

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA

Teoría del delito

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



TEORÍA DEL DELITO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie G: ESTUDIOS DOCTRINALES, Núm. 192

Edición y formación en computadora al cuidado de Isidro Saucedo

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA

TEORÍA DEL DELITO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2000

Primera edición: 1998
Primera reimpresión: noviembre de 1998
Segunda reimpresión: septiembre de 2000

DR © 2000. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva, s/n
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-6604-3

Para Ade y Arantxa

ABREVIATURAS USADAS

CP	Código Penal
CPs	Códigos penales
CPF	Código Penal Federal
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LCDO	Ley Federal de Lucha Contra la Delincuencia Organizada

INTRODUCCIÓN

El análisis de las ciencias penales nos permite entrever la serie de materias que conforman su contenido, algunas con un carácter eminentemente dogmático y otras puramente técnicas, pero al referir sus contenidos es preciso ubicar a la parte de la ciencia encargada de efectuar la tarea de análisis y sistematización de su contenido, siendo la teoría la encargada de aportar las explicaciones respectivas.

Al referir el término de teoría, surge a la mente una serie de conocimientos lógicamente estructurados que tratan de explicar determinados fenómenos, precisamente la teoría es el área del conocimiento que nos permite aprehender y comprender en toda su extensión a los contenidos del delito. No obstante que con cierta frecuencia escuchemos el reclamo de los postulantes en el sentido de que la teoría no vale, sino la práctica, es inconcuso que esta última no tiene mayor valor sino cuando encuentra un fundamento en los postulados teóricos que norman los diversos procesos y trámites que se desarrollan en la práctica, además de ser el fundamento y dirección de la ley.

En efecto, existe una patente necesidad de supeditar precisamente el origen de las leyes penales a la ciencia del derecho penal, en virtud de que cuando las reformas legales no se hacen tomando como referencia a la dogmática, entonces se traducen en reformas que no tenderán a facilitar la construcción jurídica para llevar una mayor seguridad en la aplicación del derecho, sino que serán reformas inconsultas con una clara tendencia a engrosar la ley, disminuyendo la seguridad jurídica en la aplicación de ésta.

Al referir una teoría del delito, resulta difícil concluir o inclusive avisar si ésta se refiere a una sola clase de postulados, o si debemos de partir del análisis de las teorías que se han propuesto para explicar sus contenidos, partir de la primera consideración sería una labor muy limitada, pues si recordamos que el derecho es una parte de las ciencias sociales y éstas no

son exactas, entonces sus contenidos habrán de variar en la medida de las diversas posturas que se propongan sobre cada uno de los conceptos, principios, fórmulas o instituciones sujetas a análisis

La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano, sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no sólo alcanza a los “delitos”, sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal; entonces, será objeto de análisis de la teoría del delito aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como los casos extremos en los que no obstante existir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el comportamiento humano resulte justificado, no reprochable, o bien, no punible.

Atento a lo anterior, la teoría del delito guarda una gran cautela en torno a los elementos que constituyen a cada uno de los tipos penales contenidos en la parte especial de un código o de una ley, pues el objeto de análisis son las categorías comunes a todo comportamiento punible. En este sentido, la dogmática penal identifica a la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, como elementos del delito, que para nosotros constituyen más bien las categorías sobre la base de las cuales se realiza el estudio del delito y de la teoría del delito.

La proyección de la teoría del delito sobre el derecho penal, específicamente sobre la ley penal, no es ni ha sido siempre la misma. En el transcurso de la historia las reformas legales incorporan nuevos conceptos acuñados por diversas teorías, tal es el caso del tema relativo a los delitos impropios de omisión, que en nuestro país no existía formalmente en el Código Penal Federal sino hasta 1994, no obstante que algunos CPs ya la contemplaban, así como la ubicación del dolo y la culpa en el tipo penal, tal y como se desprende del contenido del artículo 7° del CPF y del artículo 168 del CFPP.

Los cambios introducidos a partir de las últimas décadas contrastan con el anterior contenido tradicional del CPF, sobre todo porque desde los orígenes de la codificación penal mexicana existió la tendencia de adoptar posturas eminentemente clásicas o bien causalistas; en tal virtud, desde el primer código nacido en 1871, pasando por el de 1929 hasta el actual de 1931, se adoptaron postulados clásicos y neoclásicos, siendo un ordenamiento que por el momento mismo de su origen, ignoraba en toda medida las tendencias finalistas, circunstancia que reflejó en gran medida la corriente adoptada y defendida por los más de los autores mexicanos, los cuales en

su mayoría siguen siendo fervientes defensores de la tradición clásica, neoclásica y causalista del derecho penal, salvo escasas excepciones.

En atención a lo anterior, el contenido del actual CPF incluye conceptos como la culpa y dolo, los cuales originalmente se expresaban a nivel de imprudencia e intencionalidad respectivamente, siendo hasta la década de los noventas que se incorporó la denominación de dolo y culpa, superándose el controvertido concepto de la preterintención,¹ e introduciéndose una clara posición subjetiva respecto de la culpa en oposición a los postulados objetivistas que daban fundamento a ésta en su modalidad de imprudencia, negligencia, falta de reflexión o falta de cuidado, circunstancia que complicó en gran medida la idea de preterintención que a pesar de su criticado contenido se defiende con gran pasión, más por tradición que con fundamentos, por algunos autores basados en postulados de origen clásico, neoclásico y causalista y sobre todo en cuestiones eminentemente objetivas vinculados con la culpabilidad.

El contenido de la presente obra se efoca al análisis de los principales postulados en materias como el origen y la evolución de la teoría del delito, el comportamiento humano penalmente relevante, la tipicidad, la antijuridicidad, el dolo, la culpa, la culpabilidad, las consecuencias jurídico penales, la autoría, la participación, la unidad y la pluralidad de delitos, con el objetivo de permitir al lector un acercamiento general en el estudio de la teoría del delito, a partir de bases generales que permitan conocer sus principales conceptos.

De igual manera, decidimos incorporar en la parte final lo que denominamos las tendencias de las disposiciones legales mexicanas a finales del siglo XX. Dicho capítulo se divide en tres partes; la primera toca el tema de la justicia penal constitucional. Incorporar este apartado en un libro de teoría del delito, alude a la relevancia de dicha materia desde la perspectiva de las garantías constitucionales, la cual, en nuestro país, influye en buena medida en los contenidos de las leyes penales, sobre todo a partir de la inclusión a nivel constitucional de conceptos como delitos graves, tipo penal, aseguramiento de bienes, decomiso, libertad provisional, caución, derechos de la víctima, delincuencia organizada, comunicaciones privadas y otros tantos

¹ La preterintencionalidad se define como “cuando se causa un daño mayor al que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado”, para Jiménez de Asúa, la esencia de ese anómalo concepto se inicia con el debate en torno a la existencia de un dolo preterintencional, o bien, entre el concurso del dolo y de la culpa, dominando la idea de que se trata de delitos calificados por el resultado, *La ley y el delito*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1945, pp. 479 y ss.

conceptos que sería prolijo enunciar. Aun cuando las reformas en estos rubros son múltiples, destacan las correspondientes a la década pasada en virtud de la nueva tendencia que proyecta su contenido.

En relación con lo anterior, el 3 de septiembre de 1993, aparecieron publicadas una serie de reformas a los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución, las cuales ocasionaron lo que nosotros llamamos una verdadera revolución en materia penal, es decir fueron superadas infinidad de fórmulas constitucionales que tenían vigencia en la administración y procuración de justicia penal mexicana.

Por otra parte, abordamos la nueva tendencia del Código Penal Federal, sobre todo a la luz de las reformas del diez de enero de 1994, las cuales entraron en vigor el primero de febrero de 1994, y provocaron un cambio trascendental para el derecho penal mexicano, al introducirse una serie de conceptos novedosos y eliminar ciertas fórmulas que resultaban contrarias a los principios planteados por la moderna dogmática penal.

En tercer lugar, incluimos algunas consideraciones sobre la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en virtud de que su contenido nos permite afirmar la existencia de un nuevo derecho penal mexicano, sólo válido para el caso de delitos cometidos bajo la esfera de la delincuencia organizada; este calificativo alude a los principios, fórmulas y conceptos que engloban, los cuales difieren de buena medida con la tradición jurídica mexicana.

El presente trabajo de investigación pretende ser un modesto aporte respecto del conocimiento de la teoría del delito, confesamos que quizás hallamos quedado lejos de un análisis profundo como el que amerita la temática, cuestión por la cual de antemano realizamos esta advertencia y solicitamos una adelantada disculpa por los excesos o defectos en los que hallamos incurrido en su redacción.

Por último, sólo nos restaría conservar la esperanza de que las líneas contenidas en la presente investigación puedan ser una modesta aportación al conocimiento y estudio de un tema tan importante como la teoría del delito, además de una herramienta útil para la enseñanza de ésta.²

2 Agradezco la labor de apoyo de la joven abogada Évelyn Luz Acevedo Bravo para la localización y selección de buena parte de las fuentes de información incluidas en el presente libro.

I. LA TEORÍA DEL DELITO

1. SENTIDO

La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad³ de un comportamiento humano sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no sólo alcanza a los “delitos” sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal, entonces, será objeto de análisis de la teoría del delito aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como los casos extremos en los que no obstante existir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el comportamiento humano resulte justificado, no reprochable, o bien, no punible.

En los términos anteriores, resulta conveniente referir los presupuestos de punibilidad, circunstancia que nos remite al análisis sistemático de la ley penal, pues en dicho lugar es donde guardan cabida los tipos penales en su modalidad de “descripción de comportamiento, elaborada por el legislador, bajo cuya base puede sobrevenir una pena o medida de seguridad”,⁴ también resulta conveniente revisar aquellos preceptos legales que no obstante estar inmersos en una disposición de carácter eminentemente administrativo, contemplan tipos penales.⁵

³ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 263 y ss.

⁴ Olga Islas de González Mariscal aporta al respecto una depurada idea en torno al tipo, al señalar que es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, 2ª ed., México, Trillas, 1985, p. 25.

⁵ En este sentido nos referimos a los tipos penales contenidos en el Código Fiscal de la Federación, la Ley General de Población, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de entre una amplia gama.

La teoría del delito guarda una gran cautela en torno a los elementos que constituyen a cada uno de los tipos penales contenidos en la parte especial de un código o de una ley, pues el objeto de análisis son las categorías comunes a todo comportamiento punible.⁶ En este sentido, la dogmática penal identifica a la acción,⁷ la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad,⁸ como elementos del delito, que para nosotros constituyen más bien las categorías sobre la base de las cuales se realiza el estudio del delito y de la teoría del delito.

También existen opiniones en el sentido de que la teoría del delito debería partir de la acción como base de las categorías del delito y analizar el tipo; sin embargo, los elementos metajurídicos de los tipos penales, a pesar de no estar plenamente descritos en la ley juegan un papel de vital importancia en su construcción. Tal es el caso de la norma jurídica, o bien, de las causas de justificación que anulan a la antijuridicidad. Al respecto, el CPF en el artículo 17 señala que “las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento”, con lo cual se pretende evitar una aplicación fría y abstracta de la ley.⁹

6 *Idem.*

7 Algunos autores prefieren hablar de acción en tanto otros de conducta, sin embargo debe quedar claro que sea cual sea el concepto utilizado debe dejar la posibilidad de englobar comportamientos a nivel de acción, omisión y de la llamada omisión impropia, por nuestra parte consideramos conveniente hablar de acción a nivel de un supraconcepto que da cabida a la acción, la omisión y la omisión impropia.

8 Respecto de la punibilidad existe un amplio e importante estudio realizado por Olga Islas con el cual estamos en total acuerdo y refiere la distinción entre los términos pena, punición y punibilidad, siendo la pena “la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano Ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización”, en tanto la punición es “la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad”, en este caso, la única objeción a la definición propuesta por Islas radica en no considerar el principio de legalidad en la punición, traducido en la fórmula *nulla poena sine lege*, rectora de la imposición de la pena, pues la pena sólo puede ser impuesta a partir de los límites establecidos en la ley. Finalmente, Islas entiende por punibilidad “la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste”, de donde deriva la posibilidad de aplicar tres tipos de magnitudes de la punibilidad, una para los tipos dolosos de consumación, otra para los culposos de consumación y finalmente para los de tentativa. *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal, op. cit.*, pp. 22-23.

9 Para explicar las causas de justificación, Jescheck cita el famoso caso de Mignonette, en el cual un tribunal inglés tuvo que juzgar la conducta de dos marineros náufragos que, tras haber sufrido largas privaciones, habían matado en su necesidad a un compañero agonizante, de cuyo cuerpo se alimentaron hasta ser rescatados. El tribunal impuso primeramente la pena de muerte, pero después la sustituyó en vía de gracia por una pena de privación de la libertad por seis meses. *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 264.

Por otra parte, el Código Federal de Procedimientos Penales prevé en el artículo 168, tercer párrafo, la necesidad de constatar previamente si no existe acreditada, en favor del inculpado, alguna causa de licitud, y en materia de responsabilidad penal plantea la exigencia de datos suficientes para hacer probable la culpabilidad, siendo sorprendente la variante en el sentido de la calificación señalada por el Código Penal al referirlas como causas de exclusión del delito, en tanto el Código Procesal las aborda considerándolas causas de licitud, que sólo incluyen en este supuesto las de justificación que en su caso anulan la posibilidad de estar ante la antijuridicidad.

Al afirmarse que la ciencia del derecho penal engloba a la teoría del delito, se adopta una clara postura en el sentido de atribuirle un origen derivado de la ley penal, lo cual es tanto como otorgarle una naturaleza meramente positiva, pues en el derecho penal cobra bases en la teoría del delito cuyo contenido se ha incorporado paulatinamente a los preceptos legales, en este orden de ideas, las categorías de acción y omisión, la tipicidad (necesaria para fundar una imputación penal), la antijuridicidad y la culpabilidad, se encuentran plenamente recogidas por el legislador e inmersas en la ley penal, bajo cuya ausencia resulta absurdo plantear la posibilidad de la existencia de un delito y de una consecuencia jurídico penal.

La proyección de la teoría del delito sobre el derecho penal, específicamente sobre la ley penal, no es ni ha sido siempre la misma, pues vemos cómo en el transcurso de la historia las reformas legales incorporan nuevos conceptos acuñados por diversas teorías, tal es el caso del tema relativo a los delitos impropios de omisión, que en nuestro país no existía formalmente en el Código Penal Federal sino hasta 1994, no obstante que algunos CPs de los estados ya la contemplaban, así como la ubicación del dolo y la culpa en el tipo penal como consecuencia de la ubicación del comportamiento humano, traducido en la acción, omisión u omisión impropia, dentro del tipo penal, tal y como se desprende del contenido del artículo 7o. de CPF y del artículo 168 del CFPP, al establecer que en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo.

En estos casos, se considerará al resultado como consecuencia de un comportamiento omisivo, cuando se determine que quien omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato de su

propio actual precedente, lo cual es una muestra clara de la incorporación por parte del legislador de la calidad de garante, sujeta a los postulados que ya Maurach planteaba en el sentido de atribuirla a cuestiones legales, contractuales, de vida o a ciertas comunidades de peligro, en que ha sido colocado el sujeto activo para proteger un determinado bien jurídico.

En el mismo tenor se encuentra la reforma de 1994 al artículo 168 del CFPP en materia de los elementos del tipo, al señalar que consistirán en: la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; la forma de intervención de los sujetos activos; y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante, a partir de 1999 se introdujo el concepto de cuerpo del delito, mismo que se integra al conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.

Lo anterior, nos orilla a pensar en una nueva tendencia de las leyes penales mexicanas al considerar a la acción y a la omisión dentro del tipo penal, así como al dolo y la culpa como aspectos de la acción, es decir se integra al tipo penal acción y dolo, postulados que representan pilares fundamentales del finalismo, unido a los restantes elementos del tipo penal que retoman con gran precisión los postulados que sobre la teoría se mantienen en la actualidad como dominantes.

Los cambios introducidos a partir de los últimos 10 años, contrastan con el anterior contenido del CPF, sobre todo porque desde los orígenes de la codificación penal mexicana existió por tradición una clara tendencia por adoptar posturas eminentemente clásicas o bien causalistas; en tal virtud, desde el primer código nacido en 1871, pasando por el de 1929 hasta el actual de 1931, se adoptaron postulados clásicos y neoclásicos, siendo un ordenamiento que por el momento mismo de su origen, ignoraba en toda medida las tendencias finalistas, circunstancia que reflejó en gran medida la corriente adoptada y defendida por muchos autores mexicanos.

2. EL DERECHO PENAL Y LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

La denominación de derecho penal es un término relativamente novedoso, pues fue hasta principios del siglo XIX que se empezó a utilizar en sustitución de “derecho criminal”, el cual aludía al crimen, la tendencia de los autores en nuestro país ha sido (desde sus orígenes como Estado independiente en el siglo XIX) adoptar el término derecho penal.

De igual manera encontramos la tendencia por el manejo de conceptos como derecho criminal, derecho de defensa social, derecho represivo, principios de criminología y derecho protector de los criminales.

Al abordar el derecho penal debemos partir del supuesto de que comprende dos aspectos fundamentales como son el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo, el primero refiere el conjunto de normas jurídicas, en tanto el segundo alude al derecho a castigar o lo que podríamos considerar como la facultad del Estado para crear y aplicar en los casos concretos las normas penales, modernamente vista como una potestad del Estado desde la óptica de la punición y de ejecutar las sanciones y medidas de seguridad.

Al definirse el derecho penal objetivo, resulta conveniente citar a Von Liszt para quien el derecho penal es “el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen, como hecho, a la pena como legítima consecuencia”, en tanto para Jiménez de Asúa “es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma, una pena o una medida de seguridad”, ambos autores destacan la presencia de normas jurídicas a nivel de presupuesto de existencia del derecho penal, cuestión válida, pues indiscutiblemente la distinción entre la esfera de la teoría y de la ley se marca precisamente por el nivel en el cual la encontramos.

Para Eugenio Cuello Calón “es el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente”, en tanto para Pessina “es el conjunto de principios relativos al castigo”, resaltando en estas definiciones la clara diferencia en torno a la concepción del derecho penal como conjunto de leyes, conjunto de principios, así como al castigo por la consecuencia necesaria del delito, y al derecho penal como el elemento definidor de ambos, con lo cual olvidan que el derecho penal también contempla infinidad de temas entre los cuales podemos mencionar las medidas de seguridad; las causas de justificación, de atipicidad, de

inculpabilidad y de extinción de la pretensión punitiva por parte del Estado, por lo cual su definición se mantiene muy restringida.

Por otra parte, Pavón Vasconcelos lo define como “el conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”,¹⁰ idea acorde con la propuesta de Castellanos Tena, autor que lo conceptualiza como “la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social”.¹¹

En el caso de autores como Maggiore, la expresión derecho penal se utiliza para designar “el conjunto de normas penales, como a la ciencia del derecho penal, estimada como aquella rama del conocimiento humano integrada por un acervo de conceptos jurídicos de naturaleza intelectual, puede referirse al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena”,¹² concepción amplia del derecho penal que funde en su concepción el aspecto dogmático con el aspecto legal y por ende le atribuye el carácter de sinónimo de ciencia del derecho penal.

Desde una vertiente diversa, Rodríguez Devesa entiende al derecho penal en dos vertientes “a) como conjunto de normas (derecho penal objetivo, *ius poenale*), b) como facultad (derecho penal subjetivo, *ius puniendi*)”,¹³ afirmación que posibilita la distinción del derecho penal objetivo y subjetivo, es decir la definición de los delitos y la pretensión punitiva del Estado.

En un sentido más depurado, Jescheck considera al derecho penal como

la materia que determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Prevé, asimismo, que delito puede ser presupuesto de medidas de mejora y seguridad y de otra naturaleza.¹⁴

Postura a la que se adhiere Mir Puig al definirlo en el sentido de “normas jurídicas que asocian al delito como presupuesto, penas y (o) medidas de

¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, 5ª ed., México, Porrúa, 1982, p. 17.

¹¹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1963, p. 23.

¹² Maggiore, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1954, p. 3.

¹³ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981, p. 7.

¹⁴ Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, vol. I, p. 15.

seguridad, como consecuencia jurídica”,¹⁵ concepción que admite no sólo a las penas, sino también a las medidas de seguridad como integrantes del derecho penal.

Con un claro énfasis en el derecho penal subjetivo, Juan del Rosal lo define como “aquella parte del ordenamiento jurídico positivo que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado, a causa del hecho cometido, penas y otras medidas afines, ante y postdelictuales, y según la personalidad del autor”.¹⁶

Atento a lo anterior, el concepto de derecho penal amerita en primera instancia delimitar que el manejo del concepto no es algo plenamente extendido a nivel mundial, sino que existen diversas acepciones para la misma materia; así, algunos sistemas jurídicos adoptan conceptos como derecho criminal, derecho de defensa social, derecho represivo, principios de criminología, derecho protector de los criminales, entre otros con los cuales se trata de referir lo que la doctrina mexicana define como derecho penal.

a) *Derecho criminal*. Utilizar este concepto resulta restringido en atención a que el derecho penal no sólo enfoca su atención a los criminales, sino que también le interesa la situación de la víctima, así como el aspecto relativo a las penas y medidas de seguridad. En algunos países, sobre todo en los europeos y en los Estados Unidos de América, se utiliza dicha terminología, en atención al contenido mismo de las leyes penales que en su mayoría refieren el concepto de crimen y no el de delitos, como suele suceder en países como el nuestro.

b) *Derecho represivo*. Es un término criticable en atención a que la función primordial del derecho penal en un Estado democrático no es propiamente la represión, sino la tutela de bienes jurídicos sobre la base de consecuencias jurídicas aplicables a los transgresores de los principios inmersos, sólo siendo admisible una denominación en tal sentido para aquellos regímenes de gobierno totalitarios.

c) *Derecho de defensa social*. Denominación utilizada sobre todo en algunos códigos vigentes en el continente americano, pretendiendo extender una postura originada en Cuba por José Agustín Martínez, en la cual la pena impuesta al delincuente era vista con un papel eminentemente retributivo y ejemplar.

¹⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, p. 11.

¹⁶ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, Madrid, Villena, 1978, pp. 16-17.

d) *Principios de criminología*. Es un término desafortunado puesto que una cosa es el estudio del hombre delincuente y otra cosa diversa el análisis de los tipos penales, penas y medidas de seguridad, siendo por demás ambicioso pretender restringir el derecho penal a simples principios de criminología, sueño que los criminólogos críticos han mantenido durante muchos años, con la recurrente manifestación de la necesidad de hablar de una criminología y de la desaparición del derecho penal.

e) *Derecho protector de los criminales*. Aceptación que en gran medida deja fuera aspectos relevantes del derecho penal, pues no sólo se ocupa de la definición de los derechos de los delincuentes, sino también de los de la víctima y del ofendido, así como de los temas relativos a la protección de bienes jurídicos y la definición de las penas y medidas de seguridad. Pretender enfocar al derecho penal como un medio de protección de los criminales es desvirtuar su esencia y contenido; además, no existe para los criminales mayor protección en comparación con la que generalmente se otorga al resto de la sociedad.

f) *Derecho penal*. Al respecto, se han emitido infinidad de críticas, *v. gr.*, la relativa a que dicho concepto sólo refiere como contenido las penas, dejando fuera una amplia gama de temas, por ejemplo, la protección de bienes jurídicos, las medidas de seguridad, la autoría, la participación, la pretensión punitiva del Estado, el delito y la responsabilidad penal. En consecuencia, una definición de derecho penal debe presentarse con una amplitud que admita la presencia de los anteriores conceptos a fin de resultar una aceptación adecuada y ser factible de utilizarla en lo subsecuente, dejando de lado totalmente las restantes denominaciones.

Por otra parte, suele confundirse con cierta frecuencia a la ciencia penal con el derecho penal, incluso, algunos autores utilizan el término de manera arbitraria, tal como si fuesen sinónimos, a pesar de ser conceptos diversos, basados en la costumbre y la brevedad, con lo cual provocan que con frecuencia o en las más de las veces se le otorgue dicho tratamiento.¹⁷

En efecto, la teoría entiende a la dogmática penal en un sentido meramente positivista y en tal situación se le atribuye un método que puede calificarse de conformista y hasta de reaccionario como el positivismo en general, siendo que la utilidad de la dogmática penal es precisamente provocar la construcción de conceptos que posibiliten la aplicación del

¹⁷ Para Zaffaroni: "en tanto tengamos en cuenta la diferencia conceptual, la falla no pasará de ser una mera cuestión de nomenclatura". *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 25.

derecho penal de manera segura y previsible, a fin de sustraerlo de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación.

Para Luis Jiménez de Asúa, la dogmática jurídico penal “consiste en la reconstrucción del derecho vigente con base científica”,¹⁸ de donde se desprende la posibilidad de construir la dogmática penal en la base del derecho vigente, circunstancia que nos obligaría a supeditar precisamente el contenido de una ciencia en torno a la voluntad manifiesta del legislador. El mismo autor refiere de igual forma el rechazo de la idea de un derecho superior y racional por encima del vigente, lo que sería a su entender resucitar el derecho natural, ya sepultado.

Lo anterior nos parece difícilmente explicable pues durante décadas se ha manifestado la necesidad de supeditar precisamente el origen de las leyes penales a la ciencia del derecho penal, en virtud de que cuando las reformas legales no se hacen tomando como referencia a la dogmática, entonces se traducen en reformas que no tenderán a facilitar la construcción jurídica para llevar una mayor seguridad en la aplicación del derecho, sino que serán reformas inconsultas, circunstanciales, apresuradas, tendientes a engrosar la ley, disminuyendo la seguridad jurídica en la aplicación de ésta.¹⁹

Por otra parte, entender a la ciencia del derecho penal como algo derivado de la ley es una concepción demasiado restringida, a la vez de inadmisibles, en virtud de que la ciencia del derecho penal está integrada por materias como: a) las normas jurídicas penales; b) los delitos; c) las puniciones; d) las penas; e) las medidas de seguridad; que en su conjunto integran el objeto cuya explicitación, lógicamente estructurada, es la ciencia del derecho penal.²⁰ En consecuencia, la ciencia del derecho penal se integra obviamente con las teorías explicativas de las cinco materias que constituyen el derecho penal, es decir, la teoría de la ley penal; la del delito; de las puniciones; la de las penas y la de todo lo concerniente a las medidas de seguridad.

Postura con la cual coincide la opinión de Castellanos Tena, al afirmar que la ciencia del derecho se escinde en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretenda darle; la parte general se divide en introducción, teoría de la ley penal, teoría del delito y teoría de la pena y medidas de seguridad, la teoría del delito comprenderá fundamentalmente generalidades sobre la definición, concepto, elementos positivos

18 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 23.

19 Zaffaroni, *Teoría del delito*, op. cit., p. 25.

20 Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., p. 13.

y negativos; la vida del delito, la participación y el concurso, el autor se adhiere a una clara orientación docente que debemos entender en un amplio sentido, cuestión por la cual señala el contenido temático de la ciencia del derecho penal, más que el conjunto de teorías que la integran.

Otro sector de la doctrina destaca la presencia de la dogmática y la sistemática del derecho penal, como es el caso de Jiménez de Asúa, para quien el derecho penal es la ciencia del deber ser, la dogmática jurídico penal consiste en la reconstrucción del derecho vigente con base científica y se edifica sobre el derecho que cambia al adaptarse progresivamente a las conductas de hoy.²¹ La sistemática del derecho penal la plantea en tres partes: la introducción, la parte general y la parte especial. En la parte general sitúa a la ley penal, al delito, al delincuente y a la sanción, postura a la cual se adhiere Pavón Vasconcelos.²²

Atento a lo anterior, la sistemática del derecho penal tendrá como consecuencia un contenido referido a:

- Introducción
- Teoría del delito
- Teoría de la ley penal
- Teoría de las penas
- Teoría de las medidas de seguridad

También, Carrancá y Trujillo considera a la ciencia del derecho penal como “el conjunto sistemático de principios relativos al delito y a la pena”, en tanto para Eugenio Cuello Calón, constituye “la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y al delincuente como sujeto activo y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación al orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden”. Lo cual significa que en tanto el derecho penal procede mediante el análisis de las categorías jurídicas concretas, en relación con los conceptos de delito, delincuente, pena y medidas de seguridad, la ciencia del derecho penal sistematiza dichos conceptos para lograr una noción universal y abstracta del delito. Asimismo, mediante la aplicación del método científico, o sea el jurídico, se abarca el

²¹ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 256.

²² Para Pavón Vasconcelos, la ciencia del derecho penal es “el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad”, la sistemática engloba a la teoría del delito en la parte general del derecho penal y la integra con los conceptos de “delito, presupuestos, elementos, aspectos negativos y las formas de aparición”, *Manual de derecho penal mexicano*, op. cit., pp. 29-33.

delito como fenómeno humano social y jurídico, al delincuente como ser corpóreo y no un mero ente conceptual y a la pena como una consecuencia política y social del delito aplicada según los fines que con aquélla se persiguen.

Para Ignacio Villalobos, en la actualidad existe una ciencia del derecho penal que ha llegado a formar un sistema de principios que fijan la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva del Estado, en tanto la ciencia del derecho penal comprende en su ámbito a la dogmática, es mucho más que aquélla y, adhiriéndose a Maggiore, señala que no es sólo reflexión sobre la ley formada, sino que es preparación de la ley, es decir, precede a la formación de ésta y los conceptos del derecho positivo, señalando las ideas que hay que hacer efectivas; “como ciencia debe ser universal y no sólo referida a un ordenamiento particular; y como ciencia del derecho penal ha de ser no solamente lógica y exegética, sino axiológica, ontológica, crítica y creadora”.²³

En estos términos, la ciencia del derecho penal “se integra con las teorías explicativas de las cinco materias que constituyen el derecho penal, es decir la teoría de la ley penal, la del delito, la de las punitivas, la de las penas y la de todo lo concerniente a las medidas de seguridad”,²⁴ de lo cual se desprende una primera distinción entre el derecho penal y la ciencia del derecho penal, en virtud de que ésta comprende las teorías explicativas de manera sistemática sobre diversas materias que al ser recogidas por el legislador e integradas a la ley penal, constituyen el derecho penal.

Por otra parte, definir el derecho penal nos obliga a puntualizar que podemos analizarlo desde una perspectiva objetiva y subjetiva, la primera referida al conjunto de normas penales y la segunda en alusión al derecho del Estado a castigar y aplicar la ley.

El derecho penal subjetivo implicará la presencia de un derecho penal objetivo en ausencia del cual éste no puede existir, por ende podemos establecer la relación de presupuesto y consecuencia entre ambos, pero anterior a todo la existencia de la ciencia del derecho penal.

Otra distinción entre ciencia del derecho penal y el derecho penal estriba en que la ciencia del derecho penal constituye la explicación lógicamente estructurada de las categorías que comprende el derecho penal con un origen previo a la ley, mientras que el derecho penal deriva de la propia ley.

²³ Maggiore, *Derecho penal*, op. cit., t. I., pp. 26, 61 y 63.

²⁴ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 13.

Lo anterior sirve de fundamento para que autores como Zaffaroni consideren que cuando las valoraciones se van apartando de las pautas sociales, se presenta un peligroso síntoma de la aproximación a una situación de guerra, por lo general, no sólo se ataca a la dogmática, sino que se van evitando las consecuencias extradogmáticas. La respuesta a lo anterior sólo puede consistir en afirmar que una sana política criminal no puede ignorar la realidad social y el respeto en el grado máximo posible la diversidad de pautas sociales.²⁵

3. UBICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LAS CIENCIAS PENALES

Para referir la teoría del delito es necesario establecer con precisión su ubicación. En virtud de constituir un concepto eminentemente penal, se encuentra inmerso en la ciencia penal, ya que es ésta la que engloba al conjunto de teorías explicativas de los conceptos penales fundamentales.

La ciencias penales se han clasificado de diversas formas, así, existen aquellos que refieren un contenido en el sentido de englobar a la teoría del delito como un aspecto inmerso en la dogmática penal que, como especie, pertenece al derecho penal,²⁶ en tanto que para otros autores, como es el caso de Olga Islas de González Mariscal,²⁷ la incluyen dentro de la ciencia del derecho penal que, a su vez, se encuentra inmersa en la ciencias penales, siendo la teoría del delito una de las teorías explicativas que la conforman, opinión válida por ser la más ampliamente extendida en la actualidad.

4. CATEGORÍAS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DELITO O ELEMENTOS DEL DELITO

La teoría del delito contempla categorías que resultan fundamentales para su conformación, en tales términos encontramos al comportamiento huma-

²⁵ Zaffaroni, *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 30.

²⁶ Jiménez de Asúa Luis, *La ley y el delito*, *op. cit.*, p. 25.

²⁷ Islas de González Mariscal señala al respecto que “Las categorías relativas a: las normas jurídico penales, los delitos, las puniciones, las penas y las medidas de seguridad, integran en su conjunto el objeto cuya explicación, lógicamente estructurada, es la ciencia del derecho penal. Cabe advertir que se está haciendo referencia a dos áreas diferentes: por un lado, el objeto de conocimiento (derecho penal), constituido por las normas penales, los delitos, las puniciones, las penas y todo lo inherente a las medidas de seguridad; por el otro, el sistema conceptual (ciencia del derecho penal) elaborado acerca del conocimiento de ese objeto”, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, *op. cit.*, p. 13.

no,²⁸ la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, los cuales se exponen en el orden antes señalado con el fin de cumplir una función metódica desde el principio hasta el final, es decir, cada uno de los conceptos requiere analizarse según dicho ordenamiento para así lograr un sistema que permita pensar un hecho calificado como delictivo.

Por otra parte, resulta interesante determinar los postulados y las teorías que pueden ser de utilidad para analizar esas categorías, además de la concepción que a la luz de cada una de ellas pueda formularse. Iniciemos con la evolución de la teoría en Alemania, para lo cual debemos empezar con el modelo propuesto por Liszt y Beling, correspondiendo a un periodo denominado clásico de la teoría del delito. El antecedente del modelo propuesto por dichos autores se puede localizar los postulados que a mediados del siglo XIX Stübel defendía sobre la distinción entre injusto e imputación del hecho. Posteriormente, Luden establece una noción tripartita de delito entendiéndolo con las categorías de acción, antijuridicidad y culpabilidad, las cuales Liszt y Beling, retoman y complementan.

Hasta entonces, los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad aún no alcanzaban un desarrollo que permitiera su diferenciación, por lo cual eran confundidos con el concepto de imputación.

En materia de antijuridicidad fue Ihering quien en 1867 propuso para el derecho civil el concepto de antijuricidad objetiva, al determinar la irrelevancia de la culpabilidad en ciertas infracciones que provocan consecuencias jurídicas.

Este concepto de antijuridicidad se hizo manejable en el derecho penal y se introdujo en la estructura de la teoría del delito, significando el abandono de la teoría de la imputación. Binding, para entonces, estableció la separación del derecho penal y del concepto de antijuridicidad, dándole significado autónomo, al establecer que la acción punible no vulnera directamente a la ley penal, sino que se dirige en contra de la norma inmersa en la misma, vulnerando los mandatos o prohibiciones que a nivel de norma contiene, de tal manera que la teoría del injusto debe aprenderse a partir del análisis de dichas normas.

En lo relativo a la culpabilidad, sus antecedentes se remontan a Merkel, quien no obstante seguir los postulados de la teoría tradicional de la imputación, fue el primero en reunir el dolo y la imprudencia bajo el

²⁸ Que para algunos es una conducta o bien una acción que engloba tanto comportamientos positivos (acción) como negativos (omisión), incluso a la omisión impropia o también llamada comisión por omisión.

concepto de determinación contraria al deber, en tanto que Berner fue quien situó en la base de la estructura de la teoría del delito el concepto de acción frente al cual “todo lo demás que se dice del delito” es únicamente “predicado”.

La tipicidad se transformó en un contenido descriptivo, superando su conceptualización como una mera “adecuación de la conducta al supuesto descrito por el legislador y contenido en la ley penal”.

En estos términos, surge a principios de siglo el concepto belingniano del delito entendiéndolo como continente de las categorías “acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad y ajustada a ciertas condiciones objetivas de punibilidad”,²⁹ de donde se desprendió la llamada concepción clásica del delito, la cual estuvo caracterizada por una “estructura sencilla y también didácticamente ventajosa”,³⁰ que a la postre fue plenamente rebasada por lo limitado de sus explicaciones.

