *el error de prohibición*, que se presenta cuando el sujeto incurre en una equivocación, en una falsa apreciación de la realidad jurídica, porque *piensa que su actuar es ilícito, cuando en realidad no es así*. Es decir, que el activo el momento de desplegar su conducta tiene una falsa apreciación de la realidad, *no conoce la norma o, no conoce sus alcances o considera que en su actuar concurre alguna causa de justificación*, en esos casos *si su error es inevitable excluye la reprochabilidad pero si es evitable la atenúa*.

El error de prohibición al lado del error de tipo que establece la sistemática finalista no es fácil de comprender, simplemente habría que establecer que conforme a la teoría causalista existe el *error de hecho y de derecho*, aún y cuando a éste último, no le dieron eficacia legal y que se estudiaba en el elemento culpabilidad, como ya se comentó en líneas anteriores. Sin embargo, debe considerarse que el error de tipo puede referirse a errores sobre "hechos" o sobre "elementos de carácter normativo", anulando el dolo -cuando es invencible- y estableciendo una causa de atipicidad, que se configura por lo que la doctrina penal ha llamado error de tipo o, siendo vencible, deja subsistente la culpa.

Por otra parte el error de prohibición no se le debe confundir con el error de derecho, porque en éste el falso conocimiento incide sobre la antijuridicidad de la conducta, por ejemplo el estado de defensa putativo, el estado de necesidad putativo, la obediencia jerárquica putativa, etc., lo que desde luego, ha dejado - sistemáticamente hablando -, el dolo en el tipo y si el error es invencible desaparece la culpabilidad, es decir, no se integra el juicio de reproche personal al activo, porque finalmente él cree actuar conforme a la ley. pero si ese error fuere vencible la pena se atenúa. Esto último, determina una diferencia fundamental con la sistemática causalista porque el error de

<sup>272</sup> Monarque Ureña Rodolfo, *Op Cit'* 124.

<sup>273</sup> *Ibidem* p 126

hecho esencial e invencible, niega la existencia del dolo y este análisis lo realiza en el elemento culpabilidad

Lo anterior puede ilustrarse con los siguientes ejemplos: quien toma una pistola y dispara contra otro para defenderse, despliega su conducta con dolo pero si cree actuar en ejercicio de una causa de justificación (legítima defensa putativa) se excluye el juicio de reproche, por que el cree, por error invencible, que su actuación es conforme a la ley, El enajenado penal que priva de la vida a otro lo hace con dolo pero de manera inculpable por falta de capacidad (inimputable).

El error de prohibición se encuentra regulado como causa que excluye al delito en los siguientes términos:

*"Artículo 15. El delito se excluye cuando:*

*VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible.*

*b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.*

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.<sup>274</sup>*

*"Artículo 66*

*Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate.<sup>275</sup>*

### **La inexigibilidad de otra conducta**

Para el desarrollo de este elemento de la culpabilidad finalista es pertinente determinar que este se constituye como su elemento, y por ende no da base para la existencia de una causa supralegal (como se determinó para el causalismo), pues en esta lo que se encuentra disminuido es la capacidad de motivarse conforme a la norma y con ello el poder en lugar de que da base al juicio de reproche al autor, es decir que existen casos en que debido a las circunstancias extraordinarias (extremas) en que se encuentra el activo, le impide actuar conforme a la norma

*"Así, en el famoso caso del naufragio de medusa, un naufrago mata a otro naufrago para comer su carne y sobrevivir, seguramente que su conducta de privar de la vida es una acción típica finalista de dolo, antijurídica, pero no culpable, porque no se le puede exigir que obre de manera adecuada a la norma, en esa especial situación.<sup>276</sup>*

Para concluir esta temática me parece oportuno decir que también operará la no exigibilidad de la conducta en el caso del encubrimiento entre parientes, por lazos de amistad o de amor que lo unan al activo del delito, como ya se comentó en páginas anteriores.

<sup>274</sup> Multi Agenda Penal. *Código Penal Federal*. Ediciones fiscales ISEF. México 2001, p 6

<sup>275</sup> Idem p 18

<sup>276</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto. *curso de Derecho Penal...* p 348



## CAPÍTULO IV

**4.- CAUSALISMO Y FINALISMO EN MÉXICO****4.1.- La reforma Constitucional de los artículos 16 y 19 de 1993.****4.1.1.- Proceso de Reforma.****4. 1.1.1Exposición de motivos**

Para el objeto de investigación de éste trabajo resulta de vital importancia atender a las razones que motivaron la reforma constitucional a los artículos 16 y 19 de nuestra ley Fundamental.

El 2 de Julio de 1993, el diputado Guillermo Pacheco Pulido\*, presentó a la Asamblea de la Cámara de Diputados, una inciativa de reformas a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por los diversos grupos parlamentarios que integraban la LV Legislatura del Congreso de la Unión. En los considerandos se expresaron diversos razonamientos, que para nuestro objeto de estudio, resulta conveniente recordar:

*"Al tratar la reforma del Estado mexicano, se han abarcado temas torales como la democracia, el respeto a los derechos humanos ... En este orden de ideas, los suscritos sostenemos que un ámbito como el de la justicia penal, no debe quedar exento de este debate, ya que en este campo del derecho en el que se busca el justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad, entre la observancia de la legalidad y el respeto a los derechos fundamentales del ser humano se plasma la aspiración de un pueblo para asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de la libertad."*<sup>277</sup>

Con cuanta claridad expresaba el legislador Federal, el fin y aspiración última del ser humano en sociedad, *"la paz y tranquilidad por el camino de la libertad"*, que se hace patente, en la necesidad permanente de mantener un justo equilibrio entre las potestades gubernamentales y la libertad de los ciudadanos, aspiración que no deja de ser de difícil cumplimentación, sin embargo, en aras, del respeto irrestricto del principio de legalidad y a los derechos fundamentales del individuo, se expondría:

*"El Ministerio Público y el Juez no pueden ni deben ir más allá de lo que el marco jurídico les permite; asimismo, el particular puede realizar todo aquello que no afecte a terceros: este es el marco de civilidad que buscamos consolidar en esta iniciativa."*<sup>278</sup>

Mas adelante, con relación al objeto de estudio de este trabajo, se diría:

*" ...Las reformas que se proponen buscan, con mejor técnica legislativa, otorgar mayor claridad al artículo 16, dado que éste precepto en la actualidad se compone de cuatro párrafos. Con la reforma propuesta dicho artículo contará con nueve párrafos.*

*... el segundo regulara lo correspondiente a la orden judicia! de aprehensión, precisando los elementos de fondo que deben de cumplirse para que la autoridad judicial pueda girar dicha orden."*<sup>279</sup>

\* Ver Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Año II No 27, 1993, P 2154

<sup>277</sup> Ídem P 2154

<sup>278</sup> Ídem p 2154

<sup>279</sup> Ídem p p 2154, 2155

Derivado de éste planteamiento, se percibe la aspiración del legislador de establecer, con nitidez, con claridad y precisión, cuales son los requisitos legales que la autoridad estaría obligada a cumplir para poder afectar mediante la orden de aprehensión, el ámbito de la libertad de los ciudadanos. Éste objetivo, como mas adelante trataremos de precisar, no se cumplió en su totalidad, en nuestra legislación Constitucional, generándose de inmediato una problemática, que mas adelante -en forma genérica-, expondremos Sin embargo, vale la pena establecer desde ahora, que la legislación procesal penal si lo precisó y lo definió en el artículo 168 del Código Federal Procesal y en su correlativo, Art. 122 del Código Procesal Penal del Distrito Federal.

#### 4.1.1.2.- La Iniciativa de Reforma.

En la iniciativa de reforma se señaló:

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

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia acusación o querrela de un hecho que la ley determine como delito, sancionado con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado."*<sup>280</sup>

El 17 de agosto de 1993, El secretario Florencio Salazar Adame\* explicó que a las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y Justicia de la Cámara de Diputados, se les había turnado para su estudio y análisis dos iniciativas; la primera con proyecto de decreto que reforma los artículos 16, 20, y 119 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y, la segunda con proyecto de decreto que reforma el artículo 19 Constitucional y deroga la Fracción XVIII del artículo 107, también de nuestra Ley Fundamental, ambas presentadas por diversos diputados federales de la LV legislatura. Ésta última, fue: "...fruto de las opiniones manifestadas por diputados y senadores..."<sup>281</sup> Estas Comisiones, concluyeron que ambas iniciativas versaban sobre una misma materia y acordaron dictaminarlas en forma conjunta. De ahí, que como parte de sus considerandos, manifestaran:

*"...su finalidad consiste en llevar al texto constitucional que mas allá de requisitos de forma, expresen avances efectivos, a fin de que las autoridades y los gobernados, cuenten con el marco jurídico que exprese, en equilibrio, el goce de las libertades fundamentales del ser humano, con el deber estatal de procurar y administrar justicia.*

*Las iniciativas materia del presente dictamen tiene como objetivos, buscar el perfeccionamiento de nuestras garantías individuales, la consecuente salvaguarda de los derechos humanos en materia de procedimientos penales considerando los ámbitos legítimos de actuación de la autoridad, tanto en etapa indagatoria y persecutoria de los delitos como en la etapa propiamente jurisdiccional de todo el procedimiento de este orden..."*<sup>282</sup>

<sup>280</sup> Ibidem p p 2156, 2157

\* Ver Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Año II No 3, 1993, Pagina 12

<sup>281</sup> Ibidem p 12

<sup>282</sup> Ibidem p p 12, 13



Se puede observar, que la salvaguarda de los derechos humanos en materia procesal penal, fue preocupación fundamental, durante el análisis conjunto de ambas iniciativas, ello derivaría, un poco después, en la instauración de la exigencia procesal, al representante social, de acreditar en la indagatoria "los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado" como base del ejercicio de la acción penal. Como corolario de lo que venimos afirmando, baste referir lo que Oscar González Mendivil, nos dice:

*"... encontrándose en la tribuna el Dip FERNANDO GÓMEZ MONT defendiendo el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, es cuestionado por el Dip JAVIER CENTENO AVILA respecto de la sustitución del término "Cuerpo del delito" por el de tipo penal, a lo cual el Dip GÓMEZ MONT responde:*

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

*Hubo quienes decían que sólo los elementos materiales y objetivos ya eran "Cuerpos del Delito". Bastaba que existiera el cuerpo en el homicidio, el cadáver pues. Ni siquiera se tenía que probar que había sido muerto por causa externa o no. Ya estaba ahí el "Cuerpo del Delito". ...Y se generó toda una teoría procesal.*

*Y por otra parte se hablaba del "Tipo Penal", de que el "Tipo Penal" es la norma que indica cuál es la conducta prohibida por la ley penal y se generaba otra teoría.*

*La reforma busca regresar a una armonía entre el derecho Sustantivo Penal y el Derecho Adjetivo Penal, Porque son parte, son dos brazos de un mismo sistema y no tienen que seguir escuelas separadas. Ese es el propósito.*

*Y lo que quiero decir es que la acreditación de una conducta prohibida por la ley sustituye ahora el concepto ambiguo de "Cuerpo del Delito" 283*

Lo anterior impactó de manera importante a la dogmática penal mexicana, porque se hace patente la intención del legislador, de establecer la vinculación del concepto procesal "Elementos del tipo Penal" con los contenidos del Derecho Penal sustantivo, situación que efectivamente ocurrió, en la legislación procesal secundaria (Art 168 del Código Federal Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal), ya que, para cumplir con sus exigencias, hubo que acudir a los contenidos de los artículos 7, 8, 9, 13, 15, del Código Penal Federal y, para el caso del Distrito Federal, a su legislación penal sustantiva.

Se considera que lo que sustentó la reforma fue la búsqueda del fortalecimiento de las garantías de los gobernados frente al poder punitivo del Estado, ello, se deduce, del deseo afanoso del legislador, por el logro de la precisión, en el señalamiento de los requisitos que la autoridad -Ministerio Público y Juez-, debían cumplir para afectar el ámbito de libertad del ciudadano. Estas aseveraciones son observadas en el análisis de cada artículo 16 y 19 de la ley fundamental de nuestro país.

Por lo que se refiere al artículo 16, segundo párrafo, que regularía lo relativo a la orden de aprehensión, se expuso:

<sup>283</sup> González Mendivil Oscar, "La Reforma Constitucional y los Elementos del Tipo Penal" Revista Jurídica de Posgrado, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año1, no 2, Abril, Mayo y Junio de 1995, p p 19, 20

"... se refiere a las órdenes de aprehensión dictadas por autoridad judicial, además de señalarse las aportaciones siguientes:

f) - Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que deben de acreditarse para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberán haber "datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la presunta responsabilidad del indiciado."<sup>284</sup>

"Con lo anterior se quiere superar la ambigüedad del texto vigente que no señala con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, pues la mención de pruebas se refiere solo al aspecto de la presunta responsabilidad..."<sup>286</sup>

Por lo que toca al artículo 19, se esgrimieron, entre otros, los siguientes argumentos:

"...b).- La necesidad de hacer compatible los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión, o en su caso, con el de sujeción a proceso, a fin de superar el ambiguo término de "cuerpo del delito" por el de "elementos que integran el tipo penal", con ello se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso. De esta manera se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados, al aclararse la obligación, por parte de la autoridad, de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculcado."<sup>287</sup>

Esa búsqueda de claridad y precisión que el legislador federal llevo a cabo fue producto de la confusión doctrinal que el termino procesal "cuerpo del delito" en su desarrollo había desencadenado, para percibir lo anterior, simplemente habría que detenernos un poco para conocer los diversos criterios de interpretación con los que se le relaciono: El cuerpo del delito tanto en la doctrina, como en la ley y en la jurisprudencia penal mexicana estaba perfectamente definido como *el conjunto de los elementos objetivos o materiales que constituyen la descripción contenida en la ley*, esa concepción, en la doctrina penal mexicana fue vinculada a los contenidos del tipo penal de corte casualista (el tipo de Beling de 1906). Para 1983 se reforma el artículo 168 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales estableciéndose que el cuerpo del delito se tendría por comprobado *cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determine la ley penal*, a partir de esa definición, aparece en la doctrina penal una nueva discusión, puesto que para algunos la nueva concepción de cuerpo del delito seguía sustentando los elementos objetivos o materiales, otros decían que ahora podían incluirse -si el tipo lo requería-, también los elementos subjetivos y normativos y *la minoría* señalaban que se podían incluir también el dolo y la culpa. En definitiva dependía de la sistemática que cada uno defendiera, para poder decir que el tipo tenia solamente elementos objetivos o materiales o que aceptaba en su integración también elementos subjetivos y normativos y en su caso el dolo y la culpa.

Ésta imprecisión la pudo resolver el legislador federal cuando reformó la legislación procesal federal el 10 de enero de 1994 determinando con toda claridad el contenido

<sup>284</sup> Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Año II No 3, 1993 p13 y 14

<sup>286</sup> *Ibidem* p p 13, 14

<sup>287</sup> *Ibidem* p 16

de los elementos del tipo penal, contenido que de inmediato se vinculó, durante la vigencia de esa reforma, con los contenidos de la teoría final de la acción.

#### **4.1.1.3.- Proyecto de Decreto.**

De ésta forma, el Proyecto de Decreto que reformo los artículos 16, 19, 20 y 119 y deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Mexicana, en relación al objeto de análisis que nos ocupa, estableció:

*"Artículo 16.....*

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, 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.....*

*Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste ....."<sup>288</sup>*

Después de haber sido aprobado en lo general y lo particular y, de que 24 congresos de los estados de Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, etc., las aprobaran, con fecha 3 de septiembre de 1993, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, entrando en vigor al día siguiente, excepto lo dispuesto, por la fracción I, del artículo 20 Constitucional, que entraría en vigor un año mas tarde.

