



UNIVERSIDAD LATINA S.C.

INCORPORADA A LA UNAM

FACULTAD DE DERECHO

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS
ABIERTOS”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

BEIRUTH HERNÁNDEZ DÍAZ

ASESOR: LIC. MARÍA DEL ROSARIO RAMÍREZ CASTRO

MÉXICO D.F.

2010



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.

MAMÁ:

Por el esfuerzo con el que apoyaste mis estudios y por la esperanza puesta en mí. Razones suficientes para animarme a seguir adelante.

PAPÁ:

Por tus horas de trabajo, que me dieron la posibilidad de iniciar mi vida profesional.

DAVID:

Por el cuidado, el empeño y el amor con el que sostuviste mi esperanza, levantándola en los momentos más difíciles y por ayudarme a formar una profesionista con carácter.

DR. LEFRANK:

Por que su paciencia y el cuidado en el estudio del Derecho; son una guía y un ejemplo a seguir en mi vida profesional.

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TIPO PENAL.

1.- Los tipos delictivos y su significación en el Derecho Penal.	
1.1. Fundamentos.	1
1. 2. Catalogo de tipos penales.	8
1.3. La individualización.	10
1.4. Contenido de cada delito-tipo.	12
1.5. El delito- tipo jurídico penal.	14
1.6. Los elementos del delito-tipo o "Tatbestand".	14
1.7. La relación del delito-tipo con la figura delictiva.	15
1.8. Elementos subjetivos y normativos del delito-tipo según Ernst Von Beling.	15
1.2.- La evolución de los elementos subjetivos.	17
1.2.1. Concepción Clásica.	18
1.2.2. Concepción Neoclásica.	18
1.2.3. Sistema Finalista.	20
1.2.4. Sistema Funcionalista.	21
1.3.- El traslado de los elementos subjetivos al ilícito	22
1.3.1 La influencia del neokantismo en el Derecho Penal.	22
1.3.2. El descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo: la teoría neoclásica del delito.	22
1.3.3. La teoría final de la acción.	23
1.3.4. Clasificación de los delitos-tipo	24

CAPÍTULO II MARCO CONCEPTUAL

2.1.- Concepto de tipo penal	25
2.2.- Elementos del tipo Penal	26
2.3.- Elementos del delito	29
2.4.- Diferencia entre elementos del tipo y elementos del delito	31
2.5- Clasificación del tipo penal	33
2.5.1. En relación a su estructura.	33
2.5.1.1. Tipos básicos o fundamentales.	34
2.5.1.2. Tipos autónomos o auto suficientes.	35
2.5.1.3. Tipos especiales	35
1) Por agregación.	36
2) Por supresión.	36
3) Por concreción.	36

4) Por cualificación	37
d. Tipos subordinados o complementarios.	37
e. Tipos privilegiados.	38
f. Tipos agravados.	39
g. Tipos elementales.	39
h. Tipos compuestos.	40
1) De varios verbos rectores.	40
2) De un solo verbo rector.	40
3) De un solo verbo rector y varios elementos subjetivos.	40
4) De un solo verbo rector y varios objetos materiales.	41
5) De un solo verbo rector y varios resultados.	41
i. Tipos completos.	41
j. Tipos incompletos.	41
1) Preceptivos.	41
2) Sancionatorios.	42
2.5.1.2. En relación con el sujeto activo.	42
a. Tipos monosubjetivos.	43
1) Tipo de sujeto activo indeterminado.	43
2) Tipo de sujeto activo cualificado.	43
b. Tipos plurisubjetivos.	44
2.5.1.3. En relación con el bien jurídicamente tutelado.	44
a. Tipos simples o mono-ofensivos	44
b. Tipos complejos o pluri-ofensivos	45
c. Tipos de lesión	45
d. Tipos de peligro	46
1) Peligro directo.	46
2) Peligro indirecto.	47
3) Peligro efectivo	47
4) Peligro presunto	47
5) Peligro individual	47
6) Peligro común	48
2.5.1.4. En relación con su contenido	48
a. Tipos de mera actividad.	49
b. Tipos de resultado.	49
1) Tipos de resultado único.	49
2) Tipos de resultado plurimo	50
c. Tipos de conducta instantánea	50
d. Tipos de conducta permanente	50
e. Tipos de acción	51
f. Tipos de omisión	51
g. Tipos cerrados	51
h. Tipos abiertos.	51

2.6.- Los Tipos Penales Abiertos.	53
1. Antecedentes de los Tipos Abiertos	50
2. Definición de los Tipos Abiertos.	54
3. Características de los Tipos Abiertos.	55
4. Estructura de los tipos Abiertos.	56
5. Los tipos penales abiertos como fundamento de la estructura del delito.	58
6. Tipos abiertos y los elementos del deber jurídico.	61
7. La significación de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico. La Significación práctica de los tipos abiertos para la teoría del error y de la tentativa.	62
8. Los elementos especiales del deber jurídico.	63
9. La significación dogmática de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico.	64
2.7.1.- Tabla comparativa entre los elementos de los tipos penales abiertos y cerrados.	64
2.8.- Elementos de los Tipos Penales Abiertos.	65
a) Los elementos normativos del tipo penal;	65
b) Concepto.	66
c) Clases de elementos normativos.	66
2.9. Los elementos de los tipos penales cerrados.	73
1. Elementos objetivos	73
a. La conducta.	73
b. El resultado.	74
c. El nexo causal.	74
d. El bien jurídico tutelado.	75
e. El objeto material.	76
I.- El objeto material personal.	77
II.- El objeto material real.	77
III.- El objeto material real respecto de su cualidad.	77
IV.- El objeto material Fenomenológico.	78
f. Los medios comisivos.	78
g. La calidad del sujeto activo.	79
h. La calidad del sujeto pasivo.	79
i. Las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión.	80
2. Elementos Subjetivos.	82
a. El dolo.	82
I.- El dolo Indirecto.	84
II.- El dolo indirecto o de consecuencias necesarias.	84
III.- El dolo eventual.	85
IV.- El dolo indeterminado.	85

b. La culpa.	85
1) La culpa consciente.	86
2) La culpa inconsciente.	87
3. Elementos subjetivos diversos del dolo.	87
a. Los fines, los propósitos y el a sabiendas	87
4. Los elementos normativos	90
a. Juicios de valoración cultural	91
b. Juicios de valoración jurídica	91

CAPITULO III.
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN NUESTRA CONSTITUCION POLÍTICA DE
LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

3.1. Artículo 14 Constitucional y el principio de legalidad	92
3.2. El principio de legalidad según la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	93
3.3. Principios rectores o límites del derecho penal.	99
1. Principio de Legalidad.	99
a. Garantía Criminal	100
b. Garantía Penal	100
c. Garantía Jurisdiccional	100
d. Garantía de Ejecución	101
2. Subprincipios a las normas jurídicas que integran a las garantías de legalidad.	
101	
a. <i>Lex previa</i>	101
b. <i>Lex scripta</i>	101
c. <i>Lex stricta</i>	101
3.4. La función de garantía del tipo penal	101
3.5. La función sistemática del tipo.	103

**CAPITULO IV.
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS ABIERTOS**

4.1. La Inconstitucionalidad de los tipos abiertos	104
4.2. El tipo penal de amenaza previsto en el artículo 209 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, como tipo penal abierto.	105
4.3. Análisis jurídico de la conducta del tipo penal de amenazas.	109
4.4. Inconstitucionalidad del tipo penal de amenazas.	110
5.- CONCLUSIONES.	112
6.- PROPUESTAS.	114
BIBLIOGRAFÍA	115

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se realizó a raíz de la pregunta ¿Cómo resolver el problema de la falta de definición de una palabra o un verbo contenido en un tipo penal, si el derecho penal consagra el principio de estricta aplicación de la ley en relación al principio de legalidad?.

Para concretar el estudio se tomo como base un tipo penal que tuviera la característica de indefinición en uno de sus elementos integrantes. Seleccionándose al delito de amenazas tipificado en el artículo 209 del Código Penal para el Distrito Federal; pues este delito es un claro ejemplo de delito que requiere un análisis subjetivo más extenso que otros tipos penales. Sobresale en su texto la palabra “amenazar”, la cual no tiene una definición legal y su concepto cultural es muy extenso y abarca diversas opiniones todas cargadas de subjetivismo; lo cual da lugar a inseguridad jurídica en perjuicio de quién sea imputado en su comisión. Delito que técnicamente esta clasificado como “tipo penal abierto” y por esto es que el estudio se trata sobre la inconstitucionalidad de los tipos abiertos.

Para el desarrollo de la investigación inicialmente, en el capítulo primero, se acudió a los antecedentes históricos del tipo penal, para conceptualizar lo que la dogmática ha llamado “delito tipo o tipo penal”, de donde surgió, cual es su naturaleza jurídica, su contenido y su conceptualización teórica; se hace una breve referencia a la evolución de los elementos subjetivos que se identifican en los tipos penales de acuerdo a los diversos sistemas penales hasta ahora conocidos, el clásico, neoclásico, finalista y funcionalista. También se menciona en forma breve como es que los elementos subjetivos de un delito han sido considerados en el análisis del ilícito, conforme a los sistemas antes mencionados.

En el capítulo segundo se realiza un estudio más específico del tipo penal desde un marco conceptual, a la luz de la dogmática jurídico penal. Se hace una referencia al concepto de tipo, a sus elementos, los elementos del delito, la diferencia entre ambos, las múltiples clasificaciones del delito. Siendo aquí donde encontramos la clasificación de tipos penales abiertos y su concepto. Se hace una referencia a los elementos de los tipos penales abiertos y de los tipos penales cerrados y una tabla comparativa entre ambos.

En el capítulo tercero se analiza lo que considero es el eje principal de la investigación, que es lo relativo al principio de legalidad desde la perspectiva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Partiendo de la referencia necesaria al artículo 14 Constitucional; continuando con la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los principios rectores del derecho penal y la función sistemática y de garantía del tipo penal.

Finalmente en el capítulo cuarto se concreta el estudio con base en la información recopilada y se justifica la afirmación de que los tipos penales abiertos son inconstitucionales; que el tipo penal de amenazas es un tipo penal abierto y por tanto es un tipo penal inconstitucional; se justifica el porque el tipo penal de amenazas es impreciso, vago y ambiguo.

Para concluir en los apartados quinto y sexto del capítulo cuarto se exponen las conclusiones del estudio y las propuestas para la solución del problema surgido de la interrogante que dio origen a este estudio técnico.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TIPO PENAL

1.1. LOS TIPOS DELICTIVOS Y SU SIGNIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL

1.1.1. FUNDAMENTOS

Desde el origen del hombre, sea desde el punto de vista divino la teoría de la creación o desde el punto de vista natural teoría de la evolución, ha existido una sanción para cada una de las conductas que el ser humano realiza contraria a los principios establecidos en cada época para la sana convivencia social.

La historia universal muestra que en cada región del mundo, en cada cultura y en cada época, las conductas que se consideran contrarias al orden social son tan variadas, como variada ha sido la forma de reprimirlas.

Esta diversidad de criterios para sancionar ha dado lugar a castigos que van de lo más sutil hasta los más bárbaros e inhumanos; de la justicia a la arbitrariedad; de la equidad a la desproporción; siempre sujetos a la valoración subjetiva del hecho por parte de quien tenga la potestad de calificarlo y de sancionarlo, sea en forma individual o en forma colectiva.

Así verbigracia en Roma dada su tradición jurídica-civil, según la Teoría de Bonfante, quién es citado por Floris Margadant señala que: “La obligación romana --nació en tiempos arcaicos-- dentro del terreno de los delitos. Originalmente, la comisión de un delito hacía surgir, a favor de la víctima o de su familia, un *derecho de venganza*-- eventualmente limitado por el principio del *talión*--, el cual, mediante una “composición”, podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia. Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba *obligatus*, o sea, “atado”

en la *domus* de la víctima como una especie de rehén. Por tanto, la obligación antigua era una “atadura” en garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de delitos”.¹

Desde otra perspectiva, se ha identificado al derecho penal en periodos o etapas de evolución. Así encontramos en primer lugar la etapa de la venganza privada: la cual se dio en los primeros momentos de formación del derecho penal; su principal característica era el impulso de la defensa o de la venganza; también se le conoce como venganza de sangre ya que su antecedente más remoto lo encontramos en los delitos de Homicidio y Lesiones, extendiéndose posteriormente a toda clase de delitos.

Después se identifica la etapa de la venganza divina: en la cual se estima al delito como una de las causas de descontento de los dioses, y debido a ello es que los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo penas para complacer su ira. En esa etapa la justicia represiva era manejada generalmente por la clase sacerdotal.

Otra etapa es la de la venganza pública: en la que los delitos se distinguen entre públicos y privados; y los tribunales juzgan en nombre de la colectividad a fin de salvaguardar a la misma colectividad; se caracteriza por imponer penas cada vez más crueles e inhumanas. Fue una etapa arbitraria y de excesos generando un estado de despotismo y tiranía en la impartición de justicia sin garantías y sin seguridad jurídica.

A continuación se identifica un periodo humanitario: a la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y en general de los sistemas penales, su principal precursor fue Cesar Bonnesana Marquez de Beccaria, así como muchas de las ideas de Montesquieu, D’alambert, Voltaire y Jean Jaques

¹ FLORIS MARGADANT S.Guillermo, *“El Derecho Privado Romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea”*. 16° ed. Edit. Esfinge S. A. de C. V., México, 1989. p. 308.

Rousseau. En este periodo se critica el sistema anterior y se promueven nuevos conceptos y practicas, se lucha por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias, se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se trabaja por la legalidad de los delitos y de las penas, llegando incluso al extremo de proscribir la interpretación de la ley por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración.

Y finalmente aparece la etapa científica: en la cual se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, en ésta etapa son evidentes los principios científicos del positivismo aun cuando no formaban parte propiamente del derecho penal.²

Foucault cita dos casos casi contemporáneos, muy diversos entre sí, como ejemplo de formas de castigar. El primero: “ Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a “pública retractación ante la puerta principal de la iglesia de París”, a donde debía ser “llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con una hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano”; después, “en dicha carreta, a la plaza de Grave, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en esta el cuchillo con el que cometió dicho parricidio, (delito en contra del rey que se equipara al padre), quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento”.³

² CASTELLANOS TENA Fernando, *“Lineamientos elementales del Derecho Penal” (Parte General)*, 20° Ed, edit Porrúa S.A., México 1984, pp. 31-37.

³ FOUCAULT Michel, *“Vigilar y Castigar” “Nacimiento de la Prisión”*, Ed. Siglo XXI Editores, 35 ed. En español, 2008. p. 11.

El segundo: emanado de una ley escrita, es lo que se contemplaba en el “Artículo 17 del Reglamento redactado por León Faucher para la casa de jóvenes delincuentes de París: “La jornada de los presos comenzará a las seis de la mañana en invierno, y a las cinco en verano. El trabajo durará nueve horas diarias en toda estación. Se consagraran dos horas al día a la enseñanza. El trabajo y la jornada terminarán a las nueve en invierno, y a las ocho en verano”.⁴

En tanto que el artículo 18 del reglamento antes citado se establecía: “Artículo 18.- Comienzo de la jornada. Al primer redoble de tambor, los presos deben levantarse y vestirse en silencio, mientras el vigilante abre las puertas de las celdas. Al segundo redoble, deben estar en pie y hacer su cama. Al tercero, se colocaran en fila para ir a la capilla, donde se reza la oración de la mañana. Entre redoble y redoble hay un intervalo de cinco minutos”⁵

Fue precisamente la proliferación de acciones arbitrarias y desproporcionadas lo que motivó a la sociedad a buscar nuevas formas de sancionar un hecho contrario a la convivencia social; que cumpliera con su cometido inhibitor y coercitivo, pero que no representara una pena desproporcionada en relación al hecho cometido.

Uno de los más importantes pensadores que se ocupó del estudio de esta relación entre hecho y sanción lo fue Cesare Beccaria, en su monografía titulada “De los Delitos y de las Penas”. En ella realiza un estudio del origen de las penas y del derecho a castigar, de la interpretación de las leyes, de los juicios, de la forma de valorar las declaraciones de los testigos, de los tipos de pena que han existido, cómo se previenen los delitos y otros temas relacionados con la historia y la evolución de las penas y la forma de castigarlas.

La aportación de este filósofo al campo del derecho penal tuvo gran repercusión en la forma de administrar justicia, al grado de que varios Estados cambiaron su sistema

⁴ Ibidem, p. 14.

⁵ idem.

penal a fin de hacer más humanas las penas a quienes cometían delitos y programar acciones tendientes a prevenirlos.

Beccaria parte de la siguiente premisa: “Pero poquísimos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de legislación tan principal, y tan descuidada en casi toda Europa; poquísimos los que, remontándose a los principios generales, deshicieron los errores acumulados de varios siglos, frenando por lo menos, con la sola fuerza que tienen las verdades conocidas, el excesivamente libre curso de la mal dirigida potencia, que ha dado hasta ahora un amplio y autorizado ejemplo de fría atrocidad. Y sin embargo, los gemidos de los débiles, sacrificados a la cruel ignorancia y a la rica indolencia; los bárbaros tormentos multiplicados por pródiga e inútil severidad, por delitos, o no probados o quiméricos; la sordidez y los horrores en una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los desdichados, la incertidumbre, debían sacudir a la casta de magistrados que orientan las opiniones de las mentes humanas”.⁶

Es a raíz de la observación de las injusticias en cuanto al castigo de los delitos, como surgió el interés por modificar la visión de los hechos hacia una más justa y equitativa impartición de justicia.

Beccaria, resume sus observaciones de la siguiente manera: “Fue, pues, la necesidad lo que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad; es cierto, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho”.⁷

⁶ BECCARIA Cesare. *“De los delitos y de las Penas”*. 3 ed. Ed. Temis. S. A., Bogotá Colombia, 2006, p.8.

⁷ Idem.

Ahora bien, una vez ubicado el momento histórico en que se origino la necesidad de contar con una certidumbre jurídica, así como de las circunstancias que originaron el desarrollo de corrientes determinantes de creación de normas en las que se describiera de manera exhaustiva la conducta que era considerada como ilícita o como una acción que ameritaba determinada sanción; dando así lugar a una incipiente seguridad jurídica. También es importante señalar el fundamento dogmático, del que surgen esas ideas. Para ello nos basaremos en la teoría desarrollada por Ernst Beling ya que este autor “elabora su construcción dogmatica del delito al amparo del concepto causal-mecánico de la acción, basado en su configuración valorativamente neutra y descriptiva que resulta de aplicar los métodos de las ciencias naturales”⁸.

Al respecto Díaz Aranda comenta: “sería hasta mil novecientos seis, cuando Ernest Beling pondría de manifiesto la función del tipo y dio lugar a la creación de la tipicidad. Desde ese momento el sistema del delito quedó conformado por conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”.⁹

Continua diciendo Diaz Aranda: “Ernest Beling puso de manifiesto la existencia de una categoría intermedia entre la conducta y la antijuridicidad: “*tatbestand*” término que significa “supuesto de hecho”, pero que se ha traducido como tipo penal, el cual conforma la categoría denominada tipicidad”.¹⁰

El mismo Díaz Aranda termina diciendo: “Por otro lado, Beling puso de relieve la función el tipo como una garantía para el ciudadano, pues solo aquellas conductas descritas en la ley penal (tipo) pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en la misma ley. En contrapartida, aquellas conductas que no están descritas en algún tipo penal se denominan “atípicas” y se

⁸ MEDINA PEÑALOZA Sergio J., *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*, México, Edit. Angel Editor, 2000, pp. 54-55.

⁹ DÍAZ ARANDA Enrique. *“Teoría del Delito (Doctrina, Jurisprudencia y Casos prácticos)”*, Edit. Straf, México, 2006, p. 21.

¹⁰ Idem.

consideran irrelevantes para el derecho penal, conforme a la formula latina “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.¹¹

Así, refiriéndonos al Principio de Legalidad, de acuerdo con lo que señala Ernest Beling, los delitos debían estar contemplados en la ley para ser tales; lo cual es un presupuesto para reestructurar el campo sistemático de la dogmática penal. Ideas con las que se satisface la necesidad del tipo penal como garantía de seguridad jurídica para el ciudadano a fin de saber con precisión, claridad y suficiencia cuales son las conductas que castiga el derecho penal.

Fundamento que sin lugar a dudas es la base de la presente investigación tomando en consideración que lo que se analiza es precisamente la falta de precisión en la descripción de los tipos penales, que son conocidos como tipos abiertos, mismos que por la ambigüedad, imprecisión y falta de claridad en la descripción plasmada, vulnera los principios de Legalidad y Seguridad Jurídica, que serán materia de estudio más adelante, principios que por su naturaleza dan al ciudadano las herramientas para conocer de manera efectiva cual es la conducta prohibida, o la conducta exigida para no ser penalmente sancionado.

De acuerdo con Medina Peñaloza, quién mejor explicó el fundamento dogmático del tipo Penal fue Beling, y al respecto refiere lo siguiente: “Beling le asigna al tipo penal la función de describir en abstracto los elementos materiales necesarios que caracterizan al delito, al que define como la acción típica y antijurídica subordinable a una sanción penal adecuada y que cumple con las condiciones de penalidad”.¹²

En el mismo sentido Díaz Aranda dice: “La norma penal tiene una naturaleza pública, porque solo puede ser emitida por el Poder Legislativo como representante del pueblo, el cual la da a conocer a los ciudadanos como Ley bajo la forma de “normas de conductas prohibidas y penadas” en las cuales se

¹¹ Ibidem, p. 22

¹² MEDINA PEÑALOZA Sergio J., opcit. p. 55.

describen las conductas que el ciudadano debe evitar para no sufrir una sanción de privación de la libertad o medida de seguridad. Por tanto, las normas penales tienen una función de llamada de atención para el ciudadano para evitar su comisión, y a su vez sirven de garantía al ciudadano, dado que el Estado sólo le podrá imponer una pena privativa de libertad, única y exclusivamente, cuando haya realizado una de las conductas descritas en la norma.”¹³

A partir de los conceptos y fundamentos dogmáticos hasta aquí referidos, se puede afirmar que en la actualidad, atendiendo al Principio de Legalidad, ***todas las conductas penales deben estar expresamente señaladas en un tipo penal específico***. Siendo que de acuerdo a la época, al lugar y a la sociedad, los tipos penales son muy variados; dando lugar a múltiples clasificaciones y catálogos de tipos penales. En el caso de nuestro estudio será el Código Penal para el Distrito Federal del año 2002, el que tomaremos como base para describir el catálogo de delitos; en tanto que el tipo penal en específico base de este análisis será el delito de amenazas.

1.1.2. CATALOGO DE TIPOS PENALES

Para efectos de establecer el catálogo de tipos penales, en la presente investigación atenderé a lo dispuesto en el Código Penal vigente para el Distrito Federal.¹⁴

- A) DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL.
- B) DELITOS CONTRA LA PROCEACION ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y MANIPULACIÓN GENÉTICA.
- C) DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA O LA SALUD DE LAS PERSONAS.
- D) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL.