Resumiendo: la teoría del delito se plantea en Alemania en tres épocas: la clásica, la neoclásica y el finalismo. En cada una existirán postulados en torno a la concepción del delito, específicamente en materia de las categorías de acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Desde la primera década de los años treinta del siglo XX, Welzel³¹ había abandonado la corriente clásica y neoclásica del delito, construyendo una nueva idea respecto de la acción humana, a la cual consideró el eje central de la teoría del delito. La nueva teoría planteó una tajante separación entre el mundo de lo real y el mundo formal. En este sentido, el concepto final de acción fue equiparado al dolo y, por ende, el dolo debería pertenecer al tipo, al igual que los restantes elementos subjetivos, en atención al papel del tipo visto como continente de los elementos tomados como base para la punibilidad.³²

En cuanto a la culpabilidad, su subjetivización resultó del cambio de la ubicación de dolo, lo cual condujo al cambio del concepto material del

²⁹ Von Belling, Ernest, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944, pp. 142 y 55.

³⁰ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 274.

³¹ La teoría final de la acción tuvo como precursores principalmente a Von Weber, Ernst Wolf y Alexander Graf Zu Dhona, autores que no alcanzaron a madurar debidamente el concepto de la acción final, desarrollado por Welzel.

³² En este sentido, las modificaciones esenciales planteadas por la teoría final de la acción fueron: a) la concepción de la antijuridicidad separada del dolo; b) la introducción de los supuestos de error de prohibición, error de tipo (anteriormente se referían los errores de hecho y de derecho); c) en relación

con las reglas de corresponsabilidad penal se estableció que sólo regirían aquellos casos en donde el dolo se pudiera acreditar, esto es, en la inducción y la complicidad.

injusto. Para Jescheck,³³ el problema del injusto es explicable mediante la reunión de los elementos subjetivos del tipo bajo el concepto superior de “elementos personales del injusto” y su contraposición al desvalor del resultado entendido como desvalor de la acción. En dichos términos, la concepción de una antijuridicidad, con un doble aspecto de acción antijurídica y de lesión del objeto, estableció que el injusto no se agotaría con la simple dañosidad social del hecho, sino que, en todo caso derivaba del carácter defectuoso de una acción socialmente relevante, concepción en la cual se incluyeron la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

Posteriormente, Armin Kaufmann³⁴ estableció a los delitos de omisión dentro del finalismo como una tercera forma de aparición del delito, al lado del delito doloso e imprudente de comisión. Esta tercera forma de aparición del delito constituyó dentro del finalismo un concepto no comprendido del concepto final de la acción, cuya comprensión exigía en todos sus aspectos la inversión de los principios propuestos para el delito de comisión.

En el sentido anterior, Jescheck consideró que “la reunión de los elementos de la acción punible en un sistema se consigue en la definición clásica del concepto de delito como acción típica, antijurídica y culpable”,³⁵ la cual calificó con el carácter de indiscutible en virtud de recibir un apoyo casi unánime en Alemania, incluso admitida por la propia jurisprudencia.

En lo referente a la dogmática penal mexicana, el análisis lo podemos dividir básicamente en dos partes en la etapa precolonial en donde el conocimiento de manera sistemática del derecho penal es prácticamente desconocido, pues aun cuando se reconoce la existencia de infinidad de preceptos penales, no existe noticia en nuestros días de una doctrina en la materia.

Fue hasta consumada la Independencia que se empezó a meditar en la necesidad de elaborar nuevos códigos penales, sin embargo, los esfuerzos a

33 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 285.

34 En este sentido el discípulo de Welzel realizó modificaciones sustanciales en materia de la antijuridicidad, los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico en particular, las cuales complementó Claus Roxin en materia de tipos abiertos y tipos cerrados, véase, *Teoría del tipo penal*, trad. Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979.

35 Definición de la cual se obtienen los conceptos fundamentales que serán objeto de diferenciación ulterior mediante formulaciones jurídicas cada vez más concretas, en el mismo sentido el autor afirma que en la estructura de la teoría del delito debe procurarse una unidad de perspectiva valorativa, con objeto de evitar contradicciones que impregnen la totalidad. Pero la pureza sistemática no requiere llevar al extremo la coherencia en todas las afirmaciones particulares, véase Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 267 y 268.

nivel federal no se concretaron sino hasta 1870, época en la cual el desarrollo de la teoría del delito y del derecho penal europeo marcó el contenido de las leyes penales mexicanas.

En nuestro país, constantemente se identifica a los elementos del delito con las categorías de análisis de la teoría del delito, lo cual ha arrojado una postura claramente enfocada a postulados causalistas, que trataremos de revisar.

Autores como José F. Ramírez, José María Fernández, Juan José Zubizar (1849), José Julián Tornel (1853), Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Antonio Martínez (1869), José María Lozano (1874), Díaz Conti y León (1876), Antonio Medina y Ormaechea (1880), Antonio Martínez de Castro (1891), Francisco de Asís García Peláez y Agustín Verdugo (1899); Julio Guerrero (1901), Demetrio Sodi (1905), Enrique Osorno Aguilar (1907) y Miguel Macedo (1915), son los que hemos localizado con estudios en materia penal, los más de ellos con una clara influencia europea y, por ende, con la defensa de planteamientos clásicos en materia del delito. En capítulos subsecuentes analizaremos la proyección de sus ideas sobre los diversos códigos penales vigentes en nuestro país y sobre el surgimiento de una doctrina mexicana en materia penal.

En la actualidad podemos establecer que al delito se le considera un conjunto de elementos resultantes de los cuales cobra existencia. A continuación analizaremos los autores que han influido de mayor forma en la evolución de la dogmática penal del siglo veinte.

En relación con lo anterior, Carrancá y Trujillo lo considera “el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones de penalidad, imputable a un hombre y sometido a sanción penal”,³⁶ en donde “el acto”, independientemente de la tipicidad, es el soporte natural del delito; “la imputabilidad”, la base psicológica de la culpabilidad, y “las condiciones objetivas” las califica como advenedizas e inconstantes. En cuanto a la esencia técnico jurídica del delito, el penalista mexicano la hace consistir en tres requisitos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.

Por otra parte, Pavón Vasconcelos se adhiere a la concepción analítica o atomizadora del delito, la cual analiza al delito a través de sus elementos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, y sin negar su

³⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, 16ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 223.

unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento. En este sentido, entiende a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad como elementos del delito.³⁷

Con una óptica diversa, Jiménez Huerta refiere a las figuras típicas y parte del tipo para entender lo que llama conductas antijurídicas, “el más somero examen de las conductas tipificadas en un código punitivo o en una ley especial, pone de relieve la configuración de las mismas en las cuales entran en juego elementos de alcance diverso”.³⁸ Por lo cual, el comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado, unas veces, por la mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada, otras a través de la expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta y mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor.

Porte-Petit considera al concepto de delito en correspondencia “a una concepción bitómica o dicotómica de acuerdo con el contenido del artículo 7º del CPF”,³⁹ y en relación con este artículo descubre como elementos del delito: una conducta o hecho, la tipicidad, la imputabilidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad, y la punibilidad. En tanto, Márquez Piñero, adhiriéndose a Jiménez de Asúa, lo entiende como “toda acción (u omisión) antijurídica (típica) y culpable (sancionada con una pena)”,⁴⁰ definiciones de las cuales podemos entresacar la diversa integración de elementos, pues en tanto Porte-Petit incluye prácticamente a todos los que la doctrina menciona, Márquez Piñero se limita a los cinco más característicos como son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Para Castellanos Tena, “en casi la totalidad de las definiciones se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad”,⁴¹ el autor se adhiere sin reserva a la consideración de que la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad no son elementos esenciales del delito, pues a la imputabilidad la

37 Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano, op. cit.*, pp. 152 y ss.

38 Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, parte general*, 3ª ed., México, Porrúa, 1980, vol. I, p. 75.

39 Porte-Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, Porrúa, México, 4ª ed., 1978, pp. 248 y ss. El artículo 7º del CPF contempla al delito como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

40 Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal, parte general*, México, Trillas, 1986, p. 132.

41 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, pp. 173 y ss.

entiende como un presupuesto del delito o, si se quiere, de la culpabilidad, pero no del delito. En tanto a la pena la visualiza como una reacción del poder del Estado⁴² y, por lo mismo, no forma, ni puede formar, parte del delito, dado su carácter externo; en cuanto a las condiciones objetivas de penalidad, les niega el carácter de elemento esencial del delito, en virtud de que sólo excepcionalmente las exige la ley como condición para la imposición de la pena.

Para García Ramírez, “varios elementos concurren en el delito. Se habla de presupuestos generales y especiales, datos positivos y datos o circunstancias negativas. Si aquéllos se reúnen sin que nada los excluya, existe el comportamiento punible”.⁴³ En este orden de ideas, se hace patente la presencia de elementos y presupuestos del delito, de tal forma que podemos clasificar a las definiciones del delito partiendo de los elementos incorporados a la definición.

La teoría lógico matemática del derecho penal propuesta por Elpidio Ramírez y Olga Islas,⁴⁴ considera a partir de un claro enfoque finalista, la conveniencia de una distinción entre el delito y el tipo penal propiamente, aclarando que el tipo se da en la ley penal, en tanto que el delito lo encontramos en el mundo material, es decir, en la realidad.⁴⁵ Por consecuencia, los presupuestos y elementos de uno y otro, aun cuando son coincidentes, aluden a circunstancias relativamente distintas; esto es: el tipo, a la descripción contenida en algún ordenamiento legal, y el delito, a las circunstancias de hecho al momento de la consumación del delito.

Ahora bien, en virtud de que los elementos integrantes del delito deben ser congruentes con los correspondiente al tipo, siendo éstos: el deber jurídico, el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material,

42 En este sentido, Santiago Mir Puig asume una posición en torno a la función de la pena en el Estado social y democrático del derecho, fundamentando ese derecho del Estado de punir los eventos antisociales, véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 23-25.

43 García Ramírez, Sergio, “Derecho penal”, *El derecho en México. Una visión de conjunto*, México, UNAM, 1991, pp. 364 y ss.

44 Para conocer el modelo lógico matemático del tipo penal, puede consultarse a Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio, *La lógica del tipo en el derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1970.

45 El planteamiento del finalismo se determinó por el paso de una tajante separación entre el mundo real y el mundo formal, la cual era propia del neokantismo (la realidad del ser social), por eso se esforzó en elaborar las estructuras “lógico objetivas” previas a toda regulación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la “naturaleza de las cosas”, véase Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 283.

la voluntad dolosa o voluntad culposa, la actividad o inactividad, el resultado, las referencias de tiempo, ocasión o lugar; la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la violación del deber jurídico.⁴⁶ Elementos a los cuales debe sumarse lo relativo a la punibilidad, la cual constituye conjuntamente con el tipo, a la ley penal, pues resultaría absurdo pretender tutelar un bien jurídico penal, sin plantear una determinada punibilidad en la ley penal que contenga al tipo que lo recoja.

Por lo cual, las categorías que integran al delito son “la acción típica, antijurídica, culpable y punible”, negando en estos términos cualquier posibilidad respecto a que la imputabilidad pueda ser tomada en cuenta como categoría, pues ésta es una circunstancia que alude a una cualidad mental atribuible en todo caso al sujeto activo del delito, la cual debe ser analizada en éste.

⁴⁶ Al respecto, el 3 de septiembre de 1993 se reformaron los artículos 16 y 19 de la Constitución federal, en los cuales se rescata la idea de los elementos del tipo penal, superando el término de “cuerpo del delito”, que no obstante haber cobrado carta de naturalización en nuestro país, fue sustituido por el de tipo penal. Reforma que a su vez propició la modificación del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual establece como elementos del tipo penal: el bien jurídico, la acción, la omisión, el dolo, la culpa, la forma de intervención de los sujetos activos, las calidades del sujeto activo y del pasivo, el resultado, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea.

II. FASES DE DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL DELITO

Actualmente existe un gran número de direcciones teóricas en la dogmática jurídico penal, lo cual provoca serias contradicciones y, a su vez, una confusión respecto de la definición más adecuada para conceptos de las categorías fundamentales de la teoría del delito, por lo que resulta difícil comprender los conceptos en toda su extensión, si no son tomadas en cuenta las direcciones teóricas de los cuales proceden.

Los diferentes momentos teóricos por los que ha atravesado la teoría del delito a nivel universal, son el producto de más de un siglo de discusión y elaboración de conceptos basados en la reflexión jurídica. La influencia europea que existió en la época colonial de los países americanos provocó, entre otras cosas, la asimilación de dichas teorías en América, no obstante que llegaban con un retardo de al menos dos o tres décadas.

En atención a lo anterior, las teorías alemanas que se presentaban a fines del siglo pasado, se empezaron a comentar en América hasta los años treinta y llegaron a adquirir difusión quince o veinte años más tarde.

La mayoría de los autores fija su opinión respecto del estudio y enseñanza de la teoría del delito, prefiriendo acogerse a posturas clásicas, o bien, a la propuesta welzeniana de la acción final, lo cual supone una necesaria revisión de los conceptos clásicos, para posteriormente exponer la evolución y el dominio de los derivados del modelo propuesto por la teoría de la acción final.

El análisis de la evolución de la teoría del delito manifiesta cuatro fases, la clásica, la neoclásica, el finalismo y el postfinalismo (véase el cuadro 1 al final del presente capítulo). Estos sistemas tienen una explicación basada en aspectos diversos, lo cual se agudiza con las diferentes corrientes doctrinales sustentadas en la actualidad que no logran desplazar por completo a las demás, coexistiendo en la actualidad percepciones de los diferentes momentos apuntados.⁴⁷

⁴⁷ Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, pp. 271 y ss.

1. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA

El modelo de la teoría clásica del delito nace a partir de las ideas propuestas inicialmente por Carrara en Italia y, posteriormente, a partir de la separación iniciada por Rodolf von Jhering en 1867 de la contrariedad de la acción con las normas jurídicas y una censura a la disposición anímica del sujeto, utilizando algunos postulados de Bechmer.⁴⁸

A principios del presente siglo, Liszt propuso una definición del delito como “acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena”; esta idea fue completada por Beling, a partir de dos puntos fundamentales: a) el proceso material causal, y b) el contenido objetivo de la voluntad, situaciones ambas que producen su impacto en el desarrollo de todo sistema y en las construcciones dogmáticas derivadas del mismo.

En tal sentido, la acción es la causa del resultado, en virtud de que el proceso causal naturalístico plantea forzosamente una relación de causalidad entre la acción y su resultado. Por lo que la causa de la causa es causa de lo causado, por ende, la acción es ciega.

La concepción clásica se encuentra caracterizada por concebir a la acción de una manera simple y clara, lo cual tiene términos totalmente naturalísticos, como es el caso de una acción compuesta por un movimiento corporal (acción en sentido estricto) y la consecuente modificación del mundo exterior (resultado) unidos por la relación de causalidad.

Bajo esta concepción surge la distinción entre la fase interna y externa del delito, la primera engloba la ideación, deliberación y resolución, en tanto la segunda, la exteriorización, preparación y ejecución.

La concepción anterior, perdió total vigencia tratándose de la omisión en la que no era factible explicar la falta de movimiento corporal unida a una relación de causalidad. Liszt fue el primero en descubrir la esencia de la omisión basada en el espíritu y no en una forma de comportamiento corporal, en virtud de que la norma espera un determinado comportamiento y no simplemente una falta de actividad, sin embargo, con dicha explicación se abandonaba el concepto naturalístico de la acción.

Con la concepción de acción era necesario acreditar la concurrencia de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, para lo cual se optó por la distinción entre elementos objetivos y subjetivos del delito.

⁴⁸ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 60 y 73.

Los objetivos se referían a la tipicidad y la antijuridicidad, en tanto los subjetivos correspondían a la culpabilidad.

Dado lo anterior, el contenido del tipo se enfocó a elementos de carácter externo derivados de la acción, desprovistos de todo predicado, lo cual negaba la posibilidad de justificar un comportamiento. La valoración jurídica de este suceso no podía tener lugar hasta el momento de la antijuridicidad, y ello, en todo caso, desde una perspectiva puramente objetiva. La relación entre tipicidad y antijuridicidad se agotaba en ser la primera un indicio de la presencia de una norma prohibitiva.

En cuanto a la culpabilidad, la estructura clásica del delito reunió la totalidad de los elementos subjetivos y síquicos desarrollados por el agente. En tal virtud, la imputabilidad se concibió como “presupuesto de culpabilidad”; el dolo y la culpa se entendieron como formas o especies de culpabilidad, y el estado de necesidad se incluyó como “causa de exclusión de la culpabilidad”. La conciencia de la antijuridicidad se reclamó como elemento de la culpabilidad por un sector de la doctrina con la misma decisión con que otro sector la rechazó. En cuanto al concepto material de la culpabilidad, simplemente se ignoró y la doctrina tuvo que conformarse con una culpabilidad sólo analizada desde la perspectiva subjetiva, es decir, desde una concepción sicologista.

La concepción clásica fue la resultante del pensamiento jurídico influenciado por el positivismo científico, el cual se entendía a partir de una concepción limitada al derecho positivo y a su interpretación; ésta pretendió abordar todos los problemas del derecho con la simple ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica.

A través de lo anterior, se obtuvo una imagen extremadamente formal de las características del comportamiento humano que debían contemplarse en la estructura del concepto del delito. Se distinguió entre la acción entendida de forma naturalística, el tipo concebido objetivo-descriptivamente, la esfera de la antijuridicidad delimitada objetivo-normativamente y la culpabilidad entendida subjetivo-descriptivamente. En una estrecha relación con el carácter objetivo formal de dicho concepto de delito, se halla, sin duda, la idea de Estado de derecho, que se materializó en la búsqueda de seguridad y calculabilidad del derecho, a realizar mediante la vinculación del juez a conceptos sistemáticos sencillos y comprobables. Tal planteamiento servía

de contrapeso a las exigencias de prevención especial postuladas por la escuela moderna, patrocinadas por Liszt en la dogmática clásica.

2. LA CONCEPCIÓN NEOCLÁSICA

La estructura del delito propuesta por Liszt y Beling se sometió a un profundo proceso de revisión, lo cual derivó en el abandono radical de los principios sistemáticos precedentes, y en la reforma inmanente al sistema vigente hasta la fecha. En lugar de la coherencia formal de un pensamiento jurídico encerrado en sí mismo, se buscó ahora construir el concepto de delito a partir de los fines perseguidos por el derecho penal y de las perspectivas valorativas que le sirven de base (teoría teleológica del delito). El modo de pensar propio de esta fase se determinó por la teoría de pensamiento derivada de las ideas neokantistas, que conjugadas con el método científico-naturalístico del observar y describir, restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizada por el comprender y el valorar.

En cuanto al concepto de acción, se debilitó su concepción mediante el uso del término comportamiento, el cual englobaba la actuación de la voluntad humana en el mundo exterior, con lo que se transformó en comportamiento voluntario, realización de voluntad, comportamiento espontáneo o sencillamente comportamiento humano (concepto causal de acción), y se pretendió suprimir el concepto de acción e iniciar el análisis de la estructura del delito por la tipicidad.

En cuanto a la tipicidad, la concepción puramente descriptiva y libre de valor en el tipo resultó hondamente afectada por el descubrimiento de los elementos normativos, que requieren la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación.

De igual manera, se descubrieron los elementos subjetivos del tipo, lo cual vino a superar por completo la concepción puramente objetiva y simplemente determinada por factores pertenecientes al mundo exterior.

En cuanto a la antijuridicidad, la cual hasta entonces se le contemplaba como oposición formal a una norma jurídica, se dedujo la finalidad de los preceptos penales que era preciso concebir el injusto en forma material, como dañosidad social. El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la lesión de intereses. En

caso de que, en realidad, faltare toda lesión de intereses, el hecho no podría ser antijurídico.

Con el auxilio de la antijuridicidad material, se desarrollaron nuevas causas de justificación más allá de los supuestos legalmente previstos, por ejemplo, el estado de necesidad suprallegal, que responde a la consideración de que, si no hay otro remedio, es útil socialmente la salvación de un bien jurídico de superior valor a costa de otro menos valioso.

En cuanto a la relación tipicidad-antijuridicidad, ésta sufrió modificaciones por el reconocimiento de los elementos normativos del tipo y la concepción material de la antijuridicidad.

El tipo dejó de aparecer como descripción no valorativa de un proceso externo y pasó a ser un instrumento pleno de sentido en manos del legislador, que reuniría los elementos que lo conformaban. El tipo se convirtió en un tipo de injusto, en el sentido de conjunto de los momentos de antijuridicidad típicos de la correspondiente clase de delito. Como consecuencia de un nuevo cometido, el tipo se ubicó al mismo nivel de la antijuridicidad, como en el sistema clásico, sin que se limitara a su tarea formal de fijación de los elementos de la antijuridicidad, como en el sistema clásico; seguirían subsistiendo como únicos elementos materiales del delito la antijuridicidad y la culpabilidad.

En cuanto a la culpabilidad, ésta se transformó de una concepción meramente sicologista a un reproche al autor, con lo cual se dio fácil respuesta a lo que la concepción sicologista había dejado de resolver: pese a la presencia del hecho doloso, el reproche de culpabilidad desaparecería en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no podía exigirse al enfermo mental una formación de su voluntad ajustada a derecho. Por lo que, no obstante la presencia de capacidad de culpabilidad y dolo, debería negarse el reproche de culpabilidad en el estado de necesidad. En la culpa, el reproche de culpabilidad no se dirigía contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado.

3. LA CONCEPCIÓN DEL FINALISMO

La concepción final de la acción iniciado por Welzel con base en el desarrollo de ideas de Graf zu Dhona, Weber y Wolf, ha pasado por

diferentes bases desde su origen en la segunda década del presente siglo y su conformación diez años después hasta lograr su actual desarrollo.

El planteamiento del finalismo se vio determinado por la separación entre el mundo de lo real y el derecho —propia del neokantismo— a la realidad del ser social. Por tal motivo se elaboraron las “estructuras lógico-objetivas” previas a toda regulación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la “naturaleza de las cosas”. De dicho modo, la teoría de la estructura final de la acción humana se apoyó de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos síquicos. Incluso para el conocimiento de los valores acudió la nueva teoría a lo que precede a la existencia humana: “el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético social y la concordancia de los órdenes ético sociales”.

Para el finalismo, la acción es el ejercicio final de la actividad humana. En dichas condiciones, la acción no es ciega, sino final, negando la posibilidad de que existan acciones ciegas, o más bien, sin una finalidad determinada de obrar conscientemente.

La fase interna de la acción se plantea con los siguientes elementos:

- a) el objetivo que se pretende conseguir;
- b) los medios empleados para su consecución;
- c) las posibles consecuencias secundarias que se vinculan al empleo de los medios que pueden ser relevantes o irrelevantes, desde la perspectiva jurídico penal.

La fase externa se integra de la siguiente manera:

- a) es la puesta en marcha, la dinámica de los medios para realizar el objetivo principal;
- b) el resultado previsto y el o los resultados concomitantes, y
- c) el nexo o relación causal.

En tal virtud, la acción sólo tendrá carácter final en función de los resultados que el sujeto se haya propuesto voluntariamente, por lo que en aquellos resultados no propuestos, estaremos ante un resultado causal y no final.

Desde el más puro finalismo, quien se apodera de un bien mueble ajeno, sin percatarse de su ajeneidad llevaría a cabo una acción en sentido estrictamente material, ya que habría realizado una serie de movimientos corporales de carácter voluntario y así quedaría integrado en el primer elemento del delito. Sin embargo, ese obrar, al no proponerse los fines típicos, no devendría en doloso, y no habría acción desde la perspectiva jurídico penal,

puesto que sus movimientos corporales voluntarios no habrían terminado la finalidad de llevar a cabo un comportamiento con el dolo legalmente exigido.

Las modificaciones fundamentales del finalismo se orientaron sobre los siguientes aspectos:

- La coexistencia de la antijuridicidad tuvo que separarse del dolo, una vez entendido éste como pura realización de la voluntad, y convertirse en factor central del concepto de culpabilidad, ya que el reproche por la formación defectuosa de la voluntad alcanzó al autor por haberse decidido por el hecho con conocimiento de su antijuridicidad.
- Como consecuencia de la separación de dolo y conciencia de antijuridicidad, hubo, también, que distinguir los supuestos de error de distinta forma a como se hacía en el esquema anterior (error de tipo y error de prohibición). Para la nueva doctrina existen por una parte, el error de tipo, que excluye el dolo y, con él, la punibilidad, porque sin el dolo no se realiza el tipo y, por otra parte, el error de prohibición, que elimina la conciencia de la antijuridicidad. Ello suscitó el problema del tratamiento del error de prohibición, para lo que Welzel introdujo los criterios de evitabilidad e inevitabilidad. En el supuesto de un error invencible de prohibición, debía desaparecer por completo el reproche de culpabilidad; de no ser así, éste subsistía en principio, si bien debilitado según el grado.
- Por último, se siguió que sólo cabe participación (inducción y complicidad) en un hecho principal doloso, puesto que sin el dolo falta el tipo del hecho principal.

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

4. EL MODELO LÓGICO MATEMÁTICO

Esta posición teórica se basa en postulados finalistas, a través de los cuales propone la introducción de un modelo de análisis de los tipos penales, en tal virtud se redimensionan los presupuestos y elementos fundamentales del tipo penal, precisando su contenido y ordenándolos de una mejor manera para facilitar su análisis.

Los principales exponentes son Elpidio Ramírez y Olga Islas.⁴⁹ Sus mayores aportes se plantean dentro de la estructura general del tipo penal, entendido como “una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos”,⁵⁰ contenido reducible, por medio del análisis, a unidades lógico jurídicas denominadas elementos.

Estos elementos, cuya propiedad genérica consiste en la función de garantía de uno o más bienes jurídicos poseen, además, propiedades muy particulares que permiten organizarlos en grupos a los que se les puede llamar subconjuntos del tipo legal. Tales subconjuntos hacen factible una definición estructural de los tipos.

Estructuralmente, un tipo penal es definido por esta postura teórica a partir de los siguientes elementos:

- N = Deber jurídico legal
- B = Bien jurídico
- A = Sujeto activo
- A1 = Voluntabilidad
- A2 = Imputabilidad
- A3 = Calidad de garante
- A4 = Calidad específica
- A5 = Pluralidad específica
- P = Sujeto pasivo
- P1 = Calidad específica
- P2 = Pluralidad específica
- M = Objeto material
- J1 = Voluntad dolosa

⁴⁹ Al respecto, puede consultarse para profundizar sobre el modelo la obra de Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio, *La lógica del tipo en el derecho penal*, op. cit., nota 44.

⁵⁰ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., p. 25.

- J2 = Voluntad culposa
 I1 = Actividad
 I2 = Inactividad
 R = Resultado material
 E = Medios
 G = Referencias temporales
 S = Referencias espaciales
 F = Referencias de ocasión
 W1 = Lesión del bien jurídico
 W2 = Puesta en peligro del bien jurídico
 V = Violación del deber jurídico penal

En atención a lo anterior, la estructura general de los tipos penales sería:

$$T = [NB(A1+A2+A3+ A4+A5) (P1+P2)M] [(J1+J2) (I1+I2) R (E+G+S+F)] [W1=W2)V] X1$$

Los elementos del tipo penal son clasificados como únicamente descriptivos o no valorativos, descriptivos y a la vez valorativos, subjetivos y objetivos. Los elementos puramente descriptivos constituyen el objeto sobre el cual recae la valoración dada en los propios tipos por el legislador. Los valorativos contienen precisamente la valoración legal de ese objeto. Son valorativos: el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. Todos los demás son puramente descriptivos.

También se puede hablar de elementos subjetivos y elementos objetivos. Son subjetivos: la voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa y la voluntad culposa. Son objetivos todos los restantes.

Cuadro 1. Fases de la evolución de la teoría del delito.

<i>Teoría clásica</i>	<i>Teoría neoclásica</i>	<i>Teoría final</i>	<i>Teoría lógico matemática</i>
<i>La acción</i> se define como una modificación causal del mundo exterior provocada por el ser humano.	<i>La acción</i> se concibe como un comportamiento humano, es decir, como realización de la voluntad de un ser humano. No se va a concebir como un comportamiento unitario, sino como modificación del mundo exterior perceptible a los sentidos con características que dotan de cierto sentido de actuar humano.	<i>La acción</i> se le concibe como ejercicio de finalidad, así toda acción es acontecer finalista y no causal, la acción es predeterminación de cursos causales.	Esta posición teórica se basa en postulados finalistas, a través de los cuales propone la introducción de un modelo de análisis de los tipos penales, en tal virtud redimensiona los presupuestos y elementos fundamentales del tipo penal, precisando su contenido y ordenándolos de una mejor manera para facilitar su análisis.
<i>La tipicidad</i> se define como el acontecer de una acción que está descrita en forma no valorativa de la ley.	<i>La tipicidad</i> deja de ser una concepción no valorativa y se define con un contenido de elementos valorativos, así se determina que para estar ante la tipicidad es necesario consumir los elementos descritos en el tipo penal inmerso en la ley.	<i>La tipicidad</i> surge como consecuencia de la concreción de los elementos del tipo penal objetivos y subjetivos y se ubica a la acción dentro del concepto de tipo penal por consecuencia la acción se ubica a nivel tipo penal y la misma suerte siguen el dolo y la culpa.	<i>La tipicidad</i> es entendida como la correspondencia unívoca de los <i>presupuestos</i> y elementos del tipo penal con los presupuestos y elementos del delito.
<i>La antijuridicidad</i> se definía en virtud de que la acción típica está en contradicción con una norma penal, es decir, se encuentra desvalorada en sus aspectos objetivos.	<i>La antijuridicidad</i> se retoma el aspecto de la antijuridicidad material y se establece que no sólo importa la ilicitud formal de la acción, sino también el daño o la <i>puesta en peligro</i> que esa acción representa para el bien jurídico.	<i>La antijuridicidad</i> evoluciona y se distingue entre aspectos formal y material. Lo formal alude al comportamiento que es contrario a la norma penal. Lo material es la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico producida como consecuencia de la antijuridicidad formal. Se separa el dolo de la antijuridicidad. Se introducen los supuestos de error de prohibición y de tipo.	

<p><i>La culpabilidad surge como consecuencia de la relación entre el autor y su hecho, y esta relación puede ser dolosa o culposa.</i></p>	<p><i>La culpabilidad se vuelve algo adicional tiende al normativismo, la imputabilidad, el dolo y la culpa siguen siendo sus elementos.</i></p> <p><i>Se introduce la posibilidad de excluirla cuando estemos ante la presencia de causas de inculpabilidad o bien ante la no exigibilidad de otra conducta.</i></p> <p><i>La culpabilidad pasa a ser de algo psicológico a un reproche de su conducta en contra del sujeto activo por la voluntad defectuosa que pone en peligro un bien jurídico.</i></p>	<p><i>La culpabilidad, el concepto de imputabilidad desaparece y se establece como contenido de la culpabilidad.</i></p> <p><i>Culpabilidad es básicamente el juicio de reproche.</i></p>	
---	--	---	--

III. EL COMPORTAMIENTO HUMANO

1. FORMAS QUE PUEDE REVESTIR EL COMPORTAMIENTO HUMANO DE RELEVANCIA PENAL

En el campo del derecho penal, existen múltiples teorías respecto de los actos humanos penalmente relevantes, algunas de éstas son encontradas entre sí, muestra de ello es la problemática relativa a la definición del término adecuado para designar el comportamiento desplegado por una persona que puede tener consecuencias jurídicas penales; muchos autores usan los términos conducta y acción indistintamente, mientras que otros lo llaman conducta, comportamiento humano, o bien, acción en un amplio sentido.

Podríamos partir de la opinión de que “el estudio de la conducta es propiamente el examen del punto en el cual el hombre entra en contacto con el ordenamiento”,⁵¹ empero tendríamos que aportar mayores explicaciones a fin de esclarecer los diferentes estadios por los que ella atraviesa, así como los elementos que la conforman.

Algunos autores argumentan que lo más correcto es hablar de la “conducta”, ya que ésta engloba tanto a la acción como a la omisión; sin embargo, esta connotación denota una problemática basada en la característica material del delito y al aspecto eminentemente subjetivo de la conducta, así como el hecho de que sólo resulta atribuible a un ser humano, siendo absurdo otorgarle al delito la característica de contar con una conducta, cuando más bien ésta le es atribuible al ser humano; en consecuencia, el delito debe ser analizado como hecho material y no como circunstancia formal, es decir, debe analizarse el tipo, por un lado, y el delito como hecho, por el otro.⁵²

⁵¹ Del Rosal, Juan, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 567.

⁵² Al respecto véase, Miranda Gallino, Rafael, *Delitos contra el orden económico*, Buenos Aires, Pannedille, 1970. Plascencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, México, UNAM, 1995, p. 63.

Por otra parte, existen pronunciamientos en el sentido contrario esto es, que una conducta puede ser realizada por cualquier ser vivo y una acción es exclusiva del ser humano, por lo que resulta más adecuado denominarla “acción”, pero con una acepción en amplio sentido, de la cual deriva una conclusión en el sentido de que la acción puede ser tanto positiva (acción propiamente dicha) como negativa (omisión), pero vinculada estrictamente al resultado típico producido o que pudo haber causado, puesto que, por otra parte, no puede constituir un delito el pensamiento, las ideas o la misma resolución a delinquir; en tanto no se manifieste en la modificación del mundo exterior,⁵³ es decir, mientras no exista un resultado típico producido, o bien, la probabilidad de que dicho resultado pudo producirse pero se evitó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, no existirá la acción ni la omisión.

Para los que se apegan a la primera propuesta, la acción no es uno de los elementos básicos del delito, sino que se encuentra incluida en la “conducta”, esta opinión niega a la “acción” el papel de elemento esencial del delito, y le atribuye a la “conducta” dicho carácter.

En el sentido anterior, la conducta puede adoptar dos formas diferentes: una positiva y otra negativa. Puede consistir en un hacer o en un no hacer. En el primer caso se tiene la acción (en sentido estricto, denominada acción positiva) y en el segundo caso encontramos a la omisión (o acción negativa).⁵⁴

Para Von Liszt, el acto

es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impidente de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, en primer término una manifestación de voluntad (objetiva), es decir, la conducta voluntaria es la que se encuentra libre de violencia física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento.⁵⁵

Concepción de la cual deriva como elemento la voluntad libre, con la modalidad de englobar a la acción y a la omisión.

53 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1990, p. 10.

54 Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general*, 8ª ed., trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redin, Bogotá, Temis, 1988, p. 153.

55 González Quintanilla, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 1991. Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., trad. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1929, t. II, pp. 297 y ss.

En la dogmática penal mexicana coinciden con el manejo de la conducta a nivel de elemento del delito Carrancá y Trujillo,⁵⁶ Mariano Jiménez Huerta,⁵⁷ Porte-Petit,⁵⁸ Pavón Vasconcelos⁵⁹ y Castellanos Tena.⁶⁰ Los autores destacan a la voluntad libremente determinada como un elemento básico de la conducta, así como a la acción y la omisión como sus especies, a la vez de identificar a la primera como el elemento positivo y a la segunda como el negativo. En tal virtud, identifican a la conducta como elemento básico de la conducta, cuando más bien debemos hablar de un elemento básico del sujeto activo, pues el delito por sí mismo adolece de conducta toda vez que, como lo señalábamos, ésta sólo es atribuible a los seres humanos.

Por otra parte, para Olga Islas la conducta es

el proceder volitivo descrito en el tipo, por lo que el concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta, si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con los mismos elementos. En atención a lo anterior, la voluntad y la actividad causal definen a la acción, la voluntad y el desvalor de hacer algo en el tipo, a la omisión.⁶¹

La idea anterior, no obstante que retoma el concepto de conducta, tiene el acierto de restarle valor como elemento del delito e indentificarla con el sujeto activo a través de la actividad o inactividad corporal.

En efecto, tratar de afirmar que el delito es una conducta, es señalarlo como el producto de fuerzas conscientes e inconscientes, es decir, es darle

⁵⁶ Para Carrancá y Trujillo, la conducta es el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consiste en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o síquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 7ª ed., México, Antigua Librería Robredo, 1965, t. 1, p. 197.

⁵⁷ Para Mariano Jiménez Huerta, la palabra conducta es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano. Se le puede denominar acto, hecho, actividad o acción, *Derecho penal mexicano, op. cit.*, t. I, p.106.

⁵⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, la conducta abarca a las nociones de acción y omisión, por lo que la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o involuntario, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal, op. cit.*, p. 295.

⁵⁹ Francisco Pavón Vasconcelos, entiende a la conducta consistente en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. *Manual de derecho penal mexicano, op. cit.*, p. 180.

⁶⁰ Para Castellanos Tena, Fernando, la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 201.

⁶¹ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal, op. cit.*, p. 40.

vida a algo abstracto y subjetivo, lo cual tendría interés psicológico, pero no jurídico,⁶² en consecuencia, la única posibilidad que habría de poder analizarlo sería a partir del propio delincuente.