#### **4.2.- Problemática inmediata.**

Una vez reformados los artículos 16 y 19 constitucionales, se presentó un problema de difícil solución, había que determinar ¿que eran los elementos del tipo penal y cual era su contenido? Que la Constitución exigía que debían de acreditarse, tanto para el ejercicio de la acción penal por parte de la representación social, como para el libramiento de la orden de aprehensión por el juez Esa pregunta encontró respuesta hasta que el legislador Federal reformo la Legislación procesal penal secundaria -10 de Enero de 1994, entrando en vigor el 1º de Febrero del mismo año - Moisés Moreno Hernández, en relación con esa problemática apunta:

*"Esta problemática, fue percibida y abordada, en ese mismo mes de septiembre de 1993, por la Procuraduría General de la República al emitir un instructivo destinado principalmente a los Ministerios Públicos, en el que se les indicaba los alcances de dichas reformas constitucionales y, sobre todo, lo que deberían entender por elementos del tipo penal. En efecto, en ese instructivo se indicó que, mientras la ley secundaria no precisara esto, por ahora habría que entender por "elementos del tipo" aquellos que tradicionalmente han dado contenido al "cuerpo del delito", en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. "<sup>289</sup>*

<sup>288</sup> Ibidem p 20

<sup>289</sup> Moreno Hernández Moisés "Comentarios, Reformas del Código penal" Criminalia. Año LX No 1 Enero - Abril de 1994. Editorial. Porrúa P 25

Como consecuencia de esa interpretación, se afirmó que los elementos del tipo penal debían ser vinculados con los contenidos del tipo de Beling de 1906, es decir que solamente debían aceptarse en su integración elementos objetivos (perceptibles a través de los sentidos), y por ende se aceptaba como un tipo avalorado y carente de contenidos anímicos, normativos y subjetivos. De ahí, que se sostenga: cuando al tipo penal se le atribuyen elementos meramente objetivos, se atiende a los contenidos del tipo penal que sustenta la sistemática tradicional de la explicación del injusto penal (el casualismo).

El concepto procesal "cuerpo del delito" en nuestra doctrina y jurisprudencia, se había determinado como *el conjunto de los elementos objetivos o materiales que constituyen la descripción contenida en la ley*, (aunque —en la doctrina—, también generó desacuerdos, como ya lo señale en líneas precedentes). Díaz Aranda, respecto del cuerpo del delito, explica:

*"Después de la reforma de 27 de Diciembre de 1983, el artículo 168 del Código adjetivo establecía:*

*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 determine la ley penal...."*<sup>290</sup>

*"CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues está conclusión sería antijurídica, ya que por delito, según el artículo 4º, del Código Penal, se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos; mientras que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o eternos que constituyen 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 (semanario judicial de la federación, quinta época, t, XXVIII, 14 de Enero de 1930, Primera Sala, P 209)."*<sup>291</sup>

Efectivamente como lo venimos apuntando, la concepción tradicional del concepto procesal cuerpo del delito se compagina con el contenido del tipo que sustentaba la teoría casualista del delito porque sólo atiende a elementos objetivos o materiales y no a subjetivos o normativos. Interpretación que como mas tarde lo señalaría la legislación procesal penal, resulto inexacta.

Es importante acotar que cuando se atiende, en éstos mismos elementos del tipo, a los aspectos no sólo objetivos, sino a los subjetivos distintos al dolo y a la culpa, se aprecia una evolución de su concepción, coincidiendo con la sistemática neoclásica, alcanzándose su mayor desarrollo, cuando finalmente se aceptan como elementos del tipo penal, los elementos objetivos, subjetivos, normativos y al dolo y a la culpa, adoptándose, en consecuencia, una sistemática mas garantista en favor de los gobernados, que se traduce en la capacidad de limitar, de mejor manera, el *ius puniendi* estatal, puesto que ahora, el Estado, deberá someterse al cumplimiento de mayores exigencias para privar de su libertad a una persona, fortaleciéndose la tendencia hacia un Estado Democrático de Derecho.<sup>292</sup>

<sup>290</sup> Díaz Aranda Enrique, Gimbernat Ordeig, Jager Christian, Roxin Calus, *"Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal"*. Instituto de investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos jurídicos Num 1, Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001 PP 24, 25

<sup>291</sup> Idem P 29

<sup>292</sup> La doctrina penal nos enseña que un Estado tiende al logro del ideal de un Estado Democrático de Derecho, en el momento en que utiliza como ultimo recurso (ultima ratio), para solucionar sus problemas. al Derecho Penal, y en

#### 4.3.- Comentarios doctrinales en torno al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Como consecuencia de las reformas constitucionales a que me vengo refiriendo, el legislador Federal, consideró:

*"es imperioso actualizar la legislación que versa sobre la materia penal federal y del Distrito Federal, para ajustarla a las reformas recientemente aprobadas de los artículos 16, 19, 20 y 119, así como a la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos ....."*<sup>293</sup>

Como punto central de éste esfuerzo, con fecha 10 de Enero de 1994, se propusieron reformas, entre otros, al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al Código Federal de Procedimientos Penales, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, etc

Para los efectos de la presente investigación, permítanme referirme al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, puesto que fue ahí, donde el legislador estableció los requisitos, que la autoridad -Representante Social y Órgano Jurisdiccional-, deberá cumplir al ejercitar acción penal y, para solicitar el libramiento de una orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso:

#### "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 penal, y al 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 puesta en 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 acreditará, si el tipo lo requiere: a) - Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) - El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) - El objeto material, d) - Los medios utilizados; e) - Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) - Los elementos normativos, g) - los elementos subjetivos específicos y h) - Las demás circunstancias que la ley prevea.*

*Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada 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."*<sup>294</sup>

---

consecuencia, su sistema de justicia penal se basa en el principio universalmente aceptado, de un Derecho Penal Mínimo.

<sup>293</sup> Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Año III No 11, 1993, Paga 861

<sup>294</sup> García Cordero Fernando, 'Reformas 1994, Código Federal de Procedimientos Penales', Criminalia, Año LX No 1 Enero - Abril de 1994, Editorial, Porrúa P P 226 y 227

Con los contenidos de éste artículo, se estableció en la legislación penal mexicana el reconocimiento de que el Ministerio Público y la autoridad judicial, en la elaboración de sus respectivas resoluciones, son órganos técnicos con una alta formación profesional, al mismo tiempo, se adoptaba la sistemática que sustentaba la doctrina penal moderna. Aparecía el Finalismo en nuestro país

Con singular acierto, Fernando García Cordero, nos explica:

*"El nuevo artículo 168 reformado constituye una especie de excepción dentro de la reforma penal de 1994. Su carácter técnico, su precisión terminológica, la regulación pormenorizada de la materia que trata y el cúmulo de exigencias que eleva ante el ministerio público, los jueces, y la propia defensa, hacen de este dispositivo una norma que habrá de estimular la investigación jurídica, el desarrollo de nuestra doctrina penal y que, sobre todo, creara las premisas para que el sentido de responsabilidad de los servidores públicos y de los litigantes se adecue al moderno derecho penal.*

*El artículo determina con mayor técnica los mecanismos para que el ministerio público acredite los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, esta demanda habrá de afectar de un modo saludable el curso 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 inculpado constan en autos. Como puede verse el dispositivo refuerza el régimen de seguridad jurídica, no sólo porque obliga al ministerio público a integrar una averiguación pública con más cuidado, cautela y objetividad, sino porque demanda además, una mayor preparación técnica y una verdadera profesionalización de ministerios públicos y jueces. En la averiguación previa, acreditados en autos, deberán darse ahora los requisitos mínimos necesarios para solicitar una orden de aprehensión o comparecencia. También es importante la restricción que el texto reformado impone al uso de reglas especiales para la comprobación de los elementos del tipo penal en algunos ilícitos. Asimismo, conviene subrayar que ahora la ley ordena que si existe en favor del inculpado alguna causa de licitud que, al determinar la probable responsabilidad, la autoridad debe hacer constar este hecho, esta suerte de exclusión del delito, hecho que amplía la posibilidad de acreditar tal elemento por cualquier medio probatorio."<sup>295</sup>*

Se puede perfectamente observar, que con la nueva sistemática adoptada por nuestra legislación procesal se introducen mayores límites a la potestad punitiva del estado, pues ahora, se deberán cumplir con mayores exigencias para poder afectar el ámbito de libertad de los gobernados. Ello representa, sin duda alguna, uno de los mayores logros en el fortalecimiento de las libertades de los gobernados y en un paso firme hacia el logro del ideal de un Estado Democrático e Derecho. Esta visión, no estuvo exenta de puntos discusivos, simplemente habría que decir que Marco Antonio Díaz de León, al referirse al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, con sentido crítico, expone:

*"... el ministerio público en la averiguación previa tiene facultades para dilucidar sobre las excluyentes de responsabilidad penal, tal como si tratará de un órgano jurisdiccional y en tal virtud, el artículo 15 del Código Penal está a merced de sus decisiones; y si también a ello agregamos que así mismo tiene facultades para conceder toda clase de libertades bajo caución, cabría meditarse entonces para*

<sup>295</sup> Ibídem p p 227. 228

*que queremos al poder judicial o de que nos va a servir el proceso penal, pues, si además, ahora los elementos del tipo penal también debe constatarlos el ministerio público en su función investigadora y, siendo que éstos no corresponden únicamente a una cuestión meramente académica sino que gravitan por mandato constitucional tanto en las ordenes de aprehensión como en los autos de formal prisión, resulta ahora que el representante social sólo le falta competencia para emitir sentencias condenatorias para abolir el poder judicial.....la división de poderes es, también, punto central de un sistema democrático y entonces debemos meditar, que ocurre cuando el Ministerio Público en la averiguación previa, como si fuera juez, tiene ya contradictorio procesal, hay defensor, en materia de pruebas existe ofrecimiento, admisión, rechazo, desahogo y valoración de las mismas, con toda la amplitud y todas las garantías del proceso penal, y sí, puede el Ministerio Público decretar detenciones y ahora igualmente retenciones, que son privaciones de libertad, y también vemos que a partir de la reforma constitucional igualmente puede dictarse algo así como sentencias o, si no queremos emplear esté término, dicta resoluciones con calidad de cosa juzgada implicando ello imposibilidad de reabrir la misma situación fáctica mediante otra averiguación previa, porque el non vis in idem es aplicable como si tratará de una sentencia judicial pasada por esa autoridad de cosa juzgada, como ocurre con la determinación de no ejercicio de la acción penal o resolución de elementos del tipo penal,...."296*

Por su puesto, no deja de tener razón, el preclaro maestro, tal vez el único apuntamiento que pudiéramos hacer, es señalar que si bien se fortalecieron las exigencias al Ministerio Público, no deja de ser éste, un órgano técnico y profesional del derecho y como tal, debe tener la preparación adecuada para enfrentar una sistemática mas garantista y, probar en la medida que la ley le exige (de indicio semipleno), es decir, que cree convicción, pero que permita en aras del principio de presunción de inocencia, dar oportunidad, al encauzado, durante el proceso penal de probar con plenitud su inocencia.

Por otra parte debe establecerse que las resoluciones del Ministerio Público no tiene la calidad de cosa juzgada pues baste recordar que el artículo 21 constitucional señala:

*"Las resoluciones del Ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley."297*

Es decir, pudiera pensarse que se le ha quitado al órgano investigador el monopolio del ejercicio de la acción penal puesto que ahora, para el caso que de que decida no ejercerla podrá interponerse éste recurso y modificar su pliego para que atienda a la consignación, situación que por supuesto no es exacta por que finalmente el único que puede ejercitar acción penal o no es el representante social, es decir, que la facultad del órgano revisor es eso revisar pero no sustituir la función.

Con ello -la existencia del recurso-, se da respuesta uno de los aspectos mas importantes que en la práctica jurídico penal se presentaban, pues cuando el Ministerio público resolvía no ejercer la acción penal, se evidenciaba sobre todo en el caso de los delitos de querrela, que el titular del bien jurídico afectado se encontraba sin recurso

<sup>296</sup> Díaz de León Marco Antonio, *Reformas al Código de Procedimientos Penales. Distrito Federal, 1993.* "Criminalia. Año LX No 1 Enero - Abril de 1994, Editorial, Porrúa p p 122 y 123

<sup>297</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 131ª edición. Editorial Porrúa, México 2000 P 20

ante esa determinación, pues debe recordarse que en ésta clase de delitos corresponde a la víctima el interés de que se investigue por el Ministerio Público el hecho presumiblemente ilícito, de tal manera que cuando se presentaba esa resolución -del no ejercicio de la acción penal-, el querellante no podía realizar ninguna otra acción para tratar de continuar con el procedimiento y tal vez, en sentencia aspirar a la reparación del daño

Por otra parte, debe destacarse la postura de, Sosa Ortiz Alejandro, quien en torno al grado de acreditación de los elementos del tipo penal como base del libramiento de la orden de aprehensión, nos explica:

*“ La acreditación de los elementos del tipo penal, tanto en el libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia y en el dictado, del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, a diferencia de lo que acontece en la misión de una sentencia condenatoria, debe entenderse que se realiza con carácter provisional, pues ésta es la naturaleza de las referidas resoluciones de tal suerte que tratándose de ciertos elementos y tomando en consideración la complejidad del caso, así como el menor o mayor número de datos probatorios que pudiere haber generado, podrán tenerse por acreditados en la fase de preinstrucción, aún cuando no se sustenten en pruebas categóricas y plenas, siempre y cuando se advierta la seria probabilidad de que el elemento del tipo en cuestión pudiera llegar a demostrarse plenamente, durante la instrucción, mediante el perfeccionamiento de aquéllas o del aporte de otras mas. 298*

#### **4.4.- El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales (“Los elementos del tipo penal”) y su vinculación con el Código Penal Federal.**

El legislador federal, al establecer con exactitud y precisión aquellos requisitos que el ministerio público debería de acreditar para poder ejercitar acción penal en contra de una persona o para solicitar del órgano jurisdiccional el libramiento de la orden de aprehensión y en su caso, el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, dio base a la necesidad de dar contenido a esos requisitos mínimos, saliendo al paso la doctrina penal para dar debida respuesta a este reclamo, estableciéndose en consecuencia, la exigencia de que deberían vincularse los contenidos procesales -artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y su correlativo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal-, con los contenidos del Código Penal Federal, principalmente aquéllas que se ubican en la parte general y que determinan qué es el delito -artículos 7, 8, 9, 12, 13 y 15-, porque era evidente que a partir de la reforma procesal penal federal, ambos brazos del derecho penal -la parte procesal y la sustantiva-, se vieron mas estrechamente relacionados, por eso es que tanto el juez, como la representación social, para fundamentar sus respectivas resoluciones, tuvieron la necesidad de acudir a los contenidos de la parte sustantiva para dar debido cumplimiento a la exigencia procesal de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculgado.

A continuación de manera general trataremos de realizar esa vinculación:

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

<sup>298</sup> Sosa Ortiz Alejandro, ‘los Elementos del Tipo Penal La problemática en su acreditación’ Editorial Porrúa, México 1999. p 245



En éste apartado se aprecia la referencia a la conducta humana, puesto que el delito solamente puede ser consecuencia de un hacer lo que la ley prohíbe o, en dejar de hacer lo que ella manda y como consecuencia de esa acción u omisión se produce una lesión o se pone en peligro un bien jurídico. La autoridad para el análisis de este requisito deberá acudir al contenido del artículo séptimo del Código Penal Federal, que establece:

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

*En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente ..."*<sup>299</sup>

Con sencillez y claridad, Díaz de León, nos explica como en éste artículo se aprecia la existencia del principio universalmente aceptado del *nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin Ley) Además de que hace referencia a los delitos de omisión que provocan un resultado, cuando el sujeto activo del delito tenía la obligación de evitarlo, atendamos pues, a tan precisa explicación:

*"Este artículo encierra el principio constitucional nullum crimen, nulla poena sine lege, es decir, que ninguna conducta humana que no este contemplada por la ley como delito puede ser sancionada, al mismo tiempo, implica la obligación del ministerio público de determinar, si existe una acción humana que vaya en contra de la prohibición (aspecto positivo), contenida en el tipo penal, o si por el contrario, existe una omisión que viola un mandato contenido en la norma (aspecto negativo), ello es que la descripción típica se viola haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella ordena.*

*El párrafo segundo: "... Con propiedad refiere al delito de omisión impropia, donde el injusto debe surgir de un deber jurídico determinado que específicamente vincule al sujeto activo con el bien jurídico tutelado y que es lo que se conoce como posición de garante, como sería el caso, por ejemplo, del salvavidas en la playa o en una piscina que dándose cuenta que un bañista se está ahogando, deja que este se ahogue sin rescatarlo*

*El elemento normativo "... si éste tenía el deber jurídico de evitarlo..." alude precisamente a la calidad de garante que debe tener el agente, para que le sea "... atribuible el resultado típico ..." originado por la omisión impropia de que se trate. Desde luego, el aspecto típico subjetivo en estos delitos (dolo), depende del conocimiento y conciencia del agente acerca de su posición de garante, o sea del "... deber de actuar..." que tenga (derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente)" de impedir el resultado al momento del hecho punible.*<sup>300</sup>

Por supuesto, que también se pueden presentar conductas que sin dar origen a un resultado material pongan en peligro el bien jurídico tutelado, tal como sería el caso del delito de portación de arma prohibida o el de abandono de familiares.