¹³ Díaz Aranda Enrique. Op.cit. p. 3.

¹⁴ Código Penal Para el Distrito Federal, 2009.

- E) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD SEXUALES Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.
- F) DELITOS CONTRA LA MORAL PÚBLICA.
- G) DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLICACIÓN ALIMENTARIA.
- H) DELITOS COMETIDOS CONTRA LA FILIACIÓN Y LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO.
- I) DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS.
- J) DELITOS CONTRA LAS NORMAS DE INHUMACIÓN Y EXHUMACIÓN Y CONTRA EL RESPETO A LOS CADÁVERES O RESTOS HUMANOS.
- K) DELITOS CONTRA LA PAZ, LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS Y LA INVIOlavILIDAD DEL DOMICILIO.
- L) INVIOlavILIDAD DEL SECRETO.
- M) DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.
- N) OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA.
- O) DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA.
- P) DELITOS CONTRA EL SERVICIO PÚBLICO COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS.
- Q) DELITOS CONTRA EL SERVICIO PÚBLICO COMETIDOS POR PARTICULARES.
- R) DELITOS EN CONTRA DEL ADECUADO DESARROLLO DE LA JUSTICIA COMETIDO POR SERVIDORES PÚBLICOS.
- S) DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA.
- T) DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.
- U) DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LAS VIAS DE COMUNICACIÓN Y DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE.
- V) DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA.
- W) DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL.
- X) DELITOS CONTRA LA DEMOCRACIA ELECTORAL.

Y) DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LAS INSTITUCIONES DEL DISTRITO FEDERAL.

Todos estos enunciados representan uno o varios tipos penales, de distinta naturaleza y de distinta estructura. Y en cada uno de ellos se puede identificar claramente el elemento común de todo delito que es precisamente la concurrencia de todos los componentes de una figura jurídica penal. Todos los delitos contemplados en nuestra legislación se pueden agrupar en distintas clasificaciones, ***siendo una de ellas la referente a su contenido, en la que los encontramos como tipos cerrados y tipos abiertos. Éstos últimos serán los que utilizaremos en la presente investigación.***

El hecho de que una determinada conducta se encuentre específicamente descrita en una norma penal se ha dado en llamar tipicidad, lo cual hace referencia al tipo penal. Concepto jurídico que se refiere a la conducta ilícita individualizada.

1.1.3. LA INDIVIDUALIZACIÓN

Cuando el Estado a través de sus órganos específicos, considera que un hecho pone en riesgo o vulnera valores individuales o sociales, recoge tal comportamiento en normas positivas a fin de prohibirlo y lo sanciona con una especial severidad; siendo esto una actividad de orden público interno. “La descripción que de estos últimos comportamientos hace el Estado por medio del Legislador, es lo que los Alemanes han llamado Tatbestand, los Italianos Fattispace Legale y los Españoles Tipicidad”¹⁵

De acuerdo con Jiménez de Asúa, el estudio de la Tipicidad se divide en seis etapas:

a) La de su independencia;

¹⁵ REYES ECHANDÍA Alfonso, *Tipicidad*, Edit. Temis, 2° reim. De la 6° Ed. Bogota, Colombia, 1999, p. 1

- b) La del carácter indiciario de lo injusto;
- c) La de la *ratio essendi* de la antijuridicidad;
- d) La nueva concepción belingniana;
- e) La de su fase destructiva y
- f) La actual.¹⁶

- a) La primera etapa, se distingue por el hecho de que “el arbitrio judicial era tan amplio que cualquier comportamiento considerado lesivo de intereses humanos, a juicio del juzgador, era susceptible de sanción”¹⁷. Concepción que fue el inicio de una humanización para el Derecho Penal ya que fue la vía principal para llegar a la concepción de que las penas deben estar debidamente señaladas en la Ley, así como que únicamente será punible aquello que este descrito en la ley y sancionado con una Pena.
- b) La segunda etapa, considera que la tipicidad esta ligada a la antijuridicidad por un vínculo indiciario, al considerarse que la misma no es solo descriptiva sino que revela una contrariedad entre la conducta y las normas de cultura legalmente reconocidas. Argumentos que se sustentan cuando el autor señala “es claro que el indicio de antijuridicidad que el tipo penal contiene puede destruirse cuando se demuestre que a pesar de ser típica, la conducta en concreto no lesiona el ordenamiento jurídico”¹⁸.
- c) La tercera etapa, se distingue por la opinión de Mezger quién dijo que la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad y no un mero indicio de la misma. El tipo, dice, en el propio sentido jurídico penal “significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal”¹⁹. Insistiendo en esta etapa con la exigencia de una descripción clara y específica que permita conocer el hecho concreto que será considerado como injusto al estar plasmado en

¹⁶ Ibidem, p. 2.

¹⁷ Ibidem. pp. 2-7.

¹⁸ Ibidem, p. 4.

¹⁹ Idem.

una legislación que tiene aparejada una sanción si se incurre en el supuesto descrito.

- d) En la cuarta etapa, la creación del delito tipo que comprende los conceptos de figura rectora (Leitbild-Tatbestand), es decir, la imagen rectora, cuadro dominante o tipo **regens** que norma y preside cada especie delictiva, y tipo de delito (Delliktipus) son las figuras delictivas distinguidas por el dolo y la culpa. Dando un importante paso en la individualización penal dentro de la sistemática jurídica conformando toda la fenomenología del delito sobre una base técnico formal del tipo en vez de los elementos materiales y no jurídicos como la causalidad y la culpa.
- e) La quinta etapa, surgida en la época hitleriana destruye los principios del derecho penal liberal, como lo **es nulum crimen nulla poena sine lege**, al ser considerados tales principios como obstáculos para la punibilidad de conductas y por ende un peligro para el nuevo orden político jurídico, en donde el único criterio válido de ilicitud es la potencialidad que el hecho tiene de vulnerar o poner en peligro el orden moral que emerge del pueblo y de la raza.
- f) La etapa actual emerge con la crisis del positivismo asociado al mero legalismo y con ello se retoma la esencia de los conceptos y teorías que la ciencia del derecho han aportado con la idea de proyectarlos hacia la estructura de un orden jurídico penal integrador, anteponiendo a la persona antes que al Estado.

Con base en lo anterior podemos afirmar que como resultado del desarrollo de la ciencia jurídico penal, los avances científicos y la humanización el derecho penal, las leyes que contemplan conductas delictivas deben estar elaboradas con un mínimo de elementos que garanticen un grado de seguridad jurídica al gobernado y en este sentido su expresión gráfica a través de la norma debe ser clara, precisa y exhaustiva, concluyendo de ésta manera que la tipicidad tiene una función garantizadora de la libertad individual.

1.1.4. CONTENIDO DE CADA DELITO TIPO

En cada época y de acuerdo a cada autor, el delito tipo contiene diversos elementos los cuales varían en uno y en otro caso. Para esta investigación compartimos la opinión del profesor Medina Peñaloza quién al respecto señala: “Tatbestand o Tipo, es el contenido de las normas prohibitivas del Derecho Penal, erigido en una figura conceptual que describe, mediante conceptos, formas posibles de conducta humana. Etimológicamente proviene del latín **tipus** que significa símbolo representativo o figura principal de alguna cosa, a la que proporciona fisonomía propia; mientras que es típico (Tipicidad) todo aquello que incluye en si la representación de ella y a su vez es el lema o figura del tipo”.²⁰

“El tipo se conforma por los elementos que fundamentan el contenido del injusto del delito cuyos pilares básicos son: el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción”.²¹

Como puede observarse el delito tipo debe contener en su estructura un verbo rector que describe en forma activa la conducta o el comportamiento que ha de llevar a cabo o no debe realizar el agente del delito, según se trate de normas prohibitivas o normas dispositivas.

También debe llevar las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ha de realizarse la conducta, para especificar los alcances de la norma. Debe contener una sanción específica claramente definida y en su caso las variantes de acuerdo a la gravedad de la conducta. Igualmente si el caso lo requiere debe contener los elementos subjetivos específicos y normativos propios de cada comportamiento ilícito que se quiere sancionar.

²⁰ MEDINA PEÑALOZA Sergio J., *op.cit.*, pg. 55.

²¹ *Ibidem*, p. 23.

Elementos constitutivos de cada delito tipo que deben concurrir en forma total para que no exista confusión en cuál es la conducta prohibida, cual es la conducta exigida y cual será punible.

1.1.5. EL DELITO TIPO JURÍDICO PENAL

En el desarrollo teórico del delito se han elaborado distintas estructuras de lo que debe contener un delito; llegando así a la creación de la teoría tetratómica del delito, la cual comprende los conceptos jurídicos de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Con base en lo anterior, se establece que todo delito debe estar plasmado en un tipo penal; es decir, debe estar la conducta que se considera dañina para la sociedad descrita en forma clara y específica mediante una figura jurídica determinada en la que se contemple todos los supuestos en que puede realizarse la mencionada conducta. Es decir, es ocioso e inútil hacer una descripción casuística de todo el comportamiento humano que vulnera el derecho de los otros pues la forma en que se puede manifestar cada uno de esos comportamientos es infinita. A fin de evitar esto la teoría ha elaborado la estructura de un texto en el que se contemple en forma genérica los rasgos esenciales de un comportamiento determinado con el que se lesione o dañe un derecho individual o colectivo de trascendencia penal. Debido a ellos se han elaborado los tipos penales cuyo contenido en esencia abarca la descripción de la conducta, la calidad específica de los sujetos, los elementos objetivos, subjetivos y normativos necesarios para dar especificidad al ilícito y el verbo rector que determina en concreto cual es la conducta que se considera contraria a derecho.

1.1.6. LOS ELEMENTOS DEL DELITO TIPO O “TATBESTAND”

Continuando con la Teoría de Beling, siendo éste uno de los principales sistematizadores del Derecho Penal y en particular el máximo exponente de la teoría del tipo penal, nos parece acertada su opinión respecto de los elementos

del tipo penal; tal como lo menciona Medina Peñaloza al referir que: “El delito tipo o Tatbestand (o supuesto de hecho), se compone básicamente de dos conceptos: el *Delikttypus* y el *Leitbild*, es decir, el Tipo del Delito y la Figura rectora respectivamente. Para Beling la especie delictiva es un todo que engloba elementos tanto expresos como subyacentes para precisarse o complementarse por la interpretación, que se estructura en la correspondiente descripción legal.

Así tenemos como elementos de naturaleza objetiva la antijuridicidad y los de naturaleza subjetiva como la culpabilidad; todos ellos formando una imagen unitaria que se hace llamar tipo. De esta manera para Beling el tipo penal es la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens que norma y precisa cada especie delictiva”.²²

1.1.7. LA RELACIÓN DEL DELITO TIPO CON LA FIGURA DELICTIVA

Esta relación se refiere a la figura rectora o delictiva, también conocida como Tatbestand, que aun y cuando es independiente espera su contenido en los acontecimientos reales que corresponden a la acción, en la que existe una relación entre el hecho concreto y real con el tipo de delito, es decir, la acción desplegada que es considerada típica con la figura delictiva que es aquella que describe o da características del hecho concreto que se encuentra plasmado en la norma y que es considerada delictiva.

1.1.8. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS DEL DELITO TIPO SEGUN ERNST VON BELING.

Sobre la base de la distinción entre el *Delictstypus* y el *Tatbestand*, Beling incorpora a su sistema de la teoría general del delito los conceptos “*Unrechtstypus*” y “*Schuldtypus*” – el primero agrupa los elementos externos de la figura delictiva y el segundo los elementos internos que deben concurrir para

²² Ibidem, p. 57.

completar el correspondiente *Delictstypus*-, poniendo de manifiesto sus diferencias y la relación existente entre ellos.

Partiendo de la consideración del delito como conducta antijurídica y culpable, el concepto de *Deliktstypus* expresa las exigencias del principio de legalidad. El *gesetzliche Tatbestand*, por su parte, es el concepto que sirve de punto de referencia para la configuración y articulación unitaria de los elementos de la definición general de delito y de numerosos conceptos de la teoría general del Derecho Penal. De acuerdo con este planteamiento, Beling modifica en la undécima edición de su *Grundzüge des Strafrechts* el orden de exposición de los elementos del delito. Ya no expone, por este orden, la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, las diversas clases de delito y sus formas de aparición, sino que, después de definir el concepto de acción, se ocupa de la antijuricidad y de la culpabilidad como elementos valorativos del concepto de delito referidos a la parte externa y a la parte interna de la acción punible, respectivamente, y considera, a continuación, la caracterización del delito como *Deliktstypus* y la distinción entre este concepto y el concepto de *Tatbestand*.²³

Beling, crea distintos elementos y conceptos que se mueven en torno al tipo, donde el *Deliktstypus* o tipo de delito, que es propiamente la figura del delito, se integra a su vez por un tipo de injusto:

a.- *Unrechtstypus*.- Que es la conducta antijurídica de cada especie, y que se compone de todas las características externas del delito;

b.- “Tipo de culpabilidad”.- Comprende sólo las características internas, o sea el dolo que se exige en cada caso, con lo que se obtiene la finalidad que persigue el “tipo de injusto”, consistente en la configuración de las modalidades de conducta punible.

²³ CARDENAL MONTRAVETA Sergi, *El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos*, Barcelona, 2002, pp. 233-234.

c.- Leitbild o figura rectora.- Que se compone sólo de los elementos sobre los que se extiende el dolo, que constituyen en conjunto el “tipo legal”. En ella se concreta y se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad, pero la figura rectora es objetiva, descriptiva, por eso hace posible reunir en su tipo, todos los demás tipos internos: el de lo injusto y el de la culpabilidad.

d.- Tatbestandsmassigkeit o Adecuación típica.- Es una imagen rectora vacía: vr. Gr. Matar es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales que corresponden a la acción.

e.- Tipicidad (typicitat).- Es un elemento conceptual del delito, que se distingue de la adecuación típica, porque ésta última se refiere a la realización práctica de la conducta.

En conclusión, a efecto de evitar confusiones en el lector basta con precisar que Beling considera el tipo stricto sensu o figura rectora como “representación externa” y rechaza los elementos subjetivos en su configuración objetiva y formal del Leitbild, puesto que al introducir en él características provenientes de la esfera anímica del autor, se incurriría en un concepto incapaz de servir como figura rectora.²⁴

1.2. LA EVOLUCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los elementos Subjetivos fueron evolucionando al tiempo en que se desarrollaba la teoría, por lo que a consecuencia de ello los elementos subjetivos igualmente son identificados en distintos puntos durante el desarrollo de la teoría, por consiguiente analizare las corrientes teóricas identificando en cada una el desarrollo de los elementos subjetivos.

²⁴ MEDINA PEÑALOZA Sergio J., op.cit., p. 58

1.2.1. CONCEPCIÓN CLÁSICA

En este sistema denominado naturalismo o positivismo científico se intento reproducir en el sistema de Derecho Penal elementos naturales del delito.

En el plano objetivo pertenecían la conducta o hecho (acción lato sensu), la tipicidad y la antijuridicidad; en lo subjetivo la culpabilidad con su presupuesto imputabilidad siendo sus formas el dolo y la culpa en esta tesitura la Acción era considerada como voluntad de movimiento corporal que producía resultados materiales, la tipicidad era eminentemente neutral ya que no refería valores ni exigía juicios de valor por parte del analista, siendo una mera descripción de un suceso al que Beling describió como imagen rectora, la antijuridicidad entra al campo de la valoración de lo normativo ya que se le definía como la oposición formal de la causación del resultado con la ley; la culpabilidad es considerada la relación psiquica existente entre el sujeto y el hecho realizado ya sea dolosa o culposamente; los presupuestos de imputabilidad encuadraban en lo interno, siendo formas de estos el dolo y la culpa incluyendo elementos subjetivos como las intenciones, los motivos y las tendencias; por lo que en la concepción clásica de referencia se realizó “una separación rigurosa entre los elementos objetivos y los subjetivos con arreglo a la cual debía determinarse la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad”.²⁵

1.2.2. CONCEPCIÓN NEOCLÁSICA

Fue una corriente estructurada en base a las polémicas y pluralidad de criticas resultando de ello una concepción valorativa “bajo el influjo del neokantismo desarrollado sobre la base esencial de los fines y valores esenciales para el Derecho Penal (criterio teleológico), es decir, la simple lógica legal abstracta comprendida dentro de los límites estrechos del positivismo científico, fue sustraída por el sistema de referir el derecho a fines político criminales, el cual

²⁵ LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, *Teoría del Delito*, Ed. 9º, Edit. Porrúa, México, 2001, p. 69.

constituyó la línea de la directriz metodológica determinante²⁶, basados en la escuela Neokantiana se tuvieron en cuenta fines y valores respecto a la apreciación de los sujetos.

En esta corriente “la acción en sentido amplio abarcaba tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión”²⁷; aquí la omisión “era concebida como un proceso exterior natural como causación voluntaria u omisión voluntaria de impedir una modificación en el mundo exterior”²⁸; por tanto a falta de un movimiento corporal y respecto a la omisión culposa además de ese movimiento la voluntariedad para el no movimiento y físicamente un no suceso.

Así la acción fue concebida como comportamiento humano o como realización de la voluntad de un ser humano, concepción que abarcaba aspectos positivos y negativos. La tipicidad de ser una descripción no valorativa del acontecer humano paso a ser el primer juicio de valoración, es decir, se contemplaron las características normativas del tipo. Por su parte la antijuridicidad exigió que existiera daño o perjuicio social, es decir, además de contemplar la antijuridicidad formal, también se exigió el nuevo concepto de antijuridicidad material siendo de esta manera como la tipicidad valorativa y la antijuridicidad constituyeron un solo elemento del tipo de injusto.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos, según lo señala López Betancourt son entendidos como “las intenciones, los motivos y las tendencias, estos eran tocados en la culpabilidad”²⁹, descubriéndose igualmente los elementos subjetivos de lo injusto y aun cuando fue en el derecho civil, esto ayudo a demostrar que no era suficiente una concepción objetiva de la ilicitud por lo que la antijuridicidad para el neocausalismo fue concebida de manera formal-material-subjetiva. En la culpabilidad descartó la concepción psicológica por considerarse inútil comprobar en ésta la relación psíquica del autor con un resultado, y tampoco se comprobaba

²⁶ Ibidem. p. 71.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem, p. 73.

una prelación lógica el dolo del inimputable así como el dolo en legítima defensa con lo que surgió la teoría normativa de la culpabilidad en la que se encontró una característica común en la que se pudieran abarcar el dolo y la culpa como atributos alternativos del delito y se encontró que al realizar la reprochabilidad se llegaba al juicio de culpabilidad en el que esta inmerso el ánimo del autor a fin de verificar si el autor pudo actuar personalmente en la forma debida. Con ello la culpabilidad de ser un concepto psicológico paso a ser un concepto normativo conteniendo como formas de ésta al dolo y la culpa como presupuesto o elemento de la culpabilidad a la imputabilidad y reprochabilidad, sacando de la culpabilidad los elementos subjetivos para pasarlos al injusto o tipo de injusto formándose un concepto normativo complejo, en virtud de que seguía aceptando los componentes psicológicos del dolo y culpa en si.

1.2.3. SISTEMA FINALISTA

En este sistema se realiza un estudio crítico al relativismo valorativo y normativismo del pensamiento penal Neokantiano apoyándose en el conocimiento de los valores y en el permanente acatamiento legal.

“WELZEL parte de los tipos penales y los relaciona con la realidad social, estructurando el delito desde lo que denomina “estructuras lógico objetivas sosteniendo, ‘Las normas del Derecho no pueden ordenar o prohibir nuevos procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente (por consiguiente acciones) o la omisión de tales actos’”.³⁰

Construyendo el Derecho sobre la denominada naturaleza de la cosa enfatizando las nuevas direcciones psicológicas con lo que el Derecho Penal se vincula a la estructura final de la acción que se traduce en que la acción es ejercicio de la actividad final (dolo) en tanto que la omisión es la no interrupción voluntaria o no del curso causal. La tipicidad antijurídica, es decir, el injusto referido como

³⁰ Ibidem, p. 75.

voluntad de realización contraría a Derecho ahora es injusto personal y no formal-material, lo anterior como consecuencia de extraer el dolo y la culpa de la culpabilidad pasándolo al tipo de injusto que sería la antijuridicidad subjetiva o teoría subjetiva de lo injusto.

La antijuridicidad es subjetiva material, ya que no solo la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y la oposición formal a la ley tienen contenido sino que ahora se exige la dirección de la voluntad al igual que características subjetivas del tipo, de ahí que el actuar sea tomado como objeto del juicio de antijuridicidad.

1.2.4. SISTEMA FUNCIONALISTA

Tiene sus inicios cuando los autores considerados funcionalistas “consideraron como fallas el que se llegara a idealizar su concepto de acción perfecta, la extensión en demasía del alcance normativo de las estructuras lógico-objetivas, como el concepto de acción final, la absolutización del desvalor de la acción frente al del resultado del cual eliminaban del tipo de injusto y la demolición de la distinción fundamental entre injusto y culpabilidad”³¹. De lo que se advierte que en virtud de tales críticas surgieron tesis funcionalistas dando un giro radical en la concepción que hasta la corriente finalista se tenía pues en éste nuevo sistema se orienta la dogmática a la función social del derecho penal recurriendo a las finalidades político criminales en las que sus principales exponentes recurrían a las finalidades del derecho penal así como a relacionar los elementos del delito con los fines de la pena, circunstancias que no se habían contemplado anteriormente.

1.3. EL TRASLADO DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS AL ILÍCITO

1.3.1. LA INFLUENCIA DEL NEOKANTISMO EN EL DERECHO PENAL

³¹ Ibidem, p. 78.

A fin de ilustrar de una manera detallada y concisa que influencia tuvo el Neokantismo en el Derecho Penal veremos lo que *Urosa Ramírez Gerardo Armando* señala al respecto:

“Por influjo de la filosofía de los valores provenientes del Neokantismo se acepta que el derecho penal es valorativo. Funciona como un sistema tutelar de valores primordiales para la comunidad, interviniendo ante su daño. Asimismo la apreciación que debe realizar el Juzgador al aplicar la norma penal a un caso concreto reafirma el carácter valorativo del derecho penal, esto, en virtud de que el juicio realizado por el juzgador requiere ponderar, apreciar o valorar si la conducta coincide con el supuesto legal correspondiente”³²

Ahora bien, si tomamos en cuenta que en contraste con las ciencias de la naturaleza, las ciencias de la cultura (dentro de las cuales ésta el Derecho) proceden en sentido valorativo, esto permite concluir que la aportación de ésta escuela (Neokantiana) estriba en complementar la esfera de la realidad que estimó el positivismo con la configuración valorativa de la Ciencia del Derecho.

1.3.2. EL DESCUBRIMIENTO DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO: LA TEORÍA NEOCLÁSICA DEL DELITO

Es hasta el surgimiento de la Teoría de los Valores de la primera década de 1900 que se descubren los elementos subjetivos del tipo y se admite una concepción material del injusto.