De igual manera, existen autores que utilizan los términos acción y conducta indistintamente y argumentan que la segunda “es un comportamiento en el cual media un movimiento de la *psique*”. En la conducta intervienen dos factores, uno eminentemente material externo llamado “soma” (cuerpo material) y otro de carácter interno denominado *psique* (anímico, mental, espiritual),⁶³ mientras otros más le atribuyen a la acción personalidad jurídica propia, susceptible de soportar valoraciones, y por eso insertan en ella los atributos jurídicos de antijuridicidad y culpabilidad.⁶⁴

En lo referente al sistema jurídico mexicano, los códigos penales no mantienen una uniformidad al respecto, por lo que generalmente utilizan los términos acción, acto, omisión, conducta, hecho, omisión impropia, los cuales se adoptan para designar la forma exterior a través de la cual se expresa o manifiesta el comportamiento humano,⁶⁵ dando muestra de un manejo arbitrario del concepto y sobre todo de la influencia de más de una dirección teórica.

Podríamos concluir en torno del concepto de conducta que dicho término es por demás equívoco y en general no ha sido aclarado en su significación. En sus orígenes fue de utilidad para englobar el concepto *lato sensu* de acción, capaz de contener a la omisión, pero no alcanzó a explicar debidamente sus límites y contenidos,⁶⁶ cuestión por la cual, debe desterrarse su uso en la actualidad, siendo recomendable utilizar el de acción en amplio sentido, el cual da cabida tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión y a la omisión impropia.⁶⁷ Utilizar uno u otro término puede no tener mayor significación si se realiza con fines eminentemente prácticos y con la conciencia del alcance de uno y otro.

62 Ferreira D., Francisco José, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1988, pp. 13-14.

63 González Quintanilla, *Derecho penal mexicano*, op. cit., p. 174.

64 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 264.

65 Ejemplo de lo anterior son los siguientes artículos del CPF, 8o.: “las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”, 18: “existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometan varios delitos”, 19: “No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado”, 118: “cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél”, situación que se reproduce prácticamente de manera íntegra en los códigos penales de los estados.

66 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1983, p. 204.

67 El uso del término conducta lo podemos admitir sólo si pretende referirse a la acción en amplio sentido, pues de otra manera resulta inadmisibles. En lo subsiguiente al incluir al término conducta lo haremos de manera indistinta como si habláramos de la acción en amplio sentido.

A. La acción

El concepto de acción se ha venido utilizando desde los orígenes del derecho penal, motivo por el cual ha causado múltiples controversias entre la doctrina, en virtud de la importancia atribuible como categoría fundamental de la teoría del delito, así como la diversa connotación que le atribuyen las diversas teorías que se han ocupado de su estudio en las épocas clásica, neoclásica, finalista y actual, en donde destacan los postulados defendidos por la teoría de la acción causal, la teoría de la acción final y la teoría social de la acción.

Lo anterior en virtud del claro reconocimiento de la acción como una de las categorías más importantes dentro de la teoría del delito, puesto que es un presupuesto de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, además de servir como referencia de la omisión.⁶⁸

Por otra parte, recordemos que toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico atribuible a un ser humano, deriva de una acción u omisión, lo cual nos permite establecer que este presupuesto es el que desencadena una modificación externa o interna, así como una consecuencia jurídico penal.

Al respecto, Beling entiende a la acción como

todo comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad, fase interna, subjetiva de la acción) consistente en un hacer (acción positiva), esto es, un movimiento corporal, o en un no hacer (omisión), esto es, distensión de los músculos.⁶⁹

En tanto para Juan del Rosal, la acción analizada desde una perspectiva social se coloca entre un concepto normativo y ontológico. Los partidarios de la llamada teoría social de la acción argumentan que “la acción es la realización de un resultado relevante socialmente; el cual desde el punto de vista jurídico penal, es la producción de un *resultado típico*”.⁷⁰ Las críticas vertidas sobre dicha teoría le atribuyen una imprecisión teórica y una peligrosidad e inutilidad práctica,⁷¹ sobre todo en atención a que al derecho penal sólo le interesan los comportamientos humanos que desencadenen

68 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 167-180.

69 Beling, Ernst von; *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, op. cit., pp. 19-20.

70 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 597.

71 Para Zaffaroni, “el concepto social de acción en el derecho penal, nos parece impreciso en el plano teórico y peligroso e inútil a nivel práctico”, *Teoría del delito*, op. cit., p. 144.

una modificación externa o interna prevista dentro de la ley, excluyendo así otro tipo de acciones jurídicamente irrelevantes, como podría ser bailar, correr, jugar, etcétera.⁷²

Desde el punto de vista legal, el concepto de acción “debe excluir de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso puedan poseer relevancia jurídico-penal”,⁷³ siendo clara la existencia de un concepto que incluye todas las formas de comportamiento humano, con excepción de aquellas irrelevantes para el derecho penal.

Desde el punto de vista axiológico, la acción se define “como un hacer aquello que no se debe (*facere quod non debetur*)”,⁷⁴ lo cual resulta coincidente con la opinión de autores como Baumann, quien sostiene respecto de la acción una clara identificación con la conducta al señalar que es “conducta humana guiada por la voluntad, siendo indiferente que esta conducta corporal consista en una acción positiva o en una omisión”,⁷⁵ mientras que otros autores como Giuseppe Maggiore, aun cuando identifican a la acción con la conducta, le atribuyen la necesaria transformación del mundo exterior y exponen: “es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior”.⁷⁶

También, la acción se entiende en amplio sentido como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto (acto) o de una omisión. El acto se realiza mediante una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe, mientras que en la omisión se deja de hacer algo que la propia ley ordena realizar,⁷⁷ lo cual guarda coincidencia con lo expresado por Jiménez de Asúa, para quien el concepto de acto abarca tanto la acción como la omisión; argumentando que ambas “responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva (no matarás) su quebrantamiento crea un delito de acción”.⁷⁸

Sin embargo, la acción es algo más complejo que simplemente un elemento de la conducta, la acción desde el punto de vista penal es exclusiva del hombre, ya que puede haber conductas animales, o bien, hechos natu-

72 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español. Parte general, op. cit.*, pp. 353 y ss.

73 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 291.

74 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 621.

75 Baumann, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 150.

76 Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. El delito*, 2ª ed., trad. José Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1989, p. 309.

77 Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 198.

78 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 267.

rales, pero ninguno de éstos va a tener una de las características principales de la acción como lo es emanar de la voluntad del hombre que viene implícita en la realización de ésta.

Atento a lo anterior, la ley no puede ignorar que una acción es de un hombre, y si pretende regular una conducta humana, la cual, por una parte, carece de finalidad y, por otra, es expresión de un ente que no ofrece los caracteres existenciales del “ser ahí”, estará regulando algo menos que un proceso físico.⁷⁹

Para Baumann, “el elemento de la conducta humana excluye del concepto de acción tanto las formas de conductas animales y los fenómenos de la naturaleza como las simples actitudes internas”,⁸⁰ entonces, “la voluntad es la causa de donde emerge la acción del hombre, de ahí que la acción es el comportamiento inteligente”,⁸¹ con lo cual el autor pretende referir la capacidad síquica del sujeto activo referida a la voluntabilidad e imputabilidad como presupuestos necesarios de la acción.

Por otra parte, para Hans Welzel,

la acción humana es ejercicio de actividad final y no proceso causal ciego. La actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento. [...] La finalidad rescata para la acción el contenido de la voluntad y aparece, así, la voluntad final, que, en los delitos dolosos, viene a ser lo mismo que el dolo.⁸²

En la actualidad no podemos generalizar a la acción, sino que ésta se le atribuye exclusivamente al hombre, esto es a la persona física, a diferencia de lo que ocurría en la época del causalismo, en la que se pensaba que toda modificación del exterior provenía de una conducta tendente a realizarla, sin importar el sujeto que la efectuará, lo cual es un razonamiento erróneo, ya que las descripciones contenidas en las diversas leyes penales van dirigidas a sancionar la conducta de personas físicas voluntables e imputables.

79 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, op. cit., pp. 89-90.

80 Baumann, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., p. 150.

81 Ferreira D., Francisco José, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 15.

82 Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 40.

La acción puede tener diversas variantes, desde una acción positiva que implicaría la realización de un verbo, una serie de movimientos traducidos en actos, o bien, de supuesto penal; hasta una acción negativa que nos remite al no hacer lo que estaba previsto dentro de la norma y trae como consecuencia, al igual que la primera, una modificación del exterior.

De lo anterior se desprende que:

entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Serio problema es el de determinar con toda precisión cuáles actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado...⁸³

Recordemos que el resultado típico debe ser consecuencia de una acción u omisión típica que lo produzca como consecuencia directa.

La acción efectuada debe tener íntima vinculación con el efecto producido, ya que no podemos atribuir una modificación del exterior a una acción distinta de la que lo produjo o que no surgió como consecuencia de ésta, por esto “es necesaria la relación de causalidad entre la acción y efecto, es decir, que el resultado sea determinado por la conducta”,⁸⁴ al respecto, es importante señalar que la relación presupuesto-consecuencia en la acción se establece con el resultado típico y con el problema de la acción y el resultado típico analizados en plena correlación.

Por resultado típico, ha de entenderse la *modificación del mundo exterior* a consecuencia de un movimiento corporal del sujeto que realiza un determinado comportamiento típico.⁸⁵ Es así que el resultado es la evidencia del delito, pero no cualquier tipo de resultado, sino el resultado típico originado como consecuencia de la acción.

En relación con la problemática de los delitos sin resultado material o externo, considerados como delitos formales (sin resultado),⁸⁶ el análisis se realiza en parámetros distintos, es decir, la afectación se presenta a nivel formal o bien subjetivo: tal es el caso de los delitos que atentan contra el honor de las personas, en donde la afectación deriva de un proceder subjetivo y ocasiona un daño de iguales características.

La acción en amplio sentido tiene una dirección finalista, es decir, va dirigida a concretar un hecho, a realizar un fin, la conducción final de la

83 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 213.

84 Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. El delito*, op. cit., p. 321.

85 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 356.

86 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 631.

acción tiene lugar en tres momentos: empieza con la anticipación mental de la meta, sigue con la elección de los medios necesarios para la consecución de la misma y concluye con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del suceder real.⁸⁷

Para otros autores, la realización del fin de la acción consta de dos fases: una externa y otra interna, lo que se ha denominado el *iter criminis*, es decir, las fases del delito: se inicia con la idea y se materializa con el comportamiento, o bien, con la exteriorización de ésta.

a) La fase interna, se suscita dentro del pensamiento del autor, es la planeación del acto u actos a realizar para lograr el fin. En esta planeación se seleccionan los medios necesarios para llevar a cabo dicho fin, pero ésta no se podría dar sino se delimita y elige previamente al fin. “Es decir, sólo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere puede plantearse el problema de cómo lo quiere.”⁸⁸ Así también, dentro de esta elección se debe tomar en cuenta los efectos secundarios y de esta manera prever las consecuencias posibles. Una vez admitidos éstos, formarán parte de la acción.

b) La fase externa, surge a consecuencia de la interna, es la realización de los actos planeados para alcanzar un fin determinado. Al derecho penal no sólo le interesa el fin logrado, sino el acto que se adecua al precepto jurídico vigente, esto es, que toman relevancia jurídica desde los medios utilizados hasta los efectos concomitantes derivados de la realización del fin.

Por ejemplo, si un sujeto tiene como fin privar de la vida a otra persona, la fase interna consistirá en la convicción del fin que pretende perseguir para lo cual pensará, planeará y resolverá en torno a cómo realizarlo; la fase externa se realizará cuando el sujeto se encuentre en el lugar apropiado para lograr su fin, si derivado de su comportamiento mata a una persona distinta de la que pretendía, esta acción será uno de los efectos concomitantes de su fin. Al derecho penal le va a interesar el efecto concomitante derivado de la acción desplegada.

La consecuencia jurídica de la acción es que las leyes penales la consideran decisiva para la realización del delito, es decir, la realización del tipo penal contenido en la ley, “la acción no exige sólo ser causada por una voluntad, cualquiera que sea, sino además ser conducida finalmente por

87 Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 293.

88 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 11.

el contenido de finalidad de la voluntad”,⁸⁹ tal es la motivación por la que el legislador penal prohíbe la efectiva dirección finalista de la acción hacia objetivos socialmente negativos.⁹⁰

Por otra parte, se habla de la acción en sentido estricto a fin de atribuirle el carácter de un movimiento del cuerpo del sujeto, lo cual se presenta en infinidad de ocasiones bajo la forma de un procedimiento complejo, como una serie de movimientos corporales. Cada uno de esos movimientos se dice es un “acto”: el conjunto de los actos constituye la acción. El acto no es más que un fragmento de la acción en los casos en que ésta no se reduce a un solo movimiento corporal.⁹¹ Lo cual podría entenderse como la actividad o inactividad corporal.⁹²

Para Zaffaroni, no existe voluntad ni conducta sin un fin, así argumenta que,

sostener lo contrario implica considerar la conducta al mero nivel físico y prescindir de los niveles psicológico y sociológico de complejización. El aspecto psicológico, es imposible desligarlo de la conducta sin que ella deje de ser tal, es lo que introduce el nexo de finalidad.⁹³

Así, la conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto; por ello se le ha denominado “voluntad de causación” (Leonhard). No incluye, para los fines penales, a los movimientos reflejos, que no son voluntarios, ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta, vis maior*), tampoco incluye a los pensamientos, ideas e intenciones. El resultado típico como efecto del acto debe estar sancionado por las leyes penales,⁹⁴ lo cual nos remite al dilema de las normas y su reconocimiento por el derecho, siendo claro que no a todo comportamiento antinormativo⁹⁵

89 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 171.

90 Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984, p. 69.

91 Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 154-155.

92 Islas de González Mariscal, retoma el concepto de actividad o inactividad corporal y lo adscribe como un elemento del tipo penal, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal, op. cit.*, pp. 45 y 46. En sentido similar Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado, 1976, pp. 76 y ss.

93 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 99.

94 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 199.

95 La ley y la norma se encuentran en planos completamente diversos, en tal sentido, la norma precede el surgimiento de la ley.

puede serle atribuida una consecuencia jurídico penal, sino hasta en tanto se prevea en la propia ley.

Según la concepción tradicional, “la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior”.⁹⁶ Esta consecuencia puede consistir tanto en el simple movimiento corporal, como la suma de éste y el resultado material que se ocasiona.

En la actualidad, una definición aceptada es que la acción cubre tres requisitos esenciales que hacen de ella un comportamiento exclusivo de la persona física, éstos son: la voluntad del sujeto, la manifestación de ésta y como consecuencia de la segunda, la modificación del mundo exterior, por ende, todo acto de voluntad presupone actos de conocimiento.⁹⁷

En cuanto a la manifestación de voluntad es el acto que refleja la personalidad del sujeto. La voluntad es el solo elemento con que esencialmente se manifiesta, en el singular acto, la personalidad del actor. Son atribuibles a la voluntad no sólo los actos que traen origen de un impulso consciente, sino también aquellos que se derivan de la inercia de querer,⁹⁸ la voluntad debe entenderse como voluntad consciente, ya que sin el estado de conciencia no se puede considerar como tal.⁹⁹

Las excluyentes de responsabilidad (en cuanto a la acción), se presentan cuando la voluntad del sujeto se ve viciada, o bien, el acto realizado, carece de libertad de voluntad; Muñoz Conde señala tres excluyentes de responsabilidad que son: la fuerza irresistible,¹⁰⁰ los movimientos reflejos y los estados de inconciencia, aunque es claro, la ausencia de acción o exclusión de ésta, no significa que las otras categorías del delito no existan.

96 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 292.

97 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 105.

98 Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, pp. 109-110.

99 En este sentido, existen diversos estado de inconciencia que anulan la voluntad, como el sueño, el sonambulismo, las crisis epilépticas, algunas crisis histéricas, los estados febriles u otros estados de inconciencia. Con la aclaración de que en estados no profundos, puede subsistir una voluntabilidad fuertemente reducida, que para efectos penales equivale a una total involuntabilidad. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal, op. cit.*, p. 58.

100 La fuerza irresistible es una fuerza de entidad tal que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, o sea, que lo haga obrar mecánicamente (...) la fuerza física irresistible es un problema de conducta. La fuerza física irresistible debe ser exógena, o sea, proveniente del exterior y no del sujeto, como bien podrían ser los fenómenos naturales tales como el viento, un terremoto, una tormenta, etcétera, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 146.

B. *La omisión*

El concepto de omisión surge con la teoría de los delitos de omisión creada por Armin Kaufmann, donde concibe a ésta como tercera forma general de aparición del hecho punible junto al delito doloso e imprudente de comisión, dotada de una estructura independiente de sus elementos. El delito de omisión constituye dentro del finalismo una forma especial de hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción,¹⁰¹ pero sí por un supraconcepto de acción.

La omisión puede ser considerada la antítesis de la acción, o como la manifestación de la voluntad en forma negativa, pero en todos los casos trae consecuencias de derecho. La omisión no es como generalmente se entiende el comportamiento de no hacer nada, sino dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero sí la voluntad de no realizar el acto que, de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Generalmente, las personas que pueden o están obligadas a realizar una determinada actividad, al no llevarla a cabo y tener facultades de producirla caen en la omisión, por lo que “no impedir un resultado estando obligado a impedirlo, equivale a ocasionarlo”.¹⁰²

Respecto de la omisión existe un criterio uniforme en el sentido de que no equivale a una pura abstención, sino que estriba en dejar de hacer algo que debió realizarse.¹⁰³ Por lo que no interesará una simple abstención. Por ejemplo: el bañista que alcanza a ver cómo se ahoga una persona al nadar en una laguna, tiene el deber de auxiliarlo o bien de comunicar a la autoridad de dicho suceso, si en lugar de realizar dicho comportamiento aborda su vehículo y abandona el lugar, entonces encontramos la ausencia del comportamiento esperado por el legislador y la presencia de una actividad corporal distinta.

Atento a lo anterior, la omisión es no actuar de un modo determinado, su esencia radica en no haber realizado una determinada acción. La conducta observada en vez de la que se esperaba no tiene nada que ver con la omisión.¹⁰⁴

101 Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 285.

102 Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal, op. cit.*, p. 350.

103 Ortego Costales, José, *Teoría de la parte especial del derecho penal*, Salamanca, Dykinson, 1988, p. 27.

104 Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general, op. cit.*, p 153.

Es por esto que la omisión y la acción tienen un origen común, pero “la omisión, como se ha dicho, no es la cara inversa de la acción, sino otro modo ejecutivo.”¹⁰⁵

Por otra parte, la diferencia principal entre acción y omisión radica en la finalidad de ambas, esto es, mientras en la acción la finalidad es actual, en la omisión se considera una finalidad potencial, un haber podido.¹⁰⁶ Por tanto, es una finalidad no ejercida, que pudo ser realizada; retomando el ejemplo anterior, aquel bañista que estando en la playa contempla cómo una persona se está ahogando y no acude en su auxilio, esto es, no ejerce la actividad final en potencia, produce la omisión y con tal un resultado que generalmente resulta como consecuencia de una acción.

Otro punto en el que se sustentan las diferencias entre acción y omisión, es que la esencia de la omisión radica en la no interferencia en la consumación de un resultado, o sea que no se interviene para evitar el cambio en el mundo exterior, cuando se pudo haber evitado la lesión del bien jurídico por la especial situación en que se encuentra el sujeto activo.

La omisión, para Jiménez de Asúa, es una respuesta de la naturaleza de la norma, “si es imperativa: ‘socorrerás’, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión”,¹⁰⁷ pero también contempla la posibilidad y el estado en que se encuentra el sujeto activo, es decir, se omite el comportamiento con conciencia y estando en posibilidades de realizar el auxilio, entonces desde un plano axiológico, la omisión es un *non facere quod debetur* (no hacer lo que se debía hacer) en virtud del mandato legal.¹⁰⁸

Es factible afirmar que la omisión entraña una voluntad que se manifiesta al exterior a través de un estado de quietud corporal, o bien, a través de un movimiento corporal, es así “que la comprobación de que se está en presencia de una omisión sólo la confiere el instrumento del deber jurídico a cargo del sujeto activo”,¹⁰⁹ es decir omite un comportamiento sólo aquel sujeto que tenía el deber jurídico de realizarlo.

La voluntad de la omisión se encuadra dentro de la actitud, ya que éticamente se encuentra el sujeto activo en un estado consciente y, por ende, voluntario.

105 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 662

106 Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 78.

107 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 267.

108 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 621.

109 *Ibidem*, pp. 642 y 643.

En el caso de Mezger, explica lo anterior al afirmar que la omisión no es otra cosa sino la acción esperada que el autor ha omitido emprender, es no emprender la acción que de él se esperaba, siempre que esa acción esperada le sea exigible, por tal motivo, la omisión sólo se acredita desde fuera, por ende, es el que juzga y no el que omite quien da existencia a la omisión.¹¹⁰

En sentido contrario a la opinión anterior, se argumenta que la omisión, al realizarse se convierte en una acción positiva, tal es el caso de Mir Puig, para quien “la no realización de la conducta descrita por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquella”.¹¹¹ Así, por ejemplo: el cazador que hiere gravemente a otra persona y no le brinda auxilio, omite socorrerla mediante la actividad corporal (acción positiva) al abandonar el lugar de los hechos.

Con esto podemos decir que la actividad corporal (acción positiva) es la que se reprocha dentro de la omisión y que esta última se da a consecuencia del movimiento corporal que no se esperaba. “La omisión se equipara a la acción cuando, si se hubiera realizado la acción esperada, el resultado no se hubiese producido.”¹¹²

La omisión también se da desde un punto de vista pasivo, como muchos autores lo señalan, pero esta pasividad comprende un “comportamiento social positivo”,¹¹³ por ejemplo aquel sujeto que va caminando y presencia un asalto al otro lado de la acera, donde la víctima queda con lesiones, su deber es brindarle ayuda. Es así que quien va caminando y observa un asalto en donde debería brindar ayuda a la víctima, omite su deber mediante la actividad corporal, traducida en seguir caminando.

Para Carrancá y Trujillo, la omisión no es otra cosa, sino “la conducta humana manifestada por medio de un no hacer efectivo, corporal y voluntario, teniendo el deber legal de hacer (de *omissio*, no ejecución, abstención)”,¹¹⁴ mientras Castellanos Tena coincide con Porte Petit, al identificar como elementos de la omisión propia: “a) voluntad, o no voluntad (delitos de olvido); b) inactividad, y c) deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico”,¹¹⁵

110 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 268.

111 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 178.

112 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 372.

113 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 178.

114 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano*, op. cit., p. 200.

115 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 208.

definiciones de la omisión de la cual se desprende la connotación a nivel de aspecto negativo de la conducta, o bien, como el no hacer traducido en inactividad.

Por otra parte, tradicionalmente se ha demostrado la existencia de dos tipos de delitos cometidos por omisión, a saber, los propios y los impropios,¹¹⁶ en “los delitos propios de omisión se infringe una norma preceptiva mediante omisión y en los delitos impropios de omisión, la norma se transgrede mediante omisión de una norma prohibitiva”.¹¹⁷ “La omisión es una acción que puede ser causal respecto de un resultado determinado”,¹¹⁸ o bien, la división entre la omisión pura y la sencilla sin tener en cuenta el resultado y la omisión de un movimiento corporal que se traduce en no impedir voluntariamente un resultado.¹¹⁹

En los delitos omisivos propios, se vulnera una norma preceptiva, por ejemplo, aquel sujeto que va transitando por una avenida y no le brinda ayuda a una persona atropellada; omite el deber de brindarle socorro, por lo que se viola un precepto legal.

De lo anterior, podemos desprender que la omisión es no realizar una acción para salvaguardar el bien jurídico, ya sea teniendo la posibilidad de hacer esta acción, o bien, teniendo el deber de efectuarla, no siendo algo tan simple como mera inactividad o falta de movimiento corporal, puesto que en la propia omisión puede presentarse la actividad corporal.

En relación con lo anterior, podemos afirmar la existencia de tres tipos de delitos de omisión:¹²⁰

a) Los de omisión pura o propia, donde la penalidad será una simple infracción.

b) Los delitos de omisión y resultado, vinculando la omisión al resultado material ocasionado a consecuencia de ésta.

c) Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

En los primeros se pueden clasificar aquellos tipos penales en donde el sujeto que omite la acción positiva, no estaba obligado a proteger el bien jurídico respectivo, sin embargo, el reproche en su contra radica en que tuvo

¹¹⁶ El delito omisivo consiste siempre en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía la obligación de realizar y que podía realizar. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 30.

¹¹⁷ Baumann, Jürgen, *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema, op. cit.*, p. 137.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 152.

¹¹⁹ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal, el delito, op. cit.*, p. 350.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 31.

oportunidad de salvaguardarlo; mientras que en el otro caso se tenía la obligación y la posibilidad de tutelar ese bien jurídico, y debido a esta falta se produce el resultado material.

C. *Los delitos impropios de omisión*

Con anterioridad se ha referido la idea en torno a la omisión y se ha dejado en claro que aun cuando se defiende por la dogmática actual un supraconcepto de acción que contiene a la omisión, existe otra modalidad de delitos que pueden realizarse por omisión y dar lugar a un tipo de acción llamados delitos impropios de omisión, a continuación trataremos de exponer la problemática.

El ámbito de la discusión actual en materia de los delitos impropios de omisión, parte de las formulaciones elaboradas por Nagler, quien, por un lado, planteaba una reacción del derecho penal liberal frente a la postura de la escuela de Kiel y del Proyecto de Código Penal alemán de 1936; de otro lado, define de la manera hoy vigente la problemática de los delitos impropios de omisión, misma que puede establecerse en los siguientes aspectos:¹²¹

1. Se parte de la afirmación de la causalidad para el resultado de las llamadas condiciones negativas;
2. La posición de garante aparece como una consecuencia de la concepción de las prohibiciones del derecho penal, como integradas también por un mandato (secundario) de impedir el resultado;
3. La responsabilidad es consecuencia de la infracción de este mandato de acción dirigido de una manera altamente especializada a una persona que se encuentra “puesta en una especial situación de estrecha vinculación con el bien jurídico”. Esta situación fundante del deber puede surgir directamente de la ley o estar concentrada a ciertos hechos sociales (injerencia y aceptación del deber jurídico contractualmente);
4. Tácitamente queda afirmado que sólo determinada clase de autores, aquellos que sean “garantes” pueden realizar el tipo, que en consecuencia sería un delito propio;
5. No cualquier mandato de acción da lugar a una posición de garante.

¹²¹ Bacigalupo, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, op. cit., p. 40.

En materia de delitos impropios de omisión, resulta conveniente recordar que Armin Kaufmann estableció en materia de omisión y en especial sobre los delitos impropios de omisión,¹²² que la problemática de este tipo de delitos no yace en la estructura dogmática, sino en su conformación axiológica, pues no existe una diferencia estructural entre los delitos propios de omisión y los impropios de omisión.¹²³

La omisión impropia se presenta en un tipo penal que prevé el deber jurídico de guardar un bien jurídico que se ve lesionado o puesto en peligro a causa de la imprudencia del sujeto activo, esto es, que “el sujeto viola un mandato de acción, junto con una prohibición de comisión, o sea, no hace lo que debe hacer, ocasionando con ello un resultado que no debe ser ocasionado”,¹²⁴ los delitos impropios de omisión también son conocidos como delitos de comisión por omisión, o bien, delitos de omisión impropia.

En “los delitos impropios de omisión, el resultado se produce a virtud de la omisión del movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal que lo ordena”,¹²⁵ el sujeto activo adquiere la calidad de garante, esto es, que tiene el deber de guardar el bien jurídico puesto en peligro, esta calidad se puede adquirir de dos maneras:

1. Mediante la existencia de una función protectora de un bien jurídico. En virtud del vínculo que existe entre el sujeto pasivo y el obligado, generalmente este vínculo se da por razones familiares. Una comunidad de peligros, esta relación es entre varios sujetos y entre ellos tienen la obligación de protegerse, como en el alpinismo. La aceptación voluntaria de la calidad de garante, por ejemplo un médico está obligado a realizar todo lo posible para evitar que un lesionado fallezca.¹²⁶
2. Por tener el sujeto activo a su cargo el deber de vigilar una fuente de peligros; como podría ser una persona que tiene por mascota un león,

¹²² Al respecto, debemos recordar que los delitos impropios de omisión son aquellos delitos de omisión que no están expresamente tipificados en la ley, pero que han sido reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia sin ninguna objeción. Por tal motivo, sólo es correcta la expresión “delitos impropios de omisión” y no “delitos de omisión impropia”, pues la impropiedad se refiere al delito, no a la omisión, que, como tal, se da o se da, pero no es ni propia ni impropia. Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pp. 155 y ss.

¹²³ Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 275.

¹²⁴ Raneri, Silvio, *op. cit.*, p. 298.

¹²⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 201.

¹²⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, pp. 35-36.

debe garantizar la seguridad de sus vecinos en virtud del peligro que constituye la posesión de este tipo de animales. En caso de provocar daño a alguna persona, debe responder por él.¹²⁷

Para Juan del Rosal todos aquellos delitos impropios de omisión tienen como principal característica resultados lesivos.¹²⁸ “En ocasiones, y en sede al cargo u oficio que desempeña, el sujeto queda vinculado al cumplimiento de una serie de deberes deontológicos, profesionales o reglamentarios, que nos impelen a realizar una actividad en un determinado sentido.”¹²⁹ Por ejemplo, el ingeniero que no realiza adecuadamente los cálculos para la construcción del puente que está a su cargo y, por ende, el puente se cae ocasionando la muerte de los que transitaban en ese momento, es responsable a título de homicidio.

En atención al cargo que desempeña el ingeniero, incumple con ciertos deberes, previamente conocidos y aceptados, con lo que da lugar a eventos lesivos, bien personales o económicos, en forma tipificable y otros supuestos, que pueden encadenar causalmente la configuración de un resultado típico en cualquier categoría penal.¹³⁰

Por otra parte, para González Quintanilla, los delitos impropios de omisión “son aquellos en donde no se hace lo que debió hacerse y ello produce un resultado material, se está violando una norma preceptiva y después una prohibitiva”,¹³¹ con lo que se identifica a los elementos característicos de la omisión impropia, el incumplimiento de un deber jurídico de hacer y la producción de un resultado material típico, pero se olvida el autor de la calidad de garante que en dicho rubro constituye la parte medular.

Este tipo de acción negativa surge a consecuencia de un determinado resultado prohibido, lamentablemente en el tipo descrito en la ley penal, no se hace referencia expresa de cómo surge la omisión impropia y de cuándo se equipara a una acción positiva, que es más común dentro de la ley.¹³²

Dentro de la omisión impropia existen ciertos requisitos que son fundamentales para que se dé la conducta humana, que son: “manifestación de la voluntad, resultado y relación causal entre ambos”,¹³³ pero sin perder de

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 668.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ González Quintanilla, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 176.

¹³² Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 31.

¹³³ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 678.

vista la calidad a cubrir por el sujeto activo, pues de otra manera acorta la distancia con la omisión e incluso los confunde.

Como presupuestos de los delitos improprios de omisión, podemos señalar que sólo puede surgir en el caso de que se presente la calidad de garante, lo cual representa un problema de autoría y, por ende, nos remite a un círculo reducido de tipos penales que supongan dicha característica.

En efecto, la relación especial y estrecha que existe entre un sujeto activo y el bien jurídico que se ha establecido precisamente para la salvaguarda de éste, es lo que origina la posición de garante, por consecuencia, el presupuesto de los delitos improprios de omisión es precisamente la posición de garante en ausencia de la cual resulta imposible poder hablar o referir a dichos delitos.¹³⁴

Por otra parte, no olvidemos que una de las principales críticas vertidas contra los delitos improprios de omisión ha sido el conflicto con el principio de legalidad, pues la problemática consiste en delimitar los casos y las condiciones en las que la no realización de una acción tendente a evitar un resultado de un tipo prohibido, puede ser equivalente a la realización activa de ese resultado y, por ende, a la aplicación de las consecuencias jurídicas relativas a los tipos penales de acción.

La solución a lo anterior representa un serio problema máxime al encontrarse la omisión impropia a nivel de tipos abiertos, entonces le corresponde al juzgador completar su contenido, a la vez de definir las condiciones en las cuales el no evitar ocasionar un resultado prohibido es equivalente a la acción activa de producirlo y el problema adicional a resolver consiste en establecer la pena al responsable, cuando la ley nada señala al respecto, sino que deja plenamente abierta la posibilidad para que el juez complete su contenido.

1. La posición de garante

La posición de garante constituye una calidad que reúne el sujeto activo. Sus orígenes se remontan a la respuesta en torno a la posición formulada por Schaffstein. La posición que Dham fundó, para la Escuela de Kiel, constituye la respuesta a la teoría de la posición de garante de Nagler.¹³⁵

¹³⁴ Para Olga Islas de González Mariscal, "la calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se halla un sujeto y un bien singularmente determinado creado para la salvaguarda del bien", *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 36.

¹³⁵ Bacigalupo, Enrique, *Delitos improprios de omisión*, op. cit., p. 40.

La problemática en la discusión trató de resolver los casos en que la omisión se identificaba con la acción si se demostraba que estaba equiparada con la actividad según la voluntad de la ley, por ende, el resultado típico producido por omisión equivale a la producción activa, cuando el agente, por su posición en el orden social, desempeña una función de garantía que le impone el deber de evitar el resultado.¹³⁶

En contra de la teoría de la posición de garante existen infinidad de críticas basadas en aspectos como que: “constituye un elemento no escrito de los tipos de comisión”, “da lugar a un tipo de omisión no escrito”, “hace de un delito impropio de omisión, uno propio de omisión” y “viola el principio de reserva y el de prohibición de la analogía”.

Sin embargo, la calidad de garante no representa una simple abstracción o fórmula, sino el recurso más eficiente para establecer los deberes de evitar el resultado de los simples deberes de socorro, de los impropios delitos de omisión y de los propios.

Con antelación hemos referido la importancia del desarrollo formulado por Nagler, quien sitúa a la posición de garante como una consecuencia de la concepción de las normas jurídico penales que prevén una prohibición o mandato de evitar determinado resultado.

El deber de evitar el resultado cobra una fundamentación basada en aspectos como: a) la ley, b) la libre aceptación, c) por la especial situación de vida o de peligro, y d) por la costumbre.¹³⁷

a) *Fundamentación legal*. Establece la necesaria aportación por parte de la ley del deber jurídico de evitar el resultado. Un ejemplo de dicha fundamentación sería el deber que le asiste al servidor público que tiene a su cargo determinada información recibida para desempeñar su función

b) *La libre aceptación*. Antiguamente entendida como aceptación contractual, que ahora se admite de una mejor forma como relaciones de confianza en total independencia de que se basen en cuestiones contractuales. Ejemplo de lo anterior desde el punto de vista contractual serían: la aceptación del trabajo de la enfermera respecto del cuidado del enfermo, el trabajo del guardaespaldas (*bodyguard*). Desde el punto de vista de relaciones de confianza serían: las declaraciones realizadas por el asegurado ante

¹³⁶ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t. II p. 280.

¹³⁷ Welzel fundamenta el deber jurídico de evitar el resultado sobre bases como la ley, la aceptación de una posición de garante, el hecho anterior y especiales relaciones de confianza. Maurach retoma dichas ideas en el sentido expuesto, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, pp. 286 y ss.

el asegurado (que pueden dar lugar al fraude en caso de ser falsas), la relación entre un institución bancaria y sus clientes, que resultan fundamentales para evitar la posibilidad de fraudes de carácter crediticio.

c) *Por la especial situación de vida o de peligro.* Esta posibilidad se basa en lo siguiente: siempre que existan determinadas comunidades íntimas de vida o siempre que se dé una, aunque de manera provisional, comunidad de peligro, cada uno de los miembros de dichas comunidades está obligado a evitar los peligros que puedan sufrir los restantes miembros, lo cual se traduce no sólo en un aspecto de intimidad sino también de íntima solidaridad. Ejemplo de una especial situación de vida derivada de aspectos familiares sería: el deber de los parientes cercanos para con sus familiares enfermos y necesitados de cuidado, la madre que debe alimentar a su hijo recién nacido. En relación con una especial situación de peligro es el caso de los amigos que deciden realizar una excursión unidos por una soga, dependiendo cada uno de ellos de su coordinación, lo cual no se presenta por ejemplo tratándose de los naufragos en virtud de que el peligro no se enfrenta de manera voluntaria.

d) *Por la costumbre.* Este fundamento del deber de evitar el resultado puede resolverse mediante el siguiente principio: un deber de evitar el resultado corresponde a todo aquel que por su conducta precedente ha creado el peligro de la producción del evento. En tal sentido se precisa de una acción precedente por parte del sujeto elevadora del riesgo o creadora de un determinado peligro. Por ejemplo: el que descuidadamente encierra a una persona será responsable de privación de la libertad, sino la pone de manera inmediata en libertad; el que conscientemente se abstiene de eliminar el riesgo de incendio creado por él, responderá en caso de incendio por incendio doloso; el que después de reparar su vehículo en la carretera deja un obstáculo, está obligado a eliminar el peligro creado por el obstáculo, crea el peligro y de producirse un accidente responderá como autor; el beber alcohol en una fiesta, en circunstancias especiales, da lugar a un deber de garantía para cada partícipe de apartar los peligros derivados de la embriaguez de sus compañeros.