<sup>299</sup> Código Penal Federal. Editorial Sista. México 1999, p 5

<sup>300</sup> Díaz de León Marco Antonio, *Código Penal Federal con Comentarios* Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1998 p p 10, 11

### **La forma de intervención de los sujetos activos.**

En términos generales el hecho delictivo tiene como elementos integrantes básicos al sujeto activo y al sujeto pasivo, así como el daño, la lesión o el peligro corrido por el bien jurídico tutelado -con excepción de algunos tipos penales que requieren para su ejecución la intervención de varias personas (*Motín, Rebelión, Conspiración*)-, sin embargo, la situación tiende a complicarse, cuando en su realización intervienen varios sujetos, habrá que precisar entonces su participación o coautoría, haciéndose necesario determinar su forma de participación, en cuyo caso, la autoridad deberá acudir a los contenidos del artículo 13 del Código penal Federal que a la letra señalan:

#### **"CAPITULO III**

#### **Personas Responsables de los Delitos.**

**Artículo 13 - Son autores o Participes del delito:**

**I.- Los que acuerden o preparen su realización;**

**II.- Los que lo realicen por sí;**

**III.- Los que lo realicen conjuntamente;**

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

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

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

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

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

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

*Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicarán la punibilidad dispuesta por el artículo 64 - bis de este Código."*<sup>301</sup>

Para poder atender al desarrollo de cada fracción, es menester atender a las dos teorías, que en la doctrina penal nos tratan de explicar a la participación criminal **La teoría subjetiva de la participación** que establece:

*"... lo que legitima la penalidad como autor o participe en la coproducción de un delito por varias personas, no es lo objetivamente producido por aporte al hecho, sino la dirección subjetiva de la voluntad del partícipe respectivo. Con este enfoque será autor quien actúa con voluntad de autor, independientemente de su aporte material al resultado, es decir, no aquél que realiza el hecho dependiendo de la decisión de otro, sino quien quiere cometer el delito por su propio dolo e intereses personales."*<sup>302</sup>

Por otro lado, **La teoría objetiva**, que actualmente es la dominante, sostiene: para ubicar la categoría de autor no es preciso determinar la dirección de la voluntad, sino, dilucidar su participación material en el hecho delictivo; es decir, que será autor, quien tuvo el *dominio del hecho*, quien conforme a la exteriorización de su intervención propicia el desdoble de la acción delictiva, quien en definitiva, ha tenido el dominio o codominio del evento criminal. Muñoz Conde, con un razonamiento muy preciso, nos dice:

*"Este criterio objetivo - material, puede ser el del dominio final del acto, mantenido por los finalistas. Según éste criterio, es autor quien domina finalmente la*

<sup>301</sup> Código Penal Federal "Op Cit", p 6.

<sup>302</sup> Díaz de León Marco Antonio. Código Penal Federal... p 23

*realización del mismo, es decir, quién decide en líneas generales el sí y si el cómo de su realización. Este concepto, con ser ambiguo, es el más apto para delimitar quién es autor y quien es partícipe, porque, por más que sea a veces difícil precisar en cada caso quién domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor.*"<sup>303</sup>

**Los que acuerden o preparen su realización;** En ésta forma de participación se aprecia la concurrencia de varias personas en el acuerdo para la realización de un ilícito, por ende es acertada la aseveración de Sosa Ortiz cuando, explica:

*"siendo una forma de intervención de carácter accesorio, requerirá que sea a su vez causa eficiente de la realización del delito acordado, y consumado o, cuando menos, tentado..."*<sup>304</sup>

Por otra parte, podemos decir que en ésta fracción se contempla el caso de quién o quienes en la realización de un delito, intervienen en su planeación, sin que posteriormente tengan mayor injerencia, es decir sin que posteriormente intervengan en su ejecución; sin embargo, si esa planeación fue determinante para la realización posterior del suceso delictivo, por esa circunstancia incurre en responsabilidad ya sea como *coautor, como instigador o como cómplice*; para ilustrar lo anterior, simplemente podríamos mencionar el caso, tan recurrido en la doctrina penal, de aquel sujeto que estando de acuerdo con otros para realizar el hecho delictivo, les proporciona la combinación de la caja fuerte de la casa de sus patronos donde sabe que guardan sus valores, los horarios en que no están y les describe los accesos mas adecuados para ejecutar el ilícito.

### **Los que lo realicen por sí;**

El autor de un delito, es aquel que tuvo el *dominio del hecho*, aquel que al exteriorizar su conducta tiene la posibilidad de llevar a cabo o detener la ejecución del evento delictivo. Zaffaroni, en torno al tema apunta:

*"No cabe duda que hay dominio del hecho cuando un sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo. El caso en que un sujeto llene objetiva y subjetivamente los requerimientos de la conducta típica en forma personal y directa no ofrece ninguna duda acerca de que tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho. Pero puede suceder que también lo haga valiéndose de alguien que no realiza conducta, como cuando el que empuja a otro sobre una vidriera lo hace para cometer el delito de daños contra el comerciante a quien odia. En este caso, puesto que el empujado actúa como una masa mecánica, lo mismo da que haya sido su cuerpo o una piedra, de manera que el que actúa valiéndose de alguien que no realiza conducta también es autor directo, porque realiza directamente la conducta típica."*<sup>305</sup>

Como se desprende lo establecido con antelación, es responsable de un delito quien lo realiza por sí, es decir, quien realiza la acción u omisión descrita en el tipo penal de

<sup>303</sup> Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Reimpresión de la Segunda Edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia 1999, p 155

<sup>304</sup> Sosa Ortiz Alejandro, *los Elementos del Tipo Penal. La problemática en su acreditación* Editorial Porrúa, México 1999, P 140

<sup>305</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal, parte General*, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México 1999 p p 607, 608.

manera directa o incluso, de manera indirecta como autor mediato, ello es, quien utiliza a otro en la realización del delito, este otro, generalmente es un inimputable que sólo sirve como mero instrumento de ejecución de la acción realizada, de ahí que quién lo utilizó es penalmente responsable de la acción realizada. Díaz de León, al comentar la fracción que nos ocupa, dice:

*"En relación con ésta fracción, la doctrina penal ha señalado que no sólo es autor de un delito, quién lleva a cabo la conducta descrita en el tipo penal, sino también aquel que posee la posibilidad de llevar a cabo la realización del evento delictivo, es decir "....es autor quién tiene dominio del hecho, traducándose esto en que dicho autor puede concretar el tipo objetivo mediante el dominio de la acción, el dominio funcional del hecho o del dominio de la voluntad del otro*

*En el primer caso, el dominio de la acción, el autor realiza el citado tipo objetivo de propia mano, pudiendo existir resultados donde el dominio de la acción es determinante para la existencia del delito, por ser necesario que la ejecute precisamente el agente por medio de su cuerpo, como ocurre; v, gr., en el tipo de violación.*

*Se presenta el dominio funcional del hecho en aquellos casos en donde el autor comparte el hecho con otros autores, que concurren con él a cometer el delito mediante una distribución y división del trabajo delictivo, constitutiva de la figura de la coautoría " 306*

También Zaffaroni, aborda la problemática que representa la autoría directa y la autoría indirecta o mediata, en los siguientes términos:

*"A esta forma de autoría, llamada autoría directa, se contraponen la autoría indirecta o autoría mediata, que es la que realiza quién se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente. El que se vale del actor mediante el revolver cargado, asegurándole que contiene balas de "fogueo", indiscutiblemente que tiene en sus manos el dominio del hecho, pues el actor "no sabe lo que hace", ya que cree que está representando cuando en realidad está causando una muerte....*

*Es autor directo: el que realiza personalmente la conducta típica aunque utilice como instrumento físico a otro que no realiza conducta.*

*Es autor mediato: el que se vale de un tercero: que actúa sin dolo  
que actúa atípicamente.  
Que actúa*

*justificadamente "307*

*"Finalmente, habrá dominio de la voluntad del otro, cuando el agente domina el hecho por conducto de la voluntad de otra persona que realiza la etapa ejecutora del evento criminal; a esto se le conoce con el nombre de autoría mediata, por dominar el agente el hecho punible a través del dominio de la voluntad de otra persona que actúa, normalmente por ser inimputable, por ejemplo, un menor de edad, o por error, como ocurriría, v, gr., si se creara un error de tipo en otra persona o se aprovecha el estado de error en que se encuentra para que cometa el delito (careciendo de dolo), circunstancia esta que aprovecha al autor mediato. Aquí el autor mediato se sirve de otro individuo como mero instrumento de su voluntad, por lo cual éste queda impune por no podersele imputar a él la realización del tipo ni, tampoco, señalarse su participación en el hecho punible, por la misma razón se dice que aquél (el autor mediato) realiza el tipo pero no lo*

<sup>306</sup> Díaz de León Marco Antonio, *Código Penal Federal* p 26

<sup>307</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. *Op Cit* p p 608, 609.

*ejecuta de manera directa. Precisamente la diferencia entre la autoría mediata y la instigación, consiste en que, en la primera la persona utilizada como instrumento normalmente es una persona inimputable (v, gr., un enfermo mental) o que actúa por error (sin dolo), y en cambio, en la instigación, el instigador crea el dolo en el autor, por lo que éste si es responsable también del delito, pues lo ejecuta sabiendo y queriendo el resultado, o sea de manera dolosa."*<sup>308</sup>

**Los que lo realicen conjuntamente;**

Esta fracción contiene la hipótesis de la realización conjunta, lo que la doctrina penal ha llamado como *coautoría*. En éste supuesto los sujetos, por acuerdo previo o, en la realización conjunta del delito tienen el *dominio del hecho*, es decir, la posibilidad de no ejecutar o interrumpir la ejecución material del hecho delictivo, por eso es que son responsables en igualdad de circunstancias. En definitiva ser *autor* o *coautor*, implica en ambos casos, tener la posibilidad de concretar, interrumpir o prolongar el resultado así como el proceso causal.

*"La coautoría como realización conjunta del hecho por varios sujetos con codominio del hecho y mediante un plan común, por su esencia y elementos que la conforman, no podía darse en los delitos culposos, pues aquella necesita del dolo; tampoco cabe en los delitos de omisión, pues estos derivan de violaciones de deber o de calidades de garante impuestas por el orden jurídico y que, legalmente no se pueden compartir en coautoría por la sola voluntad particular de los agentes.*

*...Resumiendo el codominio del hecho necesita de dos circunstancias para producirse*

*a) Que sea consecuencia de un acuerdo conjunto a realizar el hecho; a través de una deliberación común se ligan funcionalmente las diferentes aportaciones al hecho; uno de los coautores sujeta al pasivo mientras el otro lo hiere con un cuchillo; cada una de las aportaciones esta unida a la otra a través de una división de funciones delictivas acordadas en la deliberación conjunta b) Que la aportación que haga el coautor sea objetiva, pues es únicamente a través de esta forma de aportación (objetiva) que se puede establecer que alguien ha intervenido con codominio del hecho y por tanto como coautor. Esta circunstancia corresponde a una exigencia directa de esta fracción III en análisis para la coautoría, al señalar: "los que lo realicen conjuntamente"*<sup>309</sup>

En este orden de ideas, se establece que la:

*"...coautoría material funcional es una variante de la autoría material, que se presenta cuando una persona no realiza la conducta en forma individual, sino que coopera, realiza la conducta en conjunto y con dominio del hecho, es decir, que está tan próximo a la ejecución del hecho delictivo que se le equipara al autor material, por eso se le llama co-autoría material funcional. Ejemplificando: 4 personas entran a robar a un banco, una llega a la cajera y la amaga, otra amaga a los clientes del banco y otro se sitúa hacia la entrada del banco; quien recibe el dinero de la cajera es quien realiza el robo y ¿las otras personas? ¿qué son? ¿simples partícipes o qué son? La figura de la autoría material funcional nos dice: si estas personas actúan en conjunto se dividen funcionalmente las actividades delictuosas a realizar y además en el momento mismo de la ejecución tienen el dominio del hecho, es decir están tan próximas en su realización que pueden o*

<sup>308</sup> Díaz de León Marco Antonio, "Código Penal Federal", p 26

<sup>309</sup> *Ibidem* 26, 27

suspenderlo o incrementarlo por lo tanto son considerados co-autores materiales"<sup>310</sup>

### Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

Esta fracción contiene lo que la doctrina penal ha denominado como *autoría mediata*, puesto que el activo para la realización del hecho delictivo se vale de otro (lo utiliza como instrumento), en consecuencia, el infractor del código punitivo que actúa, en términos del supuesto que contiene la fracción en comento, mantiene el dominio del hecho y por ello, no pierde el carácter de autor. Díaz de León, respecto de la autoría mediata apunta:

*"...aquí el ilícito se comete no en unión de otro, sino, por medio de otro. Así, el autor mediato suele valerse de un inimputable o de una persona inculpable, como si se tratará de meros medios o instrumentos para realizar el hecho punible. Los ejecutantes utilizados como herramientas delictivas actúan por diversas causas, como, v gr., la inimputabilidad, el error, la coacción física y moral. De esta manera el autor con esta calidad no necesita efectuar con su propias manos el hecho en cada una de sus fases ..."*<sup>311</sup>

Gonzalo Antonio Vergara, respecto del tema, refiere que:

*" existe un autor mediato o indirecto, partiendo del hecho que el autor inmediato o directo es quien realiza materialmente la conducta. El autor mediato es cuando una tercera persona se vale de otra, quien actúa sin dolo, sin conocimiento de que se está cometiendo un delito o que actúa inculpablemente, porque es constreñido a cometer ese delito y simplemente se le utiliza como un instrumento de un tercero para ejecutar esa conducta delictuosa, vamos a pensar en el caso de que estemos en presencia de una persona afectada de sus facultades mentales y la tercera persona aprovechándose de esa situación la manda a una negociación para que con un puñal amenace a la cajera para que le entregue determinada cantidad de dinero, en este caso, si examinamos la autoría material habría que decir que quien se está apoderando del dinero sería el inimputable, pero este no está obrando con conocimiento de la antijuridicidad, porque tiene disminuida su capacidad psicológica, por lo tanto no es sujeto de reproche penal y en este caso la persona que se aprovecha del inimputable, frente al Derecho penal tiene el carácter de autor mediato o indirecto " "*

### Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

En ésta parte se contempla, la llamada *instigación*, es decir el que "alguien" determine dolosamente a otro a la comisión del acto delictivo, en consecuencia el que instiga (autor) realiza una conducta típica y antijurídica, ya que determina psíquicamente a otro a la realización del evento delictivo. De ahí que Zaffaroni, manifieste:

*"El medio hemos dicho que debe ser psíquico y directo. Por medio psíquico y directo no debe entenderse solo la palabra clara y determinante, sino que puede ser cualquier otro medio simbólico; gestos actitudes, palabra escrita, claves, etc. incluso puede ser una conducta distinta de hablar: supóngase que dos individuos se hallan armados, uno con una arma corta y de poco alcance y otro con una arma*

<sup>310</sup> Vergara Rojas Gonzalo Antonio, *Conferencia: Autoría y Participación a la Luz del Código Penal del Estado de México* Palacio de Justicia de Texcoco, México Agosto del 2000

<sup>311</sup> Díaz de León Marco Antonio, *Código Penal Federal* ... p 27

\* Vergara Rojas Gonzalo Antonio, *Conferencia: Autoría y Participación a la Luz del Código Penal del Estado de México* Palacio de Justicia de Texcoco, México Agosto del 2000

*larga y de precisión. El primero decide al asegundo a matar a un tercero al que no puede alcanzar con su arma, disparando en dirección al tercero.”<sup>312</sup>*

Por otra parte, Díaz de León, al explicar los alcances de ésta fracción nos dice:

*“Aquí apreciamos la figura del instigador, aquél que, sin forzar a otro, influye en su voluntad de manera determinante para encaminarla a la producción del evento típico, es decir que para que se presente la instigación, es necesario que el instigador pueda encauzar el libre albedrío del instigado hacia la producción del delito, ello es que realice las proposiciones dolosas de instigador, que las lleve a cabo, con ello se logra crear el dolo en el instigado para que realice lo que el instigador quiere.” ...quien instiga produce en el instigado la motivación; ajena a éste en principio; determinante de la comisión de delito. De entre los medios empleados para instigar están por ejemplo, las cuestiones amorosas, el halago, las bajas pasiones, la promesa de pagar un precio, el ofrecimiento de una recompensa si ejecuta la conducta típica, el uso indebido de una relación de jerarquía, etcétera.”<sup>313</sup>*

Al respecto, se considera: *“...al instigador como un partícipe y no como autor, lo que se le reprocha al instigador, es el convencimiento, la labor de convencer que ejerce sobre otras personas para la realización de un hecho delictuoso.”<sup>314</sup>*

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

En esta hipótesis se percibe que el individuo que ayude o auxilie para la comisión del hecho delictuoso, carece del dominio del hecho y, en consecuencia, su conducta debe encuadrarse en la figura del cómplice, ello es así, por que el prestador de la ayuda, al no poseer el dominio del hecho, escapa a su voluntad detener la ejecución de la conducta típica, lo que evidencia que esa ayuda o auxilio -que puede ser anterior o concomitante al hecho-, en caso de suprimirse, no impediría la ejecución del hecho típico.