El factor determinante estriba en la aportación de la Dogmática Valorativa, que postula que el concepto de Derecho Penal debe estar referido a fines y valores. Por otra parte “la Filosofía de los valores constituye una teoría complementaria del positivismo jurídico inspirador de los sistemas de Liszt y Beling, ya que la aparición de los elementos subjetivos primero en la antijuricidad y posteriormente en la

³² *UROSA RAMÍREZ Gerardo Armando, Teoría de la ley penal y del delito, ed. Porrúa, México, 1960, p. 20*

tipicidad resulta tan solo de una mutación en la consideración de lo conceptual del tipo, más no de un cambio en la configuración del ser de la acción (lo ontico) como postularía Binding”.³³

1.3.3. LA TEORÍA FINAL DE LA ACCIÓN

Hans Welzel, como principal exponente de la Teoría Final de la Acción expone que la acción humana es “el ejercicio de la actividad finalista y por lo tanto es un acontecimiento finalista y no solamente causal.

La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse a futuro la obtención de sus objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, esta en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer de su causal exterior hacia el objetivo y lo sobre determina así como finalista.”³⁴

Por lo que se puede afirmar que la finalidad es un acontecer dirigido conscientemente desde el objetivo.

Así tenemos que la dirección final de la acción se realiza en dos fases:

³³ MEDINA PEÑALOZA Sergio J., op.cit. pp. 63-65

³⁴ REYES CALDERÓN José Adolfo, *Tratado de la Teoría del delito*, Edit. Cárdenas, 2002, pp. 50-51

FASE INTERNA.- Ocurre en la esfera del pensamiento del autor, donde se propone la realización de un fin, seleccionando los medios necesarios; la selección solo ocurre a partir de la finalidad cuando decide resolver el problema de que es lo que quiere, toma en cuenta también los efectos contaminantes que van unidos a los medios para la realización del fin y una vez que los admite como segura o probable producción los realiza.

FASE EXTERNA.- Luego de la realización interna el autor realiza la actividad en el mundo externo poniendo en marcha conforme a su fin actividades y proceso de ejecución del acto.

1.3.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS TIPO

En orden a la prelación de bienes jurídicos tutelado, la clasificación de los delitos tipo sería de la siguiente manera:

- Delitos contra la vida de las personas y su integridad física;
- Delitos contra el patrimonio;
- Delitos contra el Estado y las instituciones gubernamentales;
- Delitos contra la autoridad;
- Delitos contra las libertades individuales;
- Delitos contra el medio ambiente, flora y la fauna;
- Delitos contra la seguridad colectiva; y
- Delitos contra la fe pública.

CAPÍTULO II MARCO CONCEPTUAL

2.1. CONCEPTO DE TIPO PENAL

Ernest Beling puso de manifiesto la existencia de una categoría intermedia entre la conducta y la antijuridicidad: “Tatbestand”, término que significa “supuesto de hecho”, pero que se ha traducido como tipo penal, el cual conforma la categoría denominada tipicidad”.

35

Con base en lo anterior se puede observar que Beling “introduce la noción de tipo y tipicidad, como conceptos que resultan puramente externos, y por ello, neutrales, sin adelantar valoraciones, pues se conforma solo de elementos objetivos: descripción del acto humano que se desarrolla en el mundo exterior. El Tatbestand o tipo fue entonces el hecho del delito, el contenido real, que penetra en el ámbito del derecho penal gracias a Beling al darle un sentido distinto a las obras de Stubell (1805), Luden (1840), Geyer (1862) y Schaper (1873).”³⁶

Tratándose de Tipo Penal el maestro Hans Welzel realiza una puntual distinción entre lo que es norma penal y el tipo penal, señalando: “El tipo -tanto si esta descrito legalmente de un modo exhaustivo como si ha de ser complementado por el Juez- es el contenido de las normas prohibitivas de derecho penal, por ejemplo, de las prohibiciones. No debes matar, hurtar, cometer adulterio, conducir con infracción del ciudadano requerido, etc. Ambos, la norma prohibitiva y el tipo (materia de la norma), pertenecen a la esfera ideal (irreal espiritual). El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta.”³⁷

³⁵ DÍAZ ARANDA Enrique, *op.cit.*, p. 21.

³⁶ MEDINA PEÑALOZA Sergio J., *op.cit.*, pp. 54-55.

³⁷ WELZEL Hans, *Derecho Penal Alemán Parte General*, 11° Ed., 4° Ed. Castellana. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 59.

2.2. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Para continuar acorde con la teoría desarrollada por Beling, en este apartado es oportuno citar lo que Roxin expone con base en la teoría de Beling al señalar que: “Como todos los conceptos básicos del derecho penal, el concepto de tipo introducido por Beling también tornasola en diversos significados. Sin embargo, las distinciones esenciales para el derecho penal se pueden reducir a los tres cometidos que debe cumplir el tipo: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función político criminal. En sentido sistemático el tipo abarca ‘el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de que delito típicamente se trata; o sea, para el parágrafo 303 StGB “el daño de una cosa ajena”, para el parágrafo 211 StGB, la “acción de matar a una persona”, etcétera”. Beling, al denominar “tipo” (Tatbestand, literalmente “supuesto de hecho”) al conjunto de esos elementos, obtuvo para la teoría del delito una nueva categoría, que podía ser introducida entre los conceptos de la “acción” y la “antijuridicidad”. Antes la mayoría de los autores habían definido el delito como “acción antijurídica, culpable y amenazada con pena”. La tipicidad se escondía entonces en la expresión “amenazada con pena”; Beling caracterizó con razón esa formulación como “difusa”, porque no permite reconocer qué cualidades ha de tener una acción para estar amenazada con pena. Frente a esto, la nueva categoría del tipo ofrecía la posibilidad de asignar una firme posición sistemática a numerosos “elementos errantes de aquí para allá”, anteriormente sin un lugar fijo en la teoría general del delito, como las “Teorías del resultado de la acción, de la causalidad, del objeto del hecho, del contenido de los delitos de omisión etcétera”.³⁸

Continua diciendo Roxin que: ***“Por último, una función dogmática autónoma del tipo, y desvinculada de su función sistemática general consiste en***

³⁸ ROXIN Claus, *Derecho Penal parte General*, Tomo I, Edit. Civitas, Ed. Traducción de la Segunda Edición Alemana, Madrid, España, 1997, p. 277.

describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo. Esa misión le es encomendada por la propia ley, al decir en el párrafo 16 II: ‘quién en la comisión del hecho no conoce una circunstancia perteneciente al tipo legal, no actúa dolosamente’. La distinción entre error de tipo, que excluye el dolo (párrafo 16), y el error de prohibición, que solo excluye con carácter facultativo la culpabilidad (párrafo 17), pertenece conforme al derecho vigente a los fundamentos básicos de la dogmática jurídico penal.’³⁹

En el mismo sentido opina Alfonso Reyes Echandía, según lo señalado por Jiménez Martínez al decir que: “Si se revisa tanto la opinión extranjera como nacional, hoy ya casi nadie niega que el llamado ‘Tipo Penal complejo’ que se conformó durante el sistema neoclásico del delito y que se consolidó en la llamada Teoría Final de la acción se compone de los siguientes elementos: Elementos objetivos o externos, elementos normativos y elementos subjetivos específicos’⁴⁰

Con base en lo anterior podemos señalar que los elementos del tipo penal son los siguientes:

- Conducta.
- Bien jurídico.
- Objeto material.
- Resultado.
- Relación de causalidad.
- Medios de comisión.
- Circunstancias de ejecución (lugar, tiempo, modo y ocasión).
- Circunstancias modificativas (agravantes o atenuantes).

³⁹ Ibidem, pp. 277-278.

⁴⁰ JÍMENEZ MARTÍNEZ Javier, *Estructura del Delito*, Edit. Angel editor, Ed. 2º, México, 2006, p. 85.

Es importante hacer dos aclaraciones: Primero, no todos los tipos requieren de un “objeto material” “resultado” “nexo causal” “medios comisivos” y “circunstancias”; sin embargo, no dejan de ser elementos objetivos o externos cuando el tipo los requiere.

Segundo no se incluyen aquí los sujetos, debido a que el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales ordena su estudio en la responsabilidad penal.”⁴¹

Además de los elementos objetivos mencionados con antelación, también se incluyen en el tipo penal:

- Los elementos subjetivos.
- Los elementos normativos.
- Los elementos subjetivos específicos.

“El dolo es la sustancia básica indispensable del hecho punible doloso. Más allá de ello, numerosos tipos reclaman otros elementos psíquicos o al menos determinables psíquicamente, sea, para empezar al construir el cuadro delictivo, o bien para crear calificaciones, o, a la inversa privilegios.

Elementos puramente subjetivos son las tendencias específicas que subyacen a las acciones del autor. A este grupo pertenecen numerosos tipos de delitos sexuales, pero también acciones en derecho propio y actos caracterizados por la profesionalidad del actuar.

Pertenece, además, al tipo subjetivo los motivos del autor. La delimitación entre motivos e intenciones no siempre es clara, tal como ocurre con el homicidio por

⁴¹ Ibidem, p. 124.

deseo asesino, para satisfacción del instinto sexual, por avaricia o por otros móviles bajos”.⁴²

Se habla de “elementos normativos cuando al Juez, de manera expresa o tacita, y para efectuar una valoración de los conceptos dados por los métodos de interpretación de que él dispone, se lo remite a normas y padrones valorativos extrañas al tipo penal”⁴³

2.3.- ELEMENTOS DEL DELITO

En el estudio del delito según la concepción jurídico sustancial “se estudia la esencia del delito para poder determinar cuales son sus presupuestos y sus elementos, pues las nociones formales no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido”.⁴⁴

Dentro de esta concepción, se encuentra el estudio desde la perspectiva analítica, o totalizadora; en ella “se estudia al delito en sus partes, considerándolos en su conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. El análisis no es la negación de la unidad, sino el medio para realizarla, se contempla al delito como un todo, pero acepta que puede fraccionarse en elementos, y estos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad”.⁴⁵

Siguiendo la misma sistemática de clasificación del estudio de los elementos del delito se encuentran diversas teorías, así tenemos:

⁴² REINHART Maurach, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, *Teoría General del Derecho Penal y Estructura del hecho Punible*, Traducción de la 7° ed. Alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires 1994, pp. 395, 396, 397.

⁴³ Ibidem, pp. 165-166.

⁴⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, op.cit., p.43.

⁴⁵ Ibidem, p.45.

- La Teoría Tetratómica.
- La Teoría Pentatómica.
- La teoría Eptatómica.

Para este estudio consideraremos como base la Teoría Tetratómica, la cual esta integrada conforme a los postulados del sistema clásico con un presupuesto y tres categorías, cuya estructura es la siguiente:

A) Conducta.

B) Tipicidad.

DELITO

C) Antijuridicidad.

D) Culpabilidad.

Ahora bien, la legislación penal positiva mexicana considera a los elementos del delito de la siguiente manera:

Desde una perspectiva constitucional la base serán los artículos 16 y 19 de la Constitución Política e los Estados Unidos Mexicanos en relación con los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales. Y desde la perspectiva del Código Penal Federal se clasifican de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 del dicho ordenamiento, que se refiere a las llamadas causas de exclusión del delito y que interpretadas a contrario sensu se obtienen los elementos positivos del delito ya mencionados y que son: Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad. Y en cuanto a la normatividad local del Distrito Federal los elementos del delito se encuentran señalados en los artículos 3, 7, 15, 18 y 29 del Código penal vigente para el Distrito Federal.

Así se obtiene que los elementos generales del delito son:

- CONDUCTA
- TIPICIDAD
- ANTIJURIDICIDAD
- CULPABILIDAD.⁴⁶

En el mismo sentido se pronuncia Jakobs, pues éste según lo señala Carlos Suárez González “parte de la necesidad de una normativización como base de la fundamentación normativa de las categorías y los conceptos; ello con independencia de que, ya en el plano de la teoría de los fines de la pena, su concepción de la prevención general positiva sea criticable en sí misma”.⁴⁷

“De tal suerte que el estudio de la sistemática de Jakobs, creo conveniente hacerlo conforme a las corrientes analizadas en los capítulos que anteceden, es decir, con independencia de que posteriormente se puedan agrupar para configurar al delito en este sistema”.⁴⁸

- Acción
- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Culpabilidad

2.4. DIFERENCIA ENTRE ELEMENTOS DEL TIPO Y ELEMENTOS DEL DELITO

La diferencia entre elementos del tipo y elementos del delito los analizaremos desde la perspectiva del Doctor Javier Jiménez Martínez quién señala que: “de acuerdo a las posiciones doctrinarias, en cuanto al “cuerpo del delito” y “los

⁴⁶ Ibidem, p.58.

⁴⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, *Introducción a la Teoría General Del Delito*, 1ª edición, Ed. Angel Editor, México, 2003, p. 500.

⁴⁸ Ibidem, p. 501.

elementos del tipo penal”, hay al menos dos posiciones; por un lado –y esta es la opinión dominante- aquellos que sostienen que el “tipo penal” es el resultado de la evolución del “cuerpo del delito”. Otro sector señala que el “cuerpo del delito” corresponde a un término procesal acuñado originalmente por Farinaccio a mediados del siglo XVI y más tarde retomado por Feubach al referirse al *Tatbestand des Verbrechens o corpus delicti*; sin embargo, éste último no lo emplea como sinónimo de tipo penal porque de ser así hubiera empleado el término *typus* propio de la época. De este modo, el cuerpo del delito es un concepto añejo que nació un siglo antes de la aparición del “tipo penal” de Beling.

En virtud de lo anterior, es dable concluir que desde el punto de vista doctrinal, el “cuerpo del delito” es un “instituto procesal” recogido en el texto constitucional; por el contrario, los llamados “elementos del tipo penal” pertenecen al derecho penal sustantivo; por tanto, “no deben confundirse” porque “no son equivalentes”.

El profesor Arturo Zamora Jiménez en un buen intento por demostrar las diferencias entre el cuerpo del delito y tipo penal realiza la siguiente síntesis:⁴⁹

TIPO PENAL	CUERPO DEL DELITO
Es un elemento esencial de la definición secuencial del delito.	Es objeto de comprobación de la existencia de un hecho o de una comisión que la ley reputa como delito.
Es la base de todo procedimiento criminal.	Es el medio a través del cual se acredita la materialidad del delito.
Es un elemento de la dogmática en que se incardina una serie de requisitos objetivos y subjetivos.	Es diferente a instrumentos utilizados para cometer el delito.
Se compone únicamente de elementos del derecho penal sustantivo.	Se compone de elementos de carácter procesal y se demuestra a través de los medios de prueba.
Se debe comprobar en el proceso penal a	Es un conjunto de elementos físicos o

⁴⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, op.cit. (La estructura del delito en el derecho penal mexicano), pp.72-73

través de medios de prueba.	materiales, principales o accesorios de que se compone el delito.
Es creación legislativa de conductas que lesionan bienes jurídicos.	Es un conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre los cuales se afirma la comisión de un delito.
Cumple una función de garantía, porque solamente los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.	

De lo anterior podemos concluir que: el llamado “cuerpo del delito” es un instituto procesal recogido en el texto constitucional y la ley adjetiva y que se comprueba a través de los medios probatorios netamente procesales; en tanto que los “elementos del tipo penal” pertenecen al derecho penal sustantivo, al tener como característica esencial la definición de la conducta considerada como delictiva.

2.5. CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL

Según Reyes Echandía los tipos penales se clasifican en relación a los siguientes criterios:

- Por su Estructura
- Por el sujeto Activo
- Por el Bien jurídico tutelado
- Por su contenido⁵⁰

2.5.1. EN RELACIÓN A SU ESTRUCTURA

Los tipos penales son clasificados en relación a su estructura en virtud de que la protección de los intereses jurídicos fundamentales se encuentran diseminados en varios tipos penales por lo que en esta categoría se analizará la estructura del tipo en atención a la siguiente subdivisión:

⁵⁰ REYES ECHANDÍA Alfonso, op.cit., p. 111

- Tipos básicos o fundamentales.
- Especiales y subordinados o complementarios.
- Elementales y compuestos.
- Completos, incompletos y en blanco.

2.5.1.1. TIPOS BÁSICOS O FUNDAMENTALES

“Son llamados también simples y describen conductas que para lesionar o dañar el núcleo del tipo no exigen circunstancias de naturaleza extraordinaria, es decir, son aquellos que dañan un bien jurídico tutelado y contienen la descripción más genérica del hecho punible”.⁵¹

Al respecto Reyes Echandía menciona que “Los tipos fundamentales deben presidir cada uno de los títulos de la parte especial en que ordinariamente se dividen los códigos”.⁵²

Verbigracia el delito de robo previsto en el artículo 220 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, y que describe lo siguiente: “al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quién legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena...”; ya que se desprende del título décimo quinto, relativo a los Delitos contra el patrimonio.

Dentro de esta clasificación también se pueden encontrar otras denominaciones como lo puede ser autónomos o autosuficientes, en cuanto permiten adecuación directa e inmediata, de forma que el intérprete encuentra en ellos todo lo necesario para su entendimiento y aplicación. Tal como lo señala Reyes Echandía al indicar que: “no solamente contienen precepto y sanción sino que uno y otra aparecen de

⁵¹ ZAMORA JIMENEZ Arturo, *cuerpo del delito y tipo penal*, D.F. Angel editor, México, 2000, p. 91.

⁵² REYES ECHANDÍA Alfonso, *op.cit.*, p. 112.

manera expresa e integral; la mayor parte de los tipos básicos y especiales son de ésta categoría; así, el secuestro (artículo 268), la violencia carnal (artículo 298)".⁵³

2.5.1.2. TIPOS AUTÓNOMOS O AUTOSUFICIENTES

Son aquellos que tienen vida propia, sin depender de ningún otro tipo y por ello permiten la adecuación directa e inmediata que permite al intérprete encontrar todos y cada uno de los elementos que necesita para su entendimiento y aplicación.

2.5.1.3. TIPOS ESPECIALES

“Son aquellos que describen conductas referibles al tipo básico, diferenciables de éste en cuanto “agregan, suprimen, modifican, concretan o cualifican elementos de aquel. Esta particular estructura de tales tipos les da vida propia e independiente “sin subordinación al tipo fundamental”.”.⁵⁴

De ésta naturaleza tenemos al tipo de abuso sexual cometido a menores de doce años de edad, previsto en el párrafo tercero del artículo 181 BIS del Código Penal vigente para el Distrito Federal que en lo conducente establece: “... Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, en una persona menor de doce años... o la obligue a observar o ejecutar dicho acto...”; en virtud de que se refiere al tipo básico de Abuso sexual, cualificando la calidad del sujeto pasivo que en presente caso necesariamente es una persona menor de doce años de edad.

⁵³ Ibidem, p. 124.

⁵⁴ Ibidem, p. 113.

1) POR SU AGREGACIÓN

“Son así en relación con el tipo que describe, en virtud de que supone la existencia de una conducta dirigida a la esencia misma del tipo fundamental creando además tipos nuevos”.⁵⁵

Encontrando como ejemplo a esta clasificación el delito de Homicidio en relación al parentesco que se prevé en el artículo 125 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, pues al respecto establece que: “Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario y otra relación de pareja permanente, con conocimiento de esa relación...”; haciendo referencia al tipo fundamental de Homicidio, creando un tipo nuevo al contener elementos descriptivos que se relacionan con el parentesco entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

2) POR SUPRESIÓN

“En los tipos especiales por supresión desaparece un elemento del tipo básico”.⁵⁶
Verbigracia el artículo 162 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que dice: “Al que prive a otro de su libertad, con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá de uno a cinco años de prisión.

Si dentro de las veinticuatro horas siguientes el autor del delito restituye la libertad a la víctima, sin haber practicado el acto sexual la sanción será de tres meses a tres años de prisión. Este delito se perseguirá por querrela”.

3) POR CONCRECIÓN

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

“En los tipos especiales por concreción se precisa el alcance de la lesión al interés jurídico”.⁵⁷ Como ejemplo de este tipo de delitos esta el Fraude Específico previsto en el artículo 231 Fracción I del Código Penal vigente para el Distrito Federal que dice: “Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior: I.- Por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravo, parte de ellos o un lucro equivalente”.

4) POR CUALIFICACIÓN

“Son aquellos que se forman autónomamente, añadiendo al tipo fundamental o básico otra exigencia que implica aumento o agravación de la pena”.⁵⁸

Verbigracia el delito de Fraude cometido en contra de dos o más personas, que se prevé en el artículo 230 párrafo segundo del Código Penal vigente para el Distrito Federal y que en lo conducente dice: “Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero... cuando el delito se cometa en contra de dos o más personas se impondrá además las dos terceras partes de las penas previstas...”. Encontrando ilustrativo este ejemplo, ya que al tipo fundamental de Fraude se añade la circunstancia agravante de que el delito sea cometido en contra de dos o más personas.

2.5.1.4. TIPOS SUBORDINADOS O COMPLEMENTARIOS

“Se estructura mediante un tipo básico al cual se le agregan otros aspectos o referencias que modifican su gravedad o atenuación pero sin que adquiera vida

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ UROSA RAMÍREZ Gerardo Armando, op.cit. p. 79.

propia como el especial”.⁵⁹ Carecen de vida propia y no pueden aplicarse con independencia de los otros.

Considerando de esta especie el delito de Trata de personas que contempla el artículo 186 BIS del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice “Al que promueva, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba para si o para un tercero, a una persona para someterla a cualquier forma de explotación sexual, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva, o para que le sea extirpado cualquiera de sus órganos, tejidos o sus componentes, dentro del territorio del Distrito Federal, se le impondrá... Cuando la víctima del delito sea persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o de persona que no tiene capacidad de resistir la conducta, se aumentaran las penas hasta en una mitad”. Siendo ilustrativo dicho tipo penal en virtud de que únicamente se agregan a él aspectos que modifican su gravedad dado que se contemplan penalidades distintas para el caso concreto de que se trate sin que adquiera vida propia dado que el hecho de que una persona sea menor de doce años, o no tenga la capacidad de resistir la conducta, por si solo no tiene relevancia jurídica si no se cuenta con el tipo básico que en presente caso lo es la trata de persona.

2.5.1.5. TIPOS PRIVILEGIADOS

“Se caracterizan porque la vulneración del bien jurídico, de la conducta en ellos descrita produce, es de menor importancia que la ocasionada con la conducta señalada en el tipo básico por lo que su sanción es más tenue”.⁶⁰

Así podemos mencionar que el delito de HOMICIDIO EN RIÑA previsto en el artículo 129 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice: “Al que prive de la vida a otro en riña se le impondrá de cuatro a doce años de prisión, si se tratase de provocador y de tres a siete años, si se tratase del provocado ”, resulta ilustrativo, en virtud de que el delito básico de HOMICIDIO

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ REYES ECHANDÍA Alfonso, op.cit., pg. 114

contempla una penalidad más alta a la señalada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 123 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que en lo conducente establece que: “al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión”, considerándose ilustrativo éste tipo penal, toda vez que la lesión al bien jurídico que en el presente caso lo es la vida, cambia de manera significativa si se trata de la muerte de una persona en riña.