El deber de evitar un resultado no se toma en consideración en aquellos casos en que resulte excluido en virtud de la invocación de deberes o valores de carácter superior, por ejemplo el abogado defensor enfrenta la contraposición del deber de colaborar en el esclarecimiento del delito, así como el de guardar la debida reserva de la información comprometedora que su cliente le ha transmitido.

2. Los delitos impropios de omisión en los textos legales

El artículo 7o., párrafo segundo, del CPF establece en torno a los delitos impropios de omisión que la atribuibilidad del resultado típico producido a la persona que evita impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En tales casos se considera que el resultado típico es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El texto anterior es de reciente creación, por lo que a la fecha la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se ha pronunciado aún en torno a su aplicación práctica, sin embargo, existen infinidad de tipos penales inmersos en el Código Penal Federal, en los cuales existe un deber emanado de la ley, o bien, de una relación especial del sujeto activo, que da origen a la calidad de garante y que a su vez le impone el deber de evitar el resultado, tal es el caso de la revelación de secretos prevista en el artículo 210, el cual a la letra señala:

Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Del texto anterior, se puede desprender una clara relación del sujeto activo con el bien jurídico, creada a partir de especiales relaciones de trabajo, en tal sentido se reconoce la presencia de la calidad de garante, sobre la base de argumentos plenamente coincidentes con la postura expuesta por Maurach en torno a la fundamentación del deber de evitar el resultado típico.

En el caso del CP de Sinaloa¹³⁸ y de Baja California,¹³⁹ se introdujo la posibilidad de atribuir el resultado típico producido a los que teniendo el deber jurídico de evitarlo no lo impiden estando en posibilidades de hacerlo, sin embargo, no plantean el origen de dicho deber jurídico y, por ende, la conexión del sujeto activo con la tutela del mismo, es decir, la calidad de garante, por lo cual se amerita una aclaración por parte del legislador, la cual podría ser en el sentido que la propia doctrina lo plantea.

¹³⁸ El artículo 12, párrafo segundo, a la letra señala: será atribuible el resultado típico producido, a quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impida, pudiendo hacerlo.

¹³⁹ El artículo 12, tercer párrafo, señala: en los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico producido quien, teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide.

Finalmente, es destacable la redacción del moderno Código Penal del Estado de Tabasco, que con gran claridad logró abordar el problema de los delitos impropios de omisión retomando los elementos característicos de el al señalar literalmente:

Quien omita evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico, o d) se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia.

3. La punibilidad tratándose de los delitos impropios de omisión

Un problema de capital importancia radica en definir cuál será la pena que se le aplique al responsable de un delito por omisión impropia, ¿la del delito por acción?, o bien, ¿por el delito de omisión cuando esté expresado?

En relación con el primer supuesto, el CPF es muy claro en el sentido de vincular el deber de impedir un resultado típico con la atribuibilidad de dicho resultado al sujeto activo, por ende, se aplicaría por extensión el contenido de un tipo de acción por un comportamiento omisivo, siempre y cuando exista el deber jurídico de evitar el resultado, circunstancia que genera un problema a la luz del principio de legalidad.

Si partimos de la afirmación en el sentido de que no se pueden aplicar penas por analogía ni por mayoría de razón, entonces al aplicar extensivamente un tipo penal de acción por un comportamiento atípico, entonces caemos en la ilegalidad, sobre todo si la omisión impropia derivada tiene el carácter de tipo abierto que el juez debe complementar.

El CPF, en su artículo 70., establece que los delitos sólo pueden realizarse de manera activa u omisiva y en un segundo párrafo establece la posibilidad de atribuirle el resultado típico a quien no lo evitó teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Desde los inicios del derecho penal se consideró al ser humano como sujeto del delito. Grandes discusiones se dieron en épocas históricas de nuestra ciencia del derecho penal, cuando algunos hablaban de responsabilizar a todo lo que ocasionaba un daño a la sociedad siendo el caso de: perros, cerdos, elefantes, topos, etcétera.¹⁴⁰ Otros pugnaban por la defensa de la idea del ser humano como único sujeto de responsabilidad penal.

El ser humano por tradición ha sido el obligado a acatar las normas contenidas en los diversos ordenamientos reguladores de la vida del hombre en sociedad. También, en la medida del desarrollo del Estado moderno y del surgimiento de entes jurídicos, como las personas jurídicas,¹⁴¹ empresas, corporaciones, sociedades o asociaciones, se han realizado innovaciones tendentes a regular precisamente su actividad en la sociedad, la cual desembocó en aspectos incluso de índole penal. Lo anterior, en virtud de que para la consumación de un tipo penal se requiere la confluencia de un comportamiento humano lesivo a los intereses de la sociedad, y si la persona humana es la única reconocida con capacidad para exteriorizar una voluntad dañosa, entonces, ni las cosas inanimadas ni los animales pueden ser considerados sujetos activos del delito, sin embargo, la persona jurídica funciona a través de voluntades de personas físicas y, por ende, resulta plausible pensar en responsabilidad penal atribuible a éstas.

La doctrina hace referencia a las personas participantes en su consumación y es acorde en considerar que ante la presencia de un delito, generalmente encontraremos a un sujeto activo desplegando un comportamiento

¹⁴⁰ Durante la Edad Media se presentan ejemplos de numerosos procesos contra animales. Addosio ha podido reunir 144 de dichos procesos relativos a caballos homicidas, cerdos infanticidas, perros acusados de crimen *bestialitis*, topos, langostas y sanguijuelas, etcétera. Chassané y Bally ganaron celebridad como abogados defensores de tales absurdos sujetos. Aún en el siglo pasado, Jiménez de Asúa registra más ejemplos: en Troyes (1845) fue sentenciado un perro por cazador furtivo; en Leeds (1861), un gallo por haber picoteado el ojo de un niño, y en Londres (1897) un elefante llamado “Charlie”, al que el jurado absolvió por legítima defensa. Los revolucionarios bolcheviques fusilaron en Ekaterimburg (1917) “por burgués”, al caballo “Krepich”, pensionado por su dueño, el Zar, después de haber ganado el “derby”, véase Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 1991, pp. 263-264.

¹⁴¹ En nuestro país la tradición identifica a los entes creados por el Estado como “personas morales”, sin embargo, la moderna tendencia alude a denominaciones más apropiadas como sería el caso de personas jurídicas, personas legales, entidades legales. A fin de evitar confusiones, en lo sucesivo nos habremos de referir a éstas como personas jurídicas, en atención a que su existencia es producto del contenido de la ley, a diferencia de la persona física que precede la formación de ésta, así como a que nos parece el término adecuado para identificarlas.

dañino o peligroso para los intereses de la sociedad, y un sujeto pasivo, entendido como la persona receptora del daño dirigido por el sujeto activo.

En relación con los tipos penales incorporados al CPF, no establecen prescripción en el sentido de estar dirigidos a un círculo determinados de sujetos, sino que deja totalmente abierta la posibilidad de ser concretados por cualquiera, lo cual despierta interrogantes en torno a quiénes pueden ser considerado sujetos activos del delito, y establecer si sólo la persona física o también las personas jurídicas.

La respuesta a las interrogantes anteriores es unánime en el sentido de que la persona física es aceptada como sujeto activo del delito, empero respecto de la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, no sucede lo mismo, sobre todo, a partir de las tendencias adoptadas en los sistemas jurídicos del mundo, lo cual se reproduce en la legislación federal y estatal mexicana.

En nuestro país existen tres tendencias al respecto, la primera admite plenamente la posibilidad de aplicar consecuencias jurídico penales a las personas jurídicas, la segunda ignora la problemática al no señalar nada al respecto, y la tercera tímidamente refiere consecuencias jurídico penales en su contenido aun cuando rechaza la posibilidad de responsabilizarlas penalmente, circunstancia que provoca una clara contradicción al negar, por un lado, la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, y, por el otro, establecer consecuencias jurídico penales para el caso de que se cometan delitos bajo el amparo de ella.

Lo anterior nos obliga a revisar algunas breves ideas en materia de los sujetos activos del delito que por tradición se considera a las personas físicas, pero que cada día con mayor fuerza se demuestra la necesidad de incorporar a las personas jurídicas como sujetos activos del delito y fijar consecuencias jurídico penales.

De igual manera, trataremos de explicar si los tipos penales en materia ambiental se dirigen de manera exclusiva a las personas físicas, o bien, si las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas penalmente por su comisión.

A. Las personas jurídicas

En este apartado es importante establecer que el derecho le reconoce actualmente a las personas jurídicas o morales, una existencia propia, amén de reconocerles plena capacidad para contratar, por ende, efectos a la

voluntad que manifiesten a través de sus órganos de representación o administración.

Según infinidad de autores, podríamos considerar una tendencia actualmente mayoritaria, pero también tradicional, de que sólo puede actuar quien es capaz para ello.

Todas las personas naturales que están en condiciones de realizar una conducta corporal voluntaria son capaces, una persona jurídica no es capaz de realizar por sí sola una acción, ya que es un ente ficticio creado por el derecho, es por esto que el Código Penal no contempla delitos cometidos por personas morales, puesto que los únicos responsables de una acción hecha por una persona jurídica son sus representantes...¹⁴²

Lo anterior resulta contradictorio, pues si el derecho reconoce la existencia de manera ficticia de entes que pueden obligarse como lo hacen las personas físicas, entonces, también les reconoce efectos a la manifestación de voluntad emanada de sus órganos de representación o administración, pues al darse ésta los que se obligan no son los que lo expresan, sino que éstos se obligan pero a nombre de otro, es decir, en pleno ejercicio de un mandato de representación.¹⁴³

La objeción en el sentido de que las personas morales al no ser capaces de conocer sus actos y la significación injusta de éstos, no pueden ser culpables; ya que “si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos”,¹⁴⁴ también resulta inaceptable, pues la tendencia de las leyes actuales respecto de las facultades reconocidas a las personas jurídicas es a ampliar su campo de acción en el mismo sentido que las personas físicas, con un régimen de responsabilidad que afrontan a título colectivo y a título individual, lo cual resulta claro ante la legislación bancaria y financiera, en donde las operaciones que se realizan comprenden la intervención de personas físicas y jurídicas, siendo posible que realicen por un lado operaciones lícitas, así como determinadas actividades plenamente ilícitas.

¹⁴² Baumann, Jürgen, *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., p. 151.

¹⁴³ El Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, establece en los artículos 26 y 27, que “las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución”, “las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos”.

¹⁴⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 261.

Por otra parte, cuando algunos autores consideran que sólo la persona humana puede ser sujeto de una acción penal, en virtud de que la capacidad de acción, la culpabilidad y la punibilidad requieren de una voluntad individualizada y la persona jurídica surge por un acuerdo de voluntades de dos o más sujetos, resulta una afirmación más pasional que atinada, al ser claro que la lesión de bienes jurídicos es en la misma extensión cuando se produce con motivo de la actividad de una persona jurídica que cuando se realiza con motivo de la intervención de una persona física, por lo que la intervención de la ley penal se justifica en un sentido muy similar.

También, se aduce que la persona jurídica sólo puede actuar a través de sus órganos por lo que ella en sí, es inculpable, “ya que el reproche de culpabilidad sólo puede formularse respecto de personas individuales responsables, y no frente a miembros de una sociedad que no han participado en el hecho ni frente a una masa patrimonial”.¹⁴⁵ Lo anterior no significa que el derecho penal permanezca impasible ante los delitos cometidos por éstas, sino que en estos casos se procede contra las personas físicas responsables de estos delitos, añadiendo a lo anterior las medidas civiles o administrativas que surjan como consecuencia accesoria en contra de la persona jurídica.

Para Castellanos Tena “las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito”,¹⁴⁶ lo cual resulta aceptable acorde con la postura teórica del autor, pero es rechazable si atendemos a la relación de causa efecto que existe entre la lesión producida a un bien jurídico por una persona jurídica y la que produce una física, la cual, en términos objetivos no guarda distancia, y en relación con la intervención de la voluntad, tampoco establecen grandes distancias salvo que en el caso de la primera deriva de una manifestación colectiva de voluntad, expresada por sus órganos de administración, en tanto que en las segundas es una manifestación de voluntad personal o individual.

Lo cual se traduce en que, a nivel de personas jurídicas, se reconoce con efectos jurídicos la manifestación de su voluntad, es decir, no se niega la posibilidad de que puedan obligarse y contratar, por lo que si la ley admite tal posibilidad, resulta absurdo suponer que sólo es válida para efectos

145 Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 300.

146 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 203.

lícitos, toda vez que en ocasiones con tales fines, se produce lo contrario, es decir actos ilícitos.

Por lo que también debe precisarse que la manifestación de la voluntad en las personas jurídicas es de naturaleza diversa en comparación con la forma como se manifiesta en las personas físicas, así, en el caso de las primeras deriva de la suma de voluntades, o de los acuerdos, a que lleguen sus órganos de administración o de representación, en tanto que en las segundas es suficiente la decisión personal, además, en las primeras la manifestación de voluntad se torna en un sentido difuso, cuando queremos identificar el origen de la misma, es decir la persona física que la ha producido, lo cual no deja de ser una mera inquietud, pues para efectos legales es intrascendente que la decisión de la persona jurídica emane de la voluntad expresada por todos sus miembros o la mayoría, pues los efectos no se distinguen.

La postura anterior no resulta novedosa, pues durante el transcurso de la historia, existió la responsabilidad colectiva. Actualmente, en algunos países se plantea la posibilidad de si también las personas jurídicas pueden ser sujetos del delito, como expresión de una voluntad colectiva.¹⁴⁷

En la antigua Roma no se aceptó esta posibilidad, con base en el principio *societas delinquere non potest*; posteriormente, en la Edad Media y parte de la Moderna, se logró aceptar; sin embargo, a finales del siglo XVIII, regresó la tendencia a no considerar sujetos imputables a las personas jurídicas, sino que la sanción debería recaer sobre los hombres que se encuentren detrás de ésta.

A mediados del siglo XIX, aparece la *Teoría de la realidad*, de Gierke, donde se afirma que la persona moral tiene una voluntad distinta a la de los sujetos que la integran, por lo que es conveniente sancionar a ésta. Posteriormente, Von Liszt, Prins, Saldaña y Masaveu defienden la responsabilidad que tiene la persona jurídica, argumentando que debido a la peligrosidad de los actos que puede efectuar en el derecho privado, era conveniente aplicarle una pena.¹⁴⁸

Actualmente en los Estados Unidos de América (EUA) e Inglaterra, se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por razones de eficacia, lo cual resulta contrastante con la tendencia de otros países, como es el caso del nuestro, en donde la responsabilidad penal se otorga a los

147 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 181.

148 *Ibidem*, p. 183.

sujetos que realizaron el ilícito. “La irresponsabilidad penal de la persona jurídica que ello implica no se opone, en cambio, a la posibilidad de que la misma quede sujeta a medidas de seguridad y a la responsabilidad civil.”¹⁴⁹

En el caso de los EUA, la situación guarda una notable diferencia, por ejemplo: la responsabilidad penal atribuible a las personas jurídicas se enfoca en la idea de “cualquier persona que viole la ley”, entendido el concepto de persona en el más amplio sentido, es decir, dando cabida tanto a la física como a la jurídica.

Lo anterior provoca que las personas jurídicas, para efectos penales, sean comúnmente incluidas en la idea de “persona”, para efecto penales, en tal virtud, la ley enfoca su contenido al control de la compañía respecto de la violación legal¹⁵⁰ o la extensión a la que la administración de la persona jurídica ciertamente difiera de las exigencias ambientales previstas en la ley.¹⁵¹

De conformidad con lo anterior, la responsabilidad penal a título particular es generalmente utilizada como base para responsabilizar a aquellos que tengan facultades o atribuciones para prevenir o corregir la violación, en comparación de quienes realizan físicamente la actividad.

Los tribunales en los EUA se han pronunciado respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde aspectos, tales como: la posición que ocupa el empleado, llegando incluso a presumir el conocimiento y/o participación en los delitos sobre la base de pruebas circunstanciales referidas a la responsabilidad de los directivos de las personas jurídicas.

En tal sentido, la persona jurídica puede ser materia de imputación por sus empleados en los siguientes casos: a) si directa o indirectamente supervisan actividades ilícitas realizadas por empleados; b) si los empleados o agentes actúan bajo la esfera o ámbito de sus actividades laborales, o c) si actúan los empleados para el beneficio de la persona jurídica.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 187.

¹⁵⁰ En tal caso se han utilizado argumentos de defensa en el sentido de que el acto se realizó por un contratista ajeno del control de la persona jurídica, Dennis Muchnicki and Paul J. Covan, *Countering Corporate Obstruction in the investigation and prosecution of environmental crime*, National environmental enforcement J. National Association of Attorneys General, USA, July 1986, at 3-9.

¹⁵¹ Las personas jurídicas han sido consideradas penalmente responsables no obstante que han logrado acreditar que hubo error en sus operaciones en virtud de contar con un permiso u autorización equivocada, *United States Vs. Mc Donald and Watson Waste Oil Co.*, 983, F. 2d., 35, 46 (1st Cir. 1991). Steve Curran, Gary di Bianco, Andrew Hurst, Melanie Jiménez, Nona Liegeois, “Environmental crimes”, *American Criminal Law Review*, USA, vol. 32, winter 1995, n. 2., Georgetown University Law Center, p. 253.

La tendencia en nuestro país es en el sentido de reconocer responsabilidad a la persona jurídica, bajo el argumento de que “si la persona jurídica funciona a través de voluntades de personas físicas, entonces resulta plausible pensar en responsabilidad penal”.¹⁵²

Dentro de las diferentes posturas en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas, la más acertada es la ecléctica, que considera la responsabilidad de las personas morales desde un punto de vista civil y penal, esto es, “por un lado de manera civil por la responsabilidad que pudiese desprenderse de la actuación de sus miembros y, por el otro, admite la posibilidad de sancionar penalmente a los miembros de la sociedad que, escudándose en ella, cometen algún tipo de ilícito”.¹⁵³

La dogmática penal ha sido un tanto tímida en lo referente a considerar sujetos del delito a las personas jurídicas, entes jurídicos, corporaciones sociales o como quiera que se les denomine. En nuestro país, desde el CPF de 1929, tomándose como modelo el código español de 1928, se introdujo la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas. El texto de dicho artículo fue reproducido posteriormente por el legislador en el CPF de 1931. Esta postura tuvo su origen en el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Bucarest, evento en el cual se estableció la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica y, posteriormente, en 1953 a raíz del Congreso Internacional de Derecho Económico, celebrado en Roma, Italia, se admitió la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas.

Aun cuando se ha discutido ampliamente lo relativo a si es o no responsable penalmente la persona jurídica, la polémica surge cuando tratamos de determinar el carácter de las medidas o sanciones más adecuadas para las personas jurídicas y el procedimiento para hacerlas efectivas.

Por un lado, encontramos opiniones de autores como Hippel y Hafter, los cuales apoyan la aplicación de medidas penales en contra de las personas jurídicas, siempre y cuando no posean ningún carácter represivo, posición arcaica sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, pues contraría una de las finalidades primordiales del derecho penal, consistente en fijar una pena o una medida de seguridad para el caso de conductas contrarias al orden social.

¹⁵² Plascencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, op. cit., p. 39.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 43.

Para otros autores, la responsabilidad a afrontar una persona jurídica, para el caso de delitos, es netamente civil, y por consecuencia, sólo le deben ser aplicables sanciones de esta índole, postura con la cual en todo caso deja abierta la posibilidad para una actuación deshonesta de las personas jurídicas, pues podríamos pensar en el supuesto de individuos que escudándose en una persona jurídica pudiesen cometer todo tipo de tropelías en contra de los miembros de la sociedad, las cuales quedarían impunes por el hecho de no poder responsabilizar penalmente a la persona jurídica.

Existen autores que atribuyen una responsabilidad administrativa a las personas jurídicas y no una responsabilidad penal. Situación discutible, en atención a que garantizan un comportamiento deshonesto de los miembros de la sociedad, y deja de aplicar una sanción penal para el caso de lesión de bienes jurídicos.

También es posible ubicar posturas eclécticas, las cuales consideran a la responsabilidad de la persona jurídica desde un punto de vista civil y penal. Opinión que nos parece la más acertada, en el sentido de responsabilizar a la persona jurídica, por un lado de manera civil por la responsabilidad que pudiese desprenderse de la actuación de sus miembros y, por el otro, admite la posibilidad de sancionar penalmente a los miembros de la sociedad, que escudándose en ella cometen algún tipo de ilícito.

En este orden de ideas, la opinión de que sólo el individuo puede delinquir, queda rebasada, demostrándose cada día con mayor fuerza, la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, situación derivada de la incidencia de delitos de corporaciones en materia económica, por lo cual, es factible localizar con mayor frecuencia, dentro de las disposiciones legales en materia penal, prescripciones sancionadoras de las actividades ilícitas de las personas jurídicas.¹⁵⁴

Con las ideas planteadas en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos entender lo complejo que resulta para el derecho penal el responsabilizarlas, pues el derecho penal trata de responsabilizar a las personas físicas casi exclusivamente, pues la sanción en todo caso debe recaer en una persona física y no en una persona jurídica.

No obstante lo dicho, pensamos que bien puede responsabilizarse penalmente a la persona jurídica estipulándose sanciones económicas como

¹⁵⁴ A este respecto, conviene revisar el CPF, en los artículos 11 y 24 se establecen sanciones para las personas morales que van desde la suspensión temporal hasta la disolución de la sociedad, y en los más de los CPs estatales se considera la posibilidad de aplicarles consecuencias jurídicas a las personas jurídicas o morales.

multas, lo cual sería lo menos grave, o bien, con la pena más grave incluso comparable con la pena de muerte en una persona física, como lo sería la disolución.

Por último, basta agregar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe entenderse en el sentido de solidaria¹⁵⁵ con los miembros de la sociedad, agrupación o corporación.

En lo referente a las personas jurídicas, sus actividades pueden sancionarse mediante reglas de responsabilidad penal solidaria, pues su actuación es a través de personas físicas. Por consecuencia, los daños o perjuicios causados por una persona física a través de una persona jurídica deberán ser afrontados por ambas. En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado la siguiente postura.

PERSONAS MORALES, RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS REPRESENTANTES DE LAS. No puede admitirse que carezcan de responsabilidad quienes actúan a nombre de las personas morales, pues de aceptarse tal argumento los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógico y jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por esto que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa.¹⁵⁶

En la resolución anterior, se resolvió en cuanto a los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, su obligación de responder en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa, siendo posible, en un momento determinado, aplicar a la persona jurídica la consecuencia prevista en el artículo 11o. del Código Procesal Federal (CPF), sin implicar esto, impedimento alguno para sancionar a la persona física miembro de la

¹⁵⁵ El Código Penal italiano establece que en caso de responsabilidad de algún miembro de una persona moral, si se declara insolvente, la persona moral está obligada a pagar la cantidad que resulte, véase Bricola, Francesco, *Il Problema della società commerciale nel diritto italiano*, Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina, p. 238.

¹⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols., 151-156, 2a. parte, primera sala. Amparo directo 1042/81, 30 de septiembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos, p. 74.

persona jurídica que desplegó un comportamiento lesivo a los intereses de la sociedad.

Atento a lo anterior, resulta acertado el comentario de González de la Vega, sobre el artículo 11o. del CPF, en el sentido siguiente:

No se contraría la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser en nuestro derecho posibles sujetos activos del delito, pues la redacción del mismo establece claramente que es algún miembro o representante de la persona jurídica el que comete el delito y no la entidad moral; ello sin perjuicio de que se apliquen las reglas de participación y de que se decrete la suspensión o disolución de la agrupación.¹⁵⁷

La opinión anterior, resulta acorde con la expresada por Carrancá y Trujillo al afirmar: “en nuestro Código sí se considera en casos concretos como posibles sujetos activos a las personas jurídicas, y al hacerlo, en preceptos modelo de timidez, cumple a un primer ensayo legislativo en México sobre tan debatida cuestión”;¹⁵⁸ sin embargo, conforme a lo dispuesto por el CPF, se adoptan como sanciones para la persona jurídica la suspensión y la disolución, dejándose por un lado algunas de gran trascendencia, como las pecuniarias y las dirigidas a la reputación.

También, conviene hacer patente que no obstante la existencia del artículo 11o. del multicitado CPF, el procedimiento correspondiente para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas no se ha establecido a la fecha en nuestro código adjetivo, además de comprender exclusivamente a la suspensión, o bien, la disolución, como sanciones, lo cual resulta altamente deficiente y obsoleto, al no existir en el código adjetivo de la materia la reglamentación para hacer efectivas las sanciones aludidas, por lo cual resultan inoperantes.

En lo que atañe a la tendencia que siguen los códigos penales en nuestro país, la mayoría establecen la posibilidad de aplicarles consecuencias jurídicas,¹⁵⁹ sin embargo, algunos las consideran en el carácter de sanciones,¹⁶⁰ en tanto para otros son medidas de seguridad.¹⁶¹ Sólo para el caso del Código Penal

157 González de la Vega, Francisco, *Derecho penal mexicano. Los delitos*, México, Porrúa, 1977, t. II, p. 19.

158 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano, op. cit.*, pp. 267 y ss.

159 Para el caso del CP del estado de Zacatecas se contempla la posibilidad de aplicar sanciones y medidas de seguridad.

160 En este sentido, los CPs de los estados de Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

161 En los mismos términos, los CPs de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Coahuila, Chihuahua, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa y Tabasco.

de los estados de Baja California Sur, México y Jalisco, no se contempla la posibilidad de aplicar consecuencias penales a las personas jurídicas.

Lo anterior nos demanda la necesaria revisión de las leyes penales, a fin de establecer nuevos parámetros de responsabilidad penal para las personas jurídicas, pues en el actual estado de cosas, la impunidad de los actos realizados detrás de una persona jurídica es una problemática que no se ha enfrentado de la manera adecuada por la ley y, en consecuencia, incrementa los márgenes de impunidad.

B. *Personas físicas*

Al referir a la persona física como sujeto activo del delito, es dable afirmar que es “quien normativamente se encuentra en posibilidades de concretar la parte objetiva de un tipo penal”,¹⁶² lo cual nos obligaría a explicar dicho contenido, mismo que debe quedar claro en el sentido de que no demanda mayores exigencias que contar con una persona física, la cual ha de reunir las calidades que la propia ley establece en su parte descriptiva.

El modelo lógico matemático señala que las calidades a observar por el sujeto activo para colocarse en la posición normativa de concretar los tipos penales aluden a las siguientes:

- Voluntabilidad. Es la capacidad de conocer y querer la realización del tipo penal.
- Imputabilidad. Es la capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva del particular tipo penal.
- Calidad específica. Es el conjunto de características exigidas por el tipo y delimitadoras del sujeto al cual va dirigido.
- Calidad de garante. Es la relación especial, estrecha y directa en que se encuentra un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.
- Pluralidad específica. Es la condición de número exigida por el tipo penal a los sujetos activos.

En donde las dos primeras son constantes y las tres restantes son variables, es decir, sólo se exige su presencia en los casos que el propio tipo penal así lo demanda.

¹⁶² Islas de González Mariscal, Olga, *Andlisis...*, op. cit., p. 29.

Diversos autores han tratado de clasificar a los delincuentes, siendo por consecuencia, diversa la denominación que podemos encontrar en torno a éstos, dependiendo del criterio que se utilice.

En tal sentido, para Rodríguez Devesa es posible hablar de una clasificación de cinco tipos: caracterológica,¹⁶³ etiológica del delincuente,¹⁶⁴ mixta,¹⁶⁵ pronóstica¹⁶⁶ y sociológica.¹⁶⁷

También es posible encontrar otras clasificaciones del delincuente, son ejemplo de éstas: catamenial, de cuello blanco, de cuello azul, fichados, sin fichar, habituales, juvenil, por crisis, menor, militar, organizado, peligroso, político, primario, reincidente, etcétera, siendo tan amplia la clasificación que podríamos elaborar tantas características del delincuente como las que se tomen en consideración.

Del análisis sistematizado del CPF y del Código Federal de Procedimientos Penales, podemos entender que se reconoce la existencia de la siguiente clase de delincuentes: primario, reincidente, habituales, menores y organizados.

En cuanto al delincuente primario, podemos entenderlo en términos de la ley “cuando el condenado incurre por primera vez en la comisión de un delito”.¹⁶⁸

¹⁶³ Dentro de esta clasificación quedan comprendidos sujetos que se agrupan a partir de las características de ciclotímicos, esquizotímicos y viscosos (como los llama Kretschmer), así como introvertidos y extravertidos (atiende a la clasificación de Jung).

¹⁶⁴ Clasificación que hace alusión a las causas que condujeron al individuo a delinquir. Clasificándolo a partir de dichas circunstancias, quedan englobados en este rubro los delincuentes natos, locos, pasionales, ocasionales, los individuos que delinquen por disposición congénita (endógenos) y los individuos que delinquen por influencias ambientales (exógenos). En lo referente al delincuente nato, véase, Mariano Cubi y Soler, *Sistema completo de frenología*, 2ª ed., 1884, citado por Von Hentig, *El asesinato*, trad. de Luis Rodríguez Devesa, 1960, pp. 240 y ss.

¹⁶⁵ En esta clasificación se hace una conjugación de los criterios, etiológico, caracterológico, pronóstica y sociológica. Surgiendo posturas como la de Liszt, en delincuentes de momento, con capacidad de recuperación social reducida y cuya recuperación no se puede esperar conjugando criterios etiológicos y pronósticos. A este grupo pertenece la de Seelig, que nos habla de tipos puros (profesionales refractarios al trabajo, autores de delitos contra la propiedad por escasa capacidad de resistencia, por agresividad, por falta de dominio sexual, por crisis, de reacciones primitivas, por convicción y por falta de disciplina social) y mixtos (ambiciosos sin escrúpulos, autores de asesinatos colectivos, cazadores furtivos, comerciantes de artículos pornográficos, etcétera), véase Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 76 y ss.

¹⁶⁶ Toma en consideración las esperanzas de readaptación social del delincuente, dentro de los cuales encontramos corregibles e incorregibles.

¹⁶⁷ Dependiendo de la forma de vida del delincuente, podemos hablar de poliotropo, homotropo, peligroso (antisocial) y gravoso (asocial), precoces y tardíos.

¹⁶⁸ Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal de 1931, artículo 90.

Por otra parte, el CPF establece que existirá la reincidencia,¹⁶⁹ cuando el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no han transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena.¹⁷⁰

En el mismo orden de ideas, el delincuente será habitual cuando siendo reincidente en el mismo género de infracción comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, siempre y cuando las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años.¹⁷¹

En el caso de los delincuentes menores, podemos entenderlos como aquellos individuos que no son sujetos del derecho penal y procesal penal, es decir, los que por mandato de la ley ésta no rige sobre su persona, en tal supuesto se encuentran los menores de 18 años de edad.

Finalmente, es dable señalar la clasificación de delincuentes organizados, los cuales contemplan aquellos casos en los que de tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno de los delitos previstos siguientes: terrorismo previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita previsto en el artículo 400bis; acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83bis y 84 de la Ley Federal de Armas de fuego Explosivos; tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; tráfico de

¹⁶⁹ En torno a la reincidencia resulta de sumo interés la distinta óptica que asumen la Ley de Protección a la Propiedad Industrial, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Penal federal, pues cada uno de dichos ordenamientos le otorga características distintas, pues por un lado la Ley Federal de Protección al Consumidor establece el término de un año para que pueda surgir, en tanto que la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial establece el término de dos años, con la diferencia de que la Ley de Metrología y Normalización señala que el término de dos años es a partir de la fecha en que se hizo constar la infracción precedente, mientras que Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial nos habla que el término es a partir de la fecha en que se emitió la resolución relativa a las infracciones anteriormente. La gran contradicción surge con el Código Penal Federal que sin fijar un término expreso, estima que existe la reincidencia siempre que se den los siguientes requisitos: 1) una sentencia condenatoria que haya causado ejecutoria; 2) la comisión de un nuevo delito por el condenado; 3) que el nuevo delito se ejecute antes de que transcurra el término establecido para la prescripción de la pena; 4) que el delito se cometa dentro del término señalado en el inciso anterior, a partir del cumplimiento de la condena o goce del indulto que se haya otorgado.

¹⁷⁰ Código Penal para el Distrito Federal..., *op. cit.*, artículo 20.

¹⁷¹ *Ibidem*, artículo 21.

órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462bis de la Ley General de Salud; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366ter; robo de vehículos, previsto en el artículo 381bis del CPF o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.

IV. LA TIPICIDAD

1. EL CUERPO DEL DELITO

El cuerpo del delito (*corpus delicti*) consiste en un añejo concepto, que ubica la doctrina en su raíz en las leyes germánicas de la Edad Media, las cuales contemplaban huellas del examen del cuerpo de la víctima. En Inglaterra se legisló de manera especial. Más tarde, las legislaciones de todos los países aceptaron la necesidad de la comprobación del cuerpo del delito, lo cual provocó que dicho concepto sufriera variaciones sujetas a diversas influencias, algunas derivadas del paso del tiempo y otras propiciadas por la cultura inmersa en el país en el cual se adoptó.¹⁷²

En el siglo XX el concepto de cuerpo del delito, se tradujo en una expresión de uso común por los prácticos europeos e incluso por las legislaciones americanas, a tal nivel que representó, en su momento, un papel verdaderamente trascendente por su importancia en el Estado de derecho, especialmente derivado del principio de legalidad, el cual ahora asume el tipo penal.¹⁷³

En lo que se refiere al sistema jurídico penal mexicano, el concepto de *corpus delicti* durante años jugó un papel medular, sobre él descansaba el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Preciso es subrayar que su trascendencia fue más allá del derecho procesal penal, llegando a influir el propio derecho penal sustantivo.

Al reconocerle al cuerpo del delito un papel fundamental e incluso medular de todo el sistema, es obvio que el mismo dejó sentir su impronta aparición en la dogmática del delito, en forma específica en el estudio de la tipicidad, como certeramente subraya el profesor Franco Sodi cuando

¹⁷² Cancino, Antonio José, "El cuerpo del delito, conceptos generales. Su aplicación al derecho colombiano", *La Justicia*, México, t. XXVI, núm. 450, noviembre 1967, p. 60.

¹⁷³ *Idem*.

afirma “que para madurar el concepto de cuerpo del delito es muy útil el estudio de la teoría de la tipicidad”,¹⁷⁴ lo cual resulta una cuestión de sistemática, es decir, a fin de poder analizar el cuerpo del delito es necesario partir de la descripción elaborada por el legislador de un determinado comportamiento bajo cuya concreción puede sobrevenir una consecuencia jurídico penal.

La doctrina ha discutido desde el origen del concepto en torno a su naturaleza; por un lado, existen autores que le atribuyen un contenido material y, por el otro, los que consideran aspectos tanto materiales como subjetivos en su contenido. También hay posturas que nos permiten identificar a la expresión *corpus delictis* empleada en tres sentidos distintos. En primer lugar, es principalmente empleada la expresión *corpus delicti* como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, inserto en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción —un incendio, un homicidio, un fraude, etcétera—; en segundo lugar, se emplea como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración —un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota—; finalmente, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada —un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, una llave falsa, etcétera.¹⁷⁵

El concepto de cuerpo del delito en nuestro país llegó a jugar tal importancia, que incluso formó parte del texto constitucional, basta recordar el contenido original de los artículos 16 y 19, que limitaban el otorgamiento de órdenes de aprehensión y la determinación de la situación jurídica del indiciado, lo cual se prolongó hasta el año de 1993, en que con motivo de la reforma al texto constitucional se suprimió su contenido.

La dogmática identificaba tradicionalmente al cuerpo del delito con la existencia de un hecho punible y a fin de lograr la asimilación por parte del alumno, se le otorgaban como características estar integrado por “todas las materialidades relativamente permanentes, sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el hecho, así como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba”.¹⁷⁶

174 Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pp. 34 y ss.

175 *Idem*.

176 Manzini, Vincenzo, *Trattato de procedura penale e di ordenamento giudiziario*, Milán, Fratelli Bocca Editori, 1920, t. III, p. 500.