*“... por ejemplo, cómplice sería quien, para posibilitar el ilícito, deja abierta la puerta del banco o de la caja de seguridad, implicando esto una ayuda a los autores del asalto; consecuentemente, toda vez que aquel no participó en el acuerdo ni en la decisión común de realizar el hecho, asume sólo la calidad de cómplice. ... Cómplice, para los efectos de ésta fracción, es aquel cuya acción es aporte de cooperación a la comisión del delito, la cual se produce fuera del proceso de ejecución de éste. Es aquél que auxilia a la realización del hecho con actos anteriores o simultáneos a éste.”<sup>315</sup>*

En similares términos se viene afirmando que:

*“en una participación por complicidad, donde se advierte como característica principal, que existe un acuerdo anterior por parte de los sujetos que ayudan o auxilian a otro en la comisión del hecho, pero aquellos no tienen el dominio del hecho, es importante el poder acreditar por parte de quien auxilia después de consumado el hecho, la existencia de un acuerdo anterior, de lo contrario*

<sup>312</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni *“Op Cit”* p 632.

<sup>313</sup> Díaz de León Marco Antonio. *“Código Penal Federal”* p 28

<sup>314</sup> Vergara Rojas Gonzalo Antonio *“Cit”*

<sup>315</sup> Díaz de León Marco Antonio, *“Op Cit”* p 29

*estaríamos en presencia de otra conducta típica que sería el encubrimiento. Lo anterior, para el caso de Estado de México*<sup>316</sup>

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

Para poder comprender con precisión el supuesto que comprende ésta fracción es necesario no perder de vista el hecho de que se contemplan dos supuestos, el primero se refiere a la existencia de una promesa anterior a la realización del hecho punible y, segundo, que esa promesa, se le haya realizado precisamente al autor del delito, para que una vez, consumado éste, la promesa se materialice en acciones tendientes a auxiliar al delincuente, porque si después de consumado el delito la ayuda no se materializa uno de los requisitos que contempla la hipótesis que analizamos no se cumpliría y su aplicación sería improcedente. Por lo anterior es que empezamos afirmando que para configurarse el supuesto que contempla la fracción que nos ocupa debían darse los supuestos ya mencionados. Ejemplo de ello:

*“ sería el caso en el que A promete a B que si mata a C, él se encargaría de ocultar el cadáver, sin haber recibido la aceptación de tal promesa de B en el momento del ofrecimiento. Aceptación que se hace patente posteriormente cuando B le comunica a A que ha cometido el homicidio, y le pide que esconda el cadáver en cumplimiento de su promesa ”*<sup>317</sup>

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

Esta fracción contempla la figura de la *participación indeterminada*, es decir, se sanciona a quienes intervienen en la comisión de un hecho delictivo, pero que por desconocerse quién produjo el resultado se les sanciona a todos por igual de manera atenuada. Díaz de León, al comentar esta fracción apunta:

*“Esta fracción se refiere a la llamada corresponsabilidad correspectiva o participación indeterminada, que nos permite establecer la participación de una persona, que junto a otras, sin acuerdo previo, participa en un delito, sin que pueda atribuírsele a cada una en lo particular, los actos que desplegó para el logro del resultado, de tal manera que se les sancionara atenuadamente: “ ... en los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13 se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva”*<sup>318</sup>

Sin embargo, lo que pudiera interpretarse como un beneficio, también pudiera considerarse como una transgresión al principio de legalidad en perjuicio del gobernado, porque el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional, establece:

*“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se contemplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”*<sup>319</sup>

<sup>316</sup> Vergara Rojas Gonzalo. *Cit*

<sup>317</sup> Sosa Ortiz Alejandro. *Op Cit* p 160

<sup>318</sup> Díaz de León Marco Antonio. *Op Cit* p 31

<sup>319</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista. México 1999. p 6



De ahí que se diga que si no se establece con precisión la forma de participación y el resultado que el procesado provocó o, la acción desplegada como parte en la ejecución del delito, parece ser que aquí -como se desconocen todos esos datos-, se le sanciona por no dejar de sancionar y con ello se trastoca el principio de legalidad. Así, Por ejemplo:

*" en un homicidio tres o cuatro personas sin acuerdo previo intervienen en la realización conjunta del hecho, golpeando con las manos y con los pies a la víctima quien posteriormente muere por una lesión producida por alguno de éstos golpes, y después no se puede determinar quien dio el o los golpes que directamente originaron su muerte, sino sólo se prueba que los intervinientes lo lesionaron y privaron de la vida, por lo cual todos son responsables de coparticipación correspectiva, pues el resultado se logra independientemente de quién hubiera asestado el golpe de muerte"*<sup>320</sup>

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

Con esta frase se introduce *el principio de culpabilidad* en nuestro sistema de justicia penal y se abandona definitivamente, aquel criterio de la peligrosidad de autor que durante mucho tiempo estuviera vigente en nuestra legislación y que tantas críticas cosecho en la doctrina penal mexicana. Con la adopción del criterio de la culpabilidad, nuestro sistema de justicia penal da un paso mas hacia un derecho penal moderno:

*" cada uno de los intervinientes en la comisión de un hecho, ya sea como autor o como partícipe, debe responder en la medida de su propia culpabilidad. Con esto se esta planteando que hay que tomar en cuenta, precisamente, el criterio de la culpabilidad de cada uno de los sujetos, para poder determinar la pena que habrá de imponérseles, como se deriva ahora del artículo 52 del Código Penal."*<sup>321</sup>

**La realización dolosa o culpable de la acción u omisión.**

Esta fracción comprende la conducta humana, es decir el hacer lo que la norma prohíbe o dejar de hacer lo que ella ordena, lo que implica la ejecución de una acción o de una omisión, que pueden realizarse con la voluntad de ejecutar la conducta típica o porque se actuó con negligencia o falta de precaución o cuidado. El Código Penal Federal, en su artículo Octavo, refiere:

*Art. 8.- " Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."*<sup>322</sup>

Para determinar cuando se esta ante una conducta humana dolosa, es importante precisar que en ella se presentan dos aspectos fundamentales, *uno cognoscitivo y el otro volitivo*, es decir el conocimiento de los elementos que integran la descripción típica y la voluntad de llevar a cabo la acción prohibida

Por otra parte, podemos decir que nos encontraremos ante una conducta culposa, cuando el activo ha desplegado su acción sin atender a las debidas medidas de

<sup>320</sup> Díaz de León Marco Antonio, "Op Cit", p 31

<sup>321</sup> Moreno Hernández Moisés, "Comentarios Reformas al Código Penal "Criminalia. 60 aniversario, Año LX No 1 Enero - Abril de 1994, Editorial Porrúa, p 19

<sup>322</sup> Código Penal Federal, Editorial Sista. México 1999, p 5

precaución y de cuidado que la sociedad espera del común de las personas. Díaz de León, explica:

*" En principio, la adecuación típica de los delitos dolosos se caracteriza porque la hipótesis abstracta, general y permanente descrita en el tipo penal, presenta una coincidencia entre la voluntad del autor o partícipe y la ejecución de la conducta; es decir, la acción registra en su concreción elementos objetivos (exteriores) y subjetivos, estos últimos por su esencia psíquica transcurren en la conciencia del autor, constituyendo lo que la Doctrina Penal ha llamado tipo subjetivo.*

*La intencionalidad contenida en ésta fracción a comentario se refiere al dolo; este, normalmente; es necesario para la realización del tipo subjetivo, del cual es su elemento nuclear. El dolo es el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, o sea que equivale a conocer y querer los elementos objetivos del tipo. Por tanto, actúa con dolo quien conoce o sabe lo que hace y además hace lo que quiere. Significa, para la existencia de este elemento, que el agente debe conocer que realiza un acto y qué acto realiza, por lo que este conocimiento es suficiente para alcanzar la conciencia de la ilicitud, es decir, con ello obtiene el dato en base al cual alcanzar la noción de lo ilícito de su obrar. En consecuencia, los componentes del dolo son el conocimiento de los componentes de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realización. La falta de dolo o "imprudencia" aluden a los delitos culposos, en los cuales, no obstante de que la voluntad del agente no esta dirigida a la realización del tipo objetivo, de todas maneras se cumplen las circunstancias perjudiciales derivadas de la concreción de este tipo objetivo, por la falta de cuidado y negligencia observada por el agente. El fundamento de política criminal que se tiene en los Estados de Derecho para punir estas conductas culposas, proviene de la manifestación de desprecio en el respeto de los bienes de la vida tutelados por el orden jurídico, exteriorizada por el agente mediante un comportamiento descuidado, negligente y, por ello, delictivo. Así, en tanto en el delito doloso es reprochable la conducta del agente que dirige su voluntad a la realización del tipo objetivo, así es también reprochable la acción del activo en el delito culposo por su descuido al actuar y, consecuentemente, por la expresión de menosprecio a los citados bienes jurídicos tutelados por el Estado "*<sup>323</sup>

*Art. 9.- " Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y*

*Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."*<sup>324</sup>

De la explicación precedente podemos inferir dos aspectos fundamentales como componentes del dolo, la *capacidad de conocer*, es decir la actividad intelectual del sujeto activo de conocer los elementos del tipo penal y su *capacidad de querer* el resultado contenido en el tipo, aunque también se puede observar que se hace alusión a que éste -el activo-, acepte la realización descrita por la ley, esto último, se considera, que se refiere a un dolo disminuido, *al dolo eventual*. En torno a lo que se viene afirmando, se ha establecido:

<sup>323</sup> Díaz de León Marco Antonio. "Op Cit", p p 12, 13

<sup>324</sup> Código Penal Federal. Editorial Sista. México 1999 p 5

*"... El dolo comprende, en consecuencia, normalmente dos elementos intelectuales imprescindibles: el conocer y el querer, aunque dentro de los componentes del primer párrafo del artículo 9º, en comento, pareciera existir un tercer elemento (o acepte) el cual si bien es constitutivo de un dolo menor (eventual), comparado con el correspondiente al derivado de querer, el mismo también encuentra su fundamento en la voluntad, aunque en este caso tiene una jerarquía disminuida en intencionalidad, habida cuenta aquí el dolo eventual significa que el agente no quiere como seguro el resultado, sino, sólo "previendo como posible el resultado típico." Considera seriamente como factible la realización del tipo objetivo, lo cual, sin embargo, acepta y se conforma con ella 325*

En consecuencia, -como lo venimos refiriendo -, para que se presente el dolo es necesario que se de en el activo la posibilidad de *conocer el tipo* y que como producto de ese conocimiento *quiera* realizarlo, es decir se aprecia que sólo quien tenga la capacidad de conocer y después la capacidad de querer realizar el verbo rector del tipo puede actuar con dolo. Una tercera forma que se observa proviene no sólo conocer y querer, sino también de prever como posible el resultado típico y aunque no se quiere, se *acepta* como instrumento necesario para la realización del fin delictivo, nos referimos al dolo eventual. En caso de que no se compruebe la existencia del dolo, es decir, que no se compruebe el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, se origina el error de tipo regulado en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal.

Por lo que se refiere al segundo elemento del dolo - *querer\** -, la doctrina penal ha señalado que para la integración del dolo no sólo se requiere de conocer los elementos objetivos del tipo se requiere también de la voluntad de querer realizarlo, es decir la intención de ejecutar los elementos del tipo. Al mismo tiempo se ha evidenciado que por lo que se refiere al dolo eventual es necesario que sin querer realizar los elementos objetivos del tipo, si se representa como posible su realización, aceptándolo como instrumento para la consecución del fin de la conducta ilícita.

Por lo que se refiere a la integración de *los delitos culposos*, éstos se integran cuando quien actúa lo hace sin atender al deber de cuidado\* objetivo que le impone la sociedad para que el resultado típico no se presente, es decir, que *"que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría"* esto último le es exigible en atención a que de acuerdo a sus condiciones personales, a su experiencia, sus aptitudes, le era posible prever - *"que debía y podía observar según las circunstancias*

<sup>325</sup> Díaz de León Marco Antonio, *'Op Cit'* p 14

\* "El segundo elemento subjetivo de esta figura, constitutivo del dolo directo y del dolo eventual lo encontramos en la parte segunda del primer párrafo del mismo artículo 9º en el segmento señalante de que *quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley* " Es decir, la existencia del dolo requiere no únicamente que el agente haya conocido los elementos del tipo objetivo (además el resultado y el proceso causal), sino, por un lado, también debe haber tenido voluntad de efectuarlo previniendo como segura la producción del resultado típico, o sea de realizar el comportamiento prohibido por la norma como meta directamente perseguida por su voluntad, siendo esto lo que se conoce como *dolo directo*. En cambio, si dicha realización no fue considerada por el agente de manera directa como la meta perseguida por su voluntad, pero teniendo seriamente como posible su acacimiento el cual acepta y se conforma con él, se estará en el caso del dolo eventual. La intensidad del injusto en este dolo (eventual) es menor comparado con el dolo directo, dado, en aquél ni se persigue el resultado directamente ni, tampoco, es segura su producción, siendo esta una expectativa que se deja al curso natural de las cosas y su devenir. Díaz de León Marco Antonio, *'Op Cit'* p 14

\* El elemento normativo *un deber de cuidado*, exige que en el caso concreto debe existir prueba idónea y plena, primero de la existencia de un determinado deber de cuidado y, segundo, de que específicamente éste incumbía o no al sujeto activo. Es decir, la conducta únicamente será típica si previamente se define en qué consiste el citado deber de cuidado y, además, se prueba que la acción realizada es precisamente la exigida en el caso concreto por el deber de cuidado y según las capacidades y circunstancias personales del autor. Díaz de León Marco Antonio, *'Op Cit'* p 16

y condiciones personales\* ". Por lo que se refiere al aspecto: "previo confiando en que no se produciría", alude a la *culpa consciente*, en que el activo se representa como posible la lesión del bien jurídico, pero aunque el peligro existe considera que el resultado no se presentará.