2.5.1.6. TIPOS AGRAVADOS

“Son aquellos que encierran un comportamiento que lesiona más gravemente el bien jurídico material de la protección estatal en el tipo básico y por ende están conminados con sanciones más altas”.⁶¹

De esta naturaleza tenemos al delito de lesiones cometido con ventaja de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 130 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, que reza lo siguiente: “Al que cause a otro un daño o alteraciones en su salud...”; en relación con el artículo 138 párrafo primero, fracción I, incisos a), b), c) y d) del citado ordenamiento legal, que a la letra dice: “... las lesiones son calificadas cuando se cometan con: ventaja... I.- Existe ventaja: a) cuando el agente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado; b) cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan con él; c) Cuando el agente se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; o d) cuando éste se halla inerme o caído y aquel armado o de pie...”.

2.5.1.7. TIPOS ELEMENTALES

“Son aquellos que aparecen conformados por descripciones de “un solo modelo de comportamiento, sea que haya sido elaborado de manera simple y esquemática o que contenga aditamentos cualificantes”.⁶² De esta naturaleza es el

⁶¹ Ibidem, p. 115.

⁶² Ibidem, p. 121.

delito de Homicidio previsto en el artículo 123 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice: “Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión”.

2.5.1.8. TIPOS COMPUESTOS

Es aquel que describe una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría integrar por sí misma un tipo autónomo, aunque referido al mismo bien jurídico, o varias especies de un mismo comportamiento”.⁶³

Verbigracia el delito de Bigamia que contempla el artículo 205 del Código Penal vigente para e Distrito Federal, que en lo que nos interesa ilustrar, reza lo siguiente: “...I.- Se encuentre unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, y contraiga otro matrimonio; o II.- Contraiga matrimonio con una persona casada, si conocía el impedimento al tiempo de celebrarse aquél”. Siendo así toda vez que dicho tipo penal describe dos modalidades del mismo comportamiento.

1) DE VARIOS VERBOS RECTORES

Son aquellos que contienen diversas conductas descritas que integran el tipo básico referidas al mismo bien jurídico o varias especies de un mismo comportamiento. Verbigracia el delito de Encubrimiento por receptación previsto en el artículo 243 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que dice: “...a quién después de la ejecución de un delito y sin haber participado en él adquiriera, posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte el o los instrumentos, objetos o productos de aquel...”

2) DE UN SOLO VERBO RECTOR

Son aquellos en los que se describe una sola conducta que integra el tipo penal.⁶⁴

⁶³ Ibidem, p. 122

3) DE UN SOLO VERBO RECTOR Y VARIOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

Son aquellos en los que la acción descrita se orienta a impedir el cumplimiento de alguna disposición legal ya sea sentencia, ley, decreto o providencia obligatoria o a deponer al sujeto activo, o a arrancarles alguna medida o concesión o a impedir en cualquier forma el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes.⁶⁵

4) DE UN SOLO VERBO RECTOR Y VARIOS OBJETOS MATERIALES

Son aquellos que describen una conducta que lesiona o pone en peligro varios objetos materiales.⁶⁶

5) DE UN SOLO VERBO RECTOR Y VARIOS RESULTADOS

Son aquellos que describen una acción u omisión que implica diversos resultados.⁶⁷

2.5.1.9. TIPOS COMPLETOS

“Describen en toda su integridad –aunque no puntualicen sus detalles-- tanto la conducta como la sanción; en buena técnica legislativa eso es lo que ordinariamente ocurre; por lo que de hecho, la gran mayoría de los tipos son de esta naturaleza”.⁶⁸

2.5.1.10. TIPOS INCOMPLETOS.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Ibidem, p. 123.

⁶⁸ Idem.

“Son aquellos tipos respecto de los cuales la conducta o la sanción faltan; podríamos hablar en el primer caso de tipos sancionatorios y en el segundo de tipos preceptivos.”⁶⁹

1) PRECEPTIVOS

“Solo contienen la descripción de la conducta, en tanto que la sanción se halla en otro tipo”.⁷⁰ Para ejemplificar esta clasificación tenemos al tipo de Administración Fraudulenta que contempla el artículo 234 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice lo siguiente: “Al que por cualquier motivo, teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas, realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude”. Pues de tal descripción típica no se advierte elemento sancionatorio alguno, sin embargo, si nos canaliza al tipo penal que contempla la sanción a imponerse.

2) SANCIONATORIOS

“Señalan únicamente la sanción que debe irrogarse a quién realice una determinada conducta descrita en otro tipo legal”.⁷¹

Clasificación que se ilustra con lo dispuesto en relación a las reglas comunes para los delitos de homicidio y lesiones, concretamente en el artículo 139 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice: “No se impondrá pena alguna a quién por culpa ocasione lesiones u homicidio en agravio de... salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes.”; descripción de la que se advierten sanciones a imponer en determinadas circunstancias.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibidem, p.124.

⁷¹ Idem.

2.5.2. EN RELACIÓN AL SUJETO ACTIVO

“Son aquellos relacionados con el número de agentes que se requieren para la realización de la conducta típica y se dividen en: Monosubjetivos, plurisubjetivos y en cuanto a la calidad de los actores los tipos se dividen en sujeto activo indeterminado y sujeto activo cualificado”.⁷²

2.5.2.1. TIPOS MONOSUBJETIVOS

“Son aquellos que describen conductas realizables por una sola persona”.⁷³

Verbigracia el delito de Peligro de Contagio previsto en el artículo 159 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que en lo conducente dice que: “Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales y otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrá...”; tipo penal del que se desprende que únicamente la persona que padezca una enfermedad grave es quién puede realizar la conducta típica.

1) TIPO DE SUJETO ACTIVO INDETERMINADO

“Son aquellos en los que no se exige ninguna condición especial para ejecutar la acción en ellos descrita”.⁷⁴

Como ejemplo el delito de allanamiento de morada que contempla el artículo 211 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice: “...al que se introduzca sin orden de autoridad competente o sin permiso de la persona

⁷² Ibidem, p. 501.

⁷³ Ibidem, p. 500.

⁷⁴ Ibidem, pg. 501

autorizada para ello, en el domicilio de una persona moral pública o privada, despacho profesional, establecimiento mercantil o local abierto al público fuera del horario laboral que corresponda...”. En virtud de que no se requiere de calidad específica del sujeto activo para que se configure el tipo penal de allanamiento de morada.

2) TIPO DE SUJETO ACTIVO CUALIFICADO

“Son los que requieren en el sujeto agente una cualidad o categoría especial, sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal, dicha cualificación puede ser natural, jurídica o profesional”.⁷⁵

Enunciando como ejemplo de tales tipos sería el tipo legal de Uso ilegal de atribuciones y facultades que encontramos en el artículo 267 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que dispone lo siguiente: “Comete el delito de uso ilegal de atribuciones y facultades: I.- El servidor público que ilegalmente; a)..., b)..., c)...,d); II.- El servidor público que...”; tipo penal del que se advierte que el la única persona que puede cometer dicho ilícito, es aquella que tenga la calidad de servidor público.

2.5.2.2. TIPOS PLURISUBJETIVOS

“Son aquellos que exigen la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta en ellos descrita”.⁷⁶

Para tal clasificación podríamos hablar de cualquier tipo penal que contemple la posibilidad de cometerse por dos o más personas, concretamente cuando el tipo penal se cometa en términos del artículo 252 párrafo segundo del Código Penal vigente para el Distrito Federal que en lo conducente establece que: “se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos...”.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

2.5.3. EN RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

“Cada tipo penal busca la protección de un solo bien jurídico, en ocasiones la conducta legalmente descrita se refiere simultáneamente a varios intereses, tales intereses pueden ser efectivamente alterados o suprimidos o simplemente puestos en peligro. Esta correlación entre tipos penales y bienes jurídicos dan lugar a dos especies de clasificación consistentes en: Tipos simples y complejos y, tipos de lesión y de peligro”.⁷⁷

2.5.3.1. TIPOS SIMPLES O MONO-OFFENSIVOS

“Son aquellos que tutelan de manera específica un solo interés jurídico”.⁷⁸

Verbigracia el delito de Robo previsto en el artículo 220 del Código Penal vigente en el Distrito Federal que se concreta a tutelar el patrimonio de las personas.

2.5.3.2. TIPOS COMPLEJOS O PLURI-OFFENSIVOS

“Se caracterizan en cambio porque simultáneamente protegen varios intereses jurídicos, sin perjuicio de que uno de tales bienes esté independientemente tutelado en otro tipo”.⁷⁹

Para ilustrar de manera certera dicha clasificación tenemos lo contemplado en el artículo 243 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que en lo que nos interesa establece que: “...a quién después de la ejecución de un delito y sin haber participado en el, adquiera, posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte el o los instrumentos, objetos o productos de aquel, con conocimiento de ésta circunstancia si...”; pues además de lesionar el bien jurídico patrimonial también lesiona la seguridad jurídica en las relaciones comerciales.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Ibidem, p. 128.

⁷⁹ Ibidem, p. 502

2.5.3.3. TIPOS DE LESIÓN

Partiendo de la premisa de que todo tipo penal busca proteger determinado interés jurídico y de que la conducta que en ellos se describe en alguna forma vulnera dicho interés. Desde éste punto de vista genérico no puede haber una conducta típica que no afecte negativamente la integridad del bien jurídico legalmente amparado. Por ello en los llamados tipos de lesión el interés jurídico protegido se altera efectivamente al tiempo que en los denominados de peligro, esa alteración es de carácter potencial, aunque implica de suyo una vulneración de dicho interés. Los tipos de lesión “son aquellos respecto de los cuales la adecuación típica implica la destrucción o disminución del bien jurídico material de la protección estatal”.⁸⁰

2.5.3.4. TIPOS DE PELIGRO

“Son aquellos que describen conductas que tengan por finalidad amenazar o poner en peligro el bien jurídico objeto de la protección oficial.

El peligro radica en la potencialidad que la conducta tiene de producir con probabilidad la lesión del bien jurídico; necesario es, por consiguiente que el legislador cualifique previamente esa potencialidad y cuando lo ha logrado describirá en el tipo respectivo aquella modalidad de la conducta que considera eficiente para producir una lesión y la sancionará antes de que tal resultado concretamente se produzca”.⁸¹

Existen varias formas de peligro, dependiendo del potencial dañino de la conducta, así tenemos:

⁸⁰ REYES ECHANDÍA Alfonso, op.cit. p. 132.

⁸¹ REYES CALDERON José Adolfo, op.cit., p. 503

1) PELIGRO DIRECTO

“Son aquellos que directa e inmediatamente amenazan la integridad del bien jurídico que el legislador ha pretendido tutelar. En general, los tipos descritos en el título VIII del C.P. bajo la rubrica “delitos contra la salud y la integridad colectivas” son de esta especie; dentro de tal modalidad cabe, pues, la conducta de quién arroje cualquier objeto capaz de producir daño, o dispare armas de fuego contra vehículos en movimiento o destinados a transporte público”.⁸²

Un ejemplo claro de este delito lo es el tipo penal de amenazas el cual es la base de nuestro estudio técnico. Toda vez que este delito representa para el sujeto pasivo una potencial posibilidad de que se le afecten sus bienes o su integridad física o la de terceros cercanos a él; lo cual le genera un estado de miedo, temor y zozobra ante el peligro de ver afectados en forma directa sus bienes jurídicamente protegidos.

2) PELIGRO INDIRECTO

“Son aquellos que describen comportamientos que el legislador ha considerado peligrosos en cuanto de ello se desprenden consecuencias nocivas para la incolumidad del bien protegido, en los que el legislador no solo ampara del peligro de lesión sino que cualquier amenaza que pueda producir un peligro de lesión, por lo que su misión es salvaguardar doblemente el bien que se protege”.⁸³

3) PELIGRO EFECTIVO

“Son aquellos que exigen la prueba de que el bien jurídico tutelado se haya puesto efectivamente en peligro por la conducta del agente, si tal circunstancia no se demuestra la conducta es atípica y por ende impune”.⁸⁴

Verbigracia el delito de ataques a las vías de comunicación previsto en el artículo 330 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que dispone lo siguiente: “Al que ponga en movimiento un medio de transporte provocando un desplazamiento

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

sin control que pueda causar un daño, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa”.

4) PELIGRO PRESUNTO

“No exigen la prueba de peligro, basta en ellos que la conducta se realice y en consecuencia el ilícito se estructura independientemente de la demostración de la existencia o inexistencia de un efectivo peligro sobre el bien jurídico tutelado en cabeza del sujeto pasivo; en otras palabras, el peligro se presume *juris et de jure*, lo que significa que no le es permitido al agente demostrar que en el caso concreto el bien jurídico de que se trate no estuvo en peligro de sufrir lesión alguna”.⁸⁵

5) PELIGRO INDIVIDUAL

Son aquellos respecto de los cuales la conducta en ellos descrita amenaza a una o varias personas concretamente determinadas o determinables, por lo que afectan intereses de una sola persona o de un exiguo y determinado grupo de personas.

Estos están inmersos dentro de los delitos contra la integridad individual, verbigracia el delito de discriminación que contempla el artículo 206 del Código Penal vigente para el Distrito Federal y que en lo conducente establece “...al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas: I.- Provoque o incite al odio o a la violencia, II.- ...;III.- ...; IV.- ...”.

6) PELIGRO COMÚN

⁸⁵ Ibidem, p 135.

“Son aquellos que describen conductas susceptibles de afectar a un número indeterminado de personas.”⁸⁶ Están inmersos en las infracciones que afectan la integridad del conglomerado social; verbigracia el delito de ataques a la paz pública previsto en el artículo 362 del Código Penal vigente para el Distrito Federal y que en lo conducente dice: “...al que mediante la utilización de sustancias tóxicas, por incendio, inundación o violencia extrema, realice actos en contra de las personas...que perturben la paz pública...”.

2.5.4. EN RELACIÓN CON SU CONTENIDO

Esta clasificación se refiere a los diversos aspectos a que da lugar la técnica empleada por el legislador para describir los modelos de comportamientos susceptibles de sanción penal. Por éste aspecto, es posible dividir los tipos en: de mera conducta y resultado, abiertos y cerrados, de conducta instantánea y de conducta permanente, así como de acción y de omisión.

2.5.4.1. TIPOS DE MERA ACTIVIDAD

“Son tipos de mera actividad o conducta “los que describen como punible el simple comportamiento del agente, respecto de ellos el legislador ha considerado que la conducta por sí misma, dada su potencialidad criminosa debe ser objeto de represión penal, independientemente del resultado que pueda producir”.⁸⁷

Así por ejemplo tenemos lo que dispone el artículo 333 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal que establece: “Al que abra o intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él se le impondrá de treinta a noventa días multa”.

2.5.4.2. TIPOS DE RESULTADO

⁸⁶ Ibidem, p. 136

⁸⁷ Idem.

“Los tipos de resultado se caracterizan porque la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado de tal manera que si él no se ocasiona el hecho carece de tipicidad plena”.⁸⁸

A fin de ilustrar los tipos de resultado tenemos el delito de abuso sexual que contempla el artículo 176 del Código Penal vigente para el Distrito Federal y que en lo que nos interesa dice: “al que sin consentimiento y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual...”; lo anterior es así dado que si existe consentimiento o el propósito es el de llegar a la copula, el tipo penal ya no sería el descrito por la norma para el delito de abuso sexual sino que en dado caso la conducta sería atípica o se configuraría otro tipo penal.

1) TIPOS DE RESULTADO ÚNICO

“Son de ésta especie el homicidio por producir la muerte de un hombre, el robo por la sustracción de una cosa mueble ajena, el incesto al tener acceso carnal, ya que en cada uno de ellos uno solo es el evento típico”.⁸⁹

2) TIPOS DE RESULTADO PLURIMO

“En los delitos de resultado plurimo es necesario que la conducta única o varia, produzca todos los eventos descritos tales eventos son de la misma o de distinta especie y pueden presentarse simultáneamente o sucesivamente”.⁹⁰

Vervigracia el delito de ataques a las vías de comunicación previsto en el artículo 331 Fracción II del Código Penal vigente para el Distrito Federal que dispone lo siguiente: “Al que interrumpa o dificulte el servicio público local de comunicación o de transporte obstaculizando alguna vía local de comunicación reteniendo algún medio local de transporte público de pasajeros de carga o cualquier otro medio local de comunicación”.

⁸⁸ REYES CALDERON José Adolfo, op.cit., p. 504.

⁸⁹ REYES ECHANDÍA Alfonso, op.cit., p. 138

⁹⁰ Idem.

2.5.4.3. TIPOS DE CONDUCTA INSTANTÁNEA

Son aquellos en los que la realización del comportamiento descrito o la producción del evento señalado, se agotan en un solo momento.

Verbigracia el delito de Homicidio previsto en el artículo 123 del Código Penal vigente para el Distrito Federa, en virtud de que al ocasiona la muerte de una persona, tal conducta se agota en un solo momento.

2.5.4.4. TIPOS DE CONDUCTA PERMANENTE

Son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobra de la víctima en razón de circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción.

Así por ejemplo tenemos que el delito de Privación ilegal de la libertad previsto en el artículo 160 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice: "...al particular que prive a otro de su libertad, sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra".

2.5.4.5. TIPOS DE ACCIÓN

"Son los que describen conductas que requieren de parte del sujeto activo la realización de actos sensorialmente perceptibles".⁹¹

De ésta índole puede ser cualquier tipo penal, en virtud de que todos y cada uno pueden ser percibidos sensorialmente.

2.5.4.6. TIPOS DE OMISIÓN

Son aquellos tipos en los que se describe una conducta negativa, vale decir, un no hacer penalmente relevante. Esto significa que no cualquier inactividad configura

⁹¹ REYES CALDERON José Adolfo, op.cit., p. 505

la omisión de que aquí se trata, sino el no actuar cuando se tenía la obligación jurídica de hacer lo debido.⁹²

2.5.4.7. TIPOS CERRADOS

Son aquellos que se concretan circunstanciadamente a la conducta o señalan no solamente un resultado sino la forma como ha de producirse, de tal manera que si el comportamiento del agente no se realiza de la manera como se describe en el tipo no es posible subsumirlo en él.⁹³

2.5.4.6. TIPOS ABIERTOS

Esta clasificación ha sido conceptualizada y descrita por varios autores, con matices diferentes pero manteniendo sus rasgos o elementos esenciales comunes; y por ser el punto medular de esta investigación considero oportuno citar la opinión de diversos teóricos. Así tenemos que para:

Arturo Zamora los tipos penales abiertos o en blanco “describen en general las posibles conductas a las que se asigna pena y exigen un examen previo de ellos dentro del mismo ordenamiento jurídico en otras disposiciones para ser totalmente complementado ya sea con elementos integradores de la conducta o bien presupuestos de procedibilidad y en algunos casos con la pena”.⁹⁴

Por su parte Reyes Echandía señala: “hay otros tipos penales de una relativa incompletud, que la doctrina conoce con el nombre de tipos penales en blanco y cuya característica es la de que en ellos la conducta no aparece completamente

⁹² Idem.

⁹³ ZAMORA JIMENEZ Arturo, op.cit., p. 88.

⁹⁴ Idem.

descrita en cuanto el legislador se remite al mismo y otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla”.⁹⁵

Juan Bustos enuncia que para Welzel los tipos abiertos “...constituyen restricción al principio de determinabilidad legal de la punibilidad, en cuanto sólo parte del tipo esta legalmente descrito y en el resto es necesario su complementación a través del juez”.⁹⁶

Roxin dice que los tipos abiertos son: “aquellos en los que no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición”.⁹⁷

José Adolfo Reyes Calderon dice que “los tipos de omisión propia, que son abiertos porque no se pueden describir las características intrínsecas de un acto negativo, dice Maurach, que no describen lo que el autor hace como en los delitos de omisión, sino que circunscriben una determinada situación y suponen que el autor no ha hecho lo que debía hacer conforme a la voluntad de la norma”⁹⁸

Gustavo Malo Camacho dice: “...no individualiza suficientemente la conducta prohibida, por lo que obliga al Juzgador a integrar el contenido del tipo, para terminar de individualizar lo que la ley no precisó...”⁹⁹

2.6.- LOS TIPOS PENALES ABIERTOS

1. ANTECEDENTES DE LOS TIPOS ABIERTOS

Los tipos abiertos tienen su fundamento desde tiempos remotos, ya que los podemos encontrar desde la época en que se imponían penas primitivas donde únicamente se castigaba “al que hubiera atentado contra los intereses de cada

⁹⁵ Reyes Echandía Alfonso, *op.cit.*, pg. 124

⁹⁶ BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 4° ed, Edt. PPU, Barcelona, España, 1994, p.149

⁹⁷ ROXIN Claux, *op.cit.*, p. 298.

⁹⁸ REYES CALDERON José Adolfo, *op.cit.*, p. 505

⁹⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, *op.cit.* (Estructura del Delito), p. 113.

uno”,¹⁰⁰ pero sin especificar la conducta que era considerada como delictiva, para ser castigado; así también la venganza privada en donde “el hombre acciona por el impulso de tres fuerzas-instintos: de conservación, de reproducción y de defensa”¹⁰¹, tampoco existía una descripción de lo que se consideraba lesivo a sus intereses para castigar; por su parte en la venganza pública no obstante que reprendían a aquellos hechos como la traición, la desertión, tampoco describían exhaustivamente la conducta que era motivo de represión; por su parte las leyes nazis establecían leyes más severas y protegían al gobierno además de que atribuían “grandes facultades al juez, quién ‘debe seguir el sano sentimiento popular’...; *nullum crimen sine poena*, pero sin que se precise un delito especial en el Código”¹⁰², y en el derecho penal vigente donde aun encontramos leyes penales que no se describen de manera exhaustiva la conducta considerada como delictiva.

Advirtiéndose de la evolución antes enunciada que en ningún momento se ha puesto un límite al *ius puniendi*, pues el Estado deja al arbitrio del Órgano Judicial el libre albedrío para otorgar una valoración a los escasos elementos que proporciona en las descripciones típicas que enuncia en la codificación penal y que complementan de manera diversa lo dispuesto por la ley sustantiva; fundamentos que se siguen contemplando en nuestros días como ya se dijo con antelación.

Respecto de lo antes señalado Roxin dice que: “Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del

¹⁰⁰ Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 20° ed., Edit. Porrúa, México, 1999, p. 91

¹⁰¹ Ibidem, p. 93.

¹⁰² Ibidem, pg. 103

legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad”.¹⁰³ Argumentos que comparto en su totalidad toda vez que desde tiempos remotos y hasta la fecha no ha sido posible limitar al ius puniendi a fin de proteger al gobernado, dejando con ello amplio el criterio del juzgador al examinar los tipos penales enunciados en la ley sustantiva.

2. DEFINICIÓN DE LOS TIPOS ABIERTOS

Como se puede observar, el descubrimiento de los tipos abiertos se le atribuye a Welzel, quién sentó las bases del análisis mediante el cual se diferencia los tipos cerrados de los tipos abiertos para efectos de señalar la antijuridicidad en uno y en otro caso.