En esta tesitura se trataba de identificar al cuerpo del delito con la materialidad del delito, lo cual resulta congruente con la idea expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el texto constitucional y considerarlo de la manera siguiente:

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.¹⁷⁷

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.¹⁷⁸

CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD. El concepto de cuerpo del delito se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la autoría de la conducta: comprobar que hubo alteración en la salud a virtud de conducta humana es acreditar la materialidad del hecho; atribuir la causación del resultado a una persona es problema de responsabilidad.¹⁷⁹

Sin embargo, dicha idea aportaba serias dudas pues era fácil confundir al juez, o bien a la autoridad investigadora en la comprobación del cuerpo del delito, ya que en el conjunto de elementos físicos o materiales se encuentran los resultantes del hecho, los medios que lo producen, los vestigios y las huellas dejadas por el sujeto activo que despliega el comportamiento.

Es decir, alrededor de la comisión de un delito, antes o bien después de consumado, existen una serie de elementos físicos o modificaciones al mundo exterior, que entrañan una manifestación exterior material, que bien podrían confundirse con el cuerpo del delito y que ameritan una delimitación.

A partir de la idea anterior surgía la duda en torno a los elementos del cuerpo del delito en el supuesto de los delitos que no producen manifesta-

¹⁷⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, suplemento de 1956, p. 178. En el mismo sentido, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 58, p. 27, y *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, segunda parte, vol. XIV, p. 86.

¹⁷⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, segunda parte, vol. 58, p. 27, y *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 79, p. 16.

¹⁷⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, apéndice 1917-1975, tesis de jurisprudencia 93, segunda parte, p. 201.

ción material tangible exterior, este problema se pretendía resolver con la distinción entre *delicta facti permanentis* y *delicta facti transeuntis*,¹⁸⁰ según sea que dejen huellas, rastros o vestigios, o bien, que no los dejen.

Por lo anterior, era necesario distinguir entre el cuerpo del delito y el delito, entendiendo por el primero la materialidad considerada en sus elementos externos,¹⁸¹ lo cual resultaba congruente con las definiciones que lo consideran un conjunto de elementos externos o materiales que constituyen al delito en sí mismo, en tanto el segundo era la resultante de la suma de un comportamiento antijurídico, culpable y punible.

En tal sentido, los elementos del cuerpo del delito se encuadraban en tres grupos: *corpus criminis*, *corpus instrumentorum* y *corpus probationem*.

a) *Corpus criminis*. Es la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delitos, o la persona o cosa que ha sido objeto del delito (sujeto pasivo-objeto material).

b) *Corpus instrumentorum*. Son los instrumentos utilizados, las cosas con las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso como medios destinados a facilitar la acción del delincuente (medios).

c) *Corpus probationem*. Son las llamadas piezas de convicción comprendiéndose todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.

A su vez, resultaba factible enunciar los elementos del cuerpo del delito que a decir de Manzini eran:

- los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito;
- las cosas sobre las cuales se cometió;
- las huellas dejadas por el delito o por el delincuente;
- las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya portación o uso constituye delito;
- las cosas que representan el precio o el provecho del delito;
- las cosas que son el producto del delito, aun indirecto, y

¹⁸⁰ Al respecto, González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*, 10ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 160. Rubianes, Carlos, *Manual de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1981, t. II, p. 222.

¹⁸¹ No obstante semejante afirmación, el cuerpo del delito ha sido definido según distintas posturas. Los clásicos lo entendieron como el delito mismo, D'Aguesseau afirmaba que el cuerpo del delito no era otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviera establecida por el testimonio de personas dignas de fe, concordantes entre sí y perseverando en sus disposiciones incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen. González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*, op. cit., p. 161.

cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito.¹⁸²

En el sentido anterior, se excluía todo lo subjetivo en virtud de la afirmación en el sentido de que dichas circunstancias pertenecen a la culpabilidad y no al cuerpo del delito.

La idea del cuerpo del delito se enfocaba al aspecto externo material excluyendo los elementos normativos y subjetivos, que también son de relevancia para efectos de la función de garantía de la ley penal y para permitir sus efectos. En atención a estas circunstancias, así como a otras tantas críticas, el concepto de *corpus delicti* fue superado a principios de siglo por el de tipo penal, que permitió una concepción más amplia en la cual guardan cabida elementos de toda índole y no exclusivamente materiales.

Finalmente, es notable que la evolución del *corpus delicti* nos permite analizarlo desde las siguientes perspectivas:

- a) con elementos eminentemente objetivos, externos o materiales;
- b) con elementos de carácter objetivo y subjetivo, y
- c) como parte del tipo penal.

En cuanto al primer supuesto, recordemos que por tradición el cuerpo del delito siempre estuvo identificado con aspectos de carácter objetivo, los cuales con el paso del tiempo resultaron insuficientes para explicar la parte subjetiva del delito, a raíz de las ideas neokantianas resultó insostenible defender la idea del cuerpo del delito con un contenido material exclusivamente.

En el segundo caso, fue necesario incluir a un cuerpo del delito a nivel subjetivo a fin de permitir dar cabida a las motivaciones, así como a la voluntad que incide en el sujeto activo

Finalmente, el cuerpo del delito se constituye como un elemento del tipo penal en atención al carácter objetivo de éste y a la característica de continente de elementos objetivos, subjetivos, normativos y descriptivos del tipo penal, lo cual nos permite considerar al tipo penal como un continente y al cuerpo del delito a nivel de contenido.

¹⁸² Rubianes considera a estos como elementos del delito pero no apoya la postura relativa a la exclusión del ser humano. Manzini, Vincenzo, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario, op. cit.*, t. III, p. 500.

2. EL TIPO PENAL

Es indudable que a fin de estar en posibilidades de sancionar a una persona por la realización de un comportamiento nocivo a los intereses de la sociedad, es necesaria la existencia de un precepto legal que contemple dicha circunstancia, así como que cumpla con el presupuesto de que el sujeto tenga conocimiento de lo antisocial de su comportamiento, es decir, no podemos obligar a nadie a no observar un comportamiento considerado como ilícito, si desconoce tal carácter.

La delimitación de los comportamientos prohibidos o en su caso de observancia obligatoria, se han delimitado en lo que conocemos como tipo penal, por lo que Welzel, retomando las ideas de Beling, considera conveniente atribuirle la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida, lo que para Roxin, según una opinión muy difundida, se puede complementar atribuyéndole al tipo penal la función de diferenciar diversas especies de errores a los cuales se asignan distintos tratamientos, pero podría sumarse una tercera función en el sentido de fundamentar la necesidad de un concepto fundamental del sistema de derecho penal que pueda insertarse entre los elementos de acción y antijuridicidad.¹⁸³

Lo anterior se complementa con la idea de Novoa Monreal, en el sentido de que el tipo penal selecciona comportamientos humanos, los valora, a fin de servir de molde múltiple que aparte a las que no coinciden con sus figuras específicas, en tal virtud, sólo la que guarda congruencia exacta con alguna forma reúne las características de ser típica.¹⁸⁴

Para estar en posibilidades de analizar el presente tema, es necesario resolver las siguientes preguntas: ¿qué es el tipo penal?, ¿qué es la tipicidad?, y ¿qué es un comportamiento típico?, trataremos de dar respuesta a cada una de ellas.

En cuanto al concepto de tipo penal es dable afirmar que consiste en la versión más generalizada de la palabra alemana *tatbestand*, con la que se alude a un conjunto de hechos dotándolos de una significación unitaria. Aun cuando para algunos autores sea preferible el uso del término “hecho”,

¹⁸³ Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, trad., Enrique Bacigalupo, pp. 170 y ss.

¹⁸⁴ Novoa Monreal, Eduardo, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, San José, Juricentro, 1980, p. 33.

“encuadrabilidad”, “subordinación” o “delito tipo”, en lugar de la tipicidad. Para los italianos es el *fattispecie* o el *fatto*.¹⁸⁵

El origen del concepto de tipo penal con su actual contenido podemos situarlo a partir de Beling en la dogmática penal alemana, época en la que dicho autor describe lo que antiguamente era el delito específico en la totalidad de sus elementos (incluido el dolo y la culpa), a través de la tipicidad en sentido formal.¹⁸⁶

La práctica jurídico penal del siglo XVIII se había extendido de tal modo en el Poder Judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba. A falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a juicio a toda acción desagradable, prescindiendo de la antijuridicidad e imponiendo arbitrariamente una pena grave o leve.¹⁸⁷

En relación con este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica, en tal virtud fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos. Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y determinada (función de legalidad); quedando como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos.

La postura iniciada por Beling respecto del tipo, podemos escindirla en dos posiciones; la primera no distingue entre tipo legal y tipo del delito, empleando ambos términos con idéntica significación, por lo que el tipo era un concepto neutral, ajeno a toda valoración, por lo que comprenderá sólo los elementos objetivos.

La segunda deriva de la revisión de la teoría en 1930, lo que le permitió distinguir entre el tipo rector o tipo legal y el tipo del delito, que hasta entonces se empleaban como sinónimos, el motivo determinante fue asegurar la necesaria congruencia entre el tipo del injusto y el tipo de culpabilidad, cuya congruencia no se deducía con la necesidad lógica en su construcción de 1906, es indudable que el carácter delictivo de una acción no podría

¹⁸⁵ De igual manera, el autor considera la necesidad de distinguir entre el tipo penal desde el punto de vista de la teoría general del derecho entendido como “conjunto de presupuestos de una consecuencia jurídica”, el tipo legal como parte del tipo del injusto a la que han de referirse el dolo y la culpa, no perteneciendo a él las características de la culpabilidad ni las condiciones objetivas de penalidad, Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 411.

¹⁸⁶ Beling, Ernest, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo, op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁸⁷ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 394 y ss.

afirmarse, sino, a condición de que el tipo de culpabilidad fuera congruente con el tipo delictivo del injusto.

A partir de tal consideración, el tipo tiene subsistencia en la ley, siendo a un tiempo tipo del injusto y tipo de culpabilidad, porque los tipos delictivos son tipos de conductas antijurídicas y culpables, el tipo rector es una mera imagen conceptual que pertenece sólo a la esfera metódica, y si bien se infiere del tipo de delito, no tiene existencia inmediata en la ley. Aquí vuelve a insistir Beling en que el tipo rector es únicamente la imagen o reproducción conceptual de un acontecimiento externo, sin tomar en cuenta para nada lo anímico del sujeto. Para él, el tipo es objetivo y meramente descriptivo.

La consolidación de la teoría del tipo propuesta por Beling se debió a los aportes de Mayer y Mezger, un punto común de ambos fue la ruptura con el principio que Beling mantuvo siempre rígidamente, de que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad. Al respecto, Mezger y Mayer aceptaron y promovieron la teoría de los elementos subjetivos del injusto, así como el criterio de que el tipo es puramente descriptivo desconectado de toda valoración. Sin embargo, Mayer se limitó a considerar la tipicidad como indicio de antijuridicidad, *ratio cognoscendi*: toda conducta típica es antijurídica en tanto no concurra una causa de justificación. Mientras que en el caso de Mezger: los tipos son tipos del injusto la tipicidad se constituyó en la *ratio essendi* de la antijuridicidad.¹⁸⁸

Por otra parte, respecto de la definición del tipo penal, existen infinidad de postulados, desde aquellos que son ajenos al derecho penal, hasta los que negando su existencia plantean la posibilidad de suprimir su estudio. El concepto de tipo penal aparecerá, entonces, como un fenómeno complejo, que abarca elementos objetivos y subjetivos.

El tipo tiene diversos significados, uno de éstos es el conjunto de los caracteres del delito (generales o especiales, positivos o negativos, escritos o no escritos) descritos en la ley, no como condiciones de penalidad sino como condiciones exteriores de punibilidad, de entre las cuales el delito mismo permanece intocable.¹⁸⁹

En el caso de Wolf, calificó a su hallazgo como una verdad penal y lo definió con una función de garantía al modo como lo hace el principio de legalidad del delito: “no hay delito sin tipo”, en tal sentido, los tipos penales contendrán descripciones de comportamientos antijurídicos. Esto es, el

188 *Idem*.

189 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, pp. 756-757.

mundo de significación y trascendencia jurídico penal está contenido en los tipos. Lo que no es típico no interesa a la valoración jurídico penal. En el caso de Von Weber y Graf Zu Dhona, el tipo penal se hizo descansar en el tipo objetivo.

Mientras que para Welzel, 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. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. En tal sentido, el tipo también lo concibe, como una figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida.¹⁹⁰

En palabras de Maurach, el tipo es la descripción terminante de una determinada conducta humana antijurídica. El tipo es, por lo tanto, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal. Debe comprender las características integrantes de la acción: voluntad dirigida en una determinada dirección y manifestación de esta voluntad,¹⁹¹ atento a esto, el tipo no se limitará a la descripción de un suceso objetivo, perceptible por los sentidos, sino que engloba, también, a la voluntad dirigida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo cual permite establecer la idea en torno a los elementos subjetivos característicos del tipo penal.

Lo cual resulta aceptable en el sentido de que efectivamente la función del tipo se enfoca, entre otras, a limitar el poder punitivo del Estado (función de garantía) y, por otro, servir de base para la existencia del delito (función fundamentadora).¹⁹²

Por otra parte, para Muñoz Conde, “el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”,¹⁹³ el autor destaca la presencia de una descripción, que deriva del legislador, la materia de la descripción se establece a nivel de una conducta prohibida, con lo cual refiere a uno de los presupuestos de punibilidad analizados dentro de la teoría del delito como categorías que a nuestro ver sería conveniente definir en términos de acción; finalmente comprende un supuesto de hecho de una norma penal, lo cual nos obliga a establecer la distinción entre la conducta humanan prohibida y el supuesto

190 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán, op. cit.*, pp 76 y ss.

191 Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 267.

192 *Ibidem*, p. 261.

193 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 39.

de hecho de la norma penal, con lo que el autor pretende referir el nivel de análisis fáctico en que se encuentra el delito contra el análisis eminentemente formal que le atañe.

En relación con los fines que persigue el tipo, Gimbernat Ordeig lo define como “la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar mediante la amenaza de una pena para que dicha conducta no se cometa”; sin embargo, debemos recordar que uno de los fines primordiales de los tipos penales es la tutela de bienes jurídicos, siendo ese precisamente el fundamento y razón de su existencia, además de la apreciación en torno a la punibilidad, la cual, más que un elemento del tipo se encuentra ligada como consecuencia de este a fin de otorgarle a las leyes penales su característica coercibilidad.

En tanto para Baumann “el tipo penal describe la conducta punible mediante una serie de circunstancias de hecho y a la conducta descrita de este modo conecta la pena como consecuencia jurídica”, definición que se queda corta respecto del contenido del tipo penal, pues éste no consiste exclusivamente en la descripción de una conducta y circunstancias de hecho, sino que también comprende elementos de carácter normativo.

Para Jescheck, según el actual estado de la teoría del delito, ha de partirse de que en el tipo tienen cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto (sentido de prohibición) de una clase de delito. El tipo está llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha contemplado como sentido de la norma penal, los objetos de la acción relevante, el grado de realización del hecho injusto que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse.

El tipo, como conjunto de los elementos de injusto característico de una determinada clase de delito, comprende todo lo típico del sentido de prohibición de la norma, no alcanzando las causas de justificación en sentido negativo. La concepción del tipo de injusto como clase de injusto puede desarrollarse también sin dificultad en aquellos delitos que requieren para la punibilidad la ausencia de autorización oficial, como sucede en los juegos ilícitos.¹⁹⁴

Atento a lo anterior, se le asignan las siguientes funciones:

a) una función de selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes;

194 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, pp. 333-334.

b) una función de garantía, traducida en el principio *nullum crimen sine tipo*;

c) una función motivadora general, en virtud de que son exclusivamente los comportamientos previstos en el tipo penal que resulten coincidentes con el tipo penal, los que se sujetan a la consecuencia jurídica prevista en la ley son, por ende, los comportamientos típicos.

Para Reyes Echandía, el tipo ha de entenderse como la descripción abstracta que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas.¹⁹⁵

En la dogmática penal mexicana, el tipo se define de diversas maneras. Existen autores que lo analizan como marco o cuadro derivado de la ley,¹⁹⁶ como sinónimo de delito,¹⁹⁷ con referencia a elementos objetivos vinculando al *corpus delicti*,¹⁹⁸ como cosa figurada o figura principal,¹⁹⁹ como determinación de lo antijurídico punible,²⁰⁰ o bien, como acción injusta.²⁰¹

Por otra parte, con un sentido más orientado hacia la evolución del concepto de tipo penal respecto de la función que cumple en la teoría del delito, Rafael Márquez, después de analizar la postura de Beling, considera que el tipo penal se espiritualiza y viene a ser representación conceptual que no debe confundirse con su realización exterior; una categoría sin contenido; un

195 Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 96.

196 Para Ricardo Franco Guzmán, son los marcos o cuadros que se encuentran en la ley y que definen derechos, *Manual de introducción a las ciencias penales*, México, Inacipe, 1976, p. 17.

197 El tipo en sentido amplio se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos. En sentido limitado al derecho penal, el tipo ha sido considerado el conjunto de características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, op. cit., p. 259.

198 El concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos. Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, op. cit., pp. 423-424.

199 El vocablo tipo proviene del latín *tipus*, en su acepción trascendental para el derecho penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano. Parte general*, op. cit., t. I, p. 17.

200 El tipo es una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1990, p. 267.

201 Carrancá y Trujillo, adhiriéndose a Mezger, lo entiende como la acción injusta descrita completamente por la ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada a la sanción penal. *Derecho penal mexicano*, op. cit., p. 301.

concepto puramente funcional que sólo ejerce una actividad orientadora; un libro de imágenes en las cuales las especies delictivas están esquemática y estilizadamente representadas; un concepto troncal de orientación metódica que domina el derecho penal en toda su extensión y profundidad.²⁰²

En una acepción apegada a las ideas finalistas, Olga Islas define al tipo penal en dos sentidos, en primer lugar como “la figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos”,²⁰³ y en segundo lugar, desde el punto de vista funcional el tipo es una clase de subconjuntos, necesarios y suficientes, que garantizan al bien jurídico.

En cuanto a la tipicidad existen infinidad de postulados en torno a cómo identificarla y, en su caso, definirla, aspecto que deriva de la postura teórica a la cual nos apeguemos, sin embargo, resulta claro el carácter eminentemente valorativo que tiene el tipo penal y, por ende, la tipicidad, lo cual da lugar a que se le defina como la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador, siendo en concreto el resultado afirmativo de ese juicio.²⁰⁴ Lo cual podemos entender como la adecuación de los elementos y presupuestos del delito con los presupuestos y elementos incluidos en el particular tipo penal incluido en la ley.

La evolución por la que ha atravesado la categoría de tipicidad puede ubicarse a decir de Jiménez de Asúa en tres fases:

a) *La de independencia*. En que la tipicidad tiene una función descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad, que parte de las propuestas de Beling en 1906 y su reformulación en 1930.

b) *El carácter indiciario*. Propuesta por Mayer, transforma la tipicidad de mera descripción, ya que tiene el carácter de indicio de antijuridicidad, lo cual se cumple en virtud de los elementos normativos.

c) *La ratio essendi de la antijuridicidad*. Representada por Mezger, la tipicidad se transforma en algo más profundo que la descripción indiciaria de la antijuridicidad, llegando a constituir su *ratio essendi*

202 Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, 1992, p. 161.

203 Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., p. 25. También es conveniente analizar la obra escrita en coautoría con Elpidio Ramírez denominada *La lógica del tipo en el derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1970.

204 Zaffaroni, Eugenio, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 176.

A partir de la concepción anterior, Jiménez de Asúa establece las siguientes nomenclaturas en torno al tipo y a la tipicidad:

a) *Tipo de delito (Deliktstypus)*, se refiere a la figura del delito o a la vieja acepción aportada por Stübel a la tipicidad. Este concepto sólo se procura destacar las especies.

b) *Tipo de lo injusto (Unrechtstypus)*, refiere a la conducta antijurídica de esta o aquella especie.

c) *Tipo de culpabilidad*, consiste en el dolo exigido en cada caso.

d) *Figura rectora (Leitbild)*, constituye el antiguo *Tatbestand* introducido por Beling para evitar confusiones.

e) *Adecuación típica (Tatbestandmässigkeit)*, correspondencia entre el hecho y la descripción legal.

f) *Tipicidad sensu strictu (Typicität)*. Constituye un elemento esencial del delito, la descripción elaborada por el legislador.

Para otros autores, en la tipicidad existe acción inculpinable, lo cual puede aceptarse con las debidas cautelas y supeditado a las causas de justificación, pues el dogma *nullum crimen sine lege* y correlativamente el que no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción, puede afirmarse que la tipicidad es elemento constitutivo de la acción sin lo que ésta no es inculpinable.²⁰⁵

A partir del análisis de los comportamientos típicos, se considera a la acción comprendida en la figura del delito como típica, y a tal propiedad de adaptación se denomina tipicidad,²⁰⁶ lo cual permite lograr la confluencia del mundo formal y el fáctico, y definirla como la adecuación de un comportamiento a la descripción elaborada por el legislador e inmersa en la ley.

En virtud de lo anterior, cuando hablamos de tipicidad queremos decir que la conducta está tipificada, que es típica, esto es, que reúne las condiciones exigidas por un tipo, por lo que la teoría de la tipicidad habrá de reducirse a la teoría del tipo,²⁰⁷ lo cual resulta explicable a la luz del carácter de presupuesto que guarda el tipo en relación con la tipicidad, es decir, no es dable ésta a falta del tipo.

Por último, Islas de González Mariscal la refiere como

la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber

205 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano parte general, op. cit.*, p. 301.

206 Antón Oneca, José, *Derecho penal*, Madrid, Akal, 1986, p. 206.

207 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 393 y ss.

una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción.²⁰⁸

Con lo cual se niega total posibilidad de entenderla como la adecuación de la conducta al tipo, pues en dichas concepciones se deja fuera a los restantes elementos del tipo, mismos que deben cobrar vigencia en el caso específico a fin de invocar válidamente a la tipicidad.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido en varias ocasiones al tipo penal apegado en una posición netamente finalista, al respecto señaló:

TIPO PENAL. INDICIO DE CULPABILIDAD. Es bien sabido que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o, en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en los preceptos que lo definen y sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio, mas no fundamento de culpabilidad. Amparo directo 1728/56. 18 de agosto de 1956. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Téofilo Olea y Leyva. Tomo CXXIX, p. 535.

TIPO PENAL. Conforme a la teoría general del derecho, el tipo penal está constituido por el injusto descrito concretamente por un precepto de ley, a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica de punibilidad. Amparo directo 1424/55. 17 de enero de 1957. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Tomo CXXXI, p. 121.

TIPO PENAL. El tipo penal está constituido por los elementos objetivos y normativos que describe el precepto que lo define; excluyéndose el dolo y la culpa, supuesto que aquél constituye un indicio, mas no el fundamento de la culpabilidad. Tomo CXXV, p. 1709. Amparo penal directo 1532/54. 26 de agosto de 1955. Unanimidad de 5 votos.

TIPO PENAL. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos, el tipo penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Amparo directo. 4533/57. Antonio Sánchez Gavito. 3 de octubre de 1958. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Volumen XVI, 2ª parte, p. 257.

TIPO DELICTIVO. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos: el tipo penal significa, más bien, el injusto descrito concretamente por

²⁰⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., pp. 15 y ss.

la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Amparo directo 2556/56. Nemesio Cruz Balderas y coags. 10 de noviembre de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Volumen XVII, 2ª parte, p. 288.

Atento a lo anterior, el tipo lo entendemos como la descripción elaborada por el legislador de una conducta lesiva o peligrosa de los intereses de la sociedad cuya concreción trae aparejada una determinada consecuencia jurídico penal. En tal virtud, si el tipo es una descripción legal resulta obvio ubicarlo en un nivel normativo.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Al referir los tipos penales, es plausible elaborar una clasificación atendiendo a su estructura formal; en tal virtud, es factible agruparlos en: básicos, especiales, subordinados, elementales, compuestos, autónomos, en blanco, de daño de peligro, abiertos o cerrados.²⁰⁹

a) Básicos. Conocidos igualmente como fundamentales, son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular, estos tipos encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal; de esta especie son el homicidio simple (artículo 302 del CPF) y el robo (artículo 367 del CPF).

b) Especiales. Los que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de éste.

c) Subordinados o complementados. Los que refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación sólo en el momento procesal de la imposición de la pena; de esta clase son el homicidio agravado (artículo 302 en relación con el 316, fracción I, II, III y IV).

²⁰⁹ Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal, op. cit.*, pp. 112 y ss. En sentido similar Castellanos Tena considera que los tipos penales pueden ser clasificados en: normales, anormales, fundamentales, básicos, especiales, complementados, autónomos, subordinados, casuísticos, amplios y de daño o de puesta en peligro. *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, pp. 171 y ss.

Tanto los tipos especiales como los subordinados pueden ser privilegiados o agravados; aquéllos prevén una sanción más leve que la de los básicos o los especiales, y éstos, una de mayor gravedad.

e) Compuestos. Los que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores.

f) Autónomos. Los que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del actor, sin que el intérprete deba aludir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros, el secuestro y el aborto.

g) En blanco. Aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica.

h) De daño o de puesta en peligro. Los primeros requieren para su concreción que el bien jurídico sea destruido o lesionado, y los de puesta en peligro sólo toman en consideración la posición de riesgo en la cual se coloca el bien jurídico.

i) Abiertos. Dentro de las leyes penales existen casos en los que el legislador adopta una concepción abierta en torno al tipo penal, es decir, la descripción sólo es comprensible a partir del complemento que realice otro texto legal; así, Jescheck considera que reciben el nombre de tipos abiertos aquellos preceptos penales en los que falta una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal,²¹⁰ en atención a dicha consideración el autor rechaza la idea en torno a los tipos abiertos prefiriendo una concepción cerrada del tipo que no deje margen a maniobras derivadas de otros tipos penales, ya que de lo contrario le faltaría precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito.²¹¹

Un ejemplo de tipo abierto es el previsto en el artículo 171 del CPF, que a la letra señala:

210 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 336.

211 *Idem.*

Artículo 171. Se impondrá prisión hasta de seis meses, multa hasta de cien pesos y suspensión o pérdida de derecho de usar licencia de manejador: [...]

II. Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor, independientemente de la sanción que le corresponde si causa daños a las personas o a las cosas.

Como se puede apreciar, al momento concretarse el tipo penal es necesario rellenar su contenido con lo previsto los reglamentos de tránsito, lo cual supone al tipo con un contenido abierto que requiere ser complementado, cuestión que en el caso del artículo en comento ha propiciado que la doctrina los refiera como tipos penales en blanco, al remitir su contenido a una ley de carácter administrativo.

j) Cerrados. Son aquellos que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por sí mismos, ejemplo de estos tendríamos el previsto en el artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

De lo anterior, se puede observar cómo el tipo resulta plenamente satisfecho con lo dispuesto en el artículo 302, sin necesidad de recurrir en el caso del homicidio simple a otra consideración para completar su contenido y cerrar los elementos que deben distinguirlo.

4. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Al efectuar un análisis de los elementos del tipo penal, resulta conveniente precisar dentro de la postura teórica en la cual nos encontramos, pues las variantes son muy claras en cada una de ellas, así, por ejemplo: la idea de tipo penal con sus elementos ha variado de sobremanera desde el descubrimiento realizado por Beling, cuando lo analizaba desde el punto de vista eminentemente descriptivo, y por ende sus elementos tenían tal característica.

Posteriormente apareció la propuesta de Fischer sobre los elementos subjetivos del tipo penal (1911), y los elementos normativos con Mayer en (1915), con lo que el tipo logró contener elementos descriptivos, objetivos, subjetivos y normativos, siendo tal la consideración de la doctrina al respecto.

En relación con los elementos del tipo, la doctrina actual no adopta una postura que plenamente conteste en torno a éstos, por lo que existen diversas variantes; así, existe una distancia entre los autores defensores de la teoría

de la acción causal y los que adoptan la teoría final de la acción, derivado de su concepción sobre el delito y los elementos incluidos.

Los primeros identifican al delito con elementos tales como la acción, la antijuridicidad, incluido el tipo y la culpabilidad, en tanto en los segundos separan al tipo de la antijuridicidad y analizan a éstos como dos elementos distintos del delito, amén de estudiar por separado el delito omisivo, el delito de acción, el delito doloso y el delito culposo, de donde se deriva una diversa sistemática para el estudio de los elementos del tipo.

En este sentido, para Muñoz Conde los elementos esenciales de tipo penal son el sujeto activo, la acción y el bien jurídico,²¹² postura similar a la expresada por Carrancá y Trujillo autor para el cual los elementos característicos del tipo son el sujeto activo, la acción y el objeto material del delito, o sea, aquel sobre el que recae la acción típica.²¹³

Por otra parte, con una tendencia adecuada a la teoría final de la acción, Jescheck considera al tipo con un origen emanado de la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido del injusto de la correspondiente especie de delito e identifica como pilares básicos de éste a:

- a) el bien jurídico;
- b) el objeto de la acción;
- c) el autor, y
- d) la acción.²¹⁴

Lo anterior significa que en cada uno de dichos pilares básicos deberán de integrarse otros elementos que servirán de base para establecer los elementos del tipo, lo cual Islas de González Mariscal, Márquez Piñero, Maurach, Roxin, Mir Puig, Rodríguez Devesa, Cerezo Mir, interpretan en el sentido de caracterizar al tipo penal con los siguientes subconjuntos:

- a) el deber jurídico penal;
- b) el bien jurídico;
- c) el sujeto activo;
- d) el sujeto pasivo;
- e) el objeto material;
- f) la voluntad dolosa o culposa, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión.

A nuestro modo de ver, los elementos del tipo penal, aluden a aspectos de subjetividad, normatividad y descriptividad, en términos amplios, sin

212 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 49.

213 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, op. cit., p. 160.

214 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 350.

embargo, en particular, guardan un contenido vinculado íntimamente a los conceptos de acción, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, objeto material, dolo, culpa, actividad o inactividad corporal, resultado, medios y referencias de tiempo, lugar u ocasión.

En nuestro país, los códigos dan muestra de una clara tendencia hacia la postura defendida por la teoría final de la acción, en tal virtud, integran al tipo penal los elementos consistentes en:

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

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

En donde apreciamos con claridad, como en la fracción III del mencionado artículo, que la acción se envió al tipo penal y dentro de ésta se colocó al dolo y a la culpa, postura claramente finalista, la cual rompe con la concepción tradicional que veía a la culpabilidad con sus dos especies o grados (culpa y dolo) y que ahora se establece como un juicio de reproche en contra del autor del delito, en el mismo sentido al hacer referencia la primera fracción a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se invoca la “antijuridicidad” en su aspecto material, y en el contenido del inciso b) se refiere nuevamente a la antijuridicidad enfocada al aspecto formal.

A. Elementos normativos

Los elementos normativos son aquellos que requieren valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo síquico.²¹⁵

Juan del Rosal, penalista español ya comentado, los expone de la manera siguiente:

²¹⁵ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 339.

Elementos normativos o necesitados de complementación.- Son todos aquellos en los cuales el tribunal de justicia no se satisface con una simple constatación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ve obligado a realizar otra para concretar más de cerca la situación del hecho. Aquí cabe distinguir: elementos puramente cognoscitivos, en los que los tribunales valoran de acuerdo con datos empíricos, y elementos del tipo valorativos o necesitados de valoración, en que el tribunal adopta una actitud valorativa emocional.²¹⁶

Ejemplo: “cosas muebles ajenas”, en donde la ajenidad se ha de establecer teniendo en cuenta las normas del derecho civil.²¹⁷

Es decir, este tipo de elementos se refieren a hechos o circunstancias que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma, por lo que incluyen los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos al sentido.

Ejemplos:

1. Conceptos jurídicos: matrimonio, deber legal de dar alimentos, documentos, funcionario, cheque, concurso, quiebra.
2. Conceptos referidos a valor: móviles bajos, medidas violentas o arbitrarias.
3. Conceptos referidos a sentido: ataque a la dignidad humana, acción sexual.²¹⁸

En efecto, los elementos normativos tendrán como característica el predominio de una valoración que no resulta factible de percibir por medio de los sentidos.²¹⁹

²¹⁶ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, pp. 781-782.

²¹⁷ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 399 a 402.

²¹⁸ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, vol. I, p. 350. En sentido similar, Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 322. Arigabay Molina, José, *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 203.

²¹⁹ Podríamos citar otros ejemplos de estos elementos como sería el caso de conceptos jurídicos como el “cheque” o el “concurso”. Se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: es suficiente con la “valoración paralela en la esfera del ego”. También pertenecen a la categoría de los elementos normativos aquellos que requieren una valoración empírico cultural del autor, como la “honestidad de la mujer”. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal*, Buenos Aires, Hamurabi, 1987, pp. 164-165.

B. Elementos subjetivos

La parte subjetiva del tipo se haya constituida siempre por la voluntad, dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), o bien, a una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad), y a veces por especiales elementos subjetivos.²²⁰ Por lo que los elementos subjetivos pertenecerán al mundo síquico del agente o de un tercero, en tal virtud, los identificaríamos a nivel de intangibles, inmateriales, pero perceptibles por medio de los sentidos.²²¹

Para algunos autores, los elementos subjetivos deben señalarse como aquellos en los cuales se requiera que el sujeto activo se hallare investido de especiales condiciones, se aluda a determinadas singularidades relativas a la acción o al resultado, a las condiciones subjetivas requeridas en el sujeto activo, se refieran a alguna otra característica de esta índole presente de la acción o del resultado.²²² Esta postura resulta altamente discutible, pues una cuestión diversa son las características o calidades que ostente el sujeto activo, en virtud de un cargo público, o bien, de su carácter de profesionista, cuestión diversa de los aspectos eminentemente internos como su voluntabilidad, la imputabilidad, el dolo o la culpa, así como las motivaciones al momento de cometer el delito, que serán precisamente las que nos interesarán cuando analicemos esta clase de elementos.

En efecto, en infinidad de ocasiones el tipo presenta una mera descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo, referidos a ciertos estados anímicos del autor en orden al injusto, son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras “maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, intención de causar aborto”.²²³

También pueden sumarse al catálogo de elementos subjetivos ciertos contenidos interiores que deben demostrarse con una naturaleza intelectual o cognoscitiva, como el hecho de saber que se mata al ascendiente descendiente o cónyuge; de naturaleza afectiva, como el estado de emoción violenta o de naturaleza volitiva cuando se refiere a una dirección intencional, como las miras deshonestas en el rapto.²²⁴

220 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 212.

221 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 399.

222 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 782.

223 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, pp. 320-321.

224 Arigabay Molina, José, *Derecho penal, op. cit.*, p. 203.

En resumen, los elementos subjetivos son las especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo, en algunos casos de necesaria presencia como es el caso de la voluntabilidad y la imputabilidad, y en otros con un carácter variable siendo tal el caso del dolo o la culpa, y el *animus* en el sujeto activo.

C. Elementos objetivos

La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. En los delitos de resultado, es preciso además que éste se produzca en términos tales que pueda ser imputado objetivamente a la conducta. En este sentido, el resultado se entiende como un efecto separado de la conducta y posterior a ella.²²⁵

Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos,²²⁶ es decir tiene la característica de ser tangibles, externos, materiales, por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante.²²⁷

Por otra parte, el aspecto objetivo del tipo penal, traducido en sus elementos nos recuerda —y de hecho coincide claramente— con lo que añejamente se entendía como el cuerpo de delito, éste se definía a partir de los elementos materiales del delito, como la objetividad jurídica, que está formada por un objeto irreal, de indiscutible repercusión sistematizadora e interpretativa: el objeto de ataque es un trozo del mundo físico; pertenece al mundo de la realidad, y no es otra cosa sino el objeto sobre el que se dirige la acción. El individuo en el homicidio, o la cosa mueble en el robo, constituyen los llamados bienes jurídicos protegidos en el tipo penal. En tanto que la vida o la propiedad son las entelequias u objetividades jurídicas integrativas del llamado bien jurídico. Al primero se refiere el precepto; en tanto que el segundo deberá obtenerse de la interpretación de los tipos. Y, a veces, es de difícil captación, a pesar de la inserción del tipo en un determinado título del código.²²⁸

Por lo que los elementos objetivos, serán las exigencias de índole material, externo o material previstas por el tipo penal.

225 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 212.

226 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 399.

227 Arigabay Molina, José, *Derecho penal, op. cit.*, p. 203.

228 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, pp. 784-785.