**Asimismo se acreditará, 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 acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

**Las calidades del sujeto activo y del pasivo;**

Para aclarar este punto, considero necesario decir que, *sujeto activo* de un delito es la persone que lo realiza; mientras que será *pasivo*, aquel que lo resiente en su persona o en sus bienes. La exigencia de acreditarlos, como parte de los elementos del tipo penal, obedece a la necesidad que existe, en determinados tipos penales, de comprobar éstas calidades:

*"... como ejemplos pueden señalarse: el homicidio en razón del parentesco o relación (ascendente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado), el abuso de confianza (poseedor de la cosa mueble ajena), el incesto (ascendiente, descendiente o hermano), el abuso de autoridad (funcionario público, agente del gobierno o comisionado del gobierno) etcétera. la calidad específica es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber"*<sup>326</sup>

**El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión;**

En los delitos, en general, siempre existe un resultado: en el de homicidio, el cadáver en el de lesiones la herida, etc. incluso en los delitos de peligro suele establecerse el peligro a que estuvo sometido el bien jurídico protegido, en consecuencia, existe la obligación de acreditar el resultado producido por la conducta punible. De ahí que:

\* "El elemento normativo según las circunstancias y condiciones personales... hace referencia a un presupuesto que habrá de probarse en plenitud. el cual indica que sólo violará un deber de cuidado" quien no emplea las precauciones y medidas indispensables para no lesionar el bien jurídico de acuerdo a sus capacidades y conocimientos que la situación le hubieran permitido. De esta manera, no existe una uniformidad en el deber de cuidado, sino que en cada autor será diferente de acuerdo a sus referidas circunstancias y condiciones personales. de lo cual, como se indicó, debe existir prueba directa y plena en el proceso penal correspondiente" Díaz de León Marco Antonio. *Op Cit'* p 16

<sup>326</sup> Islas de Gonzáles Mariscal Olga *'Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida'* Editorial Trillas, Cuarta Edición. México 1998. p p 42. 43

*"Por ser la actividad un elemento del tipo, es obvio que la causa está limitada por la figura legal; en otras palabras: la causa es típica y el contenido semántica de la actividad es lo que justifica lo típico de la causa. El nexo causal, asimismo, es típico; y lo es por que sus polos, actividad y resultado material, son elementos del tipo"*<sup>327</sup>

### **El objeto material;**

El objeto material del delito es la *persona, animal o cosa* sobre la que se realiza el delito, por lo que no debe confundirse con el objeto jurídico, que es el bien jurídico que protege la ley y que es afectado por el delito. De ahí que al objeto material se le haya conceptualizado como:

*"... el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo o, en la omisión, el ente corpóreo en el cual debería recaer la actividad ordenada en el tipo"*<sup>328</sup>

### **Los medios utilizados:\***

En algunos tipos penales es muy importante acreditar los medios utilizados, pues de ello depende la aplicación de la pena Olga Islas de González Mariscal, respecto de los medios utilizados, apunta:

*"Son el instrumento o la actividad distinta de la acción, exigidos en el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado."*<sup>329</sup>

### **Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;**

Existen descripciones típicas que para su debida integración requieren de que se acredite el lugar:

*"A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar...si no operan, la conducta será atípica. por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho "en despoblado" (como en el tipo del delito de asalto a que se refiere el artículo 286 ...." <sup>330</sup>*

### **Las circunstancia de tiempo:**

*"En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la tipicidad. .... El Código Penal mexicano hace alusión a referencias temporales, en los artículos 123.VII (Proporcione dolosamente y sin autorización, en tiempos de paz o de guerra, a persona, grupo o gobierno extranjeros, documentos, instrucciones o datos de establecimientos o de posibles actividades militares) 289 (Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la*

<sup>327</sup> Ibidem p 53

<sup>328</sup> Ibidem p 44

♦ El Código Penal Federal en el artículo 381 Fracción IX. en relación a los medios utilizados establece: "Además de la pena que le corresponde conforme a los artículos 370 y 371. se aplicarán al delincuente las penas previstas en este artículo. en los casos siguientes:

IX Cuando se cometa por una o varias personas armadas o que utilicen o porten otros objetos peligrosos " Multi Agenda Penal. 'Código Penal Federal', Ediciones fiscales ISEF. México 2001. p 102

<sup>329</sup> Islas de González Mariscal Olga 'Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida' Editorial Trillas, Cuarta Edición. México 1998, p 55

<sup>330</sup> Castellanos Fernando, 'Liniamientos Elementales de Derecho Penal', cuadragésima primera, Edición, Editorial Porrúa, México 2000. p177.

*vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se... si se tarda en sanar más de quince días se le impondrá) ..."*<sup>331</sup>

Ejemplos del modo de comisión del delito, los encontramos en los artículos 130 y 131 del Código Penal Federal, que respectivamente, establecen:

*"Se aplicará la pena de seis meses a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 132. ... Artículo 131 Se aplicará la pena de seis meses a siete años de prisión y multa de cinco mil pesos, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación..."*<sup>332</sup>

Por lo que se refiere a la **ocasión**:

*"Es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado"*<sup>333</sup>

### Los elementos normativos,

Cuando nos referimos a los elementos normativos, debemos entender éstos, como aquellos en que la autoridad requiere realizar un juicio de valoración que la ley exige:

*"... Los elementos normativos son de dos clases.*

*a) Elementos con valoración jurídica.*

*b) Elementos con valoración cultural.*

*c) Existen estos elementos con valoración jurídica, cuando la ley dice por ejemplo "cosa ajena" (Art. 367); "funcionario" (Art. 189); "servidor Público" (Arts. 212, 214, 215, etc); "documento público" (Art. 243); "documento privado" (Art. 243); "bien mueble" (Art. 367); "derecho real" (Art. 395)*

*b) Estamos frente a un elemento normativo con valoración cultural, cuando el Código expresa "acto sexual" (Art. 260), "ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres"..."<sup>334</sup> otros ejemplos son, ". cosa mueble, perjuicio, documento público o cultural, apropiación, vida, erótico - sexual, perjuicio, etc"<sup>335</sup>*

### Los elementos subjetivos específicos.

Existen descripciones típicas que incluyen elementos subjetivos específicos, en consecuencia, habrá que atender a la *motivación, a los ánimos o propósitos* que el sujeto activo del delito debe presentar para que se integre debidamente el injusto penal. Colín Sánchez, respecto de ellos, afirma:

<sup>331</sup> Porte Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal* Decimooctava Edición, Editorial Porrúa, México 1999, p p 242. 243

<sup>332</sup> Colección Penal. *Código Penal Federal* Cuarta Edición. Ediciones Delma. México 2000 p 33

<sup>333</sup> Islas de Gonzales Mariscal Olga *Op Cit* p 55

<sup>334</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, *Op Cit* p 345

<sup>335</sup> Colín Sánchez Guillermo, *"Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"* Decimoséptima Edición, Editorial Porrúa, México 1998. p 379

*" Los elementos subjetivos implican una valoración desde el punto de vista objetivo de la antijuridicidad, pues corresponden a estados y procesos anímicos del agente y que conforman características del ilícito como: el deseo o propósito erótico sexual, el animo de ofender, el animo de lucro, etc.*

*Al referirme a lo material u objetivo de la antijuridicidad, con ello indico que así la considero en cuanto afecta intereses fundamentales protegidos jurídicamente en una organización social"<sup>336</sup>*

Olga Islas de González Mariscal respecto del tema, apunta:

*"a) Los elementos subjetivos del tipo que se expresan como tendencia o finalidades forman parte del dolo, no son elementos autónomos. En ocasiones el legislador subrayó la necesaria comisión dolosa con los vocablos: a sabiendas (artículos 403 -I , 405 -X y 412), y dolosamente ( artículos 405 - Vii y 406 - V):"<sup>337</sup>*

### **Las demás circunstancias que la ley prevea.**

Con ésta última fracción, se estableció una regla general, donde el legislador, buscó introducir todas aquellas consideraciones que siendo parte del tipo, no se determinaron en las anteriores fracciones, ésta situación resulta criticable, porque lo que se pretendió es establecer con precisión el contenido de *los elementos del tipo penal*, y si se abre un espacio, donde éstos queden imprecisos, se genera un espacio de inseguridad jurídica para el ciudadano.

Sosa Ortiz, en torno a aquellos elementos que no fueron comprendidos en los apartados antes estudiados, pero que también forman parte del tipo, explica:

*"...Realizando una revisión de nuestro Código encontramos dos de ellos, a saber:*

*A) La pluralidad específica del sujeto activo, y*

*Contienen la primera entre otros, los delitos de oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos. "Cuando varias personas de común acuerdo procuren impedir la ejecución de una obra o trabajos públicos..." (Art. 185).*

*Ejemplos de los segundos los encontramos en el delito de encubrimiento: Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel..." "Oculte o favorezca el ocultamente del responsable de un delito, los efectos, objetos e instrumentos del mismo..." (Art. 400 fracciones I y III); Y si bien pudiera deducirse que en éstos últimos tal vinculación del objeto material del tipo con algún delito vendría a configurar un elemento normativo. delito, que se relaciona con aquel, preferimos destacarlo, de esa manera por revestir características especiales en su acreditación, como lo son la que habrá de acreditarse los elementos del tipo penal correspondiente, aunque se desconozca, en esto casos, la identidad de los agentes o no se haya declarado su responsabilidad <sup>338</sup>*

**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.**

Este punto encierra la exigencia, de que al emitirse por parte de la autoridad -Ministerio Público y Juez-, una resolución relativa a la probable responsabilidad del inculpado,

<sup>336</sup> Ibidem p 379

<sup>337</sup> Islas de González Mariscal Olga "Análisis Lógico Semántico de los Tipos en Materia Electoral y de Registro Nacional de Ciudadanos" Editorial Porrúa. México 2000, p 23

<sup>338</sup> Sosa Ortiz Alejandro. 'Op Cit' p p 244,245

éstos deberán haber realizado un análisis jurídico, que determine si esa persona no se encontraba amparada por una causa de licitud, en el momento de la comisión del ilícito, ello conlleva la exigencia de que el Ministerio Público y el juez, en sus respectivas resoluciones, deberán atender a las "causas de exclusión del delito" que el artículo 15 del Código Penal Federal, preve. De ahí, que una vez realizado éste ejercicio intelectual, que necesariamente debe vincularse con las constancias contenidas en la averiguación previa o en la causa penal, se encuentre en posibilidad de resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado y en su resolución establecer que no se encontró causa de justificación alguna que amparara la conducta desplegada por el activo. Lo anterior conlleva la exigencia de conocer el contenido del artículo citado.

#### **"CAPITULO IV**

##### **Causas de exclusión del delito**

##### **Artículo 15 - El delito se excluye cuando:**

**I.- El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente"**<sup>339</sup>

**"II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate..."**<sup>340</sup>

**"III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:**

**a) - Que el bien jurídico sea disponible;**

**b).- Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y**

**c) - Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;**

**IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.**

**Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación, o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.**

**V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;**

**VI - La acción o la omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro;**

**VII - Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental, dolosa o**

<sup>339</sup> Código Penal Federal Editorial Sista. México 1999. p 7.

<sup>340</sup> Sandoval Delgado Emiliano. *Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el derecho penal mexicano* Angel Editor. México D.F. 2000. p 41



*culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.*

*Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de éste Código.*

*VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:*

*A).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, o*

*B).- Respecto de la licitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que esta justificada su conducta.*

*Si los errores que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de éste Código;*

*IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o*

*X.- El resultado típico se produce por caso fortuito."<sup>341</sup>*

Ya que el contenido de éste artículo ha sido desarrollado en el capítulo que antecede, únicamente nos referiremos a la fracción segunda, relativa a la *Falta de alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate*; pues es aquí, donde se establece la vinculación que el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, obliga a realizar con el Código Federal Sustantivo, porque la expresión que determinó el legislador, llena su contenido con los artículos 7,8,9,12,13,15, de esa disposición normativa; de ahí, que el Ministerio público, convertido en un órgano técnico en la procuración de justicia, deba apoyar su consignación y solicitud del libramiento de la orden de aprehensión, en la comprobación de los elementos del tipo penal que describe el artículo en comento y en todo caso podrá determinar si falta, o no, alguno de ellos. Igual ejercicio intelectual deberá realizar el juzgador, en sus resoluciones. Este criterio, es el que se ha establecido en la doctrina:

*"Otra de las nuevas figuras, que se incluyen como causas de exclusión del delito es la de la falta de los elementos del tipo, que plantea inmediatamente la problemática de saber cuales son los elementos del tipo penal para así, en el caso concreto, determinar cuando la falta de alguno de ellos puede traer como consecuencia la exclusión del delito...de tal manera que, cuando se tengan que analizar las excluyentes y estemos ante el caso de la fracción II del artículo 15, simplemente habrá que ver si de ese catalogo que señala el artículo 122 o 168, falta algún elemento que impida afirmar la existencia del delito."<sup>342</sup>*

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

Este apartado establece la obligación de la autoridad de acreditar, tanto los elementos del tipo penal como la probable responsabilidad del indiciado, por los medios probatorios que la ley señala, es decir, sólo aquellos medios que la ley ha determinado como los mecanismos necesarios para comprobar todos y cada uno de los elementos y hacer probable la responsabilidad del encauzado, podrán ser usados por la autoridad para el efecto, desechándose intrínsecamente los medios probatorios que no estén

<sup>341</sup> Código Penal Federal, Editorial Sista, México 1999, p 7

<sup>342</sup> Silva Meza Juan, *Reformas al Código Penal de 1994*. Criminalia, 60 aniversario, Año LX No 1 Enero - Abril de 1994, Editorial Porrúa. p 39

contenidos en la ley. En relación con lo que venimos exponiendo, el artículo 206 del Código Procesal Federal:

*"Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho..."*<sup>343</sup>

En consecuencia, pueden emplearse, la confesión, la inspección, la prueba pericial, la testimonial, las documentales, los careos, etc., como medios que la ley señala para comprobar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

#### **4.5.- La Reforma Constitucional de los artículos 16 y 19 de 1999.**

##### **4.5.1.- El proceso de Reforma:**

##### **4.5.1.1.- La exposición de motivos.**

Con fecha 9 de Diciembre de 1997, el titular del Poder Ejecutivo hizo llegar a los secretarios de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión la iniciativa de Decreto correspondiente a la reforma, -entre otros- de los artículos 16 y 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exponiendo lo siguiente:

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

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

*Antes de 1993, para que se librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma se debían acreditar todos los elementos del tipo penal -objetivos, subjetivos y normativos -, así como la probable responsabilidad del indiciado*

*Cabe mencionar que los últimos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concretamente el expresado en la tesis jurisprudencial 6/97 han hecho aún más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal al señalar, con toda claridad, que en el auto de formal prisión deben estar acreditados, según sea el caso: 1) la existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro; 2) la forma de intervención del sujeto activo; 3) si la acción y omisión fue dolosa o culposa; 4) la calidad de los sujetos activo y pasivo; 5) el resultado y su atribución a la acción u omisión, 6) el objeto material; 7) los medios utilizados; 8) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; 9) los elementos normativos y 10) los elementos subjetivos específicos; así como la probable responsabilidad del inculcado. Además, deben señalarse todas las modificativas del delito o sus calificativas, por ejemplo: homicidio (tipo básico); homicidio calificado (tipo complementado); que pesen sobre el inculcado en la comisión de una conducta delictiva.*

*La presente iniciativa propone reformar el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional para que en el libramiento de un auto de formal prisión se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y la probable*

<sup>343</sup> Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista, México 1999. p 50

*existencia de los demás elementos del delito de que se trate, Así como la probable responsabilidad del indiciado.*

*La reforma a los artículos 16 y 19 propuesta pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del Juez, durante la fase de preinstrucción -antes del proceso legal-, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario. El proceso penal no debe estar limitado únicamente a la acreditación de la plena responsabilidad del inculpado, pues como se señaló anteriormente, es durante la averiguación previa y la consignación cuando se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo penal.*"<sup>344</sup>

Los anteriores argumentos, merecen un momento de reflexión, porque en un estado de derecho que como principio rector de su actuación encontramos el respeto irrestricto a las garantías del gobernado, éstas no deben reducirse para poder afirmar que se ataca eficazmente la criminalidad, es decir, que la eficacia de la actuación de la autoridad no debe medirse por el número creciente de personas que enfrenten procesos penales. Sin embargo, al reducirse las exigencias probatorias para la representación social y para el juzgador en el ámbito de sus respectivas competencias, es evidente que el número de consignaciones y de órdenes de aprehensión e incluso de autos de formal prisión, sin duda alguna que se verán aumentados en forma muy rápida, consecuentemente se tendrá mayores individuos sujetos proceso o en la cárcel cuando se trate de delito grave, aumentándose con ello la población carcelaria y agravándose los problemas que ya existen (hacinamiento poblacional, falta de los servicios mas elementales para los reclusos, etc )

La disyuntiva me parece que debe versar sobre la siguiente cuestión ¿se deben reducir garantías para poder afirmar que se tiene un mayor número de personas sujetas a proceso o en la cárcel o se debe aspirar a tener una autoridad más científica, mas preparada, con mayor capacitación que obtenga su eficacia no de la reducción de garantías del gobernado sino de su actuación pronta y eficaz contra la delincuencia?

En un estado de derecho con tintes democráticos y de corte garantista la opción es clara.