Por lo anterior considero que los conceptos de tipo penal abierto que mejor expresan lo conceptualizado por Welzel son los expresados por Juan Bustos y Claus Roxin, en los siguientes términos: Juan Bustos señala que: “Welzel fue quién acuñó la expresión de tipos abiertos, que para él constituyen restricción al principio de determinabilidad legal de la punibilidad, en cuanto sólo parte del tipo esta legalmente descrito y en el resto es necesario su complementación a través del juez”¹⁰⁴

Por su parte Roxin expresa que los tipos abiertos son “aquellos en los que no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición”.¹⁰⁵

Conceptos de los que podemos observar rasgos comunes característicos de los tipos penales abiertos que son:

- a) Los tipos penales abiertos no están descritos exhaustivamente.

¹⁰³ Roxin Claus, op.cit., pg 169

¹⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ Juan, op.cit. pg 149

¹⁰⁵ Roxin Claus, op.cit., p. 298.

- b) El objeto de la prohibición no se advierte en forma clara.
- c) Necesitan ser complementados a través de la interpretación.
- d) No respetan el Principio de Legalidad.

Aun cuando no existe una definición unánime entre los distintos autores, que aceptablemente abarque todos los elementos aportados por cada uno de ellos en su individual opinión de los tipos abiertos; si es posible identificar un concepto que satisfaga la mayoría de elementos distintivos de los tipos abiertos. Y al efecto citaremos la opinión de Claus Roxin: “en muchos casos la materia de la prohibición no esta descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos. En estos supuestos el tipo resulta abierto, es decir, la conducta prohibida no esta caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, por tanto, la realización del tipo no podría indicar la antijuridicidad.”¹⁰⁶

3. CARACTERISTICAS DE LOS TIPOS ABIERTOS

- 1.- Aquellos en los que no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición.
- 2.- En los tipos abiertos el tipo no es un indicio del injusto.
- 3.- En los tipos abiertos el injusto solo puede comprobarse desde la perspectiva de la antijuridicidad mediante la verificación positiva de “elementos especiales de la antijuridicidad, antes (elementos del deber jurídico)”.
- 4.- En estos casos el injusto solo se funda positivamente cuando deba considerarse reprobable la amenaza del mal para el fin perseguido; pero entonces todas las circunstancias que fundamentan el juicio de reprobabilidad deben enjuiciarse como circunstancias del hecho que completan el fragmento del tipo.
- 5.- El hecho de que esas circunstancias tengan que ser elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina científica de la mano del criterio normativo de la reprobabilidad no las convierte en elementos de la antijuridicidad; desde M. E.

¹⁰⁶ Claus Roxin, Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979, pg. 6.

Mayer esta claro que las circunstancias normativas, pese a su referencia al juicio de desvalor jurídico son elementos del tipo.¹⁰⁷

4. ESTRUCTURA DE LOS TIPOS ABIERTOS

En términos generales, los tipos penales abiertos comparten la misma estructura que los tipos penales cerrados; pero se diferencian de estos porque en su diseño el legislador a omitido señalar en forma concreta a que se refiere con uno o varios de sus elementos componentes. Es decir, contienen básicamente idénticos elementos para hacerlos identificables dentro de un determinado sistema penal; pero los tipos penales abiertos conforman una categoría diferente, que no puede ser analizada igual que los tipos penales cerrado. En los tipos penales abiertos se puede observar un verbo rector, un sujeto de imputación, un sujeto pasivo, un bien jurídico tutelado y una pena a imponer. La diferencia radica en que en los tipos penales abiertos alguno de sus componentes, elemento normativo o elemento subjetivo o verbo rector, no esta plenamente definido por la ley, el sistema de leyes, la jurisprudencia o la doctrina vigentes en una determinada localidad. Esto los hace imprecisos, ambiguos, oscuros o abiertos; precisamente porque su interpretación y la correspondiente aplicación requiere de un ejercicio intelectual tendiente a precisar o definir aquel elemento que da lugar a ambigüedad y en esa interpretación, debido a su diversidad de definiciones o conceptos y la propia apreciación subjetiva del interprete, es donde se presenta una gran cantidad de opiniones respecto de un mismo concepto, muchas veces sustentada en consideraciones subjetivas del intérprete (Fiscal o Juzgador), y no siempre coincidente con las de sus homólogos. Lo que se refleja en el derecho positivo mexicano en las distintas jurisprudencias que hablan al respecto, en las cuales es posible observar que hay una idea errónea de lo que es un tipo penal abierto y de ahí la explicación de porque los tipos penales abiertos no han sido debidamente analizados.

¹⁰⁷ Roxin Claus, op.cit., pp 298-299.

Por su parte Javier Jiménez Martínez señala: “si se revisa tanto la opinión extranjera como nacional, hoy ya casi nadie niega que el llamado “tipo penal complejo”, que se conformó durante el sistema neoclásico del delito y que se consolidó en la llamada teoría final de acción se compone de los siguientes elementos.

- Elementos objetivos externos
- Elementos normativos
- Elementos subjetivos específicos.

De modo que conforme al segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como los diversos criterios jurisprudenciales, la estructura del cuerpo del delito parece coincidir con la estructura del tipo penal complejo.¹⁰⁸

Como puede observarse en esta clasificación pueden ubicarse todo tipo de delitos, pues en todos encontramos elementos objetivos, normativos y subjetivos. Y a partir de esto es como podemos empezar a especificar la ubicación de los tipos abiertos. El mismo autor señala: “CLASIFICACIÓN DEL DELITO SEGÚN SI ADMITE O NO CUMPLIMENTACIÓN. Esta clasificación, atiende a que hay tipos en donde al legislador se le ha escapado algún dato y por ello interviene de algún modo el juzgador para completarse. Según esto, los tipos pueden ser:

- Cerrados
- Abiertos

Tipos cerrados: Son aquellos que precisan de manera completa en la descripción del texto de la ley penal.

¹⁰⁸ JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, op.cit. (La estructura del delito en el derecho penal mexicano), pp.85.

Tipos abiertos: Son aquellos que “...no individualiza suficientemente la conducta prohibida, por lo que obliga al juzgador a integrar el contenido del tipo, para terminar de individualizar lo que la ley no precisó...”¹⁰⁹

5. LOS TIPOS PENALES ABIERTOS COMO FUNDAMENTO DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

“Aun cuando se renuncie a una respuesta independiente a la cuestión del contenido del concepto de tipo penal, y se quiera aceptar de esa manera la concepción de Welzel, los tipos abiertos sólo podrían ser útiles en la estructura del delito si estuvieran en condiciones de cumplir con los presupuestos funcionales imprescindibles del concepto de sistema. Con ello, se afirma que un concepto fundamental del derecho penal como el tipo tendrá que ser –si es que debe tener alguna idoneidad sistemática- “elemento fundamental” y “elemento delimitador” al mismo tiempo. Esto significa que todas las acciones que entran en consideración para el derecho penal deben referirse a una base común (elemento fundamental), y este concepto debe tener la posibilidad de captar solamente los sucesos esenciales para el derecho penal (elemento delimitador).

Considerando desde este punto de vista los tipos abiertos se comprobará que no alcanzan ninguna de las dos exigencias.

Los tipos abiertos son inadecuados para cumplir la función de elemento fundamental de la estructura del delito, pues no se explica en qué consistiría la comunidad de las diferentes acciones consideradas por Welzel como adecuadas al tipo. Sus esfuerzos por dar al concepto de tipo penal un contenido significativo y por describir el hecho típico como un comportamiento que cae gravemente fuera del orden social, fracasa precisamente en el terreno de los tipos abiertos: las

¹⁰⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, op.cit. (La estructura del delito en el derecho penal mexicano), p.112.

acciones socialmente adecuadas y las carentes de efecto indiciario de lo injusto se mueven dentro del orden social, pero, sin embargo, deben ser adecuados al tipo.

Prácticamente resulta imposible encontrar un común denominador en todas las acciones típicamente adecuadas según Welzel (sea con referencia a los tipos abiertos como a los cerrados). En ambos casos es posible afirmar que se trata de “comportamientos humanos”, pero esta afirmación resulta ya del concepto de acción que precede al tipo penal. La construcción del tipo tendrá sentido en tanto contenga un plus significativo desde el punto de vista jurídico penal respecto del concepto de acción. Este plus no es concebible dentro del concepto de los tipos abiertos, y el propio Welzel no ha podido demostrarlo. Por tanto, introduciendo el concepto de tipos abiertos faltará toda base común al concepto de tipo penal.

Tampoco como “elemento delimitador” son los tipos abiertos idóneos. El “límite inferior absoluto de la consideración jurídica” está ya incluido en el concepto de acción. El tipo penal tiene que avanzar, por tanto, todavía más allá. No puede abarcar cualquier acción sino que debe especificar aquellos comportamientos jurídicamente relevantes para el derecho penal. Éste es también el punto de vista de Welzel, quién percibe la función delimitadora del tipo en la distinción que a éste le compete de la esfera de lo jurídicamente significativo con respecto a los jurídicamente irrelevantes. Tampoco aquí resulta claro de qué manera los tipos abiertos llegarían a cumplir con esta función. La afirmación de que las acciones adecuadas al tipo sólo pueden ser justificadas excepcionalmente, como consecuencia de su relevancia jurídico penal, se corresponde con los tipos abiertos, pues éstos no darán ningún indicio de la antijuricidad, de donde es imposible entender en que consistiría la significación jurídico-penal.

Con esto se demuestra que los tipos abiertos no están en condiciones de separar el campo de las acciones relevantes de las irrelevantes. Reconociendo esta categoría, se incluirán en el tipo acciones que en el sentido del derecho penal son “cualquier” acción. Un tipo penal, que alcanza también a acciones que “se mueven

completamente dentro del marco del orden ético-social histórico de la vida en común, carece de la función delimitadora, que el propio Welzel le atribuye.

Lo problemático de los tipos abiertos, como elemento fundamental de la estructura del delito, ha sido percibido aparentemente también por Welzel. Por eso ha afirmado, por lo menos con respecto a los tipos de los delitos culposos y los delitos de omisión, que en estos casos “sólo puede hablarse de ‘tipos’ en un sentido impropio. Esto rige también para otros tipos abiertos: “propiamente” no resultan realizaciones de un tipo penal ni la coacción socialmente adecuada (240), ni el uso de escudo federal (360, inc. 7), ni la organización de una lotería pública (284), etc. Todas estas acciones, por regla general, se mueven dentro de un orden social y, por tanto, no representan algo jurídico-penalmente relevante.

Si Welzel asume esta carencia en la determinación del elemento fundamental y delimitador, ello ha de ser por otro motivo, que yo llamaría la “función de conocimiento” de un concepto sistemático: mediante los tipos abiertos es posible reconocer los límites trazados por Welzel entre tipo y antijuricidad y –hasta cierto grado- entre tentativa y delito putativo. Hasta qué punto se reduce de esta manera la debida sistemática y hasta qué punto no hubiera sido mejor separar el tipo sistemático del tipo del error dejando los elementos del deber jurídico sistemáticamente en el tipo, pero dispensándoles un tratamiento diverso en relación al error, es una cuestión que no puede ser resuelta en este lugar. Dado que según nuestra posición la línea divisoria trazada por Welzel entre el error de tipo y el error de prohibición y, entre la tentativa y el delito putativo, no es correcta, los tipos abiertos carecerán también de esta función cognitiva: mediante ellos no es posible reconocer los verdaderos límites que separan aquellas categorías.

Los tipos abiertos son, por consiguiente, aun cuando se admita la posición de Welzel, inaceptables, puesto que perturban la unidad del concepto de tipo penal y, por tanto, tienden más a escaparse del sistema que a incluirse en él. El concepto

de tipo resultará una categoría puramente formal y sin contenido si se introducen en él los tipos abiertos.¹¹⁰

6. TIPOS ABIERTOS Y LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

Como ha quedado de manifiesto, los tipos abiertos son aquellas figuras jurídicas que teniendo la forma de una norma penal, en ellas la materia de prohibición no esta descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos.

La existencia de estos tipos abiertos implica que el juzgador, al realizar su labor, no se dirige en forma inmediata a la realización de un ejercicio “negativo” para la comprobación de la antijuridicidad debe recurrir a un ejercicio “positivo” a fin de comprobar la antijuridicidad; y para ello debe comprobar primero la existencia de los “elementos del deber jurídico”.

Dicho de otra forma, para saber si una determinada conducta señalada como delito descrita en un tipo penal abierto es o no antijurídica, se debe verificar primero que la conducta se adecue a lo señalado en el tipo penal respectivo, y enseguida partiendo de la comprobación de los elementos del deber jurídico comprobar su antijuridicidad.

Ahora bien, cada delito descrito en un tipo penal abierto, debe ser analizado a la luz de los elementos del deber jurídico correspondiente; es decir, con base en lo que legalmente le es exigible al agente en el caso concreto. Así, se pueden identificar diversos elementos del deber jurídico, siendo los enunciados por Welzel los siguientes:¹¹¹

- 1.- Las reglas generales de antijuridicidad
- 2.- Los elementos especiales de la antijuridicidad.

¹¹⁰ ROXIN CLAUS, op.cit. (Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico), pp. 264-267.

¹¹¹ CONFRONTAR, Roxin Claus, Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979, p. 6

- a.- El ejercicio de la autoridad adecuado a derecho
- b.- La validez jurídica de una ley o de un reglamento
- c.- La competencia
- d.- Los elementos de la autoría
- e.- La falta de autorización de la autoridad o policial o de permiso
- g.- El hecho previo en el encubrimiento
- h.- La obligatoriedad y la falta de autorización en el derecho penal militar
- 3.- La falta de adecuación social
- 4.- El deber jurídico en los delitos de omisión
 - a.- Los delitos impropios de omisión
 - b.- Los delitos propios de omisión.
- 5.-El deber de cuidado objetivo en los delitos culposos

7. LA SIGNIFICACIÓN DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

LA SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA DE LOS TIPOS ABIERTOS PARA LA TEORIA DEL ERROR Y DE LA TENTATIVA

La utilidad de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico se presenta en dos ámbitos:

- Teoría del error: Error de tipo
 Error de prohibición
- Tentativa

En donde Roxin señala que “un error sobre un elemento deber jurídico es un error de prohibición por desconocimiento del deber jurídico”.¹¹²

En tanto que “la suposición errónea de la existencia de un deber jurídico que no se da en el caso concreto es un delito putativo”, o sea un error de tipo.

¹¹² ROXIN Claus, op.cit., (Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico), p. 29.

De lo anterior podemos observar que los tipos abiertos, por su naturaleza, tienen una importancia relevante para el estudio de las figuras delictivas y por consiguiente para el análisis de un caso particular. Es decir, que al conocer lo que son los tipos abiertos y como funcionan dentro del sistema jurídico, podemos identificar con claridad cuando una conducta es realmente delictiva y cuando una conducta que tiene la apariencia de delito no lo es. Pues hablando de la teoría del error se puede definir cuando los elementos del deber jurídico concurren para aclarar si una conducta determinada llevada a cabo por una persona en particular cae en el ámbito del derecho penal o le asiste una causa de exclusión del delito; y en su caso aclarar si la conducta siendo delictiva se ve afectada por la labor deficiente del legislador al no señalar con precisión un determinado elemento delictivo; que repercuta en forma directa en la valoración del hecho tanto por parte del juzgador como por parte del sujeto activo en el momento de realizar la conducta. Así un tipo abierto nos permite conocer cuando el sujeto estuvo en posibilidad de valorar el hecho delictivo a la luz del derecho y cuando evidentemente no tenía posibilidad de saber si su comportamiento era ilícito.

8. LOS ELEMENTOS ESPECIALES DEL DEBER JURÍDICO

Los elementos especiales del deber jurídico, también son denominados por Roxin Elementos especiales de la antijuricidad en la actualidad desprendiéndose de ellos los siguientes:

- En el Ejercicio adecuado a derecho de sus funciones
- Jurídicamente válidos
- Competencia
- Elemento de la autoría
- Elemento sin autorización.
- Para asegurarle la ventaja del delito.
- Para sustraerlo de la pena.
- Después de la comisión de un delito.

- Obligatoriedad
- Falta de autorización.

9. LA SIGNIFICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

En el estudio de la teoría del delito, el conocimiento de la estructura de los tipos abiertos permite al dogmático diferenciar con claridad cuando un determinado comportamiento realizado por un ser humano es una conducta encaminada a la comisión de un delito, atendiendo a sus circunstancias particulares y a los elementos del deber jurídico. Por el contrario, cuando la conducta se encuentra apegada a los elementos del deber jurídico, aun cuando no este precisamente definida en un tipo penal, es posible analizarla y valorarla jurídicamente para determinar su licitud o ilicitud e incluso su tipicidad o atipicidad.

2.7. TABLA COMPARATIVA ENTRE LOS ELEMENTOS DE LOS TIPOS PENALES ABIERTOS Y CERRADOS

ELEMENTOS	TIPOS CERRADOS	TIPOS ABIERTOS
SUJETO ACTIVO	SIEMPRE DEFINIDO	NO SIEMPRE DEFINIDO
SUJETO PASIVO	SIEMPRE DEFINIDO	NO SIEMPRE DEFINIDO
CONDUCTA	CLARAMENTE DESCRITA	AMBIGUA, VAGA, IMPRECISA O NO DEFINIDA
RESULTADO	CLARAMENTE SEÑALADO	NO SIEMPRE SEÑALADO
OBJETO MATERIAL	SIEMPRE DEFINIDO	NO SIEMPRE DEFINIDO
NEXO CAUSAL	CLARAMENTE IDENTIFICABLE	NO SIEMPRE SE PUEDE ACREDITAR
BIEN JURÍDICO TUTELADO	SIEMPRE BIEN ESPECÍFICO	GENERALMENTE ESPECIFICADO
ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS	CLARAMENTE SEÑALADOS	GENERALMENTE SUJETOS A VALORACIÓN
ELEMENTOS NORMATIVOS	SEÑALADOS CON PRECISIÓN Y SUJETOS A	SIEMPRE AMBIGUOS Y SIEMPRE SUJETOS A

	VALORACION DENTRO DE PARAMETROS DE LA CIENCIA	VALORACIÓN SUBJETIVA
--	---	----------------------

2.8. LOS ELEMENTOS DE LOS TIPOS PENALES ABIERTOS

Como se ha visto los tipos penales abiertos son una clasificación dentro de las múltiples que puede haber respecto de los delitos; generalmente se les considera en oposición a los tipos cerrados; siendo estos los que están clara y exhaustivamente descritos en una norma; en tanto que aquéllos se caracterizan principalmente por la ausencia de claridad en la expresión normativa. Un tipo penal abierto si bien puede contener varios de los elementos objetivos, subjetivos y normativos de todo tipo penal, también lo es que alguno de estos elementos no se encuentra debidamente descrito o especificado en la norma.

Por lo regular un tipo penal abierto se distingue por no ser claro en alguno de los elementos normativos que lo conforman; pues es precisamente en este elemento donde se verifican el mayor número de imprecisiones o ambigüedades que dan lugar a distintas interpretaciones de un mismo asunto. Por ello es importante conocer lo que son los elementos normativos, pues a partir de ellos es como se debe hacer la interpretación de un determinado tipo penal.

a) LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL

En nuestro Código Penal Federal se encuentran tanto los elementos descriptivos como normativos; según si los elementos del cuerpo del delito se pueden percibir por los simples sentidos o si se necesita de una especial valoración del juzgador, por tanto, debe distinguirse entre elementos de simple descripción objetiva (que se pueden percibir por cualquiera de los sentidos) y aquellos en donde se necesita de una valoración objetiva por parte del juzgador. De éste modo se habla de un tipo “simple” y de un tipo “complejo” o “normal” y otro “anormal”.

En la estructura de los tipos no siempre las cosas discurren con toda sencillez. Acaece muchas veces que la estructura del tipo contiene otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. Es ello, a menudo, debido a exigencias de técnica legislativa, pues, en ocasiones para tipificar una conducta es necesario incrustar en el tipo elementos que implican juicios normativos sobre el hecho, que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.

b) CONCEPTO

“Los elementos normativos son aquellos ingredientes especiales que se contienen en cada figura delictiva y que requieren de una especial valoración objetiva por parte del juzgador.

MAX ERNEST MAYER, su principal creador dice que “son aquellas partes esenciales de un resultado típico, que no tienen más que importancia valorativa determinada”.

Así, pues, son elementos normativos “son aquellos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social” y que se encuentran “...contenidos en una descripción de la conducta prohibida que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captarlos un acto de valoración” “...de parte del intérprete, sin la cual no es posible precisar su verdadera significación y alcance...”

c) CLASES DE ELEMENTOS NORMATIVOS

Según si las palabras contenidas en la ley se encuentran precisadas en la misma ley o en otra; o bien, se deja a la interpretación del juzgador, además, se diferencia entre elementos normativos jurídicos y extrajurídicos.

Estos elementos normativos pueden ser "...eminentemente jurídicos, de acuerdo con el contenido iuris de elementos normativos, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico"

Aunque suelen hacerse otras clasificaciones, hay acuerdo en decir que los elementos normativos pueden ser:

- Jurídicos
- Extrajurídicos

En lo que sigue vamos a analizar en que consiste cada una de esas clases de elementos normativos:

1.- Los elementos normativos de valoración jurídica:

Los elementos normativos de contenido jurídico implican una valoración eminentemente jurídica en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito del derecho, al cual debe recurrir el intérprete para fijar su alcance.

Estos llamados elementos "normativos jurídicos" se encuentran previstos en la ley penal; y por lo tanto, el juzgador no tiene porque hacer una valoración distinta de ellas, lo mucho que puede hacer es señalar la definición de el elemento basado en fuentes estrictamente jurídica y luego acudir a la normatividad existente".¹¹³

"Estos elementos normativos de valoración jurídica han penetrado no solo en la legislación penal federal como se ha puesto de relieve, sino en la jurisprudencia misma, así se desprende de las siguientes tesis:

CUERPO DEL DELITO EN EL ILÍCITO CONTRA LA SALUD, EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN, NO SE REQUIERE, PARA INTEGRARLO, UN ELEMENTO SUBJETIVO. Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.

¹¹³ JIMENEZ MARTÍNEZ Javier, op.cit. (Estructura del delito), pp. 253-255.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo XV. Abril de 2002. Página 1243.

Amparo directo 59/2002. 28 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Margarito Medina Villafaña. Secretario: Arístides Marino Santos.

DELITOS COMETIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. SE ACREDITA EL ILÍCITO CUANDO EL JUZGADOR DICTA UN AUTO DE LIBERTAD CONTRARIO A LAS CONSTANCIAS DE AUTOS, PORQUE CONSTITUYE UNA RESOLUCIÓN DE FONDO QUE RESUELVE EL DERECHO SUSTANCIAL CONTROVERTIDO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo XIII. Abril de 2001. Página 1054.

Amparo en revisión 184/2000.7 DE SEPTIEMBRE DE 2000. unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Humberto Barrientos Molina.