D. *Elementos descriptivos*

Los elementos descriptivos están formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos que en él se encuentran, pero que difieren de los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos, por lo que en virtud de que pueden pertenecer al mundo físico y al síquico, se acostumbra a distinguir entre:²²⁹

a) *Elementos objetivo descriptivos*, que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos. Ejemplo: inhumación.

b) *Elementos subjetivos descriptivos*, pertenecientes al mundo síquico de la gente o de un tercero. Ejemplo: la finalidad de atentar contra su libertad sexual.²³⁰

En efecto, los elementos descriptivos podemos considerarlos conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real, pero que necesariamente son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como “descriptivos”, aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico.²³¹

Ejemplos:

Elementos que designan objetos del mundo exterior aprehensibles por los sentidos (persona, matar, dañar la salud, local cerrado).

Objetos del mundo síquico interior (codicia, ánimo de enriquecimiento, ánimo de apropiación).²³²

5. CAUSAS DE ATIPICIDAD

En la perspectiva histórica y dogmática, se reconoce la ausencia de inconvenientes en reconocer que pertenece al tipo del injusto la ausencia de los hechos que fundamentan la ausencia de la antijuridicidad. Es más: sin esos elementos negativos el tipo no cumpliría su función de delimitar el injusto punible.

²²⁹ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 399.

²³⁰ *Idem.*

²³¹ Para algunos autores los elementos descriptivos pueden ser entendidos como los que el autor puede conocer a través de sus sentidos; puede verlos, tocarlos, u oírlos, etcétera; ejemplo: “cosa mueble” en el delito de hurto, véase Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal, op. cit.*, pp. 164-165.

²³² Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, vol. I, p. 350.

También forman parte del injusto las condiciones objetivas de penalidad; se trata de elementos unidos a la acción tipificada en la ley, pero no por una relación de causalidad, porque son a su vez resultado de la acción de otra persona. Ejemplo: la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo.

La magnitud de la pena abstracta depende aquí de lo que haga otra persona pues no es testigo falso quien dicta la sentencia condenatoria, sino el juez.

La razón se halla en que la conducta del testigo falso motiva, induciéndole a error, la del juez, como especies dentro de los delitos cualificados por el resultado, porque precisamente falta lo que en estos últimos es esencial: una relación de causalidad entre la acción del sujeto y el resultado.

Los elementos negativos del tipo constituyen una de las zonas polémicas de la literatura jurídico penal. Reina, no obstante, acuerdo sobre el hecho innegable de que el legislador se vale en ocasiones de expresiones negativas para circunscribir la conducta punible. La discusión versa sobre si ha de entenderse incorporada al tipo, como elemento negativo, la ausencia de aquellos hechos que sirvan de base a las causas de justificación.²³³

El tipo ha de abarcar no sólo las circunstancias típicas del delito, sino también todas aquellas que afecten a la antijuridicidad. Los presupuestos de las causas de justificación se entienden, así, como elementos negativos del tipo. Se incluyen, por tanto, en el tipo porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho. Elementos del tipo y presupuestos de las causas de justificación se reúnen, por esta vía, en un tipo total y se sitúan sistemáticamente en un mismo nivel.²³⁴

En atención a que los tipos penales describen en su materia de prohibición acciones “que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social,²³⁵ sólo puede hablarse de exclusión de la tipicidad de una acción, por razón de la adecuación social, si falta el contenido típico de injusto. Existen otros fenómenos parecidos a la adecuación que no han de confundirse con ella. Se trata de supuestos de colisiones de intereses cuya solución exige que el bien jurídico protegido ceda ante otro valor social, pues “toda la vida social se hace del uso y consumo de bienes jurídicos, como, en definitiva, toda vida es a la vez consumo de vida”. Procede entonces la aplicación de causas de justificación.²³⁶

233 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 399-402.

234 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 338.

235 *Ibidem*, p. 341.

236 *Ibidem*, p. 343.

Las consecuencias de la teoría de los elementos negativos del tipo se reflejan sobre todo en materia de error, pues al considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo, no hay más remedio que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos de las causas de justificación.²³⁷

A. Ausencia de alguno de los elementos básicos del tipo

Una de las causas más claras de atipicidad es la ausencia de alguno de los elementos exigidos por el tipo penal, en consecuencia, el error sobre el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, el nexo causal, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión, y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.²³⁸

B. Error de tipo

El error de tipo ahora se discute respecto de su carácter de causal de atipicidad en oposición a su carácter de causal de inculpabilidad, como se le conocía en la antigüedad, el cambio se presenta en atención a los postulados de la teoría final de la acción, específicamente el aspecto relativo a la ubicación del dolo, el cual se sitúa en la acción y a ésta en el tipo, con lo que la falta de este último produce como consecuencia la falta de adecuación del tipo.

El error de tipo se divide en invencible o vencible. El primero aparece cuando no existe la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva, no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falta de apreciación. El segundo aparece cuando el sujeto, al no desplegar el cuidado debido y adecuado, no supera el desconocimiento de la concreción típica objetiva no valorativa.²³⁹

Los efectos del error vencible o invencible son diversos, ante la presencia del primero desaparece la posibilidad del dolo, pero queda subsistente la posibilidad de la culpa, en el caso del segundo no existe la posibilidad de que el dolo o la culpa puedan presentarse.

²³⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 42.

²³⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 62.

²³⁹ *Idem*.

El error debe presentarse sobre algunos de los elementos del tipo penal y descubrir la característica de ser invencible; de no ser así, entonces queda subsistente el dolo. El error, cuando recae sobre otros elementos distintos del tipo penal, carece de importancia para efectos de la tipicidad, pues no afecta al dolo sino que incide en aspectos como la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad.

En nuestro país, el error de tipo se encuentra en el CPF artículo 15, fracción VIII, lo contempla con plena independencia del error de prohibición, al establecer un inciso diverso para cada uno de ellos, lo cual resulta complementado con lo previsto en el artículo 66 en torno a las consecuencias jurídicas aplicables tratándose del error de tipo vencible.

Respecto del error, la doctrina distingue los efectos que puede provocar a partir del elemento típico en el cual recaiga, el conocer —como elemento del dolo— puede ser eliminado en los supuestos siguientes:

1. *Error in objecto*. Se refiere a la equivocación en torno al objeto hacia el cual dirige el comportamiento el sujeto activo, es decir, la actividad del sujeto se dirige a un objeto determinado pero previamente éste puede ser confundido por otro, en principio resulta irrelevante la equivocación, es decir da lo mismo que prive de la vida a X en lugar de Y, salvo que se trate de un supuesto en el cual el sujeto tenga cierta relación con X y eso dé lugar a la concreción de un tipo distinto como podría ser el homicidio con relación al parentesco (parricidio, fraticidio, conyugicidio, infanticidio), caso el cual podríamos hablar de una tentativa de homicidio en contra de Y un homicidio con relación al parentesco culposo en contra de Y.
2. Error sobre la relación de causalidad. Se refiere a ciertas desviaciones inesenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes. (X dispara contra Y con ánimo de privarle de la vida, pero sólo logra herirlo con levedad, Y muere a los pocos días como consecuencia de una hemorragia provocada por la falta de coagulación de la sangre en la herida.)
En el sentido contrario si el resultado se produce de un modo desconectado de la acción del autor, sólo podrá imputarse el hecho como tentativa (en el ejemplo anterior, X muere a consecuencia de un terremoto que derrumba el hospital donde se encuentra internado).
3. *Aberratio ictus*. Se integra cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado pero por desviación su actividad recae en otro

distinto, más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto. El ejemplo clásico refiere al autor que pretende privar de la vida a Y, pero en virtud de su mala puntería alcanza a X. En este caso encontramos una tentativa de delito de homicidio doloso en concurso con un homicidio consumado por imprudencia.

4. *El error sobre los elementos accidentales* determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.

En el caso del querer, el cual trae como consecuencia que se elimine la posibilidad de la voluntad típica, es conveniente recordar la *vis absoluta*, la *vis maior* y los movimientos reflejos.

La *vis absoluta* y la *vis maior* son fuerzas físicas, la primera humana y la segunda no humana, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo humano, impiden en el caso concreto, el querer típico.

Los movimientos reflejos son reacciones corporales involuntarias a estímulos del exterior que exitan algún órgano receptor, en los cuales, a decir de Mezger, la exitación de los nervios motores no está bajo el influjo anímico, sino que es desatada en seguida de un estímulo fisiológico corporal, derivada de un estímulo subcortical y sin intervención de la conciencia, la exitación pasa de un centro sensorial a un centro motor y produce movimiento. En tales casos falta la acción o conducta, pues nadie diría, por ejemplo, que quien daña a un tapete precioso por un ataque inesperado de náuseas ha realizado la conducta constitutiva del delito de daño en cosa ajena.²⁴⁰

V. EL DOLO Y LA CULPA

El dolo y la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos del tipo penal, lugar resultante de su ubicación a nivel de la acción por parte de la teoría final de la acción, la cual hoy se percibe como dominante en la dogmática penal, cuestión por la que debemos desterrar todo planteamiento que pretenda analizarlo como forma, especie o elemento de la culpabilidad.

Lo anterior resulta en clara concordancia con la tendencia adoptada por la ley mexicana en torno al dolo y la culpa,²⁴¹ al situarlo como uno de los elementos del tipo penal. El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales a partir de la reforma de 1994 señalaba:

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

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

A raíz de la reforma del 18 de mayo de 1999 se introdujo el concepto de cuerpo del delito como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en el caso que la descripción típica lo requiera.

²⁴¹ El concepto de dolo y culpa en el CPF es relativamente novedoso, pues fue hasta el año de 1994 cuando se suprimió el concepto de intencionalidad que hasta entonces permanecía como sinónimo del dolo y el de imprudencia con el que se pretendía identificar a la culpa.

La inclusión del dolo y de la culpa a nivel de tipo penal, se encuentra vinculada con lo dispuesto por el artículo 8o. del CPF, el cual establece que los delitos sólo pueden ser realizados de manera dolosa o culposa.

1. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DOLO

El dolo ha constituido durante el transcurso de la historia uno de los elementos subjetivos de mayor relevancia, sus antecedentes podemos ubicarlos en el derecho romano, siendo una de las grandes aportaciones del periodo tardío de la antigua Roma,²⁴² el incluirlo como uno de los presupuestos de los llamados delitos graves.²⁴³

En los inicios de la teoría del dolo se le concibió a partir de la teoría de la voluntariedad, desarrollándolo como una consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; sin embargo, esta idea fue superándose, hasta que se sustituyó por la representación, bajo la base de que no permitía definir el dolo eventual.²⁴⁴

Las ideas expuestas por Mayer permitieron resolver el dilema del dolo eventual mediante la teoría de la representación, al señalar que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando el autor se representa el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria.

Lo anterior, dio lugar al desarrollo de la teoría de la voluntad y de la representación en torno al dolo para definir y precisar sus elementos, las cuales más adelante desarrollaremos, toda vez que la dogmática es plenamente conteste en el sentido de considerarlos la base de la construcción del dolo.²⁴⁵

²⁴² Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 397.

²⁴³ La doctrina de los autores italianos de la época medieval estableció la tripartición en delitos, crímenes y contravenciones o faltas, base sobre la cual los autores sajones del siglo XVII, especialmente Carpzovio, elaboraron una división tripartita en *delicta atrocissima* (castigado con la pena de muerte agravada), *atrocía* y *levia* (Hippel, en el año de 1930). Plascencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico, op. cit.*, p. 28.

²⁴⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 453.

²⁴⁵ *Idem*.

2. CLASES DE DOLO

Al analizar el dolo es factible distinguir tres especies que tradicionalmente identifica la doctrina. En la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*. Contenía como tal, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho).

Actualmente, en virtud de los aportes derivados de la teoría final de la acción es preferible utilizar un concepto más restringido de dolo, que se entiende como dolo natural, concepción diversa de la propuesta del finalismo ortodoxo, en la que el dolo incluía únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuricidad).²⁴⁶

En cuanto a su clasificación, la teoría tradicional²⁴⁷ ha identificado otras especies, tal es el caso de la clasificación propuesta por Celestino Porte Petit, el cual desdobra las clasificaciones en atención a ocho distintos aspectos: por su nacimiento (inicial o precedente y subsiguiente); por su extensión (determinado e indeterminado); por la modalidad de la dirección (directo, eventual y de consecuencia necesaria); por su intensidad (genérico y específico); por su duración (de ímpetu, simple y de propósito); por su contenido (de daño, de peligro, de daño con resultado de peligro y de peligro con resultado de daño); por su categoría (principal y accesorio), y por su realización (posible y real).²⁴⁸

En resumen, podríamos adelantar que son tres las clases de dolo que engloban las diferentes especies que la teoría ha identificado, en tal virtud, consideramos suficiente hablar de: a) dolo directo de primer grado (o intención en sentido estricto), b) dolo directo de segundo grado, c) dolo eventual, mismas que a continuación trataremos de analizar.

²⁴⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 255.

²⁴⁷ Por su parte, Fernando Castellanos Tena los clasifica en dolo directo, indirecto, indeterminado y eventual, el primero contempla un resultado que coincide con el propósito del agente, en el segundo, el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos, en el tercero la intención genérica de delinquir, se manifiesta con proponerse un resultado delictivo en especial, y el eventual se presenta cuando se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 241.

²⁴⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., México, Trillas, 1990, pp. 604 y ss.

A. *El dolo directo de primer grado o intención*

En este primer caso, el dolo de primer grado o intención se refiere al autor que persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, dominando el factor de voluntad.²⁴⁹

La intención en el sentido anterior se reduce a una cuestión eminentemente subjetiva que alcanza la concreción del tipo penal, situándose más allá del tipo objetivo y que acorde con el tipo se debe tener presente pero que no precisa alcanzar.²⁵⁰

En efecto, la intención es retomada por el legislador en diversos tipos, los cuales aluden a eventos futuros, refiriéndose a la intención no como dolo, sino a nivel de la certeza, la duda o el desconocimiento.

Un ejemplo de lo anterior es lo dispuesto en el artículo 301 del CPF al señalar como responsable de las lesiones que a una persona cause algún animal bravío, será responsable el que con esa intención lo azuce, o lo suelte o haga esto último por descuido, en este caso el código utiliza la expresión “intención” a fin de excluir la posibilidad del dolo eventual, dejando la posibilidad del dolo de primer grado o intención, en virtud de que la manifestación de la voluntad por parte del sujeto va dirigida a un objetivo claramente determinado.

B. *Dolo directo o dolo de segundo grado*

El dolo directo (*dolus directus*) constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la producción de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico, en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere.²⁵¹

²⁴⁹ Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 403.

²⁵⁰ Jescheck acompaña el ejemplo del ladrón que desea apropiarse de la cosa robada, lo cual caracteriza la intención del hecho acorde con la finalidad que se ha planteado y actúa en tal sentido, o bien, el sujeto que desea realizar un acto sexual sobre determinada persona y tiene toda la intención de consumarlo. El que desea privar de la vida a una persona y despliega su comportamiento para consumir dicho acto. *Idem.*

²⁵¹ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 459.

Lo cual se traduce en la concurrencia en el autor del conocimiento de lo que va a realizar en relación con el tipo y en especial la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central.

La manera como el legislador acostumbra designar el dolo directo es mediante la idea de “conociendo” o “a sabiendas”, así, el artículo 9o. del CPF señala: “obra dosamente el que conociendo los elementos del tipo penal quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

C. *Dolo eventual*

El dolo eventual (*dolus eventualis*) lo entiende la doctrina en los siguientes términos: “cuando el autor prevé como posible el resultado típico y se conforma con él”,²⁵² idea que el CPF ha retomado en el sentido de “obra dolosamente el que, previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito en la ley”.²⁵³

En este tipo de dolo el sujeto activo dirige su comportamiento hacia un fin de total indiferencia para el derecho penal, pero del cual se puede derivar un resultado típico el cual prevé como posible, sin que incida dicha circunstancia en modificar su comportamiento, sino por el contrario sigue adelante y asume el riesgo.

A fin de establecer la distancia entre el dolo eventual y la culpa consciente, podemos partir de la teoría del consentimiento, la cual propone la existencia del dolo eventual cuando el sujeto consiente o acepta la producción del resultado, en tanto que si realiza la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la culpa consciente o con representación.

Según la teoría de la probabilidad, si el sujeto consideraba probable la producción del resultado estaremos ante el dolo eventual. Pero si consideraba que la producción del resultado era meramente posible, se daría la culpa consciente o con representación. La teoría de la probabilidad prescinde a la hora de deslindar el dolo eventual y la culpa consciente de un elemento esencial del dolo: el elemento volitivo. El dolo es conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. En el dolo eventual la relación de la voluntad con la realización de los elementos objetivos

²⁵² En el mismo sentido, Jescheck: “significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella”, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 405, Jiménez de Asúa, Luis: “existe cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en última instancia”, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 461.

²⁵³ Artículo 9o. Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal.

del tipo es menos intensa, pero es preciso que concurra un elemento emocional, que refleje la actitud del sujeto ante la posible lesión del bien jurídico.²⁵⁴

3. ELEMENTOS DEL DOLO

A. *El conocimiento*

El conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo, pero cuáles son las características de dicho conocimiento. En principio, debe ser actual, es decir en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando.

Empero, no todos los elementos del tipo objetivo son factibles de conocer de una misma manera, por ejemplo, los normativos exigen de una valoración jurídico-social, incluso requieren de un conocimiento técnico; por ejemplo, un título de crédito, el servicio público, las armas de uso exclusivo del ejército y fuerzas armadas, ameritan una reflexión jurídica y una respuesta de la ley, siendo distinto el conocimiento que puede tener una persona con instrucción jurídica en comparación con quien adolezca de ésta; sin embargo, la exigencia de la ley es el conocimiento simple que se pueda tener de dichos conceptos, mas no el jurídico, pues de otra manera supondría la exigencia de conocimientos jurídicos, es decir basta saber lo que es un título de crédito en términos de cómo lo conoce una persona en general.

Por otra parte, los elementos descriptivos requieren la percepción de los sentidos, por ejemplo las lesiones que se infieren a una persona durante una riña suponen el conocimiento de la violencia que se está ejerciendo para dañar al oponente.

En relación con el conocimiento, éste puede anularse con motivo del error, sea sobre los presupuestos o bien sobre los elementos del tipo, con las posibilidades de ser vencible o bien invencible, el primero existe en aquellos casos en que el sujeto activo no tiene la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falsa apreciación, en tanto el

²⁵⁴ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1981, pp. 440 y ss.

vencible aparece cuando el sujeto por no haber desplegado el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Los efectos del error son diversos, así, tratándose del invencible, no existe el dolo ni la culpa y para el caso del segundo se elimina la posibilidad del dolo pero no de la culpa.²⁵⁵

B. *Querer*

En materia de voluntad, vale la pena recordar la idea respecto de la libertad de voluntad que se origina en la libertad individual del ser humano, su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que desea dañar el patrimonio de otra persona y lo logra.

En el sentido anterior, la voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada. Pero en cuáles casos puede afirmarse que el sujeto quiere realizar su comportamiento; podríamos señalar que será cuando acepta el resultado anticipadamente, sea por representación o bien porque aparece como probable sin que tal probabilidad sea suficiente para detenerlo en la realización de su propósito, o bien en la omisión del deber que está obligado a acatar.²⁵⁶

El querer puede ser anulado en un momento determinado por la presencia de fuerzas externas irresistibles denominadas como *vis absoluta*, *vis maior* y los actos reflejos.

La *vis absoluta* y la *vis maior* son fuerzas físicas, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo del sujeto, impiden, en el caso concreto, al querer típico, la primera es atribuible al ser humano y la segunda a las fuerzas de la naturaleza.²⁵⁷

Los actos reflejos se entienden como reacciones del cuerpo humano involuntarias en respuesta a estímulos externos.

²⁵⁵ Los casos límites del error se han identificado como la *abertractio ictus* (error en el delito) que se presenta cuando el sujeto dirige su voluntad hacia un objeto determinado y, por desviación, recae en un objeto distinto. El *error in objecto* (error en la persona) se da cuando la actividad, que se dirige hacia un objeto determinado, recae en dicho objeto, sólo que previamente dicho objeto ha sido confundido con otro. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 62. La distinción entre el error de tipo y el error de prohibición es reciente, tradicionalmente se han analizado como error de hecho (*error facti*) y el error de derecho (*error iuris*). Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 412.

²⁵⁶ Reyes Echandía, Alfonso, *Culpabilidad*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1991, pp. 50 y ss.

²⁵⁷ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 63.

4. EL ERROR DE TIPO

Con anterioridad hemos comentado respecto de los elementos del dolo, los cuales quedaron definidos como el conocer y el querer, al ser eliminados dan cobijo al error del tipo, es decir, el autor no conoce los elementos a que, según el correspondiente tipo, debe extenderse el dolo. En el CPF se establece su presencia cuando “se realice la acción u omisión invencible sobre de los elementos que integran el tipo penal”.²⁵⁸

El tratamiento de esta figura descansa en una base fundamental: si el dolo supone el conocimiento y el querer realizar un determinado comportamiento, al existir error en el sujeto activo, la parte relativa al conocimiento no se concreta, por consecuencia, el dolo se excluye.

Por otra parte, si lo que hace falta es el conocimiento de los elementos del tipo calificado, entonces se integra el tipo básico, y para el caso de que el error se deba a una conducta culposa, entonces debe sancionarse por la concreción del tipo de manera culposa, si es que la ley prevé dicha posibilidad.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido con precisión el alcance del error de tipo en el sentido siguiente:

ERROR DE HECHO SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TIPO. DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE INTRODUCCIÓN ILEGAL AL PAÍS DE UNA DROGA. No es obstáculo para la integración del delito contra la salud en su modalidad de introducción ilegal al país de una droga, que el quejoso alegue que en la especie operó en su favor la exculpante del error de hecho, debido a que siempre estuvo en la creencia de que lo que trasportó oculto en una máscara de papel era dinero y no el estupefaciente que fue hallado en el momento de su detención, pues además de resultar inverosímil y sin apoyo probatorio tal versión, el error de hecho sobre los elementos esenciales del tipo opera como causa de inculpabilidad sólo en el caso de que sea invencible, es decir insuperable, y en el caso a estudio es claro que no lo era, pues incluso el obrar furtivo por parte del acusado denotó pleno conocimiento acerca de la ilicitud de su conducta.²⁵⁹

²⁵⁸ En la concepción tradicional del *dolus malus*, el error de prohibición excluía también el dolo (porque éste requería no sólo de conocer y querer la situación típica, sino también que su realización fuera antijurídica, esto es, prohibida por la ley). Tal era la llamada teoría del dolo. En cambio, referido el dolo solamente a los elementos del supuesto de hecho típico (dolo natural), el error sobre el estar prohibido del mismo no excluye el dolo, sino que, según la doctrina dominante, sólo disminuye o excluye la culpabilidad (teoría de la culpabilidad). Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 268.

²⁵⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 193-198, 2a. parte, p. 23.

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el “error de tipo” como el llamado “error de prohibición indirecto” o “error de permisión”, hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la Ley, generando el vencible error el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios que le fueron recogidos al momento de su detención, contenían marihuana, y tan es así, que antes de efectuarse ésta, le había proporcionado a su coacusado parte del estupefaciente que inicialmente poseía, lo cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error.²⁶⁰

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. PARA SER EXIMENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE. Tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar eximente de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable, pues siendo sólo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trata.²⁶¹

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN. Cuando el sujeto activo desde un principio alude a la marihuana como objeto de su conducta reprochable, debe inferirse que no pudo existir error de tipo, ni error de prohibición indirecto o error de permisión, a que se refiere como causa excluyente de responsabilidad el artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, ya que para que cualquiera de estos conceptos se actualice se requiere que el error sea de carácter invencible o insuperable.²⁶²

²⁶⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, informe 1986, 2a. parte, primera sala, p. 12.

²⁶¹ *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 139-144, 2a. parte, p. 88.

²⁶² *Semanario Judicial de la Federación*, Informe 1987, parte II, p. 21.

5. LA CULPA

Con motivo de la evolución del hombre en sociedad, en el presente siglo se incrementó la manipulación de máquinas e instrumentos peligrosos para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas. El tránsito automovilístico representa una de las fuentes de delitos por culpa más frecuentes en la actualidad, al grado de que la legislación adopta una forma especial al tratar el tema.

El concepto de culpa se origina en la antigua Roma enfocado propiamente al derecho civil. Para algunos autores como Manzini y Alimena, su origen se remonta a Adriano desapareciendo con Justiniano; sin embargo, gran parte de la dogmática penal considera que no existió una concepción de culpa válida para el derecho penal, sino sólo con validez para las controversias de índole civil.

Es a partir de las ideas de English (1930) que se incorpora a la culpa el deber de cuidado como elemento integrante, al lado de la conexión causal de la acción con el resultado y la culpabilidad, destacándose la importancia del deber de cuidado y su observancia como punto de referencia para la culpa.

La culpa cobra sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado vicio de la voluntad a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible.²⁶³

Se han planteado durante el transcurso de la historia diversas teorías respecto de la culpa, teoría objetivas, subjetivas, positivistas y finalistas; a continuación analizaremos los postulados de cada una de ellas.

1. Las teorías objetivas establecen la esencia de la culpa en aspectos externos u objetivos, al margen de la *psique* del sujeto activo, destacando la de los medios antijurídicos y la de la acción contraria a la policía y a la disciplina.

a) La teoría de los medios antijurídicos; en ésta, la culpa se hace depender de dos presupuestos: la relación causal eficiente entre la conducta del sujeto activo y el resultado ilícito y la elección de los medios antijurídicos. Es decir, basta que el resultado típico se produzca por un medio contrario al derecho

²⁶³ Existen por igual otras doctrinas, por ejemplo, Mori cree que la culpa se castiga por excepción y De Simoni alega la sospecha de dolo, sin embargo, el cambio más radical surge al plantearse que la imprevisión de lo previsible se enraiza, no en un vicio de la voluntad, sino en un vicio de la inteligencia, Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, *op. cit.*, p. 468.

para que sea punible a título culposo (matar con un arma de fuego prohibida) desapareciendo la posibilidad del caso fortuito.

b) *La teoría de la acción contraria a la policía y a la disciplina*; originada por Manzini, considera a la culpa como una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, de la cual derivó, como de la causa al efecto, un evento dañoso o peligroso, previsto en la ley como delito y producido involuntariamente o como consecuencia de la errónea opinión inexcusable de cumplir el deber jurídico. En estos casos, la culpa se traduce en negligencia, imprudencia o impericia, en virtud de la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas.²⁶⁴

2. *Las teorías subjetivas* se basan en cuestiones como la previsibilidad, la provisióbilidad, la violación del deber de cuidado y el error.

a) *La previsibilidad*; está basada en la posibilidad del sujeto activo de evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, mediante la previsión del mismo, surgiendo la culpa cuando se produce una lesión o puesta en peligro del bien jurídico sin que intervenga el querer por parte del sujeto activo y derivado de la falta de previsión de un evento que era previsible.

b) *La provisióbilidad*; que se puede traducir en proveer el cuidado posible y adecuado para evitar lesionar o poner en peligro el bien jurídico, surgiendo la culpa cuando se omite prever y proveer lo necesario para evitar un resultado típico, previsible y provisióble.

c) *La violación del deber de cuidado*; se basa en la atribución a la culpa de un origen basado en la violación de un deber de cuidado exigible a todo ciudadano en los casos en que realiza actividades peligrosas de las cuales deriva o puede derivar una posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (Feuerbach).

d) *El error*; esta teoría fue expuesta por Merkel al plantear la posibilidad de que en la culpa el sujeto activo no quiere la realización de los caracteres constitutivos del delito o de alguno de ellos, y no la quiere por causa de ignorancia o error. Para que sea factible dar entrada a la culpa se requiere que el error o la ignorancia sean evitables, en virtud de las circunstancias en que se halla el actor al momento de ejecutar el hecho, pues de otra manera estaríamos ante la presencia del caso fortuito.

²⁶⁴ Manzini, Vincenzo, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, op. cit., vol. I, p. 743.

3. *La teoría positivista* considera a la culpa como el resultado de una conducta involuntaria en relación con sus efectos, la punibilidad no tiene fundamento diverso del que tiene el delito doloso, en efecto dice Ferri:

la razón de aquella forma represiva de defensa social, que en un determinado momento histórico cada sociedad civilizada considera necesaria contra determinadas acciones que intencionalmente o no, conscientemente o de modo inconsciente, aparecen por debajo del mínimo de disciplina social establecido por las leyes, es la de que constituyen expresión sintomática de una personalidad más o menos inadaptada a la vida social y, por ende, peligrosa, para la que no bastan las sanciones del derecho civil, administrativo o disciplinario.

4. *La culpa en el finalismo*. En esta postura teórica la culpa experimenta cambios fundamentales, recordemos que en sus inicios se descartaba totalmente la posibilidad de la culpa, pero también se consideró que la culpa estaba fundada en la falta de observancia de un deber de cuidado, actualmente se acepta su presencia pero con un contenido basado en la infracción de la norma de cuidado, la previsibilidad del evento y el conocimiento o desconocimiento de la conducta descuidada.

A. *Clases de culpa*

Actualmente pocos son los que discuten en torno a la existencia de una culpa consciente y una culpa inconsciente, la primera se presenta cuando, si bien no se quiere causar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo, si el sujeto deja de confiar en esto, concurre el dolo eventual; la segunda supone que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad.

B. *Estructura de la culpa*

Trátase de culpa consciente o inconsciente, ésta supone una estructura basada en:

1. *La parte objetiva*, que se traduce en la infracción de un deber de cuidado (desvalor de acción) y el resultado de la parte objetiva de un hecho previsto en un tipo doloso (desvalor de resultado).

2. *La parte subjetiva*, que requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (consciente) o sin él (inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.

De conformidad con lo previsto en los artículos 8o. y 9o. del CPF, los delitos pueden ser consumados vía culposamente, a esta modalidad en épocas remotas se le analizó como *cuasi delictum*, en virtud de encontrarse más vinculado a aspectos civiles que a penales propiamente, pues las consecuencias jurídicas se asimilaban a la tendencia de las leyes penales más que al fin de la ley penal; sin embargo, actualmente no se discute respecto de su reconocimiento, sino en torno a la magnitud del reproche y, por ende, a la individualización de la pena.

6. LA PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS CULPOSOS

El fundamento de la punibilidad de los delitos culposos es una materia controvertida, para algunos autores lo decisivo en la culpa es un defecto de la inteligencia: una falta de reflexión. Con ello se pone acento en la previsibilidad o elemento intelectual de la culpa. La pena estaría dirigida entonces al intelecto del sujeto activo y de todos los demás. Significando un “acuérdate” o “haz memoria”.

Ahora bien, sabemos que, aunque lo imprevisible es siempre inevitable, no todo lo previsible es evitable. La esencia de la culpa no puede, por tanto, radicar en la equivocación cometida por el sujeto al actuar (el error). Justamente se ha reprochado, además, a esta posición el que con ella se desconoce la característica básica de la culpabilidad.

Otro grupo de autores ve en la culpa un defecto de voluntad: si bien hay un vicio de la inteligencia, éste se remonta “en su origen a la voluntad del agente”. La dificultad de estas teorías reside en que hay una serie de casos en los que no se halla un acto positivo de voluntad y, no obstante, la conducta es culposa.

Para otro grupo de teorías intermedias la esencia de la culpa se encuentra en otras características: la desconsideración, la ilícita infraestimación del bien jurídico, la falta de interés, la ligereza en evitar la lesión del derecho.

De conformidad con lo anterior, siendo la esencia de la culpabilidad la posibilidad de actuar de acuerdo con las exigencias del derecho, la culpa es

una forma de culpabilidad porque, con independencia de lo que sabía y quería realmente, pudo haber obrado de otra manera a como lo hizo.

Para fundamentar la punibilidad en los delitos culposos inciden cuestiones de política criminal, los delitos culposos no deben castigarse sino cuando así lo aconseje la gravedad del resultado o su frecuencia estadística. También inciden cuestiones prácticas, pues una excesiva extensión de punibilidad de los delitos en su forma culposa constituiría una carga insoportable para los órganos jurisdiccionales.

En conclusión, todo actuar culposo comporta por parte del sujeto una conducta equivocada. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, debió el sujeto conducirse de manera distinta a como lo hizo. La raíz de que no lo hiciera se encuentra siempre en que no calculó correctamente las consecuencias de su conducta, bien porque no se representó la posibilidad del resultado, bien porque creyó erróneamente que la posibilidad que se representaba no ocurriría.

De ahí las estrechas relaciones entre la culpa y el error. Siempre que hay culpa media un error. Pero no siempre que hay un error la conducta es culposa. Frente al error inevitable cesan las exigencias del derecho en orden a un comportamiento distinto

En cuanto a la punibilidad de la culpa, es necesario señalar que el CPF establece esta posibilidad sólo tratándose de los siguientes tipos penales:

a) *Evasión de presos*. Artículo 150. Se aplicarán de seis meses a nueve años de prisión al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado. Si el detenido o procesado estuviese inculcado por delito o delitos contra la salud, a la persona que favoreciere su evasión se le impondrán de siete a quince años de prisión, o bien, tratándose de la evasión de un condenado, se aumentarán hasta veinte años de prisión.

Si quien propicie la evasión fuese servidor público, se le incrementará la pena en una tercera parte de las penas señaladas en este artículo, según corresponda. Además será destituido de su empleo y se le inhabilitará para obtener otro durante un periodo de ocho a doce años.

b) *Ataques a las vías de comunicación*. Artículo 167, fracción VI. Al que dolosamente o con fines de lucro interrumpa o interfiera las comunicaciones alámbricas, inalámbricas o fibra óptica, sean telegráficas, telefónicas o satelitales, por medio de las cuales se transfieran señales de audio, de video o de datos, se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de 100 a 10,000 días de salario mínimo.

c) Ataques a las vías de comunicación. Artículo 169. Al que ponga en movimiento una locomotora, carro, camión o vehículo similar y lo abandone o, de cualquier otro modo, haga imposible el control de su velocidad y pueda causar daño, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

d) Peligro de contagio. Artículo 199bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Cuando se trate de cónyuges, concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

e) Lesiones. Artículo 289 (parte segunda). Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa. En este caso, el delito se perseguirá por querrela, salvo en el que el que contempla el artículo 295, en cuyo caso se perseguirá de oficio.

f) Lesiones. Artículo 290. Se impondrá de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable.

g) Lesiones. Artículo 291. Se impondrá de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.

h) Lesiones. Artículo 292. Se impondrá de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Se impondrá de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales.

i) *Lesiones*. Artículo 293. Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores.

j) *Homicidio*. Artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

k) *Homicidio simple*. Artículo 307. Al responsable de cualquier homicidio simple intencional y que no tenga señalada una sanción especial en este código, se le impondrán de 12 a 24 años de prisión.

l) *Homicidio en razón del parentesco o relación*. Artículo 323. Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenué la sanción a que se refieren los capítulos II y III anteriores.

m) *Daño en propiedad ajena*. Artículo 397. Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de:

- I. Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona;
- II. Ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales;
- III. Archivos públicos o notariales;
- IV. Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos, y
- V. Montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género.

n) *Daño en propiedad ajena*. Artículo 399. Cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple.

Con la tendencia adoptada por el CPF se establece un sistema de punibilidad restringida de la culpa (*numerus clausus*), pues de lo establecido por el artículo 60 se desprende que sólo serán sancionados con relación a los casos en que se concrete el contenido de los tipos antes mencionados, siendo altamente discutible el hecho de si sólo y únicamente los tipos señalados serán los que pueden ser consumados de manera culposa.

Al respecto, consideramos que no existen otros tipos penales que pueden ser consumados mediando culpa, sin embargo, la sanción que se imponga no será la prevista por los artículos 60, 61 y 62 del código sustantivo, sino

que resultarán en comportamientos no punibles en atención a que no obstante ser típicos no existe vinculado a ellos una determinada consecuencia jurídica.

El establecimiento de una lista limitativa de los tipos penales que admiten una aplicación de sanciones a partir de la culpa, se adecua al principio de legalidad y de ultima *ratio* del derecho penal, pues enunciar limitativamente la posibilidad culposa de consumación de ciertos delitos, permite conocer con la debida certeza cuándo es punible la culpa, siendo dudoso en un sistema de incriminación abierta determinar si un delito admite la posibilidad culposa o no.

El criterio que tradicionalmente se utilizaba en el CPF orilló a la doctrina y la jurisprudencia a elaborar calificaciones específicas en algunos tipos, rehuendo la posibilidad de ser consumados de manera culposa, clasificación que en términos actuales resulta plenamente inoficiosa.

En términos generales, el CPF contempla en el artículo 60 los casos en los que podrá aplicarse sanción por delitos culposos, eliminando con esto cualquier posibilidad de aplicar consecuencias jurídicas en casos de concreción de otros tipos penales no incluidos.