Por otra parte, es importante aclarar que las sistemáticas penales -objeto de estudio de este trabajo-, tienen una función muy específica, nos determinan con claridad los presupuestos jurídicos - penales que deben satisfacerse para que una acción sea calificada con ropaje delictivo y como consecuencia de ello, el estado aplique una sanción. De ahí que otorgarle una finalidad diversa a la que la doctrina penal le ha asignado, sin duda alguna que encierra una interpretación desafortunada, -la actividad investigadora y su eficacia escapan a su objeto de estudio-

Señalar a nivel constitucional que para realizar una consignación o solicitar y obtener una orden de aprehensión por parte del juzgador acreditando sólo la probable existencia de los elemento objetivos y la probable existencia de los demás elementos así como la probable responsabilidad penal, me parece que siembra una serie de inseguridades que necesariamente se verán reflejadas en la libertades de los gobernados porque se podrá someter a proceso con mayor facilidad a las personas, propiciándose con ello, que un número cada vez mayor de individuos se enfrenten a esa situación con el consabido rechazo social, la restricción de sus posibilidades laborales, -recuérdese simplemente que cada vez con mayor frecuencia se solicita la

<sup>344</sup> Argumentos Contenidos en la incitativa de reformas, entre otros, de los artículos 16 y 19 constitucionales. De fecha 9 de Diciembre de 1997

carta de no antecedentes penales y la constancia no estar inhabilitado para desempeñar un trabajo-, en suma, me parece que adquirirá mayor vigencia la teoría del etiquetamiento social del individuo

Creo que es importante apuntar lo que hemos venido desarrollando a lo largo de éste trabajo en el sentido de que si sólo se atiende a elementos objetivos en la comprobación del cuerpo del delito ¿que pasará con la tentativa que no produce resultado perceptible por los sentidos? y en general, ¿que pasa con aquellos delitos que en su integración requieren de un elemento subjetivo?, no importa comprobar en forma precisa el cuerpo del delito como base del ejercicio de la acción penal?

En la parte conducente del dictamen relacionado con el cuerpo del delito de los artículos 16 y 19 de la constitución

*“Así , rescatar el concepto de “cuerpo del delito” anterior a la reforma de 1993 permitiría por una parte, que las autoridades tengan instrumentos para cumplir sus responsabilidades y, por la otra, que los gobernados tengan garantizados sus derechos y cuenten con posibilidades de defenderse de cualquier abuso de las autoridades( ... ) Antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por “Cuerpo del delito” se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. Este es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado(...) Debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado(...) Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito entendiéndose éste como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley, así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se deduzcan fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso”*<sup>345</sup>

Por lo anterior podemos afirmar que lo que se pretendió con la reforma constitucional fue hacer más flexible los requisitos para que el Ministerio público pudiera consignar y obtener del órgano jurisdiccional una orden de aprehensión o un auto de formal prisión. Es decir, lo que puede evidenciarse de los párrafos transcritos es que con la reducción de exigencias probatorias en la etapa de preinstrucción, será mas fácil instaurar proceso contra una persona, se elevará el número de procesados y se agravará la problemática carcelaria y por otra parte, evidencia que el único órgano técnico es el juez, puesto que en la sentencia, será éste, quién analizará si se acreditaron o no, todos y cada uno de los elementos que integran la descripción típica contenida en la ley penal. Además, se dejó de considerar el hecho de que una persona sujeta a proceso penal, entre otros problemas, enfrentara: el rechazo social, la pérdida de su empleo y si éste era el único sustento de su familia obliga a que la madre y los hijos trabajen provocándose la desintegración del núcleo familiar.

<sup>345</sup> Carranco Zuñiga Joel. Rodríguez Minaya Juan Ramón, *Elementos del tipo o Cuerpo del Delito Una discusión aún vigente en Algunos Estados de la República Mexicana* en *Lex difusión y análisis*, 3era época Año VI Abril 2001 Número 70, p 48

#### 4.5.1.2.- Modificaciones de la Cámara de Senadores

Después de recibida la iniciativa por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en fecha 10 de diciembre de 1997 la mesa directiva turnó la iniciativa a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Justicia y Estudios Legislativos, quienes realizaron cinco foros regionales para recabar la opinión de los interesados en el tema, con base en ello las comisiones formularon en su dictamen la propuesta de cambios a la redacción de varios artículos de la iniciativa (*solo nos ocuparemos de los artículos 16 y 19 Constitucionales objeto de esta investigación*); por lo que respecta al artículo 16, a la iniciativa presidencial proponía:

*"...que para librarse una orden de aprehensión se requiere, entre otras formalidades, que "existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito que se trate". A este respecto, el dictamen de la co-legisladora modificó la propuesta de la iniciativa para aprobarla sustituyendo dicha formalidad por la consistente en que "existan datos que acrediten el cuerpo del delito " Desde luego que tanto la iniciativa como la minuta agregan también como requisito que los datos existentes hagan probable la responsabilidad del indiciado...Así mismo, la co-legisladora consideró mas apropiado adoptar el concepto de "cuerpo del delito", en lugar del concepto de "elementos objetivos del tipo penal" no solo por las razones expuestas en la iniciativa, sino porque consideró que el cuerpo del delito es "el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley "*

*Finalmente, como se trata de las fases iniciales del proceso penal la co-legisladora coincidió en que el grado de convicción del Juzgador no tiene que ser pleno, por lo que es suficiente para librar una orden de aprehensión, el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.*

*Artículo 19.- La co-legisladora introdujo requisitos específicos que el Juez deberá de tomar en cuenta para dictar el auto de formal prisión. Puesto que este acto significa el inicio de la prisión preventiva, propuso detallar claramente sus elementos, de la misma forma que estuvo establecido en el texto constitucional anterior a la reforma de 1993. Los elementos de juicio propuestos e identificados expresamente son: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución. Así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. "347*

Éstas modificaciones también fueron hechas suyas por la Cámara de Diputados: *"...Las modificaciones que hemos constatado y analizado, introducidas por el Senado, son también las nuestras, ..."*<sup>348</sup>

Así, el 10 de Noviembre de 1998, se aprobaron en lo general y en lo particular, los artículos 16 y 19 constitucionales, *"... por 404 votos en pro y uno en contra."*<sup>349</sup>

<sup>347</sup> Diario de Debates, de la Cámara de Diputados. Noviembre 10 de 1998, p p 1883, 1884

<sup>348</sup> Ibidem p 1887

<sup>349</sup> Ibidem. p 1915

**4.5.1.3.- Decreto por el que se declaran reformados, entre otros, los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

Con fecha 3 de febrero de 1999, después que la mayoría de las legislaturas de los Estados, aprobaran las reformas constitucionales -como lo ordena el artículo 135 constitucional-, se declaró formalmente reformados, entre otros, los artículos 16 y 19 constitucionales en los siguientes términos:

*" Artículo único: Se reforma el segundo párrafo del artículo 16; se reforma el primer párrafo, se adiciona un segundo párrafo y los dos subsecuentes pasan a ser tercero y cuarto párrafos del artículo 19... para quedar como sigue:*

*Artículo 16*

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

*Artículo 19 - Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado..."<sup>350</sup>*

Publicándose, mas tarde, en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de Marzo de 1999, iniciando su vigencia al día siguiente.

**4.6.- Comentarios en torno al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado.**

Con fecha 18 de Mayo de 1999, se reforma la Legislación Federal Procesal, estableciéndose, como contenido del reformado artículo 168, lo siguiente:

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

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

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

*El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley."<sup>351</sup>*

Del contenido de las exigencias procesales que establece el artículo en comento es importante esclarecer si efectivamente con el retorno del concepto procesal "cuerpo del

<sup>350</sup> Diario de Debates, de la Cámara de Diputados, Octubre 6 de 1998 p p 1006 y 1007

<sup>351</sup> Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista. México 1999. p p 40, 41

delito y probable responsabilidad del inculcado" la legislación procesal penal abandono la sistemática finalista.

Primeramente establezcamos que la nueva disposición federal procesal, *deja de lado la acreditación de los elementos subjetivos* distintos del dolo y la culpa, situación que evidentemente se verá reflejada en el momento de que la autoridad realice el *juicio de tipicidad* tendiente a encuadrar la conducta del activo con la descripción contenida en la disposición legal y que afectara el ámbito de libertad del gobernado.

Olga Islas, De González Mariscal, al comentar la iniciativa de decreto que reforma los artículos 16,19,20,22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al abordar la exigencia probatoria que el Ministerio Público y el Juez deberán de cumplir en el ejercicio de sus atribuciones legales -*consignación y libramiento de la orden de aprehensión*-, nos explica - con ejemplos -, los problemas a que se enfrentarán:

*"a) Robo. ¿Cómo saber, sin probar el ánimo de dominio o el ánimo de uso (elementos subjetivos), si el tipo aplicable es el artículo 367 o el 380?. Ante esta normatividad va a suceder, por ejemplo, que si alguien toma el libro (elemento subjetivo) del compañero de banca, con ese dato quedan integrados los elementos objetivos y procedería la consignación a pesar de no haber probado si lo tomó para verlo, para usarlo (ánimo de uso) o para quedarse con él (ánimo de dominio).*

*b) - Abuso sexual. (Atentados al pudor, en la mayoría de los códigos penales estatales) Sin el ánimo erótico no hay tipicidad, consecuentemente, el "acto sexual" queda al margen del artículo 260. Un ejemplo ilustrativo: los tocamientos realizados por todos los médicos, en el cuerpo de sus pacientes constituyen por sí solos el elemento objetivo y serían suficientes, ... para ejercitar acción penal*

*..Parricidio Sin el conocimiento del parentesco, el tipo aplicable sería el del homicidio..*

*..Homicidio calificado. Sin el conocimiento de la situación de ventaja o de alevosía, el tipo aplicable sería el de homicidio simple.*

*c) Fraude ¿Como puede tenerse por probada la conducta de engañar o la de aprovechamiento del error sin haber probado la intención (elemento subjetivo) de engañar o la intención (elemento subjetivo) de aprovecharse del error). Sin intención no hay engaño ni aprovechamiento de error.*<sup>352</sup>

Sin duda alguna que la problemática expuesta por la aludida doctrinaria es perfectamente entendible, pues es evidente que existen tipos penales en los que sin atender a los elementos subjetivos su tipificación tiende a complicarse. De esa problemática nos ocuparemos, cuando -siguiendo las ideas de Díaz Aranda\*- vinculemos los contenidos del artículo procesal que nos ocupa, con la doctrina de la acción final:

La exigencia procesal contenida en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales requiere de la autoridad investigadora y del órgano jurisdiccional, la acreditación del "cuerpo del delito" y de la "probable responsabilidad del inculcado", como base de sus respectivas resoluciones, -*consignación y libramiento de*

<sup>352</sup> De González Mariscal Olga Islas, *Comentarios a la Iniciativa de decreto que reforma a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* Criminalia, Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial Porrúa, p p 44, 45.

\* ver la obra de Díaz Aranda Enrique Gimbernat Ordeig Jager Christian Roxin Claus. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal* Instituto de investigaciones Jurídicas Serie Ensayos jurídicos Num 1 Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001

la orden de aprehensión-, de ahí, que se haga necesario esclarecer que se entiende por cuerpo del delito, Joel Carranco Zuñiga y Rodríguez Minaya Juan Ramón, en torno a ello, nos dicen:

*"La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la tesis de jurisprudencia 848, publicada en el Apéndice de 1995, Sexta época, Tomo II, Parte HO, Paginas 545, en la que consideró respecto de la figura en comento "Cuerpo del delito, Concepto de. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal"*<sup>353</sup>

Consecuentemente, podemos decir que el "cuerpo del delito" se integra por el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, esa concepción que ha tenido gran aceptación en nuestro sistema de justicia penal, ha propiciado que se afirme, que ahí, se debe analizar el elemento objetivo del delito, -probar la existencia de una acción, un nexo causal, un resultado, etc, (aquellos elementos perceptibles por los sentidos)-, y sólo si el tipo lo requiere, deberán acreditarse los elementos normativos, que son aquellos que requieren de la autoridad investigadora o jurisdiccional, la realización de un ejercicio intelectual de carácter cultural o legal que permita encuadrar perfectamente la conducta desplegada en el mundo real, en el tipo penal.

Al vincular el contenido del cuerpo del delito con alguna sistemática que explica al delito, encontramos que en el tipo casualista y el neoclásico se aprecian elementos objetivos, normativos y subjetivos distintos del dolo y la culpa, ello en forma superficial, nos permitiría decir que el contenido del concepto procesal "cuerpo del delito" que consagra nuestra legislación procesal penal, se corresponde con una etapa intermedia entre el causalismo clásico y el neoclásico, debido a que no la podemos encuadrar en el clasicismo porque en este el tipo penal solamente se integraba con elementos objetivos, tampoco encuadra con precisión en el neoclasicismo porque en su integración faltarían los elementos subjetivos distintos del dolo y la culpa. Por ello es que se considera que la doctrina penal ha sostenido que con ese contenido que se le asignó al concepto procesal "cuerpo del delito" se regreso al causalismo, sin precisar si se encuadra en una u otra sistemática, puesto que ambas son consideradas como casualistas -una clásica y otra causal valorativa-

Ahora bien, si comparamos los contenidos que le fueron asignados a los conceptos procesales: "elementos del tipo penal" en 1994 y al "cuerpo del delito" de 1998, necesariamente debemos concluir que en el segundo se plantearon menores exigencias procesales para consignar o para obtener una orden de aprehensión o incluso un auto de formal prisión, lo que necesariamente reduce las libertades de los individuos frente a las facultades punitivas del estado

Por otra parte, al estudiar los contenidos que guarda la probable responsabilidad penal, encontramos la exigencia que existe para la autoridad en el sentido de que de los medios probatorios existentes se deduzca la participación dolosa o culposa del sujeto activo del delito. Lo anterior, reviste un punto de singular importancia que es indispensable dilucidar, puesto que si vincula la conducta del activo con la expresión "participación dolosa o culposa", debemos concluir, que ahí, se hace alusión a la conducta externada con intención o con falta de precaución o de cuidado y si a ello le

<sup>353</sup> Carranco Zuñiga Joel, Rodríguez Minaya Juan Ramón, "Op Cit" p 52



agregamos, el que esa conducta necesariamente se verá reflejada en el tipo penal, se observa la existencia del tipo complejo -constituido por una parte objetiva y una subjetiva-, que se integra por elementos objetivos y subjetivos (dolosos o culposos), consecuentemente, tendríamos que decir que con ese contenido, así interpretado, se esta haciendo alusión a los postulados de la teoría de la acción final, por supuesto, no debemos dejar de reconocer que el artículo, que nos ocupa -168 del Código Federal de Procedimientos Penales-, en ninguna de sus fracciones hace alusión a los elementos subjetivos distintos del dolo y la culpa en la integración del concepto procesal cuerpo del delito, ni en la probable responsabilidad penal, sin embargo, si atendemos a los requisitos, que hasta este momento hemos analizado en torno a la exigencia procesal "cuerpo del delito y probable responsabilidad del indiciado", tendremos que concluir que la autoridad para poder consignar, deberá entrar al análisis del aspecto subjetivo y objetivo del tipo apreciándose en su integración, una influencia marcadamente finalista - con la salvedad ya apuntada-

Lo anterior se hace todavía mas evidente cuando acudimos a los contenidos de los artículos 8º y 9º del Código Penal Federal que a la letra establecen:

*"ARTICULO 8.-Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.*

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

*Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no sucedería, en virtud de la violación de un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales*"<sup>354</sup>

Retomando el análisis de la probable responsabilidad, el siguiente requisito: que no exista acreditada en favor del indiciado alguna causa de licitud, nos obliga a considerar el hecho de que desde el punto de vista de la estructura que guarda la explicación del injusto penal - acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad -, es fácil advertir que no puede entrarse al estudio de las causas de licitud, sin que previamente se haya comprobado la existencia de una acción típica, es decir, la autoridad para acreditar esta exigencia procesal, deberá analizar si en el caso concreto no concurre una causa de justificación que destruya el carácter ilícito de la conducta del activo. En realidad se deberá realizar un análisis normativo que permita apreciar no solo la contradicción de la acción exteriorizada con el derecho, sino también si en el caso específico no concurre ninguna causa de justificación que anule el carácter ilícito de la conducta, originándose, en consecuencia, el tipo de injusto. Ésta exigencia nos determina que necesariamente tendremos que acudir a los contenidos del artículo 15 del Código Penal Federal que establece:

*"ARTICULO 15 El delito se excluye cuando:*

*I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente,*

*II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;*

*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;*

<sup>354</sup> Colección Penal, Código Penal Federal. Cuarta Edición, Ediciones Delma, Mexico 2000, p 3

b).- Que el titular del bien tenga a la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y

c).- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión, real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quién se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar sin derecho al hogar del agente. Al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación, o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión,

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional el 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;

VIII - Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o ...

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son invencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.....