2.- Los elementos normativos de valoración extra jurídica:

También se les denomina de “valoración cultural” o “normativos sociales”.

Los elementos normativos extra-jurídicos son aquellos que tienen un contenido cultural y en los que se requiere una valoración de orden ético social; la operación mental que sobre ellos realiza el juez debe ajustarse a normas y concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera del Derecho.”¹¹⁴

“En estos casos “...el Juez debe desenvolver, además de una actividad cognoscitiva (comprobación), una actividad valorativa, la cual, empero, no debe ser realizada desde el punto de vista subjetivo del juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la conciencia de la comunidad.

El significado de los elementos normativos extrajurídicos –dice Alfonso Reyes Echandía- “...debe buscarse en los valores culturales sobre los que se cimenta la convivencia humana”.

¹¹⁴ Ibidem, pp.259-260

Los siguientes criterios jurisprudenciales son ejemplos en los que se contienen elementos normativos extrajurídicos o de valoración cultural.

MAGISTRADOS DE NUEVA DESIGNACION EN LOS PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. QUIENES LEGALMENTE TIENEN LA FACULTAD DE HACER LAS PROPUESTAS RELATIVAS, DEBEN SUSTENTARLAS CON EL CONTENIDO DEL EXPEDIENTE QUE DEMUESTRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES, SUJETÁNDOSE PREFERENTEMENTE, A REGLAS Y PROCEDIMIENTOS PREVIAMENTE ESTABLECIDOS Y DEL CONOCIMIENTO PÚBLICO. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Pleno. Tomo XII. Octubre de 2000. Página 19.

Amparo en revisión 2021/99. José de Jesús Rentería Nuñez. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2083/99. Yolanda Macías García. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2130/99. Jorge Magaña Tejeda. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2185/99. Enrique de Jesús Ocón Heredia. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2195/99. Carlos Alberto Macías Becerril. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan

Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de septiembre en curso, aprobó, con el número 102/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México Distrito Federal, a veintiocho de septiembre de dos mil.

INJURIAS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XV-II. Febrero de 1995. Página 371.

Amparo en revisión 363/88. Venancio Licon Barba. 22 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

FAMA PÚBLICA, COMO MEDIO DE PRUEBA. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo VIII. Diciembre de 1991. Página 215.

Amparo directo 3345/87. Receptur, S.A. de C.V. 27 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Luz Maria Perdomo Juvera. Secretaria: Teresa Munguía Sánchez.

DERECHO A LA INFORMACIÓN. NO DEBE REBASAR LOS LÍMITES PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 6º, 7º Y 24 CONSTITUCIONALES. Tercer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo XIV. Septiembre de 2001. Página 1309.

Amparo directo 8633/99. Marco Antonio Rascón Córdova. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRALIZADA, DESCENTRALIZADA Y DE LOS MUNICIPIOS, LAS FACULTADES PARA SUSTANCIAR LOS PROCEDIMIENTOS Y APLICAR LAS SANCIONES COMPETEN AL PODER EJECUTIVO ESTATAL Y A LOS MUNICIPIOS, RESPECTIVAMENTE, Y NO AL LEGISLATIVO (INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 40, FRACCIÓN LV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE MORELOS, REFORMADO MEDIANTE EL DECRETO PUBLICADO EL PRIMERO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Pleno. Tomo XIII, Mayo de 2001. Página 702.

Acción de inconstitucionalidad 13/2000. Diputados integrantes de la Cuadragésima Octava Legislatura del Congreso del Estado de Morelos. 7 de mayo de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el ocho de mayo en curso, aprobó con el número 67/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a nueve de mayo de dos mil uno.

INAMOVILIDAD JUDICIAL. NO SÓLO CONSTITUYE UN DERECHO DE SEGURIDAD O ESTABILIDAD DE LOS MAGISTRADOS DE LOS PODERES JUDICIALES LOCALES QUE HAYAN SIDO RATIFICADOS EN SU CARGO SINO, PRINCIPALMENTE, UNA GARANTÍA A LA SOCIEDAD DE CONTAR CON SERVIDORES IDÓNEOS. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Pleno. Tomo XII. Octubre de 2000. Página 8.

Amparo en revisión 2021/99. José de Jesús Rentería Nuñez. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2083/99. Yolanda Macías García. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz

Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2130/99. Jorge Magaña Tejeda. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2185/99. Enrique de Jesús Ocón Heredia. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2195/99. Carlos Alberto Macías Becerril. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitron. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 106/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil.

TRABAJADORES PETROLEROS, DESPUÉS DE VEINTE AÑOS DE SERVICIOS, EL PATRON SOLO PODRÁ SEPARARLOS POR CAUSAS INFAMANTES. Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XII. Noviembre de 1993. Página 460.

Amparo directo 493/93. Fernando Mendoza Cervantes. 22 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Horacio Cardoso Ugarte. Secretario: Rigoberto Calleja López.¹¹⁵

También los tipos penales abiertos pueden carecer de claridad en la conducta, en la determinación de los sujetos, en el resultado, en el verbo rector, o cualquier otro elemento del delito. Y considerando esta falta de claridad, o ausencia completa de

¹¹⁵ Ibidem, pg. 261-268.

elementos, el tipo penal resulta incompleto y por ello, al faltar un elemento, no se puede afirmar la existencia de cualquiera de los otros que lo conforman. Esto es, vgr. Si falta precisión en la conducta, no se puede afirmar válidamente la existencia de un determinado resultado; si falta la especificidad en el resultado no se puede afirmar la existencia de la afectación del bien jurídico; si falta el nexo causal, no se puede afirmar la producción del resultado atribuible a la conducta.

Por tanto, se afirma que un tipo penal abierto no puede ser comparado con un tipo penal cerrado precisamente porque no existe definición en cuento a un parámetro que indique sus diferencias específicas, lo cual llevaría a realizar una comparación individual y casuística en cada tipo penal cerrado para compararlo con uno abierto y verificar la concurrencia o no de determinados elementos que los conforman. Luego entonces los tipos penales abiertos pueden o no contener los mismos elementos que los tipos penales cerrados, pero siempre hará falta uno de ellos.

2.9. LOS ELEMENTOS DE LOS TIPOS PENALES CERRADOS.

2.9.1. ELEMENTOS OBJETIVOS

a. LA CONDUCTA

A pesar de las diversas concepciones y definiciones de la conducta es menester señalar que para efectos de ésta investigación comparto la enseñanza aportada por el ilustre Franz Von Litz, quién determina que la conducta es entendida como: “El acto de comisión consistente en causar (mejor dicho provocar) un resultado, el cual debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; así el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa efecto”.¹¹⁶

¹¹⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, op.cit. (introducción a la Teoría General del delito), p 82.

Con base en lo anterior podemos afirmar que la conducta es la serie de procesos mentales y movimientos corporales llevados a cabo por una persona, que producen un resultado relevante para el derecho penal por vulnerar un bien jurídicamente protegido.

Siendo importante atender que “el derecho pretende regular conducta humana, no pudiendo ser el delito otra cosa que una conducta. Si se admitiese que el delito es algo diferente de una conducta, el derecho penal pretendería regular algo distinto de la conducta y, por ende, no sería derecho, pues quebraría el actual horizonte de proyección de nuestra ciencia”.¹¹⁷

Concluyendo de ésta manera que en virtud de que el Derecho Penal tiene como eje el regular la conducta humana referente a los delitos y que ésta necesariamente tiene que ser un movimiento corporal, voluntario y dirigido hacia un fin determinado que origina un resultado en el mundo exterior que es perceptible a través de los sentidos y que lesiona un bien jurídicamente tutelado, es que comparto lo aportado por los autores a que hago referencia.

b. EL RESULTADO

Partiendo de el concepto que adopté en el rubro anterior puedo concluir que el resultado es el cambio en el mundo fáctico producido por la manifestación de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo, apoyando mi concepción con lo que señala Eugenio Raúl Zaffaroni al decir que “toda conducta tiene una manifestación en el mundo físico; esa manifestación que se opera en el mundo físico es un cambio en este. Antes de la conducta las cosas estaban en un estado diferente al que se hallan después de la conducta...”. “...cada conducta causa una mutación en el mundo externo: el resultado (suele llamarse resultado “material” para distinguirlo de la afectación del bien jurídico... El resultado es un ineludible

¹¹⁷ Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General, 1° reimp., Edit. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1991 pg. 356.

fenómeno físico que acompaña a toda conducta: no hay conducta sin resultado.”¹¹⁸

c. EL NEXO CAUSAL

A fin de ilustrar lo que entenderemos como nexo causal señalare lo que Carranca y Trujillo expone al respecto; “entre la acción y el resultado existe una relación de causa a efecto y es causa tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado como la que lo origina mediatamente, o sea por elementos penalmente inoperantes pero cuya eficacia dañosa es aprovechada”.¹¹⁹

A mayor abundamiento López Betancourt Eduardo señala que el nexo causal “se ubica en la conducta y en esta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es debe existir la relación causal en el nexo entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material” autor que además sostiene que el nexo causal puede ser analizado desde diversas doctrinas, una de ellas es la “generalizadora” la cual toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado; otra es la “individualizadora” que considera sólo a una de las condiciones como productora del resultado en relación a una característica temporal, cuantitativa o cualitativa”¹²⁰

Lo que se apoya con la opinión de Welzel quién dice: “con la comprobación de la causalidad, sin embargo, se ha establecido solo el presupuesto más elemental y el límite más externo de la responsabilidad penal. Por un resultado sólo puede hacerse responsable a aquel que lo haya causado. Pero si en realidad se le hará responsable depende, más halla del problema causal, de los otros presupuestos

¹¹⁸ Ibidem, pg 418.

¹¹⁹ CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl, carranca y rivas raúl,op.cit., pg 277

¹²⁰ LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, op.cit., p. 97

del concepto de delito; en primer lugar, de la medida en que la relación causal es momento integrante de la acción típica.”¹²¹

d. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es fundamentalmente la lesión u ofensa a un interés jurídicamente tutelado y concretado en un bien jurídico, ya que sin la objetividad jurídica no puede concebirse el tipo penal. En relación a la objetividad jurídica la doctrina se refiere indistintamente a las expresiones “bien” o “interés” de donde se entiende que “el “bien” es todo aquello que teniendo una existencia material o inmaterial resulta apto para la satisfacción de necesidades humanas”¹²², en tanto que por “interés” se toman las posiciones que el hombre ocupa respecto de determinadas partes del mundo exterior, de lo que se concluye que el bien es de naturaleza objetiva en tanto que el interés es de índole subjetivo.

Por lo anterior, es que podemos dividir el bien jurídico en: Razón a su alcance: Mismo que a su vez se divide en: Genérico, porque se concreta en el interés que el Estado tiene de que los bienes jurídicos protegidos en los diversos tipos penales y pertenecientes a los individuos a la sociedad o, a él mismo sean salvaguardados. De lo que se colige que es función del Estado la de tutelar ese interés porque solo mediante esa tutela puede cumplir bien y eficazmente las supremas funciones de garantizador de la conservación, desarrollo e integridad del conglomerado social; y específico que se traduce en el interés que cada individuo en particular tiene de conservar incólume un determinado bien jurídicamente tutelado.

La segunda división del bien jurídico es en cuanto a su titular: ya que los diversos bienes jurídicos que resultan conculcados por la conducta típica pueden aglutinarse, teniendo en cuenta su titular, en bienes jurídicos pertenecientes al

¹²¹ WELZEL Hans, Derecho Penal Aleman, Parte General, Ed. 11 °, 4 ° Ed. Castellana, Edit. Jurídica de Chile, 1997, p. 53.

¹²² REYES ECHANDÍA Alfonso, op.cit., pg 69

individuo mismo, en el que el objeto jurídico esta radicado en una persona física o moral; a la sociedad el objeto es titular el propio conglomerado social sin individualidades y al Estado como persona jurídica sui generis.

e. EL OBJETO MATERIAL

De acuerdo a Reyes Echandia “es aquello sobre lo cual se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente”¹²³, adoptando tal afirmación en virtud de que como bien lo señala el autor, el objeto material no solo recae en cosas, personas u animales, pues la legislación lo que protege son intereses jurídicos que abarcan distintos aspectos incluyendo fenómenos jurídicos, naturales o sociales, en esta tesitura es que se distinguen tres especies de objeto material que son las siguientes:

I.- OBJETO MATERIAL PERSONAL

Es toda persona física o moral viva o muerta, consciente o inconsciente, sobre la cual se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del agente.¹²⁴ Concepción que comparto en su totalidad en virtud de que en los distintos tipos penales que se describen en nuestra legislación encontramos que el objeto material muchas veces resulta ser una persona o el cuerpo de la misma como en el caso del tipo de lesiones, el homicidio, el abuso sexual, la violación etc.; circunstancias que siguen siendo de tal manera aun y cuando el cuerpo de esta persona este con vida o muerta, así como si se encuentra consciente o inconsciente ya que en el último supuesto tal circunstancia lejos de considerarse diversa o como una causa de justificación, contrario a ello resulta ser una circunstancia agravante como en el caso del abuso sexual o la violación cometida

¹²³ Ibidem, p. 81.

¹²⁴ REYES ECHANDÍA Alfonso, op.cit., p 83

en contra de una persona considerada incapaz mentalmente; por ello es que comparto los argumentos planteados por el autos.

II.- Objeto Material Real, que según el autor " esta constituido por la cosa en que se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del sujeto activo".¹²⁵ Apuntando incluso que la palabra Cosa "debe entenderse en el sentido naturalístico, es decir, como "cualquier parte del mundo externo".¹²⁶ Debiendo incluirse dentro del concepto de objeto material los animales.

III.- El objeto material real respecto de su cualidad, según si se trata de cualidad natural cuando las cosas se toman de acuerdo con su naturaleza intrínseca o cualidad jurídica que deben entenderse de conformidad con su especial connotación jurídica. Igualmente cabe destacar que existe una división entre objetos muebles que son los que pueden trasladarse de un sitio a otro y los inmuebles que permanecen inmóviles, por lo que estos conceptos resultan ser naturalísticos y no jurídicos.

En razón de su calidad jurídica las cosas que constituyen objeto material de la conducta pueden ser propias o ajenas.

Las especies de cualificación jurídica se dan en los casos que el tipo requiere que la cosa sea pública o privada.

La destinación de la cosa en ocasiones no aparece explícitamente descrita en el tipo, sino que se desprenden de la naturaleza misma de ella, como cuando la conducta recae sobre "la Bandera Nacional o el Escudo Nacional" o cualquier otro emblema de la patria o de un Estado extranjero, por lo que la determinación de la cosa en su condición de objeto material puede también hacerse de acuerdo con la relación que ella guarda respecto del sujeto activo.

¹²⁵ Ibidem, p 85

¹²⁶ Idem.

IV.- El Objeto Material Fenomenológico: Es “un fenómeno externo de carácter jurídico, natural o social”¹²⁷, siendo posible la existencia de un fenómeno jurídico puesto que en tales hipótesis lo que ocurre es simplemente que el interés tutelado se concreta en un fenómeno que tiene significado jurídico. “El objeto material es un fenómeno de carácter natural como el hecho falso, que declara el agente en la modalidad de falso testimonio”.¹²⁸ Se trata de un fenómeno social cuando la asonada consiste en perturbar el pacífico desarrollo de actividades sociales, cuando se atenta contra la libertad de cultos mediante la acción de impedir o perturbar la celebración de ceremonias o funciones religiosas.

f. LOS MEDIOS COMISIVOS

El autor señala que “para Mezger se entiende por delitos con medios determinados por la ley aquellos en los que “la tipicidad se produce, no mediante cualquier realización del resultado último sino solo cuando éste se ha conseguido en la forma que le ley expresamente determina”.¹²⁹ Con lo que se puede afirmar que los medios comisivos son aquellas características específicas de la conducta que hay que desplegar para poder encuadrar la acción en un tipo penal descrito en la norma para que éste pueda ser reconocida jurídicamente.

g. LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO

Es imprescindible destacar que para efectos del sujeto activo únicamente puede considerarse como tal a la persona humana ya que solo ésta puede actuar con voluntad y ser imputable, por consiguiente se considera como sujeto activo al ofensor o agente que comete o participa en la ejecución de una conducta típica, consecuentemente aquella persona humana que comete del hecho típico se considera como activo primario y aquel que participa es activo secundario.

¹²⁷ Ibidem, p 88

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ UROSA RAMÍREZ Gerardo Armando, op.cit., p 115.

Nuestro Derecho Penal se sustenta sobre el principio universalmente consagrado que reconoce a la persona humana como único sujeto activo.¹³⁰

h. LA CALIDAD DEL SUJETO PASIVO

Por sujeto pasivo también denominado ofendido, paciente o inmediato, es aquella persona sobre la que recaen directamente los actos materiales mediante los que se realiza el delito; el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito y que a su vez se dividen en:

- a) La persona individual quién puede ser sujeto pasivo desde antes de su nacimiento, en virtud de que la tutela penal contempla el aborto.
- b) La persona jurídica particularmente cuando esta se desenvuelve en el campo específico del patrimonio o de la reputación, honor.
- c) El estado. Se ha sostenido que la sociedad misma es el sujeto pasivo de todos los delitos pero aunque las penas solo se establecen para la defensa social, el interés de sus miembros y el orden público llevan a la sociedad a movilizarse y esto lo hace por medio del estado, en función de la personalidad jurídica que éste ostenta.¹³¹

i. LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO, LUGAR Y OCASIÓN

Las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión se encuentran descritas por el legislador en algunos tipos penales para especificar la manera particular en que ha de desarrollarse una conducta prevista como delito para poder hacerla punible; sin las cuales o en ausencia de alguna de ellas no sería posible la tipicidad y por consiguiente no se hablaría de la acreditación del cuerpo del delito.

¹³⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO Raul, carranca y rivas raúl, op.cit., p 263.

¹³¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO Raul, op.cit, p. 269.

De esta manera nos podemos referir a dichas circunstancias como las particularidades concretas de algunas conductas típicas.

Por lo que respecta a las circunstancias de modo, se refiere a la descripción modal de la conducta, a la manera como el autor debe realizarla, es decir, los instrumentos utilizados para lograr su cometido. En cuanto a su naturaleza los medios de que puede valerse el agente de conformidad con la exigencia del tipo son psíquicos o físicos, para los primeros podemos ejemplificarlos con el hipnotismo, la simulación en el delito o las amenazas y para los segundos son el hombre y las cosas. Verbigracia en el delito de Robo cuando el autor lo comete a través de la violencia física en virtud de que el modo utilizado por el activo fue precisamente el hecho de imprimir la fuerza física en el cuerpo del paciente del delito para desapoderarlo de una cosa determinada.

Por lo que hace a las Circunstancias De Lugar, el concepto espacial, no debe tomarse en sentido filosófico sino empírico ya que él se concreta al lugar específico señalado en el tipo donde la conducta del agente debe desarrollarse. El lugar a que el tipo se refiere puede ser de ámbito ilimitado o circunscrito. La ilimitación espacial implica la posibilidad de ejecutar el hecho en cualquier parte. El espacio circunscrito es cuando el propio tipo indica el lugar en donde la conducta debe desarrollarse, siendo así circunscripción expresa, o la naturaleza misma de esta encierra delimitación espacial donde se habla de circunscripción tácita.

Así también la delimitación del lugar puede ser natural cuando el espacio o lugar típicamente descrito carece por si mismo de trascendencia jurídica o al menos su descripción no muestra una determinada connotación legal; o jurídica cuando el lugar en donde la conducta se desarrolla posee de suyo una especial valoración jurídica. Verbigracia los delitos contra el ambiente previstos en el título vigésimo quinto del Código Penal para el Distrito Federal.

Las Circunstancias De Tiempo, se refieren al momento en que el hecho se debe ejecutar para que resulte típicamente adecuado. La temporalidad de la conducta puede ser ilimitada cuando la conducta puede ejecutarse en cualquier momento o circunscrita cuando debe ejecutarse dentro de un determinado espacio de tiempo, momento en el cual la conducta ya es jurídicamente relevante por desenvolverse en el momento a que el tipo se refiere. Por otra parte, la conducta temporalmente circunscrita puede ser tácita en todos los tipos de omisión propia por ser la omisión constitutiva del delito en el momento en que se deja de realizar el comportamiento activo jurídicamente exigible; también puede ser expresa cuando el tipo contempla una explícita referencia al momento en que el comportamiento debe efectuarse.

Verbigracia el delito de aborto previsto en el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación...”¹³², esto es así en virtud de que el artículo es claro en determinar en que temporalidad se considera aborto.

Por lo que hace a las circunstancias de ocasión, esta 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.¹³³

Por su parte Reyes Echandia Alfonso al referirse a las circunstancias de tiempo hace alusión a que en la temporalidad del hecho también se enfocan sobre un dado acontecimiento en el sentido de que la acción debe acaecer antes, durante o después del hecho; refiriendo otra hipótesis en la que el actor de la conducta debe desarrollarla contemporáneamente con otro hecho o después de un hecho determinado cuando éste es presupuesto de ella, circunstancias éstas que desde mi punto de vista pueden traducirse como circunstancias de ocasión en virtud de

¹³² Artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal

¹³³ Islas de González Mariscal Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, Edit. Trillas, 2004, 5^o ed, pg. 50.

que como lo señala la autora Olga Islas de González Mariscal, son situaciones específicas que se necesitan para que se configure un tipo penal.

2.9.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

2.9.2.1. EL DOLO

Para Antolisei "el dolo es la forma típica de la voluntad culpable y en cierto sentido, su verdadera forma. Siendo el delito la violación de un precepto jurídico, solo cuando el sujeto ha querido el hecho prohibido, la desobediencia, la rebelión es plena y completa."¹³⁴

El código penal proporciona la noción del dolo en el artículo 43, en su primer párrafo que establece, entre otras cosas, lo siguiente: "el delito es doloso, o conforme a la intención, cuando el resultado dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión de que la ley hace depender la existencia del delito, es previsto y querido por el agente como consecuencia de la propia acción u omisión." Se deduce de ésta definición que, ha constituir el dolo, concurren dos elementos:

- 1) La representación, o sea la visión anticipada del hecho que constituye el delito (momento cognoscitivo o intelectual).
- 2) La voluntad del hecho mismo (momento volitivo o emocional)."¹³⁵

Zaffaroni comparte los mencionados conceptos al referirse que el dolo es el querer la realización del tipo objetivo y requiere siempre de un conocimiento efectivo.

Encontrando que el dolo avalorado es cuando "dentro de una estructura teórica en la concepción finalista de la conducta en los delitos dolosos, el dolo esta en el tipo

¹³⁴ ANTOLISEI FRANCESCO, Manual de Derecho Penal, Parte General, Edit. Hispanoamericana, Buenos Aires Argentina, 1960, p.254

¹³⁵ ANTOLISEIS Franceso, op.cit., pp. 254-255.

como el núcleo fundamental de su aspecto subjetivo”.¹³⁶ Dentro de esta posición el dolo esta libre de todo reproche, en virtud de que la reprochabilidad o culpabilidad es un paso posterior a la averiguación del injusto, es decir, cuando esta ya es considerada como conducta típica y antijurídica encontrando al dolo como una característica de la tipicidad dolosa

Ahora bien, en cuanto al Dolo desvalorado, éste se refiera a que a “partir de una teoría causal, el dolo esta en la culpabilidad y aquí sostienen por lo general un dolo desvalorado (en donde el dolo solo puede ser culpable)”.¹³⁷ Sin embargo, cuando se trata de tentativa, necesariamente tienen que afirmar que el dolo se encuentra en el tipo pues de no ser así, no se podría averiguar la tipicidad de la tentativa y por lo tanto al encontrarse en el tipo no puede ser un dolo desvalorado por la reprochabilidad.