Finalmente, el propio CPF establece la posibilidad de una calificación de la gravedad de la culpa a fin de que el juez puede en uso de su facultad discrecional determinar ésta, e individualizar la punibilidad incluida en el texto legal. A fin de esclarecer los aspectos a tomarse en consideración en dicha calificación, el artículo 60 señala que el juez deberá tomar aspectos relativos al sujeto activo, tales como:

a) la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

b) la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

c) las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

d) la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

e) la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

f) el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

g) las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Por otra parte, para evaluar la gravedad de la culpa el juez adicionalmente debe considerar lo siguiente:

- a) la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- b) el deber del cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
- c) si el inculpaado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- d) si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y
- e) el estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras y, en general, por conductores de vehículos.

VI. LA ANTIJURIDICIDAD

1. LA ANTIJURIDICIDAD Y LO ANTIJURÍDICO

Al analizar el tema de la antijuridicidad emerge la problemática relativa a cómo distinguir los comportamientos antijurídicos contrarios al dictado de las normas, lo cual nos obliga a meditar sobre la existencia de comportamientos antijurídicos en las diversas ramas del derecho, pues en ellas el legislador recoge normas que se integran al contenido de la ley, así como consecuencias jurídicas para los que violan el deber de obediencia o de sumisión emanado de las mismas.

Lo anterior provoca que constantemente se admita a lo antijurídico como lo contrario al derecho, sin embargo, es conveniente recordar que el ataque se dirige propiamente a nivel normativo, mas no a nivel ley o al derecho en su conjunto, lo cual nos arroja una respuesta vinculada con el papel de las normas y su diferencia con la ley, pues resulta inadmisibles pretender homologarlas y darles el tratamiento de sinónimos.

Para explicar el problema que enfrenta la antijuridicidad podemos recurrir a la teoría de las normas de Binding a partir de la cual el autor se enfoca a demostrar que el delincuente no actúa en contra de las leyes penales, sino que concreta lo que la ley penal precisa. Empero, es usual la expresión en el sentido de “transgresión” o “violación” de la ley penal, las cuales tienen sus ventajas, pues nos permite deducir que el sujeto activo viola determinadas proposiciones con su comportamiento. A dichas proposiciones jurídicas, Binding las denomina “normas”, siendo éstas las que el delincuente transgrede, pues “la ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente a la ley que dispone la forma de su condena”, lo cual resulta lógico por una cuestión de sistemática, dado que el presupuesto de una teoría del delito es precisamente la existencia de tipos penales, los cuales surgen a partir de leyes penales, y sólo ante la

concreción de los tipos penales puede darse la posibilidad de una culpabilidad, originada como consecuencia de la antijuridicidad, misma que emana del ataque a una norma integrada a un tipo penal contenido en la ley penal.

En los términos anteriores podemos afirmar que lo antijurídico se entiende como “la realización del tipo penal objetivo con una carga valorativa”

Por otra parte, la postura más simple respecto de la concepción de la antijuridicidad, es aquella que parte de su contenido semántico y la define como lo contrario al derecho, o bien, lo contrario a la juridicidad. Esta opinión nada aporta para analizar dicho concepto como categoría del delito, además de confundir a la antijuridicidad con lo antijurídico.

El contenido semántico del concepto de antijuridicidad se refiere a la contradicción del orden jurídico a través de una acción, lo cual sólo es admisible desde una perspectiva semántica o gramatical, pues técnicamente la antijuridicidad contiene aspectos tanto de carácter formal, material, como valorativos. La formal en atención al ataque o contravención a lo dispuesto en la ley, en tanto, la material se enfoca a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la ley penal.

El aspecto valorativo radica en el juicio de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica un comportamiento contrario al contenido de las normas penales,²⁶⁵ lo cual nos permite entenderla como adjetivo referido a la acción, es decir como característica del injusto. Por ejemplo: la legítima defensa en el homicidio refiere una conducta no punible siempre y cuando se reúnan las condiciones para la permisión establecidas en la propia ley. En tales términos, podemos hablar de causas generales que eliminan la antijuridicidad, las cuales provocan que las normas se presenten con excepciones.

2. INJUSTO Y ANTIJURIDICIDAD

Al referir la antijuridicidad y distinguirla de lo antijurídico, surge el concepto del injusto, que para algunos son equivalentes,²⁶⁶ sin embargo, a decir de Welzel, estos conceptos no son coincidentes, pues el primero refiere la relación entre acción y derecho, en tanto el segundo se utiliza en ocasiones

²⁶⁵ En sentido similar, Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., pp. 40-41. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 178. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1981, p. 302. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, op. cit., p. 258.

²⁶⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 120 y ss.

como sinónimo de ilícito. Por costumbre se distingue entre ambos conceptos en atención a que la antijuridicidad es el predicado de la acción y el injusto es el sustantivo.²⁶⁷

La antijuridicidad se puede analizar como la relación entre la acción humana y la norma, a su vez, el injusto es la acción declarada antijurídica. En tal virtud, la antijuridicidad representa un concepto unitario, válido para la totalidad del orden jurídico, mientras que lo injusto es una noción múltiple. Por esto, se puede afirmar que no existe una antijuridicidad específicamente penal, pero sí un injusto que lo es.²⁶⁸

Para Jescheck, la antijuridicidad es la contradicción de la acción y una norma jurídica, en tanto el injusto es la propia acción valorada antijurídicamente; en el injusto se encuentra el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, por lo que no se constituye una simple relación entre la voluntad de la acción y el mandato de la norma, sino que es el daño social sufrido como consecuencia por el sujeto pasivo, la comunidad y el derecho.²⁶⁹ Esto da lugar a pensar en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico a nivel del injusto reflejando el aspecto material de la antijuridicidad, así como el análisis del desvalor de acción y desvalor de resultado a este mismo nivel.

La antijuridicidad se analiza en la actualidad como parte del injusto penal, es decir refiere a éste como el conjunto de la conducta típica y antijurídica,²⁷⁰ por lo que la antijuridicidad se transforma en un juicio negativo de valor, el cual recae sobre una conducta humana, en tanto el injusto es la conducta humana desvalorada.

A partir de las ideas de Liszt se le reconoció carácter dual a la antijuridicidad: la “formal”, en la que la conducta choca contra la norma del Estado, y la “material”, consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, en su antisocialidad o en su asocialidad.

En conclusión, la antijuridicidad es un concepto que sirve de referencia para los comportamientos típicos contrarios al contenido de una norma inmersa en la ley penal, en tanto el injusto es el continente de la acción típica y antijurídica. Esto da lugar a deducir una relación de género a especie del injusto respecto de la antijuridicidad: la antijuridicidad es la especie que engloba el injusto.

267 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 387 y ss.

268 Arigabay Molina, José, *Derecho penal, op. cit.*, p. 236.

269 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, vol. I, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

270 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 441.

3. LOS PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DE LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad requiere para su existencia de dos presupuestos; primero que se dé como consecuencia de la tipicidad, esto es, que la tipicidad se traduzca simplemente en un indicio de antijuridicidad, y ésta sólo cobre vigencia en los casos en que no se presente una causa de justificación; y segundo, la existencia de un desvalor de acción y de resultado en el comportamiento desplegado por el sujeto activo, lo cual se traduce en que la acción y el resultado ocasionados con motivo de la primera deben analizarse de manera conjunta y bajo ninguna circunstancia de manera independiente.

En atención a lo anterior, es necesario a nivel de presupuesto de la antijuridicidad analizar una acción típica, la cual refiera a su vez el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

Podemos señalar que el desvalor de acción y el desvalor de resultado constituyen los elementos característicos de la antijuridicidad, lo cual nos permite establecer que esta antijuridicidad se encuentra en un contexto eminentemente valorativo, siendo inadmisibles integrarla con aspectos objetivos de manera exclusiva.

4. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

En el siglo pasado los clásicos referían a la antijuridicidad con referencia exclusiva al aspecto objetivo derivado de la acción y emanada de la división de la estructura del delito en objetiva y subjetiva, perteneciendo la antijuridicidad a la primera. Como consecuencia de las ideas neokantistas, la antijuridicidad dejó de ser simple descripción externa de las características del delito, atribuyéndole elementos valorativos, lo cual transformó a la antijuridicidad en un desvalor sobre la acción a partir de elementos subjetivos que califican a la acción, y a falta de los cuales la acción no puede existir.²⁷¹

Con la antijuridicidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de la antijuridicidad

²⁷¹ Mir Puig, Santiago; *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 147 y ss.

material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación.²⁷²

Para Conde-Pumpido, la antijuridicidad material exige además de una acción contraria al derecho positivo, la violación de algún orden superior de valoración de conductas o la lesión de algún género de intereses considerados por la sociedad,²⁷³ con lo que reconoce el carácter valorativo al concepto de antijuridicidad, así como su aspecto formal y material.

La antijuridicidad formal consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto. Para encontrar este concepto es dable señalar que por exclusión las acciones ilícitas son antijurídicas y pueden constituir la antijuridicidad,²⁷⁴ en tanto el aspecto material alude al grado de ataque, lesión o peligro al que se ha expuesto el bien jurídico.

5. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

Las leyes penales no solamente se integran por normas de carácter imperativo o prohibitivo, sino que también existen otras de índole permisivo, al estar en presencia de éstas aparecen las causas de justificación, con las que desaparece la posibilidad de estar ante la antijuridicidad y en lugar de obtener una conducta injusta encontramos un comportamiento plenamente justificable, siendo inconcuso que no estemos ante un tipo penal objetivo.

Las causas de exclusión de la antijuridicidad también se denominan causas de justificación (artículo 212, CP del estado de Aguascalientes), causas de exclusión del delito (artículo 15, del CPF), causas excluyentes de responsabilidad (artículo 22, CP del estado de Yucatán) o causas excluyentes de incriminación (artículo 20, CP del estado de Quintana Roo), que para nosotros son causas de justificación, pues impiden la valoración de un

²⁷² En tal sentido coincide prácticamente la totalidad de la dogmática nacional e internacional, véase Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal, op. cit.*, pp. 251 y ss. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 178. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano, op. cit.*, p. 258. Creus, Carlos, *Derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 181 y ss. Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 140 y ss. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 84. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 135-136. Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Colex, 1990, p. 196. Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 289. Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 216 y ss.

²⁷³ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 196.

²⁷⁴ Creus, Carlos, *Derecho penal, op. cit.*, pp. 181 y ss.

comportamiento como antijurídico no obstante lesionar o poner en peligro un bien jurídico y transgredir una norma de carácter prohibitivo o imperativo.

Las diferentes variantes de las causas de justificación nos permiten recordar que a diferencia de lo que acontece con las causas de inculpabilidad, las de justificación no sólo impiden que se imponga una pena al autor de un comportamiento típico, sino que convierten ese hecho lícito en virtud de la norma permisiva en la cual guardan su fundamento.²⁷⁵

En materia de causas de justificación se derivan las siguientes consideraciones:

a) en el caso de actos justificados no es admisible una causa de justificación, pues éstas suponen un comportamiento antijurídico, por lo que a falta de este tampoco podrá darse la otra;

b) la coparticipación delictiva resulta también justificada en un comportamiento justificado;

c) las causas de justificación impiden que el autor del comportamiento justificado pueda imponérsele una consecuencia jurídico penal a nivel de pena o de medida de seguridad, en virtud de traducirse en un comportamiento lícito;

d) la existencia de una causa de justificación elimina la posibilidad de la antijuridicidad desde el punto de vista formal, por ende, anula la culpabilidad y la punibilidad;

e) las causas de justificación sólo se extienden hasta el límite de la protección del bien jurídico, por lo que los excesos en las causas de justificación se traducen en comportamientos antijurídicos.

Elementos objetivos y subjetivos

Para estar en presencia de una causa de justificación es preciso que se reúnan elementos de carácter subjetivo, mismos que la identifican, es decir, resulta necesario el conocimiento de la situación por parte del sujeto activo, así como el alcance de su reacción, con el fin de evaluar de la manera debida su comportamiento y determinar si es justificable.

En el caso del elemento objetivo, el sujeto activo quería actuar conforme a derecho, pero el acto que produce no está objetivamente autorizado por el derecho. En el elemento subjetivo, el sujeto activo no quiere actuar conforme a derecho, pero su acto causa un resultado objetivamente lícito. Por

²⁷⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 91.

ejemplo: en la legítima defensa, es necesario que el sujeto activo conozca la agresión real, evalúe que es sin derecho y actúe en protección de bienes propios, concluya la necesidad de la defensa y utilice los medios que racionalmente son los adecuados para enfrentar la agresión.

Lo anterior supone una posición reflexiva para el sujeto activo en el sentido de evaluar y valorar su comportamiento dirigido a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos y, por otro lado, su realización.

Ahora bien, puede existir un error en las causas de justificación, lo cual no traduce al evento en jurídico, sino que lo conserva como antijurídico; empero, la afectación del error en estos casos no afectará a la antijuridicidad, pero sí tendrá una influencia en la culpabilidad.

Lo anterior puede presentarse en los casos en que el sujeto activo considere la existencia de un hecho que de haberse dado hubiera justificado su acción. Por ejemplo: el autor dispara un arma de fuego en contra de otra persona en la creencia de que la víctima iba a dispararle y ésta se encuentra desarmada. O el caso del policía que está en la idea de que al enfrentar a un delincuente está autorizado a dispararle hasta darle muerte ante la menor provocación.

El caso inverso se presenta cuando falta el elemento subjetivo de justificación, aunque objetivamente exista una situación justificante. El autor dispara contra su enemigo, sin saber que éste le estaba esperando para matarlo. En este caso el hecho es antijurídico. Lo que la doctrina debate en estos casos es si cabe castigarlo por el delito consumado, ya que el resultado producido objetivamente era aprobado por el ordenamiento jurídico. La cuestión es muy discutida. La doctrina dominante se inclina en admitir un castigo por tentativa, ya que aunque el resultado pretendido por el autor se ha producido y objetivamente constituye la consumación de un delito, la verdad es que el ordenamiento jurídico no lo desapueba. En este supuesto existiría el desvalor de la acción que fundamenta la punición con base en la tentativa, pero no el desvalor del resultado, que justificaría la punición por delito consumado.

Los casos anteriores afectan a la culpabilidad, en virtud de la presencia del error llamado de prohibición, en el cual el sujeto considera lícito su proceder, o bien, amparado en una norma permisiva, pero dejando subsistente a la antijuridicidad.

Por lo anterior, se entiende que la antijuridicidad tiene un valor universal, “el ordenamiento jurídico es el único que dota de significación antijurídica una acción u omisión y desde el mismo se efectúa la ponderación de aquélla”.²⁷⁶

Lo que es antijurídico dentro de una rama del derecho lo es en otra, ya que la antijuridicidad existe dentro de todo el ordenamiento jurídico vigente.

La antijuridicidad para algunos es “una reprobación contra la actividad desplegada por el hombre”,²⁷⁷ esto es sobre su conducta de acción u omisión que transgrede las leyes penales, opinión que se trata de sustentar a partir de que “el objeto del juicio de valoración que compone la antijuridicidad recae sobre una acción u omisión, para estar ante un comportamiento humano antijurídico es necesario infringir una norma positiva de la legislación penal”,²⁷⁸ sin perder de vista que “no toda puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido hace antijurídico un hecho”.²⁷⁹

La teoría final de la acción encabezada por Welzel, argumenta que en la antijuridicidad existen elementos tanto objetivos como subjetivos; por tanto, algo tan subjetivo como el dolo implícito en una acción forma parte del juicio de valor llevado a cabo en la antijuridicidad.

Por otro lado, una propuesta que intenta definir a la antijuridicidad dentro de esta corriente es la de Graf Zu Dhona, autor que considera “antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso”,²⁸⁰ lo cual podemos identificar como una idea de la antijuridicidad por exclusión, en donde ésta aparecerá como consecuencia de la falta de juridicidad de un comportamiento.

Finalmente, otro sector de la doctrina entiende a la antijuridicidad como “aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado”,²⁸¹ lo cual resulta indiscutible desde el punto de vista del origen de las normas y del contenido de la ley, consideramos que la idea de antijuridicidad debe vincularse íntimamente con sus dos aspectos, el material y el formal, pues de otra manera se desnaturaliza; en consecuencia, la antijuridicidad es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos en la ley penal, en virtud de la falta de observancia de los deberes de obediencia o sumisión a cargo del sujeto activo.

Para Juan del Rosal, “una acción antijurídica sí contradice una disposición penal positiva”, esto es: “para que el comportamiento humano sea antijurídico tiene que infringir una norma positiva de la legislación penal”,²⁸² haciendo hincapié en la antijuridicidad penal, pues este concepto

277 *Ibidem*, p. 796.

278 *Ibidem*, pp. 805-814.

279 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 146.

280 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 336.

281 *Ibidem*, p. 346.

282 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 814.

puede presentarse dentro de cualquier rama del derecho, pero sólo en el ámbito penal cobra importancia a fin de pensar en la existencia del delito.

Dentro de la teoría final de la acción, la antijuridicidad evoluciona y distingue dos elementos dentro de ésta, uno formal y otro material. El elemento formal alude al comportamiento que es contrario a la norma penal y requiere de la realización de un tipo penal la ausencia de causas de justificación,²⁸³ mientras que el material se refiere a la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico producida como consecuencia de la antijuridicidad formal.

Para otros autores, la antijuridicidad formal se refiere exclusivamente a la redacción del precepto, y la material está formada por el contenido, es decir, “integrada por un valor, bien o interés jurídicamente protegido por la amenaza penal que se le dispensa”,²⁸⁴ estos dos aspectos de la antijuridicidad son inseparables, ya que se dependen mutuamente.

De lo anterior resulta que todo comportamiento antijurídico es antinormativo pero no todo comportamiento antinormativo es antijurídico, siendo, a decir de Muñoz Conde, la antijuridicidad un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar su tendencia contraria al ordenamiento jurídico, mientras el o lo injusto es un sustantivo empleado para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma,²⁸⁵ por lo que mientras la antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es una acción antijurídica determinada con validez exclusiva para el derecho penal.

6. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Dentro de la teoría de la antijuridicidad, como ya lo mencionamos en un principio, existe el tema de las causas de justificación. Una definición adecuada para las causas de justificación es la propuesta por Juan del Rosal al identificarlas como “todas aquellas situaciones en las cuales las acciones típicas realizadas son jurídicas”, o sea, se podrá realizar una acción típica, pero al existir una causa de justificación no podrá ser valorada como antijurídica.

283 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 146.

284 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 816.

285 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 84.

Las bases de la causa de justificación derivan de dos tendencias. Por un lado está la tradicional, según la cual, la exclusión de la antijuridicidad no implica la desaparición de la tipicidad y, por ende, se habla de una “conducta típica justificada”. Por el otro, la “teoría de los elementos negativos del tipo”, la cual postula “que las causas de justificación eliminan la tipicidad”.²⁸⁶ Esta teoría entiende al tipo como integrante de la parte positiva del injusto, mientras la parte negativa se integra por la ausencia de una causa de justificación.

Cuando las causas de justificación no cumplen con alguno de los requisitos no fundamentales, se procede a una atenuación especial, esto es, no se completa la antijuridicidad y, por tanto, se continúa valorando los elementos subsecuentes del delito, hasta llegar a la punibilidad, donde se disminuye la pena uno o dos grados por debajo de la señalada por la ley.

Al respecto, Juan del Rosal señala que existen diversos principios donde se engloban las causas de justificación, uno de los más importantes es el principio de interés preponderante o también llamado de la necesidad de una protección preponderante, dentro del cual se encuentran: la legítima defensa y el estado de necesidad, entre otras,²⁸⁷ éstas derivan de un derecho de necesidad, el cual justifica el comportamiento ilícito desplegado.

A. *Legítima defensa*

La legítima defensa es un comportamiento nato, basado en el instinto de sobrevivencia, que se manifiesta al repeler una agresión, es decir *vim vi repellere licet*.

El derecho a la legítima defensa surge con el derecho romano, donde se concebía como derecho individual originario, éste se limitaba a la defensa de la vida y de la integridad física de las personas. En el derecho germánico, se fundamenta dentro de una defensa colectiva del ordenamiento jurídico, esto es, al defenderse el individuo de ataques injustificados, se defiende al orden jurídico en general. Por lo anterior, Mir Puig sugiere que “la legítima defensa encuentra su razón de ser en la defensa del derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales”.²⁸⁸

Actualmente, las bases de la legítima defensa se encuentran formadas por el aspecto individual (romano) y el colectivo (germánico); sin embargo,

²⁸⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 447.

²⁸⁷ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 838.

²⁸⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 459.

otros autores sugieren a la legítima defensa como “repulsa de la agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios”.²⁸⁹

I. Fundamento

La fundamentación teórica de esta causa de justificación ha atravesado por diversos momentos, así podemos citar los siguientes.

a. Teoría de la coacción moral. Expuesta por Pufendorf, en ella se trata de demostrar que el sujeto al defenderse no responde penalmente, ya que ha desplegado un comportamiento como consecuencia de una perturbación en su ánimo (*propter perturbationem animi*), en virtud del ataque injusto y del peligro en que se encuentran sus bienes jurídicos.

b. Teoría de la retribución del mal por el mal. Basada en la idea de la autodefensa o venganza privada, algunos autores con una postura retribucionista han considerado durante el transcurso de la historia que un mal debe ser retribuido por otro de la misma magnitud.

c. Teoría de la sociabilidad de los motivos de la no peligrosidad. Originada en la teoría positivista, parte del fundamento de la no temibilidad del sujeto que, para proteger un determinado bien jurídico, rechaza un ataque dirigido contra éste.

d. Teoría de la defensa pública subsidiaria. Sostenida por Carrara, parte de la base del derecho subjetivo otorgado al Estado para que pueda ejercer coacción contra los que incumplen con sus deberes de obediencia o de sumisión, cuando éste falla, entonces se justifica la intervención privada a fin de resguardar los bienes jurídicos.

e. Teoría del equilibrio de los intereses. Expuesta por Von Buri en Alemania y por Bettiol en Italia. Acorde con esta teoría ante la colisión de intereses, el Estado debe optar por la protección del más importante, es decir, por el del agredido, que es de mayor valía en comparación con el del agresor.

289 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 363.

2. Requisitos

La legítima defensa, según la doctrina, requiere de cumplir ciertos requisitos para su existencia, los cuales son:

- a. repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho;*
- b. necesidad de defensa de bienes jurídicos propios o ajenos;*
- c. existencia de una necesidad racional la defensa empleada y el ataque, y*
- d. ausencia de provocación.*

Haremos una breve explicitación de dichos requisitos.

a. Repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho. Se entiende por tal cualquier ataque a los bienes jurídicos de una persona, sea a través de la fuerza física o moral. En tal sentido, aludimos a la violencia como requisito esencial de la legítima defensa, por lo que dicha violencia traducida en una agresión debe ser injusta, es decir, en oposición al contenido de las normas penales y no ajustada a ninguna norma de carácter permisivo. Por ello, se considera legítima la violencia que se ejerce en estricto apego a la permisión derivada de una norma jurídica. Por ejemplo: el que se resiste al cumplimiento de una orden de aprehensión emanada de la autoridad competente, ejerciendo violencia para evitar ser detenido, no resulta válido invocar un derecho a la legítima defensa en la repulsa del ataque del que es víctima una persona al privársele de la libertad en virtud de la ejecución de una orden de aprehensión, toda vez que ésta es legítima.

La agresión ilegítima se entiende por unanimidad como un “acontecimiento físico contra la persona”,²⁹⁰ su patrimonio o sobre bienes inmateriales, como el honor; siendo necesario que concurra la voluntad del agresor y que no existan excluyentes de la misma (por ejemplo, fuerza irresistible, actos reflejos, estados de inconciencia). Dicha voluntad debe ser encaminada mediante imprudencia o dolo para provocar la agresión de la persona.

La misma doctrina reconoce una extensión de la defensa, esto es, que la legítima defensa puede ser realizada por un sujeto distinto del que recibe la agresión; con lo cual se generan tres distintos supuestos, el primero es la defensa propia, el segundo alude a la defensa de un pariente, y por último la defensa de un extraño.

²⁹⁰ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 460.

Por otro lado, la agresión debe cubrir el requisito de ser actual o inminente, es decir real, por lo que no debe ser pasada ni futura. Ante la falta de lo primero, la legítima defensa degenera en venganza, y ante la presencia de lo segundo, resulta injustificada la legítima defensa, en virtud de que la agresión se ha previsto y el conocimiento de la autoridad puede evitar la posibilidad de la violencia futura, siempre y cuando ésta responda con la aplicación de la medida de seguridad adecuada.

b. Necesidad de la defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. En este sentido, la defensa que se ejerza debe ser indispensable e ineludible, esto es, el ataque del cual es víctima el sujeto debe ser inevitable por otro medio menos lesivo. El tema de la inevitabilidad resulta preciso analizarlo a la luz de las condiciones objetivas presentes en el momento del ataque, así como en los elementos cognoscitivos del agredido, los medios de que disponía en el momento para evitar la agresión, del tiempo en que se sufrió y del lugar de la agresión, es decir, los elementos objetivos y subjetivos que se presenten al momento de que se ejerce la defensa.

c. Existencia de una necesidad racional, la defensa empleada y el ataque. Este elemento hace referencia a la proporcionalidad de la agresión y los medios empleados para repelerla, lo que debe traducirse en el análisis del bien jurídico lesionado, o puesto en peligro, y el ataque dirigido al agresor, en el sentido de no resultar válido proteger un interés de menor valor en perjuicio de otro de mayor valor. En tal virtud, la reacción del agredido, debe ser objetivamente la indispensable para detener la violencia injusta de que es víctima, pues en caso contrario estaríamos ante el supuesto de un exceso en la legítima defensa.

Para identificar el elemento de la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado, resulta aplicable el siguiente criterio establecido por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito:

LEGÍTIMA DEFENSA. EN RELACIÓN A TERCEROS SE EXTIENDE LA EXCLUYENTE DE INCRIMINACIÓN DE LA. Si la repulsa que el recurrente efectuó de una agresión actual, violenta y sin derecho, de la que derivó un peligro inminente para su vida, además del resultado del fallecimiento del agresor, también produjo otros consistentes en el deceso y lesiones a terceras personas ajenas por completo a los hechos que motivaron la repulsa, quienes también se encontraban en el lugar de los hechos; habida cuenta que el medio empleado por el inculpado, es decir, accionar el arma de fuego que portaba en contra de su agresor, fue el estrictamente necesario para hacer cesar la agresión, dado que ésta también consistió en disparos de arma de fuego, de modo que hubo

racionalidad y proporcionalidad entre la agresión y la repulsa, es indiscutible que dicho resultado también debe quedar amparado en la eximente de responsabilidad de haber actuado en legítima defensa de su vida, porque su conducta fue única y no es dable dividirse; de suerte que si el actuar del inculpado fue un acto lícito no pueden considerarse ilícitas las precisadas consecuencias que tal acto produjo. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. Amparo en revisión 133/95. Pedro Bárcenas Arroyo. 8 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales. Secretaria: Ileri Amezcua Estrada.²⁹¹

d. Ausencia de provocación. Se refiere a la característica del sujeto activo, es decir, que el ataque sea inminente y sin derecho, pero que no deje otra opción de actuación al agredido, y que en consecuencia tampoco haya existido una provocación previa por parte de éste contra el agresor, pues de no ser así, caemos ante un supuesto diverso como es la inversión del carácter del agredido en agresor y viceversa.

De dichos requisitos, el más importante es la agresión injusta; de ésta se desprende que surja la necesidad de defensa, es decir, lo que la doctrina identifica como el derecho a la defensa.

En cuanto a la respuesta de agresión, la defensa no debe rebasar el límite de lo racional y proporcional, ya que de traspasar estos límites, se cae en un exceso de legítima defensa, el cual implica dolo y, por ende, anula la legitimidad de la defensa. Por ejemplo: si la agresión se da mediante la fuerza física y la legítima defensa consiste en sacar un arma de fuego y herir gravemente al agresor, el sujeto pasivo se está excediendo en su defensa y por tanto se anula ésta.

Por último, el requisito de ausencia de provocación por parte del agredido se convierte en el antecedente del primero, si hubo provocación no se puede alegar defensa alguna, al haber sido promotor de la agresión, el caso concreto podría ser un duelo o una riña, donde se está induciendo a la otra parte a la violencia.

Como ya explicamos en párrafos anteriores, la defensa propia tiene que cumplir los cuatro requisitos ya mencionados; la defensa por parte de un pariente debe de cumplir los dos primeros requisitos, y en caso de existir provocación no debe participar en ésta el defensor. El parentesco se reconoce hasta el cuarto grado.

²⁹¹ *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. III, enero de 1996, p. 309.

“La legítima defensa tiene, pues, su base en la preponderancia de intereses, puesto que es preferible el bien jurídico del agredido que el interés bastardo del agresor.”²⁹²

3. Clasificación

Podríamos hablar de diferentes clases de legítima defensa, en tal sentido ubicamos a las siguientes.

a. *Legítima defensa propia*. En este caso aludimos a la que se ejerce en estricta defensa de bienes jurídicos propios. Por ejemplo: el transeúnte que es víctima de un robo y está siendo amagado con un arma de fuego y al tratar de defenderse inicia una lucha con su agresor logrando derribarlo al suelo, lo cual ocasiona que el asaltante accione el arma de fuego y se provoque la muerte.

b. *Legítima defensa impropia*. En este caso aludimos al hecho de causar un daño a quien por cualquier medio, sin derecho, trate de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, el cual no es propiedad de quien ejerce la legítima defensa, pero que tiene la obligación de defender.

c. *Legítima defensa presuntiva*. La ley establece en algunos casos los supuestos bajo los cuales resulta factible suponer *juris tantum*, que puede ejercer la legítima defensa en atención a las circunstancias presentes. Por ejemplo: cuando se causa un daño a quien encuentra en su hogar a una persona en circunstancias tales que revelan la probabilidad de una agresión.

d. *Legítima defensa derivada de la calidad de garante*. La propia ley establece la calidad de garante a ciertos sujetos, en el sentido de una obligación de resguardar determinados bienes jurídicos, en tal sentido la respuesta a la agresión más que atender a una respuesta derivada de los buenos sentimientos de solidaridad por parte del agente para defender determinados bienes jurídicos, deriva del carácter y la relación que guarda con respecto del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

4. Presunción de legítima defensa

El CPF establece una legítima defensa presuntiva en el caso de causar daño a quien por cualquier modo trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona

²⁹² Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., pp. 364-365.

que tenga la obligación de defender al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

De donde se desprenden los siguientes supuestos:

a. Causar un daño a quien por cualquier modo trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia o a sus dependencias.

b. Causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho al hogar de cualquier persona, al hogar de la familia de cualquier persona o a las dependencias de éstos, siempre y cuando tenga la obligación de defender.

c. Causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos a los que tenga la obligación de defender.

d. Causar daño a quien encuentre en su hogar, en el de su familia o en sus dependencias en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

La legítima defensa presuntiva guarda dos momentos diversos, el primero cuando se encuentra a una persona en el momento de penetrar o pretender penetrar a un lugar sin autorización de quien legítimamente puede disponer de él, y el segundo cuando dicha persona se encuentra dentro del lugar en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Es necesario dejar en claro que la presunción de la legítima defensa es *juris tantum*, por lo cual, sólo cobra vigencia cuando se logran demostrar los siguientes extremos:

a) que el agente dirigía una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, contra el agredido;

b) que el agredido se encontraba en necesidad de defensa;

c) que el agredido utilizó de manera racional los medios empleados, y

d) que el agredido no incurrió en provocación dolosa, suficiente e inmediata.

La defensa por parte de un extraño debe cumplir por igual los requisitos previstos para la propia, y además que el defensor “no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo”,²⁹³ esta defensa surge con motivo de los sentimientos de solidaridad, que nos impulsan a brindar ayuda a otra persona en peligro, o bien derivado de la calidad de garante.

²⁹³ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 863.

B. Estado de necesidad

El estado de necesidad, al igual que la legítima defensa, se basa en el instinto de supervivencia, ya sea “para evitar un mal propio o ajeno” se “lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber”,²⁹⁴ es decir, consiste en una situación de peligro que amenaza determinados bienes jurídicos a raíz de un peligro no causado por el agente, y en atención a un comportamiento lesivo a bienes jurídicos perteneciente a un tercero que pudo haber creado con esa situación de peligro.

El estado de necesidad ha sido reconocido desde hace siglos bajo la fórmula de *necessitas legem non habet*, el clásico ejemplo del estado de necesidad que impulsa a una persona a lesionar el bien jurídico de otro es el de los dos naufragos sostenidos a una tabla, la cual sólo podrá sostener el peso de uno, por tanto se genera una lucha entre ambos privando de la vida uno a su compañero a fin de poder sobrevivir.

Para otros autores el estado de necesidad es “un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber”,²⁹⁵ entre estos intereses existe una clara oposición, ya que el deber sólo puede ser resuelto mediante la transgresión de otro derecho.

La principal diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad, radica en que en la primera, el ordenamiento jurídico otorga la potestad de defenderse de un peligro eminente frente a su agresor, lo cual motiva a diversos autores a otorgarle el carácter de un estado de necesidad privilegiado; en cambio, en el estado de necesidad, se permite lesionar o transgredir los intereses de otra persona que no ha realizado ninguna agresión, siempre y cuando el interés protegido tenga mayor relevancia que el daño que se pretende ocasionar al otro individuo, lo cual desde la época de Carrara sirvió de base para advertir a la primera como una reacción, y a la segunda como una acción.²⁹⁶

A lo largo de la historia han surgido diferentes teorías acerca del estado de necesidad, entre las más importantes encontramos: a) la teoría de la *vis*

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 876.

²⁹⁵ Tal es la idea propuesta sobre el estado de necesidad por Liszt y que la mayoría de la doctrina la adopta como válida, véase, Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 477.

²⁹⁶ En palabras de Moriaud: la legítima defensa, un contrataque; y el estado de necesidad, un simple ataque, Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 382.

compulsiva; b) la teoría de la colisión; c) la teoría de la diferenciación, y d) la teoría de la ausencia de peligrosidad.

a. *La teoría de la vis compulsiva*, explica que la conducta realizada en el estado de necesidad no es jurídica, sin embargo, no se castiga por razones de equidad, ya que el sujeto actúa mediante una “coacción psicológica”,²⁹⁷ la cual lo coloca en un estado de inculpabilidad al no poder determinar su voluntad de manera libre, sino en virtud de la influencia de que es objeto por el peligro en el cual se encuentra.

b. *La teoría de la colisión de derechos*, parte de la idea del valor que tienen para el derecho el bien jurídico salvado en comparación del afectado, en caso de colisión de bienes jurídicos debe preferirse el de mayor importancia para el derecho.

c. *La teoría de la diferenciación* (la más aceptada en la actualidad), “entiende que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuación y el principio del interés predominante destacado por la teoría de la colisión”,²⁹⁸ deben ser utilizados para explicar a los dos grupos de estados de necesidad.

d. *Teoría de la ausencia de peligrosidad*. En este caso se justifica la actividad desplegada por el sujeto, pues su comportamiento deriva del estado de necesidad en que se encuentra y no de su peligrosidad social.

El estado de necesidad puede distinguirse en dos grupos, el primero se refiere a aquellos estados de necesidad en los cuales el bien protegido es de mayor relevancia que el afectado; a este supuesto se le califica de “estado de necesidad justificante”,²⁹⁹ mientras el segundo grupo son aquellos casos en los cuales el interés lesionado es igual e incluso superior en algunas ocasiones, dentro de este grupo la conducta empleada puede ser “exculpada”³⁰⁰ en caso de que al sujeto no se le pueda exigir no lesionar el interés afectado, generalmente este estado de necesidad se presenta cuando está en juego la vida.

En atención a lo anterior, no debemos perder de vista que el estado de necesidad alude a los instintos básicos del hombre como lo sería el de la autoconservación,³⁰¹ lo cual da lugar a la consideración de que si la necesi-

297 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 483.

298 *Ibidem*, p. 483.

299 *Idem*.

300 *Idem*.