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.<sup>1355</sup>

Por último, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el campo de la responsabilidad del indiciado, refiere que también debe analizarse si existe o no una *excluyente de culpabilidad* en favor del activo, una vez mas apreciamos que si atendemos a la estructura sistemática que tradicionalmente se le ha dado al delito, la culpabilidad es el último peldaño del delito siendo ahí donde se establecerán los contenidos que hacen posible el juicio de reproche normativo puro al activo por su acto realizado.

Congruentes con lo que venimos exponiendo, debemos considerar como contenido de la culpabilidad finalista, lo que modernamente se ha dado en llamar la *capacidad de culpabilidad* (imputabilidad), *conciencia de la antijuridicidad* y la *no exigibilidad de otra conducta*, elementos que permiten realizar el juicio de carácter normativo puro y que posibilita, reprocharle su conducta al activo por haberse decidido a favor de la violación de la norma y no a su cumplimiento. Pero como la exigencia procesal planteada nos obliga a determinar si en el caso concreto no existe alguna causa que excluya la culpabilidad deberemos determinar si el activo al momento de desplegar su conducta no se encontraba ausente de sus facultades intelectivas o volitivas o si no tenía conciencia de que su conducta fuera antijurídica -originándose el error de prohibición -, o en su

<sup>355</sup> *Ibidem* p p 4, 5

defecto concluir si en el caso concreto le era exigible su conducta conforme al cumplimiento de la norma.

Algunas de esas excluyentes de culpabilidad, las podemos inferir de los contenidos del artículo 15 del Código Penal Federal, que en sus fracciones VII, VIII inciso b), señalan:

*"ARTICULO 15 El delito se excluye cuando:*

*VII.- Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.*

*Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 -bis de este Código;*

*VIII - Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;*

*b) - Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta*

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.*

*IX - Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho,*

*O*<sup>356</sup>

Como puede percibirse de la vinculación sustantiva, con los contenidos de los conceptos procesales de cuerpo del delito y probable responsabilidad penal, podemos concluir que la teoría finalista de la acción sigue con buena salud en nuestro derecho procesal penal y por ende, la autoridad investigadora y jurisdiccional deberán atender a sus planteamientos para dar cumplimiento a la exigencia de probarlos como base del ejercicio de la acción penal y para el libramiento de la orden de aprehensión. Sin embargo no quisiera concluir este breve comentario sin hacer alusión al artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales que por lo que se refiere a nuestro objeto de análisis establece:

*"Artículo 134 En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.*

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

<sup>356</sup> Ibidem p 5

Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.<sup>357</sup>

Los contenidos que establece este artículo, por guardar estrecha relación con el artículo 168 del Código Procesal Federal, merecen una especial y seria reflexión, con esta intención nos avocaremos a su análisis:

Como ya lo hemos expresado con antelación, la autoridad ministerial para ejercitar la acción penal ante los tribunales, previamente deberá acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpaado y si recordamos que también hemos establecido -siguiendo la postura de Díaz Aranda-,<sup>358</sup> una interpretación (finalista) que vinculada a la legislación sustantiva, nos permitió establecer cuales eran esos contenidos que debían de atenderse para cumplimentar esas exigencias procesales para su pliego de consignación, nos resulta interesante el contenido del artículo 134 del Código Federal de Procedimientos penales, que establece: *En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea. Esta última parte, es lo que me parece que merece una seria reflexión, porque no necesita el representante social acreditar plenamente la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos contenidos en los tipos penales que los establezcan para su debida tipificación, ni las demás circunstancias que la ley prevea, es decir, *que su actuación se circunscribirá a acreditar los elementos objetivos, normativos si el tipo lo requiere, con ello, podrá acreditar el cuerpo del delito, ¿y los contenidos de la probable responsabilidad?*, bueno pareciera que se le releva de comprobar, *la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera.**

Existe pues, una aparente contradicción entre estas dos disposiciones legales, porque por una parte se exige su acreditación: (*de la forma de realización*, artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales) como base de la consignación y por la otra, se dispensa (*esa acreditación* en términos del artículo 134 en comentario) en definitiva, *¿se debe acreditar o no la forma de realización de la conducta?*, siendo congruentes con lo que previamente hemos establecido creemos que sí, aunque el contenido del artículo 134 que nos ocupa parece que diluye esa exigencia a la representación social. Por lo que se refiere a *la acreditación de los elementos subjetivos*, la autoridad ministerial no tiene obligación de acreditarlos, ello se deriva de los contenidos del artículo que analizamos y del artículo 168 de la legislación procesal penal que no los prevé como requisitos para la consignación, entonces en que momento habrá de atenderse a ellos, la legislación procesal -Art. 134 de la legislación procesal penal federal-, parece que nos da dos momentos: uno, cuando el ciudadano sometido a investigación por el órgano persecutor del delito, ejerza su derecho de acreditarlos ante ese órgano de autoridad y, dos, después del auto de formal prisión o de sujeción a proceso que dicte el juez.

<sup>357</sup> Legislación Penal Procesal, "Código Federal de Procedimientos Penales" Editorial Sista. S A de C: V. p 30

<sup>358</sup> ver la obra de Díaz Aranda Enrique Gimbernat Ordeig Jager Christian, Roxin Claus. "Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal" Instituto de investigaciones Jurídicas. Serie Ensayos jurídicos Num 1. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001

Como consecuencia de lo anterior se observa una vez más que los requisitos para ejercitar la acción penal por parte de la representación social se han reducido y el número de consignaciones se verán elevadas de manera considerable. Situación que se hace mas evidente aún, cuando atendemos al párrafo segundo del artículo, motivo de estos comentarios: *No obstante lo dispuesto en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizado por el Juez después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpaado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.* El artículo 15 del Código Penal Federal establece como excluyente del delito el que se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito que se trate,<sup>359</sup> y los elementos subjetivos del tipo son parte integrante de algunos tipos concretos y por tanto de acreditarse su inexistencia podrá alegarse como excluyente de responsabilidad, pero como se desprende del párrafo transcrito ahora podrá consignarse sin acreditárseles, no obstante el contenido del artículo 15, además que se hace evidente que la carga de la prueba se ha invertido -ante la representación social- por que ahora será por cuenta del particular

Por otra parte, también se establece, que será hasta después de auto de formal prisión o de sujeción a proceso, que resuelve la situación jurídica del encauzado, cuando el juez entrará al estudio de los *elementos subjetivos* del tipo que pudieran configurar la excluyente de responsabilidad contenida en el artículo 15 del Código Penal Federal. Con esta disposición, ¿que fue lo que se quiso establecer?, que será hasta sentencia cuando se ocupe de ellos, o bien que si el probable responsable promueve un incidente de libertad, ¿entonces podrá entrar a su estudio? Porque la ley solamente precisa que podrá analizarlos después de que haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según proceda.

#### 4.7 - Problemática.

Al reducirse las exigencias probatorias al Ministerio público y al Juez para que en sus respectivas resoluciones, solo se tengan por acreditados los elementos *objetivos* y en su caso los *normativos*, se da base para que se sostenga:

*“... Es incuestionable que el actuar de esa manera por parte del Ministerio Público y del Juez, desprovisto de exigencias garantistas, hará que el número de consignaciones y de órdenes de aprehensión se incremente de manera muy considerable e impulsiva. Pero entonces habria que preguntar si la idea que motiva todos esto, es que cada vez un mayor número de personas sean consignadas y contra las cuales se dicten órdenes de aprehensión, independientemente de si para ello existen dos elementos que actualmente se consideran necesarios y suficientes, pues ello, lejos de implicar que necesariamente se esta dando solución al problema de la delincuencia, genera muchos otros, a los que tampoco existe la seguridad de que se les dará solución,.....”<sup>360</sup>*

<sup>359</sup> Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal, Ediciones Delma, México 2001, p 4

<sup>360</sup> Moreno Hernández Moisés, “Análisis de la Iniciativa de Reformas Constitucionales en Materia penal (Artículos 16 y 19)” Criminalia, Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial Porrúa. p p 101, 102

Con cuanta claridad expresa Moisés Moreno la problemática que se aprecia con la reducción de exigencias probatorias a la autoridad, pues ahora, el gobernado podrá ser sometido a proceso con mayor facilidad y como parece, que cada vez es mas evidente, que se busca que el procesado enfrente su proceso estando privado de su libertad, -se aprecia la reducción de posibilidades de obtener su libertad bajo caución-, ello, propiciará el aumento de la población carcelaria y su problemática.

Por otra parte, me parece importante señalar, que la autoridad regularmente se encuentra atrasada en la cumplimentación de diversos mandamientos judiciales, simplemente habría que apuntar el caso de las ordenes de aprehensión en las que es común que exista retraso y ahora, debido a la reducción de exigencias probatorias a la autoridad investigadora y persecutora del delito en la consignación y para obtención de la orden de aprehensión, es evidente que ese rezago se verá agravado

Mas adelante el maestro en forma rotunda nos dice:

*"... se deja observar la intención de volver a la idea de que el Ministerio Público solamente debe consignar meros hechos, sin importar las exigencias de legalidad, siendo entonces el juez el único que puede determinar si con relación a tales hechos se cumplen o no con las exigencias legales. Aceptar esta idea es quitarle al Ministerio Público lo que lo ha caracterizado como un "Órgano técnico", y que el único técnico en el sistema de justicia penal lo es el juzgador; lo que sin duda, no fue la idea que se tuvo al darle al Ministerio Público la función persecutoria o acusatoria."*<sup>361</sup>

De ahí que pueda establecerse: lo que debe buscarse es la actualización y profesionalización del representante social y que el personal humano que integre la Institución de procuración de justicia sea altamente calificado y capacitado. En esencia, que el Ministerio Público sea el órgano técnico y de representación social que de acuerdo a su naturaleza debe ser y no que se convierta en:

*"algo que debe tenerse como el peor de los flagelos"..." un instituto tiránico que, como el caballo de Troya, lleno de armas y de soldados, de perfidia, artimañas y engaños, ha sido sacrílegamente introducido en el templo de la justicia, enjaezado en terciopelo con largos cordones de oro, hendido con una espina en el corazón de la magistratura y llamado también entre nosotros, por simple papagayismo, el ministerio público, el ente mas monstruoso y contradictorio, inmoral e inconstitucional a un tiempo que ora es soberano, ora esclavo, ora lleva las cadenas al cuello, ora las sujeta a otros con desprecio de toda ley y resumido en sus últimas actitudes es un ente sin inteligencia ni conciencia, un autómatas y una maquina que debe moverse a voluntad del poder Ejecutivo"*<sup>362</sup>

#### **4.8.- La justicia penal mexicana, en los inicios del siglo XXI.**

En los inicios del siglo XXI, se aprecia una legislación, que desde nuestra Carta Fundamental ha disminuido los requisitos legales para que la autoridad pueda consignar, solicitar y, con un alto grado de probabilidad, obtener órdenes de aprehensión y autos de formal prisión del poder judicial, lo que evidencia sin duda alguna -en una comparación con la reforma procesal penal de 1994 (art. 168 y 122 del

<sup>361</sup> *Ibidem* p p 105

<sup>362</sup> Olea y Leyva y Juventino V. Castro Citados por Moreno Hernández Moisés. 'Op Cit' Criminalia, Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998. Editorial Porrúa. p p 107

D F)-, una reducción de garantías del gobernado frente al ius puniendi del Estado, estamos asistiendo al inicio del siglo en que se aprecia que:

*"... Rondan las leyes ciertos vientos autoritarios ... se trata de una situación que se manifiesta no tanto en una reforma del derecho penal material como en el campo del proceso penal, donde se sostiene principios tales como la "igualdad de armas" entre las partes del proceso (que en verdad no significa sino una desigualdad favorable a los órganos de persecución penal) y una fuerte reducción de los derechos de defensa"*<sup>263</sup>

Por eso con sobrada razón Fernando García Cordero, al referirse a la exposición de motivos de la iniciativa que a la postre reformaría los artículos 16 y 19 constitucionales, nos dice:

*"Quizás, enfrentemos por vez primera una exposición de motivos en la que esta ausenta la doctrina jurídica, una exposición cuyo texto es ajeno en gran medida al derecho y parece mas bien un pretexto para vulnerar la concepción histórica, democrática y popular del Estado de derecho en México y para dar entrada a mecanismos autoritarios y a facultades discrecionales del poder que ponen en peligro lo ya conquistado para la nación. Carente de un raciocinio lógico, de un discurso coherente y organizado el texto es una serie de lugares comunes, anhelos, fantasías y demandas sin fundamento. Se trata de argumentos que no argumentan, razones irrazonables, frases hechas, el popular hay que, argumento de la negligencia y la irresponsabilidad."*<sup>264</sup>

Moreno Hernández nos precisa la línea autoritaria que últimamente viene recorriendo el Estado Mexicano, al decir:

*"... También han habido y proliferado otras con tendencias opuestas, que en nuestro País se manifiestan, por ejemplo, en: a) - Un intenso proceso de criminalización de nuevas conductas, por la creación desmesurada de nuevas figuras delictivas; b) - El incremento constante e irracional de las penas; c) - El aumento de los casos de agravación de las penas; d) - La reducción de beneficios para cierto tipo de delitos; e) - La ampliación de la oportunidad en la actuación del Ministerio Público y de sus auxiliares, en detrimento de ciertos derechos (como el de defensa); f) - El incremento constante del personal del sistema de justicia y seguridad pública (policías, Ministerios Públicos, jueces, etc.); g) - Mayores obstáculos a la libertad provisional bajo caución; h) - Casi nulo uso de alternativas a la prisión preventiva y a la pena de prisión, e i) - Creación de mas centros de reclusión, incluyendo los de "máxima seguridad", entre otros, todo lo cual revela un endurecimiento exorbitante de las medidas penales. Un sistema penal así definitivamente no puede merecer el calificativo de "sistema penal democrático", como lo exige el Estado democrático de Derecho, sino más bien de "sistema penal autoritario" o "totalitario", en el que los integrantes de la sociedad viven bajo la amenaza penal, bajo el "terror penal", como única forma de imponer una convivencia social ordenada, sobretexto de que todo ello es su mejor protección y, por tanto, que las medidas son totalmente justificables."*<sup>265</sup>

<sup>263</sup> García Ramírez Sergio, *Una Reforma Constitucional inquietante (La iniciativa del 9 de diciembre de 1997)* Criminalia, Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial Porrúa, p 4

<sup>264</sup> García Cordero Fernando, *La Iniciativa de Reforma Constitucional 1997 - 98* Criminalia, Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial Porrúa, p 66

<sup>265</sup> Moisés Moreno Hernández, *Análisis de la Iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)* Criminalia, Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial Porrúa p p 90 y 91

No debemos dejar de lado el atender a los peligros que nos exponen los especialistas cuando nos hacen alusión a que los vientos que soplan en nuestro sistema de justicia penal son de corte autoritario, por que ello representaría el ignorar el avance científico que la doctrina penal ha alcanzado desde hace mas de un siglo, tiempo durante el cual se ha buscado materializar el sano equilibrio entre la libertad del gobernado y el ejercicio de la facultad de castigo de la autoridad, lo que sin duda impacta en el principio de la seguridad jurídica de los ciudadanos, en el mantenimiento de la paz publica, en la subsistencia del grupo humano y del combate al triste fenómeno de la criminalidad.

Lo anterior nos permite deducir que un Estado en la búsqueda del sano y racional equilibrio entre las libertades del gobernado y el ejercicio del ius puniendi, puede inclinarse hacia uno u otro lado, lo que sin duda determinará su condición democrática o autoritaria, presentándose en consecuencia, diversos efectos en el ámbito de las libertades de sus gobernados. De allí, que si se percibe que el Estado oscila hacia el autoritarismo, es decir, se hace patente la reducción de las libertades del gobernado frente a las potestades punitivas de sus órganos y al mismo tiempo se avizora que no es necesaria esa reducción, puesto que en realidad lo que hace falta es capacitación técnica y preparación de los órganos de justicia penal, considero que debe optarse por esta segunda opción, con la idea de dejar intocados los derechos de los ciudadanos, pues, de otra manera, se confunde el aumento de la población sometida a un proceso penal con la eficiencia en la procuración e impartición de justicia.