Es importante destacar que el conocimiento del Dolo requiere del conocimiento de ciertos elementos como lo son:

- Elementos requeridos en el tipo objetivo,
- Elementos descriptivos del tipo objetivo,
- Elementos normativos del tipo (conocimiento de valoración jurídica).

Siendo que para el estudio de los elementos requeridos en el tipo objetivo así como en el conocimiento de los elementos descriptivos del tipo objetivo, el sujeto activo debe tener conocimiento de los aspectos positivos y negativos como lo son la falta del consentimiento.

En tanto que para los elementos normativos no se requiere que el activo tenga un conocimiento técnico de la ley, sino basta con que tenga el conocimiento llamado

¹³⁶ ZAFFARONI EUGENIO Raúl, op.cit., p.432.

¹³⁷ Idem.

“conocimiento paralelo en la espera del profano” o “valoración paralela en la esfera del lego”.¹³⁸

Para la previsión de la causalidad y del resultado el dolo presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico.

I.- EL DOLO DIRECTO

En éste dolo, el curso causal va dirigido a un resultado típico que ejecuta eficazmente el autor de tal suerte que existe plena armonía entre la finalidad del agente y su producción típica.¹³⁹

II.- EL DOLO INDIRECTO O DE CONSECUENCIAS NECESARIAS

En esta clase de dolo el sujeto activo quiere el efecto penalístico, pero esta consciente de que en el desarrollo causal de su comportamiento se provocaran otros resultados que no son su finalidad típica predominante. Es decir, se produce un hecho típico ligado de manera indisoluble con la realización del delito que rige la causalidad del resultado deseado de manera primordial.¹⁴⁰

III.- EL DOLO EVENTUAL

En ésta hipótesis, el agente se representa el resultado como posible y en su caso, admite su producción y toma una postura de indiferencia ante el posible resultado típico.

Por su parte Maggiore señala que este dolo también es llamado condicionado pues señala que “el dolo es incondicionado, si el autor tiene por segura la

¹³⁸ Zaffaroni Eugenio Raúl, op.cit., p.432

¹³⁹ UROSA RAMÍREZ Gerardo Armando, op.cit., p 135

¹⁴⁰ Idem.

verificación del resultado; condicionado, si lo tiene por posible; es decir, si éste resultado no se verificará”.¹⁴¹; por lo que el delito inicialmente cometido es la condición para que se cometa el otro.

IV.- DOLO INDETERMINADO

Para Maggiore, dolo indeterminado se llama aquel en que la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo sino indiferentemente a varios resultados mas o menos graves.¹⁴²

En este tipo de dolo la indeterminación de la intención se precisa con el resultado efectivamente alcanzado.

2.9.2.2. LA CULPA

Tiene sus orígenes en el Derecho Romano donde se sentó el principio *culpam esse quod, cum a diligente provideri poterit, non esset pravisum*, que reza “la culpa es aquello que, habiendo podido preverse diligentemente, no fue previsto”.¹⁴³

De lo que se desprenden sus tres elementos:

1. Lo voluntario de la acción;
2. La falta de previsión del resultado; y
3. La posibilidad de prever.

¹⁴¹ Dice Liszt: lehrbuch, 1905, 172, citado por Giuseppe Maggiore, Derecho Penal-El Delito, Vol. I, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1954, pg. 589

¹⁴² Ibidem, p.587.

¹⁴³ Ibidem, pg. 601

Así por su parte Francesco Antolise señala que “el delito es culposo o contra la intención cuando el resultado, aunque se haya previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia, imprudencia, o bien por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones”.¹⁴⁴

Afirmando el autor que a pesar de las diversas teorías adoptadas por los estudiosos del derecho, la esencia de la culpa radica en la inobservancia de normas sancionadas por los usos o expresamente prescritas por las autoridades con el fin de prevenir resultados dañosos.

1) LA CULPA CONSCIENTE

Existe cuando el agente ha previsto el resultado sin haberlo querido (se llama también, por ello, culpa con previsión).¹⁴⁵

Este tipo de culpa no exige un examen detenido respecto a las relaciones entre la voluntad y el resultado, pues en ella el agente obra con la segura confianza de que el resultado previsto como posible no se verificará, y atendiendo a ésta situación psicológica es que no es posible dirigir a él, el reproche como si éste hubiese querido el resultado, sino como un actuar imprudente.

2) LA CULPA INCONSCIENTE

En este tipo de culpa no hay un conocimiento efectivo del peligro que con la conducta se introduce para los bienes jurídicos, porque se trata del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representarse la posibilidad de producción del resultado y sin embargo, no lo ha hecho.¹⁴⁶

2.9.3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DIVERSOS DEL DOLO

¹⁴⁴ ANTOLISEI Francesco, op.cit., p. 268.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 277.

¹⁴⁶ Zaffaroni Eugenio Raúl, op.cit., p. 464

Son aquellos que atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno del autor, es decir, en la psique de éste; por ende surgen de la misma naturaleza del hombre por ser un ser esencialmente pensante, ya que en la mayoría de sus actos va a participar su psique.

a. LOS FINES, LOS PROPÓSITOS y EL A SABIENDAS

A fin de abordar estos conceptos es importante destacar que “el tipo de injusto no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc)”¹⁴⁷

“Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar”.¹⁴⁸

“La dogmática tradicional dividió a los componentes del delito en objetivos y subjetivos, comprendiendo los primeros al tipo y a la antijuridicidad y el segundo a la culpabilidad. Sin embargo, esta clasificación presenta errores al ser sujeta a análisis, ya que las distintas estructuras típicas así lo demuestran”¹⁴⁹

“En algunos tipos delictivos era imposible caracterizar el tipo de injusto de un modo puramente objetivo, porque el legislador exigía ya a nivel típico la presencia de determinados elementos subjetivos (ánimo de lucro, ánimo de injuriar, etc.), sin los cuales el hecho no podía ser típico”. Igualmente se puede decir, de un modo general, que el dolo es en la tentativa un elemento subjetivo del tipo de injusto ya

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE Francisco, *Teoría General del Delito*, reimpresión de la segunda edición. Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá Colombia. 1999, p.41

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 42.

que, sin la referencia al fin pretendido por el autor , no se puede caracterizar un simple proceso causal externo que no llega a consumarse (hay que saber cual era la finalidad del autor).”¹⁵⁰

El dolo se compone esencialmente de dos elementos: *Elemento intelectual* y *Elemento volitivo*.

En el elemento intelectual el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. El elemento intelectual del dolo se refiere a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica. Es decir, se refiere al conocimiento de los elementos objetivos del tipo.

En el elemento volitivo el autor debe querer realizar los elementos objetivos del tipo. Implica una voluntad de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar.

Pero además de estos elementos, existen otros elementos subjetivos del tipo de injusto, que en algunos casos se exige su presencia para acreditar la existencia del dolo.

“Normalmente, el tipo de injusto de los delitos dolosos sólo requiere en el ámbito subjetivo el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. En algunos delitos específicos se requiere, sin embargo, además para constituir el tipo de injusto la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo..... Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito. Así, por ejemplo, el ánimo de injuriar en el delito de injurias; el fin de

¹⁵⁰ Idem.

eximirse de algún servicio público en las autolesiones, etc. La importancia de tales elementos subjetivos se revela en que si no concurren, no se da el respectivo tipo de injusto.”¹⁵¹

Para determinar los conocimientos requeridos por el Derecho Penal para imputar al sujeto la realización de una conducta dolosa, se debe partir del lo que son los conocimientos ontológicos y los conocimientos nomológicos; al igual que distingue entre conocimientos derivados del juicio de necesidad y los de un juicio de probabilidad.

“El juicio de necesidad se conforma con conocimientos nomológicos y ontológicos “el primero es un conocimiento general de la experiencia , un conocimiento sobre las leyes de relación de un acontecimiento: comprende los conocimientos de las leyes de la naturaleza. El saber óntico se limita al conocimiento de los hechos. El juicio de que una piedra arrojada al aire volverá a caer, descansa en: primero; nuestro conocimiento del hecho de que la piedra ha sido arrojada. (conocimiento ontológico) y segundo; nuestro conocimiento de la ley de la naturaleza de la fuerza de gravedad (conocimiento nomológico). Si nuestros conocimientos de los dos campos fuesen perfectos, sólo podríamos emitir juicios de necesidad”. “En cambio, en el juicio de probabilidad los conocimientos ontológicos y nomológicos son menores a los del juicio de necesidad. En los juicios de probabilidad “se distingue entre probabilidad subjetiva y probabilidad con validez general (=posibilidad objetiva)”¹⁵²

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² DÍAZ ARANDA Enrique. *Dolo. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo y la Reforma Penal en México*. Editorial Porrúa, México, 2000. p.119

Con base en lo anterior, para entender a que se refieren las manifestaciones dolosas como fines, propósitos y a sabiendas, es necesario primeramente saber que es lo que el diccionario señala respecto a cada una de ellas. Así tenemos que:

FINES: FIN.- (*lat. Finis*:límite, fin), amb. Término, remate o consumación de una cosa: ú. m.c. m.- m. objeto o motivo con que se ejecuta una cosa. ¹⁵³

PROPÓSITOS: (*lat.propositum-cf. *pro y *pónere*), m. Ánimo o intención de hacer o de no hacer una cosa.- Objeto, mira- Materia de que se trata o en que se está entendiendo. ¹⁵⁴

A SABIENDAS: m. adv. De modo cierto, a ciencia segura.- Con conocimiento y deliberación. ¹⁵⁵

En cuanto a la ubicación de cada una de estas manifestaciones subjetivas de la acción, las ubicamos en el elemento intelectual del dolo, por ser este el que se refiere a todos aquellos conocimientos previos con que cuenta el autor, para la exteriorización de su voluntad.

2.9.4. LOS ELEMENTOS NORMATIVOS

“Son aquellos elementos del tipo que requieren una particular valoración de parte del interprete” ¹⁵⁶ Mismos que aumentan el poder discrecional del juez y le da mayor elasticidad a los tipos penales y de los que podemos advertir la existencia de Elementos normativos de contenido jurídico y Elementos normativos de contenido extra jurídico.

¹⁵³ Diccionario Enciclopédico Quillet, Edit. Cumbre, S.A. tomo V, p. 323.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 233.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 106.

¹⁵⁶ REYES ECHANDÍA Alfonso, op.cit., p.90.

a. JUICIOS DE VALORACIÓN CULTURAL

También denominados Elementos Normativos De Contenido Extra Jurídico.

Son aquellos que tienen un contenido cultural y requieren valoraciones de orden ético o social; la operación mental que sobre ellos el juez se ajusta a normas y concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera misma del derecho. Por lo que al construir un orden social cultural se utilizan expresiones de las que su significación debe buscarse en los valores culturales sobre los que se cimenta la convivencia humana.

b. JUICIOS DE VALORACIÓN JURÍDICA

Denominados también elementos normativos de contenido jurídico.

Son aquellos que implican una valoración eminentemente jurídica en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito de derecho y a los cuales debe recurrir el interprete para fijar su alcance, por ello el legislador utiliza expresiones jurídicas que nutren de antisocialidad la conducta ante el peligro de que su omisión pudiese crear confusión respecto de su incriminación, esto con la finalidad de distinguirlas de las conductas que se ejecutan dentro de un marco legal.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

3.1. ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A fin de señalar lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional, resulta importante destacar que tal precepto Constitucional encuentra sus bases en el Principio de Legalidad, del cual se desprende la siguiente máxima jurídica: “***Nullum crimen nulla poena sine lege scripta***” que se refiere a que el contenido lo da la esencia de ley y por consiguiente la punibilidad de una conducta solo puede ser establecida por ley, excluyendo a la costumbre, a los principios generales del derecho y de la jurisprudencia como fuente del derecho penal. Y dado que tal principio requiere de un análisis minucioso, éste lo realizaremos más adelante y consecuentemente se procede a referir lo que el precepto Constitucional a la letra dice:

“ARTÍCULO 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley,

y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”¹

Advirtiéndose que dicho precepto contiene la Garantía Constitucional que consagra el Principio de Legalidad y que adquiere la categoría de Derecho Fundamental cuando establece que “...**conforme a leyes establecidas con anterioridad al hecho...**, en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Y que es de especial observancia al momento en que una persona se encuentra sujeta a proceso, en virtud de que si el juzgador aplicara una ley retroactiva, una ley que no fue expedida con anterioridad al hecho o una norma que no se encuentre debidamente descrita violentaría el principio de legalidad y por consiguiente las garantías individuales de la persona sujeta a proceso, respecto de ello ahondaremos más adelante en el análisis de tales argumentos pues al ser uno de los ejes de nuestra investigación requieren de un especial desarrollo.

3.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SEGÚN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Antes de iniciar el desarrollo del Principio de Legalidad, es importante destacar lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pronuncia respecto de los tipos abiertos y la inconstitucionalidad de los mismos, cuando en su Tesis Jurisprudencial pronunciada en el año 2002 expone que:

“LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES AHÍ UTILIZADOS, EN QUE EL LEGISLADOR PUEDA INCURRIR.- Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios -considerando también a los de la materia penal- defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función. De ahí, que resulte incorrecto y por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, pues la contravención a ésta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares gobernados u ordenando la forma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean.

Amparo directo en revisión 258/2002.-Gerardo Pérez Labariega.-11 de septiembre de 2002.-Cinco votos.-Ponente: Juventino V. Castro y Castro.-Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, diciembre de 2002, página 229, Primera Sala, tesis 1a. LXXXVII/2002.

No. Registro: 921,206, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice (actualización 2002), Tomo I, Const., P.R. SCJN, Tesis: 134, Página: 357, Genealogía: Semanario Judicial de la

Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, diciembre de 2002, página 229, Primera Sala, tesis 1a. LXXXVII/2002.”²

Así mismo tenemos la Tesis Jurisprudencial aprobada en el año 2008 dos mil ocho que a la letra dice:

“NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL. Los denominados "tipos penales en blanco" son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, las "normas penales en blanco" no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material, sino sólo cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter -como los reglamentos-, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.

Amparo en revisión 703/2004. 26 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo en revisión 333/2007. 20 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Arnoldo Castellanos Morfín.

Amparo en revisión 361/2007. 20 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo en revisión 391/2007. 27 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Jurisprudencias y Tesis aisladas*, 2008.

Amparo en revisión 999/2007. 21 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan N. Silva Meza. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Tesis de jurisprudencia 10/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de treinta de enero de dos mil ocho.

No. Registro: 170,250, Jurisprudencia Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Febrero de 2008, Tesis: 1a./J. 10/2008, Página: 411.³

Ahora bien una vez visto lo expuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se advierte que no comparte el criterio sostenido en la presente investigación; sin embargo, de acuerdo a lo que expone existen muchos puntos combatibles y que desde mi punto de vista ponen en riesgo Principios Constitucionales al sostener tales posturas.

Así tenemos que en la tesis primeramente enunciada afirma de manera tajante la existencia de tipos abiertos y la necesidad de esclarecerlos; sin embargo también refiere que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece como requisito que el legislador ordinario en cada ordenamiento secundario defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, por considerar que las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa; considerando que en caso de así hacerlo no se cumpliría de manera oportuna con la finalidad que se persigue con dicha función, afirmando que por ello resulta inoperante el argumento que afirme que una norma se aparte del Texto de la Ley Fundamental es inconstitucional, porque no defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, considerando además que la contravención a esta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son principios consagrados en ella.

³ Idem.

Ahora bien una vez destacado lo expuesto en dicha Tesis jurisprudencial, es claro que muchos puntos ahí expuestos no los comparto pues en dicha Tesis se enuncia el hecho de que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece como requisito definir los vocablos o locuciones utilizados en las leyes secundarias, sin embargo si bien es cierto que de manera textual no lo dice nuestra Carta Magna, también lo es que si se prevé en su artículo 14 Constitucional párrafo tercero, cuando a la letra dice que: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, **pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.**” De lo que se desprende que si una ley no es exactamente aplicable al delito de que se trata, y a su vez no se encuentra exhaustivamente descrita la conducta considerada como delictiva, por consiguiente resulta inconstitucional imponer pena alguna por una conducta que no se contempla como delictiva en la norma penal, careciendo así de elementos objetivos determinada descripción típica, al ser complementada ya sea con leyes o reglamentos y en su defecto con criterios subjetivos por parte del juzgador, con lo que si se viola el Principio de legalidad consagrado en el artículo 14 Constitucional de referencia. Apuntando igualmente que tal criterio jurisprudencial deja en total estado de indefensión al individuo sujeto a proceso pues pasar por alto lo dispuesto por el precepto constitucional en cuestión al afirmar que las leyes no son diccionarios, pasa por alto el hecho de que los tipos penales abiertos configuran una categoría dentro de la clasificación de tipos penales, los cuales además deben ser subsanados por el legislador para no violentar el principio de legalidad que consagra el artículo 14 Constitucional y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación como protector de los derechos Fundamentales debe considerar para no contradecir su función en éste sentido.

Por otra parte respecto de la Tesis enunciada en segundo término, la cual fue sustentada en el año 2008 y que hace alusión a que las normas penales en blanco son inconstitucionales únicamente cuando remiten a otras que no tienen el carácter de leyes en sentido formal y material; al respecto es un criterio que

tampoco comparto, pues del desarrollo de la presente investigación hemos reiterado que un tipo penal debe contener determinados elementos descriptivos para ser considerados como ilícitos y por tanto las conductas que deben ser consideradas como ilícitas únicamente deben ser aquellas que se apeguen a la descripción otorgada por el legislador y que dan origen a un tipo penal determinado; circunstancias que se ven contravenidas cuando no se respeta lo consagrado en el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional, con lo que no se pone un límite al *ius puniendi*, como lo pretende la tesis en cuestión en virtud de que aceptar lo que ahí establece da facultades al juzgador que no le corresponden, como lo es legislar al allegarse de otras leyes para configurar un tipo penal que debería estar descrito de manera exhaustiva en la Legislación Penal, invadiendo cuestiones que no son de su competencia, en virtud de que el juzgador únicamente tiene la facultad de interpretar la ley con los elementos que en ella se contienen, más no dar opiniones subjetivas para describir o definir determinadas acciones u omisiones; o en su caso complementarlas con normas o reglamentos que ni siquiera se contemplan en la legislación primordial.

Sin embargo, la tesis jurisprudencial también hace referencia a que únicamente son inconstitucionales aquellas que reenvían a otras normas que no tienen éste carácter como los reglamentos, pasando por alto que los reglamentos también son considerados como normas de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución.

Por otra parte la tesis en comento confirma lo ya expuesto en el sentido de que remitirse a otra norma o reglamento daría lugar a que el juzgador invadiera la competencia del legislador, contradiciendo así su posición.

Por todo lo anterior y al no compartir los argumentos que se plasman en las tesis jurisprudenciales en comento, reitero que los tipos abiertos son inconstitucionales toda vez que no describen de manera exhaustiva los elementos integrantes del tipo penal en específico y que consecuentemente al aplicarlos se violenta el

principio de legalidad que contempla el artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero, al permitir la invasión de competencias entre el juzgador y el legislador.

3.3. PRINCIPIOS RECTORES O LÍMITES DEL DERECHO PENAL

Son pautas o líneas directrices que vinculan al derecho penal con los valores plasmados en la constitución, de cumplimiento obligatorio. (En un estado garantista).

3.3.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad tiene sus raíces en el pensamiento de la época de la ilustración, donde los pensamientos predominantes eran tendentes a la auto limitación del poder estatal; por lo que éste principio es un límite al *Ius Puniendi* que esta en relación con todo el sistema penal en su conjunto, considerando que el Estado no puede exceder lo que esta textualmente señalado en la ley.

Basándose en justificaciones jurídico políticas y jurídico penales, siendo que en relación a las justificaciones Jurídico Políticas encontramos el denominado Liberalismo Político que como fundamento del Principio de Legalidad versa sobre la exigencia de vincular el poder ejecutivo y el poder Judicial a fin de formular leyes de modo abstracto; y que surge cuando “la burguesía en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio, sino solo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquella”,⁴ consiguiendo con ello la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad.

Encontrando también dentro de las justificaciones jurídico políticas a la Democracia y División de Poderes que se caracteriza por ser una fundamentación

⁴ Claus Roxin, op.cit. (Derecho Penal parte General), p. 144.

del Principio de Legalidad en cuanto a su alcance y que se basa en la división de poderes en la que necesariamente había un representante del pueblo como titular del poder del Estado, (siendo éste el Parlamento); liberando al juez de la función creadora del Derecho y por lo tanto reduciendo su función únicamente a aplicar el Derecho; por otra parte se excluye al ejecutivo de cualquier posibilidad de tener injerencia en la punición impidiendo de ésta forma el abuso del poder.

Así llegamos a las justificaciones jurídico penales en donde se analiza por una parte a la Prevención General, que se basa en la teoría de “coacción psicológica”, en la que Feuerbach al aprobar la formulación de “*nulla poena sine lege*”, añade una fundamentación autónoma que consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que sólo se puede lograr si antes el hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cual es la acción prohibida y a falta de ésta nadie sabe cual es la conducta prohibida, prevaleciendo éste pensamiento desde el análisis de la teoría de la pena, aun y cuando actualmente haya sido superado tomando en consideración que la conminación e imposición de las penas también contribuyen sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y por consiguiente construir predisposición a comportarse conforme a las normas.

Otro fundamento jurídico penal es el Principio de Culpabilidad que es considerado como presupuesto de culpabilidad la posibilidad de conocer el injusto no la punibilidad de la conducta, siendo necesario que el autor del hecho supiera o tuviera la oportunidad de averiguar que su conducta estaba prohibida.

En éste Principio se comprende la garantía criminal y la garantía penal que se refiere a la creación de normas penales; la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución referida a la ejecución de la pena.

a. GARANTIA CRIMINAL

Exige que el delito se halle determinado por la ley, (*NULLA CRIMEN SINE LEGE*).

b. GARANTIA PENAL

Requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho típico. (*NULLA POENA SINE LEGE*).

c. GARANTIA JURISDICCIONAL

JURISDICCION: Exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento establecido.

d. GARANTIA DE EJECUCIÓN

EJECUCIÓN: Requiere que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule, estas mismas garantías también deben exigirse respecto a las medidas de seguridad.

3.3.2. Subprincipios a las normas jurídicas que integran a las garantías de legalidad.

a. *LEX PREVIA*.- Con la exigencia de la ley previa se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición. Así es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en un delito. Lo que si se acepta y debe llevarse a cabo es la retroactividad de las Leyes penales a favor del reo. Rige entonces el principio *indubio pro reo*. Art. 14 Constitucional.

b. *LEX SCRIPTA*.- Con la exigencia de una ley escrita queda excluida la costumbre como fuente de delitos y de penas, más tampoco cualquier ley escrita

sino que es necesario que esta tenga rango de ley y que haya sido emanada del poder legislativo. (No puede haber delito por decreto).

c. *LEX STRICTA*.- Impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía. Este postulado de la ley da lugar al llamado mandato de determinaciones que exige que la ley señale de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las consecuencias jurídicas. Esto se refleja en la tipicidad penal

3.4. La función de garantía del tipo penal

FUNCIÓN GARANTIZADORA

De acuerdo con este principio “solo puede ser delito aquello que aparece previsto, como tal en un tipo legal contenido en la norma de la ley penal.

El profesor Roxin llama a esta “función político criminal” y “radica en su función de garantía”... Solo un derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua al principio *‘nullum crimen sine lege’*... Cuando se dice que nuestro Derecho penal es un Derecho penal de tipo y no de la actitud interna, o que predominante es Derecho penal del hecho y no de autor.

El maestro de Munich, parte de que la función político criminal del tipo penal consiste en la plasmación del principio de legalidad *nullum crimen* y de él debe derivarse su estructuración dogmática.

Según esto “solo puede ser sancionado un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada antes de la comisión de él”.

A la función político criminal que desempeña el tipo penal da origen lo que CLAUX ROXIN ha llamado: Tipo garantía.

Esta función encuentra su fundamento en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, al establecer: En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Al respecto, el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en los términos siguientes:

CLASIFICACIÓN DEL DELITO (LEGISLACIÓN DE DURANGO). Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Primera Sala. Tomo Segunda Parte VI. Página 17.

Amparo directo 2701/57 Manuel Carreón Semental. 9 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona ponente.

Amparo directo 2699/57. Laurencio Ruiz López. 9 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.⁵

3.5. La función sistemática del tipo

“El tipo sistemático comprende el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de que delito típicamente se trata.

Cuando el tipo cumple la función sistemática en la teoría del delito da origen lo que el profesor CLAUS ROXIN ha llamado: Tipo sistemático”.⁶

⁵ JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, op.cit. (La estructura del delito en el derecho penal mexicano), pp.89-93.

⁶ Idem.

CAPITULO IV

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS ABIERTOS

4.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS ABIERTOS

Como hemos visto, una comunidad de personas para convivir armónicamente requiere estar organizada en distintos ámbitos de su actividad cotidiana y en general en sus relaciones individuales y colectivas; es decir, organizada en sociedad. La sociedad ha creado la figura jurídica de Estado, éste a través del tiempo ha sido organizado de distintas formas, siendo la actual el llamado “Estado de Derecho” que significa, que la sociedad reconoce un poder público gubernamental y éste a su vez reconoce la supremacía de las leyes para la protección y defensa de los individuos y las instituciones que conforman el Estado. Uno de los principios básicos que rigen el Estado democrático de Derecho es el Principio de Legalidad, este Principio tiene en rango de Derecho Fundamental y por ello esta contemplado en muchas legislaciones como Derecho Público subjetivo, Garantía Individual o Garantía Constitucional.

Gracias a este Principio el gobernado goza de certidumbre y seguridad frente al poder Gubernamental; toda vez que el Estado a través de sus instituciones únicamente puede hacer lo que esta expresamente plasmado en una ley; por lo que cualquier exceso o acción al margen de la ley se considera como un abuso y por ello contrario a derecho y por ende es algo ilegal o ilícito dependiendo la acción u omisión y la naturaleza del acto.

En materia Penal este Principio adquiere especial relevancia ya que derivado de él surgen distintos principios que conforman las garantías sustantivas y adjetivas de toda persona sujeta a un proceso penal. El principio de Legalidad en materia penal obliga a las instituciones estatales (poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo) a señalar en forma clara, y precisa cual es la conducta particular que se

considera ilícita así como sus modalidades; sin dar lugar a ambigüedades, vaguedades, imprecisiones o confusiones que provoquen inseguridad jurídica.

De lo que se advierte que el hecho de contar con una categoría de tipo penal como lo son tipos abiertos, es motivo de diversas violaciones no solo al principio de legalidad, sino también al principio de seguridad jurídica pues con ello el gobernado no tiene la certeza de que se le aplicará una ley que este expedida con anterioridad al hecho como lo establece el artículo 14 Constitucional; sino con una ley que es perfeccionada en el momento en que el juzgador realiza el análisis de los elementos integrantes del tipo penal y que tienen que ser complementados al momento en que se remiten a normas diversas a la primordial invadiendo las esferas competenciales que están establecidas. Por consiguiente al reiterar que la categoría de tipos abiertos son inconstitucionales, se advierte la necesidad de que el Legislador lejos de considerar que volvería un diccionario jurídico a la legislación penal, debería definir de manera exhaustiva los elementos constitutivos de todos los tipos penales y con ello poner un límite al *ius puniendi*, para otorgar certeza al gobernado.

Ahora bien, es importante destacar que nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, contiene tipos abiertos, de los cuales uno es el delito de Amenazas que prevé el artículo 209 del Código Penal de referencia, y para demostrar tal circunstancia procederemos a verificar lo que al respecto establece dicho numeral.

4.2. EL TIPO PENAL DE AMENAZAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 209 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMO TIPO PENAL ABIERTO.

A fin de iniciar el análisis del delito de amenazas antes referido, en primer término citaremos lo que dispone el Código Penal vigente para el Distrito Federal en el artículo 209 que a continuación se transcribe:

“Al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, bienes, honor o derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quién esté ligado por algún vínculo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa.

Se debe entender como ligados por algún vínculo con la persona:

- a) A los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario, pareja permanente y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con las personas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

Este delito se perseguirá por querrela.”¹

Como primer punto podemos observar que este tipo penal es de sujeto activo indeterminado, lo que se identifica con el pronombre “Al que”; lo que significa que cualquier persona imputable puede llevar a cabo la conducta. A continuación se observa que el verbo rector del tipo se identifica con la palabra amenace, la cual no tiene una connotación jurídica, pues en el Código Penal vigente para el Distrito Federal no se contiene algún artículo que defina lo que debe entenderse por amenazar, así como tampoco en leyes adjetivas penales, ni en otros ordenamientos relacionados a la materia penal; como lo sería por ejemplo el Código Penal Federal, La ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal, Ley de asistencia y prevención de la violencia familiar para el Distrito Federal, Ley de atención y apoyo a las víctimas del delito para el Distrito Federal, Ley contra la delincuencia organizada para el Distrito Federal etc. Y por otro lado su significado cultural es extenso, y aunque es homogéneo, siempre presenta diferencias en cuanto a grado o en cuanto a forma de lo que se debe entender por amenazar; lo que representa un serio problema jurídico para quién

¹ CÓDIGO Penal para el Distrito Federal, 2009, p.40

interprete el tipo penal en comentario y obviamente para quién lo aplique a un caso particular en contra de un gobernado. Al respecto es oportuno citar lo que el Diccionario de la Lengua Española define como amenaza, y su correspondiente verbo activo amenazar:

AMENAZA.- Dicho o hecho con que se amenaza; sinónimo de peligro.

AMENAZAR.- Dar a entender que se quiere hacer algún mal a otro. Sinónimo de Intimidar.²

Por su parte, en el ámbito jurídico, Guillermo Cabanelas en su diccionario Jurídico dice:

AMENAZA.- Dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal. Indicio o anuncio de perjuicio cercano.³

En el mismo ámbito jurídico Mónica Ortiz y Virginia Pérez definen en su texto Léxico Jurídico para estudiantes:

“**Amenazas** [DPI Delito contra la libertad por el que una persona expresa a otra, mediante actuaciones o palabras, que le va a causar algún mal a ella o a su familia. Las amenazas pueden distinguirse en: 1) aquellas en las que el mal amenazado es constitutivo de delito, o 2) aquellas en las que el mal no es constitutivo de delito. Exigencia de cantidad o recompensa. Asimismo, se encuentran tipificadas las amenazas condicionadas en las que la condición constituye un hecho ilícito. Para que se consume la amenaza es necesario que llegue a conocimiento del amenazado; en caso contrario, se estaría realizando en grado de tentativa. En este tipo delictivo es necesario que el mal amenazado sea creíble y cause intranquilidad en la víctima, así como que las amenazas sean serias y persistentes (MUÑOZ CONDE). En función de la clase de mal amenazado y de la condición impuesta, el hecho punible podría ser constitutivo de falta. Es

² GARCÍA PELAYO y Groos Ramón, Pequeño Larousse ilustrado, Edit. Larousse, México, 1982, p. 61.

³ CABANELAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, 2006, pg.30.

perseguido sólo a instancias del perjudicado. CP, arts. 169 a 171 en la redacción dada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre; SSTS 26-01-2001; 01-06-2001; 14-11-2001. Coacciones”.⁴

Cabe señalar que Mónica Ortiz y Virginia Pérez, tratan de definir de manera más específica que se entiende por amenazas y que tipos de amenazas encontramos; y aunque hablan de una legislación extranjera, se puede observar que en su concepto tampoco se cubren los requisitos de un tipo penal cerrado; porque persiste la imprecisión respecto del concepto y por ende de la conducta específica de amenazar.

A continuación observamos que el resultado de la conducta es “causarle un mal a otro”; lo cual también genera incertidumbre respecto de lo que se debe entender por causar un mal, pues el espectro de formas en que esto se puede materializar es demasiado amplio, recorriendo desde lo mínimo hasta lo extremo, sin que la ley defina un parámetro de valoración de este resultado. Así puede entenderse como un mal tanto una simple alteración de la conducta en el pasivo como el sufrir el deterioro o el menoscabo de todo su patrimonio; lo cual desde luego resulta vago e impreciso y evidentemente desproporcionado.

Se observa también que el sujeto pasivo es indeterminado pues cualquier persona imputable o inimputable puede ser el objeto de la amenaza. También se observa que el delito abarca diversos aspectos de la esfera jurídica de afectación en el sujeto pasivo que va tanto en la persona misma como en sus bienes materiales y jurídicos. También el tipo penal señala lo que se entiende como personas ligadas con algún vínculo con el sujeto pasivo, de los cuales no hay mayor problema porque están medianamente definidos. Finalmente se establece que este delito se persigue por querrela. Lo cual significa que su requisito de procedibilidad es a petición de parte, lo que tiene su origen en la afectación directa y personal en el

⁴ ORTIZ SÁNCHEZ Mónica, PÉREZ PINO Virginia, *Léxico Jurídico para estudiantes*, 2º ed., Edit. Tecnos, Madrid España, 2004, pp. 57-58.

agraviado, sin que la conducta ilícita trascienda en forma inmediata a los intereses de la sociedad.

Visto lo anterior considero que el tipo penal de Amenazas corresponde a la categoría de tipos abiertos.

4.3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONDUCTA DEL TIPO PENAL DE AMENAZAS

Ahora bien una vez definido lo que se entiende por Amenazas tanto para la comunidad en general como para los estudiosos del derecho penal, podemos destacar que tal concepto se encuentra cargado de elementos subjetivos que tienen ingerencia tanto en el sujeto pasivo como en el sujeto activo; esto es así dada la amplitud con la que podemos entender lo que la conducta significa.

Por lo anterior es claro que también podemos encontrar diversidad de supuestos en los que se podría o no configurar tal conducta ilícita; dependiendo del impacto que tenga la conducta desplegada en la esfera emocional tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo tan es así que aquel sujeto pasivo que se sienta intimidado o afectado emocionalmente con alguna conducta desplegada por algún sujeto activo, aun y cuando su conducta no vaya encaminada a intimidar al sujeto pasivo o no cause una afectación emocional en éste certeramente, puede querellarse por el hecho que él considera como intimidante. Pero también podemos encontrarnos en el supuesto de que alguna conducta desplegada por algún sujeto, que a pesar de querer ser intimidatoria no ocasione reacción alguna en el sujeto considerado como pasivo y por consiguiente no se sienta intimidado. De lo que se desprende que no hay precisión en cuanto a la conducta y en cuanto al resultado.

Sin embargo, en caso de que el sujeto pasivo se querellara por alguna conducta que consideró intimidante (existencia de elementos subjetivos), y para el sujeto activo resultó ser un ademán que realiza cotidianamente (existencia de elementos subjetivos), para ambos se tendría que demostrar la existencia efectiva de cada

uno de los elementos del tipo, elementos que no podrían ser demostrados de manera efectiva ya que también el legislador tendría que aportar elementos descriptivos que complementaran la conducta que se quisiera actualizar o desvirtuar y con ello se violentarían algún derecho o garantía de alguna de las dos partes. Precisamente por la vaguedad o ambigüedad de los términos empleados.

4.4. INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL DE AMENAZAS

En este estudio, considero que el tipo penal denominado Amenazas contemplado en el libro segundo, título décimo segundo, capítulo I, artículo 209 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, no respeta el Principio de Legalidad; ya que este tipo penal por sus características particulares y su estructura se considera dentro de la clasificación de los llamados “tipos abiertos”, y como vimos con antelación los tipos abiertos, si bien contemplan una conducta ilícita, lo hacen de una forma incompleta, que requiere que el juzgador no solo verifique la adecuación típica material de la conducta, sino que además para verificar la antijuridicidad de esa conducta necesita llevar a cabo un análisis complementario para valorar la circunstancias específicas en que se desarrolló la conducta, los elementos subjetivos o los elementos normativos necesarios para su debida tipificación. Es decir, el Juzgador necesita comprobar la existencia de los llamados “Elementos deber jurídico” o actualmente denominados “Elementos especiales de la antijuridicidad”. Por ello un tipo penal abierto no proporciona al gobernado seguridad jurídica ya que los términos insertos en la descripción típica sean subjetivos o normativos son imprecisos o ambiguos; lo cual no respeta el Principio de Legalidad, ya que la aplicación e interpretación de un tipo abierto da lugar a diversas opiniones que pueden llegar a ser incluso contradictorias.

Dado lo anterior es claro que el tipo penal de amenazas es inconstitucional pues en su descripción se pueden observar elementos imprecisos o ambiguos que requieren una valoración e interpretación por parte del juzgador. Es decir, cuando el legislador diseñó la conducta típica lo hizo empleando la palabra “amenace”, la

cual es el verbo rector de la conducta del tipo; sin embargo, en el propio Código Penal no se señala que se entiende por amenazar, ni cuales son los parámetros para calcular los grados de una amenaza, ni que requisitos deben cubrirse para tener un determinado comportamiento como amenaza y ningún otro dato claro y preciso que en forma inequívoca indique cuando se esta ante una amenaza. Esta imprecisión genera incertidumbre en el sujeto activo (imputado) respecto de lo que se puede considerar como amenaza y a su vez en el juzgador implica vaguedad al no poder señalar de primera mano lo que se puede considerar una amenaza; ya que en cada persona un determinado comportamiento representa distintos efectos. Verbigracia, el levantar una mano frente a alguien con quién se discute puede ser considerado como una amenaza.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El tipo penal, cualquiera que sea, tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida, debiendo el legislador utilizar un lenguaje claro y preciso, empleando elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda conocer su significado sin dificultad.

SEGUNDA.- Los tipos penales abiertos son figuras jurídicas que nacen imperfectas desde su creación por parte del legislador y consecuentemente sus efectos son imperfectos, violando el principio de legalidad que rige el sistema jurídico penal en el Estado democrático de derecho.

TERCERA.- La imperfección de los tipos penales abiertos puede ser corregida a través de una adecuada concatenación de la ley principal con leyes accesorias o secundarias que así lo permitan dada su estructura y su naturaleza legislativa. Sin embargo no podrán ser convalidados cuando no se encuentre en el cuerpo legal del sistema jurídico alguna norma que venga a definir el concepto que el tipo penal abierto omitió definir. En tales casos las normas penales serán claramente inconstitucionales.

CUARTA.- Aun cuando en la ley penal existen tipos que no están exhaustivamente definidos, estos no pueden considerarse tipos penales abiertos porque en su auxilio acuden otras normas que el legislador creó ex profeso para complementar el texto de la ley o en su caso auxiliar la interpretación del Ministerio Público o del juzgador.

QUINTA.- El tipo penal de Amenazas es claramente un tipo penal abierto porque en su texto se contienen elementos que son ambiguos y que no están aclarados o complementados en otra ley y por consiguiente para su interpretación se requiere un ejercicio de valoración en el aspecto subjetivo, lo que da lugar a

arbitrariedades. Por lo anterior el tipo penal de amenazas es inconstitucional y violatorio del principio de legalidad.

SEXTA.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma la existencia de los tipos penales abiertos o tipos en blanco, y refiere que estos son inconstitucionales cuando remiten a Leyes que no tienen éste carácter en sentido formal y material, apoyando así lo sustentado en la presente investigación.

SEPTIMA.- El artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero se contiene el Principio de Legalidad, y éste da protección al gobernado de que en caso de estar sujeto a proceso tendrá la seguridad que será juzgado de acuerdo a normas establecidas con anterioridad al hecho y por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

6.- PROPUESTAS

Se propone que el legislador al conceptualizar una determinada conducta delictiva se haga llegar de términos jurídicos claramente definidos y conceptos o palabras del lenguaje que sean claras y específicas para poder realizar la adecuación típica de un comportamiento sin cometer arbitrariedades e injusticias.

También se propone que el legislador en la norma sustantiva de pauta para dirigirse a los diferentes ordenamientos con los que se puede subsanar las deficiencias legislativas haciendo una interpretación armónica de la ley y acudiendo al texto de otros cuerpos legales de derecho positivo, lo anterior en virtud de que en muchos tipos penales ni siquiera remiten a la norma complementaria.

Otro aspecto importante es que los tipos penales abiertos no deben ser admitidos en un sistema jurídico penal del Estado Democrático de derecho porque su estructura representa vaguedad y ambigüedad e imprecisión, lo que rompe con el principio de legalidad en perjuicio del imputado y consecuentemente genera arbitrariedad, un exceso en la interpretación o una deficiencia en la aplicación de la ley, con la correspondiente generación de injusticia.

Así en el principio de legalidad consagrado en el artículo 14 Constitucional debería ser más explícito y concreto al establecer que toda persona deberá ser juzgada por normas expedidas con anterioridad al hecho, y las cuales deben estar descritas de forma exhaustiva.

Propongo que en el tipo penal de amenazas se integren los elementos descriptivos que definen a la conducta, es decir, todos aquellos elementos descriptivos por los que pueda entenderse la acción de amenazar y con ello evitar la vaguedad de la que es objeto.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Antolisei Franceso, Manual de Derecho Penal Parte General, Unión tipo Grafica, Edit. Hispanoamericana, Buenos Aires Argentina.
- 2.- Beccaria Cesare, De los delitos y de las penas, 4° reim. De la 3° ed., Edit. Temis, Bogotá Colombia, 2006.
- 3.- Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 4°ed, PPU, Barcelona, España 1994.
- 4.- Carrancá y Trujillo Raul, carranca y rivas raúl, Derecho penal mexicano, parte general, editorial porrua, vigésimo edición, 1999.
- 5.- Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 20° ed., Edit. Porrúa, México, 1999.
- 6.- Claus Roxin, Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979.
- 7.- Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, 2° ed. Alemana y notas por LUZON PEÑA DIEGO MANUEL, Tomo I, Edit. Civitas, 1997.
- 8.- Díaz Aranda Enrique. Dolo. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo y la Reforma Penal en México. Editorial Porrúa, México, 2000.
- 9.- Donna Edgardo Alberto, Teoria del Delito y de la Pena, Tomo I, Estrea, Buenos Aires Argentina, 1992.
- 10.- Foucault Michel, Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión, siglo XXI de España editores, s.a., Madrid España, 2008.
- 11.- FLORIS MARGADANT S.Guillermo, *“El Derecho Privado Romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea”*. 16° ed. Edit. Esfinge S. A. de C. V., México, 1989.
- 12.- Giuseppe Maggiore, Derecho Penal- El Delito, Vol. I, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1954.
- 13.- Islas de González Mariscal Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, Edit. Trillas, 2004, 5° ed.
- 14.- Jiménez de Asúa Luis, Principios de Derecho Penal, Edit. Sudamericana, Buenos Aires Argentina, 2005.

- 15.- Jiménez Martínez Javier, La estructura del delito en el derecho penal mexicano, 2° Ed. Edit. Ángel Editor, 2006.
- 16.- Jiménez Martínez Javier, Introducción a la Teoría General del Delito, Edit. Ángel Editor, 2002.
- 17.- López Betancourt Eduardo, Teoría del delito, 9° ed., Edit. Porrúa, México, 2000.
- 18.- Luna Castro José Nieves, El concepto de Tipo penal en México, 2° ed., Edit. Porrúa, México, 2000.
- 19.- Medina Peñaloza Sergio J. Teoría del Delito, causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva, Edit. Ángel editor, Toluca, México, 2000.
- 20.- Muñoz Conde Francisco, Teoría General del Delito, reimpression de la segunda edición. Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá Colombia. 1999.
- 21.- Raúl Zaffaroni Eugenio, Manual de Derecho Penal Parte General, 1° reimp., México 1991,, Edit. Cardenas Editor y Distribuidor, Ed. 4°.
- 22.- Reinhart Maurach, Derecho Penal, parte general, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible, traducción de la 7° edición alemana por JORGE BOFIL GENZSCH y ENRQUE AIMONE GIBSON, Edit. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1994.
- 23.- Reyes Calderón José Adolfo, Derecho Penal parte General, Guatemala.
- 24.- Reyes Echandía Alfonso, Tipicidad, Edit. Temis S.A., Santa Fe Bogotá Colombia, 1999.
- 25.- Urosa Ramírez Gerardo Armando, Teoria de la ley penal y del delito, Ed. Porrúa
- 26.- Von Litz, Franz,, Tratado de Derecho Penal, tomo II, Traducción de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid España 1916.
- 27.- Welzel Hans, Derecho Penal Aleman, Parte General, Ed. 11°, 4° Ed. Castellana, Edit. Jurídica de Chile, 1997.
- 28.- Zamora Jimenez Arturo, cuerpo del delito y tipo penal, Mexico, D.F. Angel editor, 2000, pg. 88

LEYES

- 29.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, JM editores, México, 2001.
- 30.- Código Penal para el Distrito Federal, México, 2009.
- 31.- Código Penal Federal, México, 2009.
- 32.- Jurisprudencia y Tesis Aisladas, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

DICCIONARIOS

- 33.- Cabanelas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, 2006.
- 34.- Diccionario Enciclopédico Quillet, Edit. Cumbre, S.A. tomo V
- 35.- García Pelayo y Groos Ramón, Pequeño Larousse ilustrado, Edit. Larousse, México.
- 35.- Ortiz Sánchez Mónica, Pérez Pino Virginia, Léxico Jurídico para estudiantes, 2º ed., Edit. Tecnos, Madrid España, 2004.