Es importante acotar que el ideal de un Estado Democrático de Derecho, de ninguna manera se encuentra alejado de la actuación de los órganos de procuración e impartición de justicia, puesto que éstos en su hacer cotidiano deben buscar su actualización y capacitación constantes, el respecto irrestricto al principio de legalidad, que fundamente la vigencia de un derecho penal de acto y no de autor, que fortalezca la garantía de presunción de inocencia, que busque la humanización y racionalidad de las penas, que propicie el derecho del inculcado a una defensa adecuada y en general, que fomente el uso racional del ius puniendi del estado, consagrando la vigencia del uso de un derecho penal mínimo. En aras de éstos postulados creemos necesario que la autoridad investigadora y jurisdiccional en sus respectivas resoluciones deberán de atender, en una interpretación lógica y coherente, a los contenidos de la doctrina de la acción final\* para poder acreditar la exigencia procesal definida como "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad del inculcado", puesto que es en ella donde se establecen mayores exigencias a la facultad punitiva del estado, situación que por otra parte, no riñe con las características del sistema de justicia penal de nuestro país.

---

\* en éste sentido, ver la obra de Díaz Aranda Enrique, Gimbernat Ordeig, Jager Christian, Roxin Claus, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, Instituto de investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos jurídicos Num 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001



## CONCLUSIONES

1.- La evolución que la teoría del delito, ha alcanzado en sus sistemáticas Causalista, Neoclásica y Finalista, representa un significativo avance en la actual ciencia jurídico penal, puesto que buscan establecer con seguridad y precisión los presupuestos jurídico penales de la punibilidad de una acción.

2.- El Finalismo se constituye como la explicación mas aceptable en torno al injusto penal, porque impone mayores requisitos a la autoridad en el ejercicio del ius puniendi, y por ende, garantiza de mejor manera las libertades de los ciudadanos frente a las potestades punitivas del estado, sin embargo, esa circunstancia, no debe impedir el uso racional del derecho a castigar por parte de aquél.

3.- La reforma constitucional en materia penal, de 1993, -y la procesal de 1994, (Art. 168 Código Federal de Procedimientos Penales)-, representó el avance mas importante en nuestro sistema de justicia penal, debido a que con ella, nuestro sistema de justicia penal, se acercó un poco mas, al ideal del Estado Democrático de Derecho, que es aquel garantiza de mejor manera las libertades del ciudadano frente al poder de sus órganos, pero sin dejar de lado, la racional exigencia, de ejercer su facultad sancionadora como medio de mantener la seguridad y subsistencia del grupo social y el combate frontal contra el triste fenómeno de la criminalidad.

4.- En 1994, la legislación procesal penal federal, estableció con precisión el contenido de los elementos del tipo penal, (objetivos, subjetivos, normativos y dolo y culpa), lo que representó sin duda el fortalecimiento de la garantía de seguridad jurídica, por que a partir de ahí -la autoridad y el gobernado-, conocían perfectamente el ámbito en el cual debían sustentar una, sus resoluciones y, la otra el ejercicio de su derecho a una defensa adecuada.

5.- Con la reforma constitucional, en materia penal, de 1997 - 99, retornó el concepto procesal de "cuerpo del delito" a nuestro sistema de justicia penal, y al precisarse su contenido, se observó, que se reducen las exigencias a la autoridad, para consignar y obtener una orden aprehensión, y en su caso, un auto de formal prisión o de sujeción a proceso y con ello, se ven reducidos - si se atiende a la reforma procesal de 1994-, los ámbitos de libertad de los ciudadanos frente a los órganos del Estado.

6.- No obstante lo expuesto en la conclusión que antecede, en una interpretación lógica y coherente que busque su apego a los postulados de un Estado Democrático de Derecho de los actuales contenidos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, y para dar debido cumplimiento a la exigencia procesal de comprobar el "cuerpo del delito" y la "probable responsabilidad penal del indiciado", fundamentos del ejercicio de la acción penal y del obsequio de la orden de aprehensión, propongo -

siguiendo la postura de Díaz Aranda\*, que para llenar los contenidos que impone tal exigencia procesal se acuda a los postulados de la teoría final de la acción, pues consideró que con ella se garantizan de mejor manera las libertades del ciudadano frente a las potestades punitivas del Estado.

7.- El Ministerio Público debe reasumir su función como órgano técnico, pues con ese atributo se le dotó en el ejercicio de su facultad persecutora e investigadora del delito, de no ser así, pudiera considerársele carente de él, en el ejercicio de su delicada función

8.- En el inicio del siglo XXI, en nuestro Derecho Penal, se perciben tendencias que oscilan hacia el fortalecimiento de un estado autoritario, para darnos cuenta de lo anterior, simplemente abra que acotar, que la reforma procesal de 1999, en materia penal, (Art. 168 Código Federal de Procedimientos Penales), redujo los requisitos para poder consignar y obsequiar una orden de aprehensión y un auto de formal procesamiento o de sujeción a proceso, situación que motiva que mayores personas puedan ser sometidas a un proceso penal, lo que indudablemente impactara de manera negativa en el principio de presunción de inocencia y agravara las condiciones de por sí difíciles de la población carcelaria.

9.- El sistema de justicia penal mexicano, como cualquier obra humana es perfectible, será necesario retomar los conceptos y conocimientos que la ciencia moderna del Derecho Penal, la doctrina y los doctos del Derecho han introducido, en torno a la teoría del delito, para hacer mas eficiente y efectivo el combate a la criminalidad, buscando siempre el racional equilibrio entre las libertades de los gobernados y las facultades punitivas del Estado.

---

\* ver la obra de Díaz Aranda Enrique, Gimbernat Ordeig, Jager Christian, Roxin Claus. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal* Instituto de investigaciones Jurídicas Serie Ensayos jurídicos Num 1. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

- AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda I.** *"Derecho Penal"* Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford, Segunda Edición, México 2001
- ARILLA BAS Fernando,** *"Derecho Penal Parte General"*, Editorial Porrúa, México 2001
- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl,** *"Código Penal Anotado"*, Décima séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1993.
- \_\_\_\_\_, *"Derecho Penal Mexicano. Parte General"* Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México 1999
- CASTELLANOS TENA Fernando,** *"Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General"*, décimo sexta edición. Editorial Porrúa, México 1983.
- \_\_\_\_\_, *"Las Causas de Justificación en la Reforma Penal"*, publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, Academia Mexicana de Ciencias Penales, en *"Homenaje al Maestro Celestino Portet Petit Candaudap"*, México 2000
- COLÍN SÁNCHEZ Guillermo,** *"Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"* Decimoséptima Edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- DAZA GÓMEZ Carlos Juan Manuel,** *"Teoría General del Delito"*, Cárdenas Editor Distribuidor, México 1997.
- DÍAZ ARANDA Enrique,** *"Dolo. Causalismo - Finalismo - Funcionalismo y La Reforma Penal en México"*, Edit Porrúa, México 2000
- \_\_\_\_\_, Gimbernat Ordeig, Jager Christian, Roxin Claus, *"Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal"*, Instituto de investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos jurídicos Num 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001.
- DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio** *"Código Penal Federal con Comentarios"* Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- ISLAS DE GONZÁLES MARISCAL Olga** *"Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida"* Editorial Trillas, Cuarta Edición, México 1998.
- \_\_\_\_\_, *"Análisis Lógico Semántico de los Tipos en Materia Electoral y de Registro Nacional de Ciudadanos"* Editorial Porrúa, México 2000.
- JIMÉNEZ DE AZÚA Luis** *"La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal"* Tercera edición, Argentina 1958.
- JIMÉNEZ HUERTA Mariano,** *"Derecho Penal Mexicano"*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2000.
- LÓPEZ BETANCOURT Eduardo,** *"Teoría del Delito"*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- LUNA CASTRO José Nieves,** *"El Concepto de Tipo Penal en México"* Un Estudio Actual Sobre Las Repercusiones de su Aplicación en la Legislación Nacional, Editorial Porrúa, México 1999.
- MALO CAMACHO Gustavo,** *"Derecho Penal Mexicano"*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2000
- MARQUEZ PIÑERO Rafael,** *"Derecho Penal, Parte General"*, Primera Reimpresión, Editorial Trillas, México 1999



**MAURACH REINHART**, Zipf Heinz, *"Derecho Penal Parte general"*, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires 1994,

**MONARQUE UREÑA Rodolfo**, *"Lineamientos elementales de la teoría General del Delito"*, Editorial Porrúa, México 2000,

**MUÑOZ CONDE Francisco**, *"Teoría General del Delito"*, Reimpresión de la Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1999

**NAVARRETE RODRÍGUEZ David**, *"Comentarios Doctrinales, Jurisprudenciales y Legislativos al Código Penal del Estado de México"*, Angel Editor, Tomo I, México 1998,

**ORELLANA WIARCO Octavio Alberto**, *"Teoría del Delito, Sistema Causalista y Finalista"*, Octava Edición, Edit, Porrúa, México 1999.

**ORELLANA WIARCO Octavio Alberto**, *"Curso de Derecho Penal, Parte General"*, Editorial Porrúa, México 1999.

**PAVÓN VASCONCELOS Francisco**, *"Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General"*, Décimo cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1999.

\_\_\_\_\_, *"La causalidad en el Delito"* Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1993.

\_\_\_\_\_, *"Imputabilidad e Inimputabilidad"* Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1993.

**PLASCENCIA VILLANUEVA Raúl**, *"Teoría del Delito"* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones Jurídicas, segunda reimpresión México 200

**PORTE PETIT CANDAUDAP Celestino**, *"Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal"* Decimoctava Edición, Editorial Porrúa, México 1999

**REYNOSO DAVILA Roberto**, *"Teoría General del Delito"*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1997.

**ROMÁN QUIROZ Verónica**, *"La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación"*, Editorial Porrúa, México 2000.

**ROXIN, CLAU** *"Derecho Penal Parte General"* Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999

\_\_\_\_\_, *"teoría del tipo penal. tipos abiertos elementos del deber jurídico"* Versión castellana del Dr. Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1979

**SÁNCHEZ SANDOVAL Augusto**, *"Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad nacional"*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000

**SÁNCHEZ SANDOVAL Augusto**, González Vidaurri Alicia, Dieter Gorenc Klaus, *"Control Social en México D.F, Criminalización primaria, secundaria y derecho humanos"* Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela de Estudios Profesionales Acatlán, México 1988.

**SANDOVAL DELGADO Emiliano**, *"Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el derecho penal mexicano"* Angel Editor, México D F, 2000

**SOSA ORTÍZ Alejandro**, *"los Elementos del Tipo Penal La problemática en su acreditación"* Editorial Porrúa, México 1999.

**VELA TREVIÑO Sergio**, *"culpabilidad e inculpabilidad Teoría del delito"* Editorial Trillas, México 2000

**VON LISZT Franz**, *"Tratado de Derecho Penal"* Tomo II, Traducido de la 20ª Edición Alemana, por Luis Jiménez de Azúa y Adicionado con Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, Cuarta Edición, Editorial Reus

- WELZEL Hans** *"Derecho Penal Alemán. Parte General"*, 4ª Edición Castellana; Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile; Chile 1993,
- ZAFFARONI Eugenio Raúl**, *"Tratado de Derecho Penal, Parte General,"* Tomo III, Cardenas Editor y Distribuidor, México 1988.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl**, *"Tratado de Derecho Penal, Parte General,"* Tomo IV, Cardenas Editor y Distribuidor, México 1988.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl**, *"Manual de Derecho Penal, Parte General"*, tercera reimpresión, Cardenas Editor Distribuidor, México 1999.
- ZAMORA JIMÉNEZ Arturo**, *"Cuerpo del Delito y Tipo Penal"* Angel Editor, México 2000.

### HEMEROGRAFICA

- BODERO C. Edmundo Rene** *"El sistema penal: valoración y Crítica"*, Criminalia, Año LXV. No 1. Ene - Abr; 1999, Editorial Porrúa, México.
- CARRANCO ZUÑIGA Joel, Rodriguez Minaya Juan Ramón**, *"Elementos del tipo o Cuerpo del Delito. Una discusión aún vigente en Algunos Estados de la República Mexicana"* en Lex difusión y analisis, 3era época Año VI Abril 2001 Número 70.
- CEREZO MIR, José**, *"EL Finalismo"* Criminalia, Año LXIII, No 2, Mayo Agosto de 1997, Editorial Porrúa, México.
- DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio**, *"Reformas al Código de Procedimientos Penales, Distrito Federal, 1993"* Criminalia, Año LX No 1 Enero - Abril de 1994, Editorial Porrúa.
- GARCÍA CORDERO Fernando**, *"Reformas 1994, Código Federal de Procedimientos Penales"*, Criminalia, Año LX No 1 Enero - Abril de 1994, Editorial, Porrúa.
- "La Iniciativa de Reforma Constitucional 1997 - 98"*
- Criminalia, Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ Sergio** *"La Reforma Procesal Penal en la Constitución: ¿Derecho Democrático o Derecho Autoritario?"*, Criminalia, Año LXIV No 3 Sep - Dic de 1998, Editorial Porrúa, México.
- "Una Reforma Constitucional inquietante (La iniciativa del 9 de diciembre de 1997)"*
- Criminalia, Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial Porrúa
- GONZÁLEZ MENDIVIL Oscar**, *"La Reforma Constitucional y los Elementos del Tipo Penal"* Revista Jurídica de Posgrado, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año1, no 2, Abril, Mayo y Junio de 1995
- ISLAS DE GONZÁLES MARISCAL Olga** *"Comentarios a la Iniciativa de decreto que reforma a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"* Criminalia, Año LX IV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial Porrúa.
- MORENO HERNÁNDEZ Moisés**, *"Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico - Penal Mexicana"*, Criminalia, año LVII, No 3, México Septiembre - Diciembre de 1992.
- "Comentarios, Reformas al Código penal"* Criminalia, 60 aniversario Año LX No 1 Enero - Abril de 1994.
- "Análisis de la Iniciativa de reformas constitucionales en materia penal ( artículos 16 y 19)"* Criminalia, , Año LXIV No 1 Enero - Abril de 1998, Editorial, Porrúa.



**SILVA MEZA Juan**, *Reformas al Código Penal de 1994* Criminalia, 60 aniversario, Año LX No 1 Enero - Abril de 1994, Editorial Porrúa.

#### DICCIONARIOS

**DIAZ DE LEON, Marco Antonio**. *"Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal"*, Segunda Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1989.

#### TESIS

**GUERRERO AGRIPINO L. Felipe** (Tesis de Maestría) *"La Teoría del delito en el Código Penal Para el Estado de Guanajuato. Un Análisis Dogmático"*, Universidad de Guanajuato, Guanajuato 1998.

#### LEGISLACIÓN.

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, Editorial Sista, México 1999.

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, 131ª edición, Editorial Porrúa, México 2000

**Código Penal Federal**, Editorial Sista, México, 1999.

**Colección Penal**, Cuarta Edición, Ediciones Delma, México 2000.

**Multi Agenda Penal**, *"Ley de la Policía federal Preventiva"*, Ediciones fiscales ISEF, México 2001

#### DIARIOS

**Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión**, Año II No 27, 1993.

**Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión**, Año II No 3, 1993

**Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión**, Año III No 11, 1993,

**Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión**, Año II No 26, 1998.

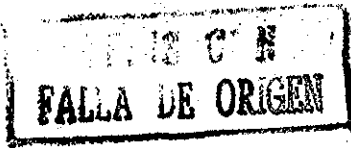
**Diario de Debates, de la Cámara de Diputados**, Noviembre 10 de 1998

**Diario de Debates, de la Cámara de Diputados**, Octubre 6 de 1998

#### CONFERENCIAS (material Audiográfico):

**MARQUEZ Piñero Rafael** Coordinador de las ponencias que se presentaron el 25 de Febrero de 1999, en la Escuela Libre de Derecho en México D.F, al comentar la ponencia del Dr Moisés Morenos Hernández *"La Función Político Criminal y Dogmática del Principio de Culpabilidad en el Derecho Penal ( Mexicano) de Hoy"*, Durante el II Seminario Internacional de Derecho Penal, *"La dogmática Penal y La Política Criminal en el Momento Actual"*, organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A.C.

**Moreno Hernández, Moisés** *"La función político criminal y dogmática del principio de culpabilidad en el Derecho Penal"*, Organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C., Impartido en la Escuela Libre de Derecho, en México D. F, el 24 de febrero de 1999.



Vergara Rojas Gonzalo Antonio, Conferencia: *"Autoría y Participación a la Luz del Código Penal del Estado de México"* Palacio de Justicia de Texcoco, México Agosto del 2000.

#### **SEMINARIOS.**

II seminario Internacional de Derecho Penal *"La dogmática penal y la política criminal en el momento actual"*, Organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C., Impartido en la Escuela Libre de Derecho, en México D. F del 22 al 26 de Febrero de 1999.