301 Para Freud, el hombre no es un ser bondadoso por naturaleza, todo lo contrario, es un ser agresivo, que ve a sus semejantes como enemigos potenciales, de los cuales tiene el temor de ser explotado, usado, robado, humillado, etcétera, *Civilization and its discontents*, Nueva York, Norton, 1962, pp. 36-58. En

dad es la suprema ley, técnica y filosóficamente debe admitirse que quien actúa determinado por ese factor, procede conforme a derecho, pues de un lado defiende su persona y, de otro, admite —como lo hace la ley— que es imposible eliminar aquella fuerza existente en las cosas, la cual se impone sobre las ilusiones y quehaceres humanos.³⁰²

El CPF determina ciertos requisitos para considerar al estado de necesidad como tal, éstos son:

- a. se obre por necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno;*
- b. que se trate de un peligro real, actual o inminente;*
- c. que el peligro en el que se encuentra el bien jurídico no haya sido ocasionado dolosamente por el agente;*
- d. que se lesione otro bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardo;*
- e. que el peligro no sea evitable por otros medios, y*
- f. que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.*

Haremos, asimismo, una descripción breve de cada uno de los requisitos anteriores.

a. Se obre por necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno. Este elemento es común a la legítima defensa, es decir, se trata de una actuación a fin de salvar un determinado bien jurídico, que puede ser propio o ajeno del sujeto.

b. Que se trate de un peligro real, actual o inminente. El peligro consiste en la probabilidad de un daño o la probabilidad de que se presente un resultado temido.³⁰³ De igual manera, este elemento se identifica plenamente con la legítima defensa pero referido a un peligro generado por un acto, hecho o situación que no depende de la voluntad del agente, a diferencia de la legítima defensa en la cual el peligro surge a consecuencia del ataque dirigido contra un bien jurídico. Lo real se plantea en oposición a lo irreal, figurado o fantasioso, en tanto lo actual supone un peligro presente, no pasado ni futuro, pues si existe tiempo para meditar y evitar el peligro,

este tenor, Erich Fromm considera al ser humano con un carácter ambivalente, es decir con los instintos básicos como son el de la agresividad y el instinto sexual, de los cuales la sociedad debe defenderse, *The anatomy of the human destructiveness*, Holt, Rinehart and Winston, 1973, pp. 185 y ss.

³⁰² Pérez, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1956, t. IV, p. 549.

³⁰³ Carrara, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, trad. Sebastián Soler de la 11ª ed. italiana, Buenos Aires, Depalma, 1944, t. I, p. 48.

entonces el sacrificio de otro bien jurídico no se justifica. Lo inminente implica que el peligro se presenta en el momento en que la persona actúa para salvar otro bien jurídico.

c. Que el peligro en el que se encuentra el bien jurídico no haya sido ocasionado dolosamente por el agente. Este elemento demanda que el sujeto no haya sido el causante del peligro, sino que se ha creado una situación de hecho al margen de su voluntad. En el caso de que el sujeto no haya deseado generar el peligro pero éste se produce con motivo de su negligencia, impericia, falta de cuidado, falta de reflexión o imprudencia, entonces el peligro se entiende creado por él y la justificante no resulta válida.

d. Que se lesione otro bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardo. El estado de necesidad justificante demanda la presencia de dos bienes jurídicos que se encuentren enfrentando un peligro y que el sujeto opte por salvar uno de menor o igual valía, a efecto de que su comportamiento sea justificable; en caso de preferirse salvaguardar un bien jurídico de mayor valía, entonces la causal no resulta válida. Esto lo podríamos entender en el sentido de una proporcionalidad descendente con respecto del bien jurídico salvado y el sacrificado, lo cual implica que el sujeto actúe con la máxima moderación y prudencia, significando una actuación en el sentido de ser la mínima necesaria para resguardar el bien jurídico, sin excederse, pues en caso de ser así entonces puede serle imputada responsabilidad penal a título de culpa.

e. Que el peligro no sea evitable por otros medios. En este sentido el peligro debe ser de tal magnitud, que sea inevitable por medios distintos de aquellos a los reunidos en caso de demostrarse la evitabilidad por un medio menos lesivo o menos peligroso del utilizado, entonces desaparece la posibilidad de invocar la justificante.

f. Que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. En virtud de contratos, acuerdo, comportamientos precedentes o la disposición de la propia ley, existen ciertos sujetos que ostentan una calidad de garante, en tal sentido, deben enfrentar determinados peligros; luego, no resulta aplicable esta justificante cuando rehúsan afrontar un determinado peligro si tienen el deber de hacerlo. Por ejemplo: el policía, el salvavidas, el piloto de una aeronave, el capitán de una embarcación, la enfermera, el médico, etcétera.

C. *Cumplimiento de un deber*

En el caso de los bienes jurídicos que resultan lesionados o puestos en peligro cuando se cumple un deber, resulta indiscutible que éstos no pueden dar lugar a la antijuridicidad pues el agente adecua su comportamiento en el sentido ordenado por la norma, sin embargo, el problema aflora cuando el agente realiza algo contrario al dictado de la norma jurídica en apego al cumplimiento de un deber que debe y puede observar.

Para determinar los casos en que una persona actúa en cumplimiento de un deber, es necesario remitirnos a la norma jurídica rectora de dicho acto, así, al actuar un policía, un médico, un militar, un servidor público u otro sujeto, es necesario revisar la legislación jurídica que los rige a fin de establecer si su comportamiento se adecua o no a derecho.

El contenido de una disposición administrativa no puede justificar abusos de poder, arbitrariedades u otros actos similares, sin embargo, actos de tales características se presentan con cierta frecuencia, pues la ley administrativa en ocasiones deja grandes lagunas o amplios espacios de discrecionalidad para la autoridad, los cuales abren la puerta a la arbitrariedad. Por ejemplo: el uso de la violencia por parte de los miembros de corporaciones policíacas, la cual, en ininidad de ocasiones provoca lesiones o en otros casos incluso la muerte del que la padece. Lo grave y delicado de hechos de tales características lleva a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar límites, con la idea de evitar todo exceso o desviación de poder. Dichos límites derivan de la necesidad del uso de la violencia y su adecuación proporcional al hecho.³⁰⁴

El CPF establece respecto de esta excluyente de manera literal lo siguiente: la acción o la omisión se realice en cumplimiento de un deber, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber y que este último no se realice con exclusivo propósito de perjudicar a otro.

Los elementos que podemos entresacar del cumplimiento del deber son los siguientes:

- a. *la existencia de necesidad racional del medio empleado, y*
- b. *que el cumplimiento del deber no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.*

304 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., pp. 116 y ss.

En el caso de la racionalidad del medio empleado alude a dos situaciones, la primera derivada de la condición especial en la que se encuentra el sujeto activo, y la segunda se desdobra de los medios que emplea para cumplir el deber, los cuales deben compararse cualitativa y cuantitativamente a fin de establecer si existe proporcionalidad del deber jurídico que se trataba de cumplir y, en su caso, del bien jurídico que se dañó o puso en peligro. Al respecto la nota distintiva en este sentido alude al deber de obediencia que tiene el agente y, por otra parte, al deber de sumisión u obediencia que pretende obligar a respetar a otra persona.

En relación con el requisito de que la lesión o puesta en peligro no se realice con el simple objetivo de perjudicar a otro, alude precisamente a los límites de actuación de los servidores públicos, es decir que la actividad realizada derive de las facultades encomendadas, es decir se trata de evitar el comportamiento arbitrario de los servidores públicos, en especial de los policías, lo cual nos remite al problema de la racionalidad de los medios empleados, caso para el cual resulta válido lo dispuesto por la SCJN en materia de la legítima defensa.

D. Consentimiento del ofendido

El consentimiento del ofendido representa una causal de justificación plenamente reconocida por la doctrina, en tal sentido se le define como la posibilidad de sacrificar un bien jurídico sin que exista la posibilidad de fincar un reproche en contra del autor, pero derivada de aspectos como:

1. Que el bien jurídico sea disponible;
2. Que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y
3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

En cuanto al primer elemento debemos destacar el aspecto relativo a los bienes jurídicos disponibles, es dable mencionar que no todos los bienes jurídicos están disponibles. Esto en virtud de la existencia de ciertos bienes jurídicos de interés para la sociedad entera y pertenecen al ámbito del derecho público. Pero el carácter de bienes jurídicos deja de ser público

en la medida en que la ley autoriza su sacrificio, por lo general derechos del carácter de subjetivos y patrimoniales.

En oposición no son renunciables los derechos típicamente públicos o de naturaleza colectiva o social. Tampoco aquellos derechos personalísimos del sujeto como el derecho a la vida o a la integridad personal, etcétera.

En un claro reconocimiento de los criterios para distinguir la disponibilidad de los bienes jurídicos, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto en torno al consentimiento la siguiente jurisprudencia:

CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO. Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica. *Scolari Llaguno Humberto y coag.*, pág. 1348, sala auxiliar, 22 de noviembre de 1954, 4 votos.³⁰⁵

En segundo lugar se establece como requisito que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, lo cual puede analizarse desde dos perspectivas, la primera que alude al bien jurídico respecto del cual se otorga el consentimiento que supone la ausencia de una limitación de dominio. Por ejemplo: en caso de que uno de los cónyuges disponga del patrimonio de la sociedad conyugal, implica la existencia del consentimiento de la otra parte. Por otro lado, se alude a la capacidad de goce y de ejercicio que debe ostentar el sujeto activo, es decir que tenga plena aptitud para resolver respecto del destino de sus bienes jurídicos. Por ejemplo: que no se trate de una persona menor de edad, o de otra que tenga limitada su capacidad de ejercicio, pues en tal virtud el consentimiento no se integra por estar viciado.

³⁰⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, primera sala, t. CXXII, p. 1348.

Finalmente, el último requisito alude a las maneras como puede manifestarse el consentimiento de las personas, el cual debe ser en principio de manera indubitable y en ausencia de vicios, con la excepción en el sentido de que si el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo, entonces se entiende como otorgado el consentimiento.

E. *Ejercicio de un derecho*

Esta causal consiste en la expresa autorización que existe para un sujeto de que realice una determinada conducta, no obstante que con ésta se lesione o ponga en peligro un determinado bien jurídico, en tal circunstancia el sujeto ejerce un derecho reconocido en la propia ley, y si al obrar realiza una conducta típica, ésta resulta plenamente justificada.

Los requisitos que la doctrina identifica para esta causal son:

- a. la existencia de un derecho de parte de quien actúa, y*
- b. el reconocimiento de dicho derecho por parte de una norma jurídica positiva.*

Los casos más comunes del ejercicio de un derecho son:

- a. el derecho a corregir;*
- b. offencicula;*
- c. lesiones ocasionadas en tratamientos médico quirúrgicos, y*
- d. lesiones ocasionadas en la práctica del deporte.*

a. El derecho de corregir. Se refiere al derecho de los ascendientes para corregir a sus descendientes, pero sujeto a los lineamientos que establece la propia ley.

b. Offencicula. Se refiere al derecho que tienen las personas de colocar ciertas protecciones a modo de defensas que sirven a los propietarios de inmuebles para proteger su patrimonio y propiedad, como es el caso de las cercas electrificadas, los vidrios en los muros y otros aditamentos.³⁰⁶

En torno a la *offencicula* algunos autores consideran que son actos que se encuadran dentro de la legítima defensa, sin embargo, se olvidan que las

³⁰⁶ Tulio Ruiz, Servio, *La estructura del delito*, Bogotá, Temis, 1978, pp. 100 y ss.

actividades de protección se refieren a actos futuros. Finalmente, los medios que se utilicen para defender una propiedad deben ser proporcionales a bien jurídico protegido. Por ejemplo sería rechazable pretender custodiar un huerto frutal con armas automáticas apostadas dentro de él, o los linderos de una propiedad con una cerca electrificada al alcance de todos los transeúntes.

c. Lesiones ocasionadas en tratamientos médico quirúrgicos. El cumplimiento de un deber puede invocarse también en el caso de las lesiones ocasionadas en el ejercicio de tratamientos médico quirúrgicos, lo cual guarda justificación en virtud del propio reconocimiento que hace el Estado en torno a las diferentes profesiones médicas y a las intervenciones curativas y estéticas, o en virtud de que muchos tratamientos se aplican con el objetivo de evitarle al paciente un mal mayor.³⁰⁷

La justificación formal deriva de la autorización oficial; la material o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva,³⁰⁸ lo cual no riñe con la circunstancia de que en ciertos casos sea necesario el amputar un miembro, corregir una malformación o utilizar tratamientos agresivos en el cuerpo humano, siempre y cuando la finalidad sea salvar la vida o en su caso ampliar la expectativa de vida.

En cuanto al consentimiento, algunos consideran que es un requisito indispensable, sin embargo, no perdamos de vista que existen ciertos casos, en los cuales no es posible dadas las circunstancias solicitar al paciente o a un familiar su consentimiento y que no obstante que éste se exprese en ciertos casos tampoco resulta válido.

d. Lesiones ocasionadas en la práctica del deporte. En este caso encontramos cierta similitud con lo que sucede en el caso de los tratamientos médico quirúrgicos, en los que el Estado reconoce la existencia de ciertas profesiones, tratándose de la práctica del deporte no sólo reconoce su existencia, sino que promueve la celebración de actividades deportivas y acude en calidad de testigo o juez a las competencias, percibe los impuestos correspondientes. Es decir, en forma expresa o tácita expide la autorización correspondiente para la realización de los encuentros, por lo que la práctica es jurídica, salvo que se presenten excesos dolosos en la práctica.

307 González de la Vega, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1958, p. 17.

308 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 214.

e. La actividad periodística. El caso de los periodistas se ha debatido arduamente en los últimos años, sobre todo porque la función que desempeñan implica informar sobre acontecimientos, los cuales, en ocasiones, afectan a las personas. En este caso, se discute en torno a los límites del ejercicio de la libertad de prensa, al argumentarse que la ley los faculta para ello y confiere el derecho y el deber de informar objetivamente sobre la realidad, aun cuando dicha verdad pueda afectar el honor, la moral o el crédito que tenga la sociedad para una persona. Sin embargo, para invocar esta circunstancia es necesario que el periodista se sujete a los límites de la ley, de otra manera su comportamiento resulta plenamente punible.

El CPF plantea en el artículo 352 los supuestos bajos los que no procederá sanción alguna contra el reo de difamación ni de injuria, en tal sentido contempla en tres fracciones lo siguiente:

I. Al que manifieste técnicamente su parecer sobre alguna producción literaria, artística, científica o industrial;

II. Al que manifieste su juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si probare que obró en cumplimiento de un deber o por interés público, o que, con la debida reserva, lo hizo por humanidad, por prestar un servicio a persona con quien tenga parentesco o amistad, o dando informes que se le hubieren pedido, si no lo hiciere a sabiendas calumniosamente, y

III. Al autor de un escrito presentado o de un discurso pronunciado en los tribunales, pues si hiciere uso de alguna expresión difamatoria o injuriosa, los jueces, según la gravedad del caso, le aplicarán alguna de las correcciones disciplinarias de las que permita la ley.

7. EXCESO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En el caso de exceso en las causas de justificación, acorde con lo planteado en el artículo 16 del CPF, se impondrá la pena aplicable para el delito culposo, la cual en términos del artículo 60 del CPF puede llegar hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además, se prevé la aplicación de la suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

VII. LA CULPABILIDAD

I. LA CULPABILIDAD COMO CATEGORÍA DE LA TEORÍA DEL DELITO

El análisis de las categorías objeto de análisis en la teoría del delito, denominadas por infinidad de autores como elementos del delito, nos remite al concepto de “la culpabilidad”, el cual sólo resulta plausible analizar una vez agotado el estudio de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad. Cuestión por la cual, es indiscutible que uno de los presupuestos de la culpabilidad sea precisamente la existencia de una acción típica y antijurídica.

La culpabilidad encuentra su fundamento

en la idea de la libertad humana, sin la cual resulta imposible construir el concepto mismo del delito, puesto que donde no hay libertad falta no solamente la culpabilidad, sino la acción: si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado.³⁰⁹

En materia de culpabilidad no existe una opinión unánime respecto de cómo definirla, sobre todo en materia de los elementos que la integran desde la óptica formal y su significado material, propiciado precisamente por la evolución de la teoría de la culpabilidad a la luz de conceptos causales, sicologistas, normativistas y finalistas.

En lo que sí resulta coincidente la doctrina es respecto de que “mientras la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere, además, la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor”.³¹⁰

³⁰⁹ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 416.

³¹⁰ Santiago Mir Puig recuerda las ideas inicialmente planteadas por Liszt, respecto de la desaprobación del acto, al cual se le añade la que recae sobre el autor, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 575.

También, debemos recordar que la culpabilidad relevante para el derecho penal es la que reúne la perspectiva jurídica, mas no desde el punto de vista moral, es decir, no interesará la circunstancia de que una persona cuente con la posibilidad de desarrollar un sentimiento de culpabilidad, sino del reproche dirigido en su contra por el comportamiento desplegado.³¹¹

Por otra parte, resulta cierto que los mandatos y prohibiciones que ampara el derecho penal coinciden ampliamente con las normas de la moral, pues sin la vinculación del derecho con la moral, éste se empobrecería sustancialmente. No obstante la independencia de dichos órdenes, resulta el derecho complementado por la moral.

La culpabilidad jurídica tiene tal carácter en virtud de que se mide con arreglo a fórmulas jurídicas, así como por la circunstancia de que ha de ser constatada públicamente ante la instancia de un órgano jurisdiccional, con sujeción a un procedimiento jurídico, a distinción de la culpabilidad moral, la cual sólo existe y se sujeta a las reglas de la propia conciencia.

Empero, ¿qué es la culpabilidad?, ¿existe un criterio uniforme al respecto? Trataremos de dar respuesta a la primera interrogante. En este sentido, existen diversas tendencias, algunas enfocadas al incumplimiento de un deber jurídico de actuar,³¹² otros ponen de relieve la existencia de otra alternativa de actuación;³¹³ y finalmente los que la entienden sistemáticamente como condición de la punibilidad.³¹⁴

La culpabilidad podemos definirla como el juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, en virtud de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no obstante,

311 Tal es el caso de los delincuentes por convicción, los cuales por motivos de diversa índole, como pueden ser los religiosos, políticos o sociales, delinquen sin experimentar sentimiento de culpabilidad, por el contrario sienten satisfacción por su conducta. Lo anterior resulta contrario a la opinión de Muñoz Conde, al considerar que la culpabilidad presupone la posibilidad de internalización de la norma penal por el sujeto, lo que a su vez requiere la posibilidad de participación del sujeto en los valores afectados por su acción. *El principio de culpabilidad*, pp. 231-233. Sánchez Azcona considera al sentimiento de culpabilidad como la piedra angular sobre la que se basa la represión instintiva, *Normatividad social*, México, UNAM-III, 1989, p. 18.

312 Para José María Rodríguez Devesa actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica. *Derecho penal español, op. cit.*, p. 415.

313 Para Muñoz Conde "actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho", *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 128.

314 Claus Roxin la entiende el conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, p. 14.

que tenía otras posibilidades de actuación menos lesivas o dañinas del bien jurídico.³¹⁵

En el sentido anterior, la culpabilidad deja de ser el continente de todo lo subjetivo del delito, concepción que durante años le fue atribuida y que en la actualidad resulta plenamente rebasada.³¹⁶

Con lo anterior se evita el nebuloso espectro construido durante décadas, a partir del cual se le daban tratamientos respecto a su significado y contenido, como:³¹⁷

- a) el dolo y la culpa como formas de la culpabilidad;
- b) el dolo y la culpa integrándolas junto a la conciencia del injusto;
- c) la imputabilidad como su presupuesto;
- d) la imputabilidad como su elemento;
- e) la separación del dolo y la culpa y su ubicación como estructuras típicas;
- f) su concepción general como relación psicológica;
- g) como reprochabilidad;
- h) la diversa captación del concepto respecto de la responsabilidad penal;
- i) su pretendido remplazo por la peligrosidad.

2. EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA DE CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

Para entender el concepto de la culpabilidad y su ubicación en el campo de la teoría del delito, es necesario conocer el desarrollo histórico del concepto hasta llegar a la actualidad, por lo que será necesario retomar las

³¹⁵ En el mismo sentido Islas de González Mariscal, Olga, para quien “la culpabilidad es el juicio de reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva”, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 67. Para Jescheck “es reprochabilidad de la formación de la voluntad”, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 559. Para Zaffaroni, a la culpabilidad se le puede entender como reprochabilidad, esto es, el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor de la conducta por el sujeto activo, *Teoría del delito*, op. cit., pp. 505 y ss. Para Reyes Echandía, es la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente, *Culpabilidad*, op. cit., p. 26.

³¹⁶ La concepción clásica de la culpabilidad, hoy en pleno desuso, establecía al respecto que era “la relación subjetiva entre el acto y el autor”, Liszt, Franz Von, *Tratado de derecho penal*, op. cit., pp. 25 y ss.; en el mismo sentido Jiménez de Asúa la define como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, *La ley y el delito*, op. cit., pp. 444.

³¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, op. cit., p. 507.

posturas defendidas por la teoría sicologista, la teoría normativista y el normativismo ante el finalismo.

Durante la época antigua, se desarrolló la concepción de la culpabilidad, sobre la base de negar la existencia de delitos sin culpa, es decir se gestó el principio rector que ha pasado a tener valor de dogma en las modernas legislaciones penales, el cual determina que no hay delito sin culpabilidad: *nullum crimen sine culpa*.

En la antigüedad, el resultado típico sólo era punible cuando causaba un daño, haciendo caso omiso del contenido volitivo de la acción, se sancionaba tanto al inocente como al responsable, en algunos casos las penas iban más allá de la persona que había intervenido en el acontecimiento y se castigaba también a sus descendientes, es decir existían y se aplicaban con gran normalidad lo que hoy está plenamente prohibido y entendemos como penas trascendentales e inusitadas.

En la antigua Grecia, la idea de la justicia empezó a perfilarse fundada ya en la culpa, otros autores afirman que la fase material objetiva de la responsabilidad, que sólo tiene en consideración el resultado dañoso, no fue aceptada jamás por el derecho romano (Ferrini), en tanto para Mommsen, en la época más remota se conoció este tipo de responsabilidad; pero a partir de la Ley de las Doce Tablas, en la antigua Roma “el concepto del delito requirió la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar”.

Fue hasta Cicerón que se avanzó en la concepción jurídica de la culpabilidad al sustraerla del campo de lo puramente objetivo, en orden al resultado, como se desprende de la siguiente definición *culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quidquid negligenter peccatum est sed et malitiose*,³¹⁸ así como, cuando afirma “nosotros en la vida no debemos mirar la pena que está señalada a cada pecado, sino cuanto es lícito a cada uno: debemos pensar que todo lo que no conviene hacer es delito, y que todo lo que no es lícito es impiedad”.³¹⁹

A la caída del Imperio Romano se dio un retroceso en el concepto de culpabilidad; al surgir la responsabilidad por el resultado y aparecer el concepto llamado *versari in re illicita*, según el cual habrá culpabilidad no solamente cuando existan dolo o culpa en el agente, sino también cuando hay intención de realizar algo no permitido y se produce un resultado dañoso

318 Reyes Echandía, Alfonso, *Culpabilidad, op. cit.*, p. 3.

319 Cicerón, Marco Tulio, *Las paradojas de M. Bruto*, Ateneo, vol. II, p. 345, obra citada por Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, México, Trillas, 1983, p. 140.

por mero caso fortuito. Esta idea perduró hasta el inicio de la Revolución Francesa (1789).

Fue hasta la baja Edad Media que encontramos a la teoría de la culpabilidad con una mejor estructura siendo el derecho penal italiano el que introdujo en la doctrina del derecho común una teoría al respecto y sobre esa base desarrolló durante los siglos XVI y XVII su concepción.

Posteriormente cobró influencia la concepción de la culpabilidad del derecho natural a partir del cual autores como Samuel Pufendorf (1634-1694) ofrecieron el concepto de imputación, la primera estructura mental susceptible de desarrollo. La imputación surgió como un concepto que identificaba la acción libremente producida a cargo del autor y por ende como fundamento de su responsabilidad *ad ipsum propter pertinens, causa moralis*.

En el siglo XVIII Kleinschrod atribuyó como causa de toda imputación el hecho de que la acción se emprendió con libertad. Para los hegelianos, el delito era la separación libremente elegida de la voluntad particular respecto de la voluntad general expresada en la ley, descansando la totalidad del sistema del derecho penal en la imputación subjetiva, concepción que llevó Binding a la dogmática actual vinculada al presupuesto de la libertad de voluntad.

Los postulados hasta entonces defendidos provocaron una total decadencia del concepto de culpabilidad basado en el derecho natural como consecuencia de la crisis por la que atravesó la teoría de la libertad de voluntad. En su lugar apareció la concepción psicológica de la culpabilidad característica de la actitud del positivismo sobre una orientación hacia lo fáctico.

Para 1859 Carrara concibió al delito como un ente jurídico y creó la teoría de las fuerzas del delito, con lo cual estableció una separación absoluta entre la responsabilidad por las conductas procedentes de una voluntad libre e inteligente.

La separación entre el resultado y su causa permitió a Carrara afirmar que el delito es el producto del choque al que concurren dos fuerzas: la fuerza moral subjetiva que consiste en la voluntad inteligente del hombre que obró y la fuerza física subjetiva representada por la acción corporal, de naturaleza externa y cuyo resultado equivale a la ofensa del derecho agraviado, o dicho en otra forma, al daño material del delito.

En la época del positivismo, Enrico Ferri negó en forma drástica la libertad del hombre, en todas sus acepciones, al considerar absurdo que pueda responsabilizársele por aquello que no le estaba precisamente deter-

minado, como todo hecho natural, en función y como fruto de la pura necesidad.

El individuo fue considerado solamente como parte integrante de una sociedad y se llegó a la conclusión de que el hombre es responsable atendiendo al orden social, y a la acción (conducta individual), por lo que debe seguir ineludiblemente la reacción que viene a ser la responsabilidad por el hecho realizado.

De entre los presupuestos filosóficos y científicos de la escuela positivista tiene especial interés, para el tema de la culpabilidad, su pronunciamiento en torno al libre arbitrio como una ilusión, y que los hechos síquicos también están sometidos al principio de la causalidad (determinismo síquico). Si se atiende a que el delito, de acuerdo al positivismo, es el producto de causas antropológicas, físicas y sociales, y el delincuente está predeterminado para su actuación, en función de esa conjunción de causas y careciendo del libre arbitrio, resulta lógica la afirmación de que el hecho realizado y considerado como delito particular, tenga que ser estudiado y analizado tomando como base a la persona sometida a todas las influencias deterministas y no haciendo una abstracción lógico científica que dé previamente un concepto genérico de la culpabilidad.³²⁰

En resumen, existen tres momentos históricos o teóricos que abordan el problema de la culpabilidad, la teoría sicologista, la teoría normativista en el causalismo y la teoría normativista en el finalismo (véase el cuadro 2).

A. Teoría sicologista

La concepción del delito propuesta por Beling y Liszt, inició la concepción sicologista de la culpabilidad, en este sentido se le concibió como la relación sicológica entre el hecho y el autor.

Así, la teoría del delito en el siglo pasado dividía el análisis de la culpabilidad en dos aspectos: el externo y el interno. Por otra parte, definía como elemento fundamental a la causalidad, por ello se identificó a la antijuridicidad con el aspecto externo y a la culpabilidad con lo interno o subjetivo.

³²⁰ Una fuerte crítica en torno al positivismo, sobre todo a las ideas de Lombroso, es la realizada en su momento por Jiménez de Asúa; al señalar que ésta consiste en que se le imputa haber mezclado una ciencia causal explicativa, como la criminología, con una ciencia cultural y normativa, que es el derecho. *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., Buenos Aires, Losada, 1964, t. II, p. 82-83.

El delito existía como resultado de una doble vinculación: la relación de causalidad material, la cual daba lugar a la antijuridicidad, y la conexión de causalidad síquica, que contemplaba a la culpabilidad.

En la concepción sicologista de la culpabilidad, el dolo y la culpa no sólo se encuentran a nivel de culpabilidad, sino que también son dos de sus especies, entendida la primera como el género. No sólo eran formas de la culpabilidad, sino incluso la culpabilidad en sí misma.

Entonces, resultaba que la presencia del dolo o de la culpa ante el delito, no representaban solamente la posibilidad de la culpabilidad, sino también su existencia en atención a la relación de género y especie. El delito doloso era la especie más perfecta de culpabilidad, porque suponía la relación síquica completa entre el autor y el hecho. Y la culpa se entendía como una conexión síquica imperfecta con el hecho.³²¹

Sin embargo, la concepción fracasó ante el problema de la culpa y ante la existencia de las causas de exculpación que no excluyen al dolo. En efecto, la culpa no era factible de explicarse como relación psicológica, pues por ejemplo en la culpa inconsciente no existe relación psicológica entre el autor y la lesión, pues uno de los elementos es precisamente la falta de representación. En el caso de la culpa consciente se pretendía explicarla a la luz del conocimiento del peligro que supone.

En cuanto a las causas de exculpación, el dolo subsistía, por ejemplo en el estado de necesidad exculpante o en el miedo grave, simplemente meditemos en el individuo que priva de la vida a otro para salvar la suya. Lo que sucede es que falta la culpabilidad pese a concurrir el nexo psicológico entre el resultado y su autor. Esto sólo puede explicarse si se renuncia a identificar la culpabilidad con el vínculo psicológico entre el sujeto y el hecho.³²²

Esta postura resultó insuficiente en virtud de que no lograba resolver cuestiones como las relaciones síquicas que eran penalmente relevantes y el porqué del fundamento de culpabilidad al estar presentes, así como la exclusión ante su ausencia. Tampoco resultaba factible de fundamentar el porqué de la inculpabilidad tratándose de enfermos mentales, o bien, en el estado de necesidad.

321 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 579.

322 *Ibidem*, p. 580.

B. *La teoría normativista*

En virtud de las críticas a la teoría sicologista de la culpabilidad, surgió la teoría normativista propiciada por las ideas de Frank (1907), Goldschmidt (1913 y 1930), Freudenthal (1922), Hegler (1930) y Mezger (1931), las ideas formuladas desde principios de siglo en oposición a la teoría sicologista, transformaron a la culpabilidad en un juicio de valor, entendido como reprochabilidad.

En tal sentido, el dolo y la culpa se transformaron de especies de culpabilidad a elementos de la culpabilidad, la presencia del dolo y de la culpa no resultaban definitivas para la presencia de la culpabilidad.

La concepción normativa de la culpabilidad planteaba: 1. La imputabilidad, como capacidad de culpabilidad. 2. El dolo o la culpa como voluntad defectuosa; y 3. Ausencia de causas de exculpación.

Algunos autores hacen el señalamiento en torno a que la imputabilidad en este caso es a nivel psicológico, en tanto la culpabilidad es eminentemente valorativa, puesto que su contenido es un reproche.³²³

La concepción normativa de la culpabilidad intentó incluir la totalidad de los elementos síquicos del hecho bajo un solo concepto material que permitieron la valoración de la parte interna del hecho y la hicieron comprensible, así como la definición de los factores pertenecen a la culpabilidad y cómo deberían enjuiciarse la falta de sus elementos particulares.

A la vez, trataba de explicar,

a) que se niegue la culpabilidad en casos en los que no puede negarse la imputabilidad ni la presencia del dolo o la culpa, como, por ejemplo, en el estado de necesidad exculpante; b) que se afirme allí donde en el momento de realizarse la acción no existe una relación síquica entre el sujeto y el resultado de su actividad, por ejemplo, en la culpa inconsciente.³²⁴

Para Frank, autor que por primera vez califica a la culpabilidad como reprochabilidad y la considera como su presupuesto, además de la imputabilidad, del dolo o de la culpa, es de especial relevancia el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que obra el autor.³²⁵

³²³ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 447.

³²⁴ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 420.

³²⁵ Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 1943, pp. 3 y ss.

El concepto de culpabilidad del derecho penal alemán se refirió fundamentalmente a la culpabilidad por el hecho individual, lo que derivó de la elección de un derecho penal del hecho. El injusto en el que se apoya el reproche de culpabilidad consiste en la comisión de un determinado hecho prohibido por el ordenamiento jurídico y no en una conducta vital jurídicamente desaprobada.

Entonces, el objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en relación con la actitud interna jurídicamente desaprobada que se actualiza en aquél, cuando falta la capacidad de culpabilidad el autor puede, ciertamente, actuar, pero no devenir culpable, ya que el hecho no obedece a una actitud interna ante el derecho que sea digna de desaprobación.

Como se puede observar en la columna central del cuadro 2, donde aparece la teoría normativa, la concepción normativa de la culpabilidad no fue un abandono de los elementos integrantes de la culpabilidad, sino sólo una reorganización sobre las mismas bases propuestas por el causalismo, limitándose a entenderla en términos valorativos.

C. La teoría normativa ante el finalismo

La teoría final de la acción propuesta por Welzel,³²⁶ provocó entre otros efectos el redimensionar la idea del delito, así como la ubicación del dolo a nivel tipo y la infracción del deber de cuidado, sustrayéndolas de la culpabilidad, lugar que hasta entonces se les había asignado.

En estos términos la culpabilidad dejó de ser interpretada como el continente de todo lo subjetivo y se estableció la posibilidad de que existan elementos de esta índole a nivel del tipo, con lo anterior perdió total vigencia la concepción psicológica de la culpabilidad y se transformó en una concepción puramente normativa.

En tal virtud, el reproche vertido en contra del autor del delito se encuentra a nivel de su comportamiento típico y antijurídico, quedando en la culpabilidad sólo las condiciones que permiten atribuir dicho reproche a su autor.

La culpabilidad quedó reducida en el finalismo a los siguientes elementos:

a) la imputabilidad de presupuesto previo de la culpabilidad se erige como condición central de la reprochabilidad, en virtud de que las condi-

³²⁶ Aun cuando el desarrollo de la teoría final de la acción se le atribuye a Welzel, los precursores de dicha teoría fueron principalmente Von Weber, Ernst Wolf y Alexander Graf Zu Dhona, autores que no alcanzaron a madurar debidamente el concepto de la acción final desarrollado por Welzel.

ciones para la reprochabilidad giran a partir de la posibilidad que tenía el sujeto de poder actuar de otro modo;

b) la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho, el dolo, pasa al tipo sólo como dolo natural, por lo que no incluyó el conocimiento de la prohibición (que en el causalismo pertenece al *dolus malus*);³²⁷

c) la ausencia de causas de inculpabilidad.

Cuadro 2. Teoría en materia de la culpabilidad.

<i>Teoría sicologista. Principales postulados</i>	<i>Postulados de la teoría normativa</i>	<i>Concepción normativista del finalismo. Principales postulados</i>
1. Relación hecho- autor.	1. La culpabilidad como juicio de valor.	1. Sustraer el dolo y la culpa de su sede tradicional (la culpabilidad).
2. Vínculo subjetivo y objetivo.	2. El dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.	2. La culpabilidad deja de cobijar la parte subjetiva del hecho.
3. El dolo y la culpa constituyen: a) la relación síquica entre el autor y su hecho; b) especies de la culpabilidad.	3. Requiere la presencia de: a) imputabilidad como capacidad de culpabilidad; b) el dolo o la culpa; c) ausencia de causas de exculpación.	3. Se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico.
4. Conexión de causalidad síquica implica culpabilidad.	4. Mantiene el contenido sistemático del causalismo.	4. Los elementos de la culpabilidad son: a) la imputabilidad, de presupuesto pasa a ser condición central de reprochabilidad; b) posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho. (El dolo pasa al tipo, como dolo natural sin implicar el conocimiento de la prohibición.); c) ausencia de causas de exculpación, las cuales pueden eximir al sujeto de reproche.
5. Imputabilidad como presupuesto de culpabilidad.		

³²⁷ El análisis del conocimiento de la antijuridicidad queda para la culpabilidad, pero no como un contenido psicológico de conocimiento efectivo, sino como posibilidad, normativamente determinable de dicho conocimiento. En este caso, al igual que tratándose de la imputabilidad habrá que determinar si el sujeto pudo haber actuado de un modo distinto y si estaba en posibilidades de conocer la prohibición del hecho. La ausencia de esta posibilidad no excluye el dolo, sino a la culpabilidad (error de prohibición invencible), en el caso del error de prohibición vencible puede atemperarse la culpabilidad. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 583.

3. PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Al analizar la culpabilidad destaca su concepción a nivel de consecuencia de una conducta, típica y antijurídica, lo cual se traduce en una reflexión metódico-sistemática que nos orilla a pensar en su existencia sólo cuando estamos ante un resultado producto de una acción, típica y antijurídica, a la cual sumaremos la ausencia de eximentes de culpabilidad.

En consecuencia, los presupuestos de la culpabilidad son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la ausencia de eximentes de culpabilidad.

Por otra parte, si pretendemos referir el aspecto relativo a los elementos de la culpabilidad, debemos dejar en claro que existen una serie de conceptos como consecuencia de los cuales resulta la culpabilidad; así, los elementos que integran a la culpabilidad en el estado actual de la evolución de la teoría del delito son:

- a) la imputabilidad, no a nivel de presupuesto, sino como condición de la culpabilidad;
- b) la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho, y
- c) la ausencia de causas de exculpación.

4. EL FUNDAMENTO DE LA EXIGENCIA DE CULPABILIDAD

A. *El principio de culpabilidad y la libertad de voluntad*

La culpabilidad se rige fundamentalmente por el principio proveniente del derecho romano: *poena non alios quam suos teneat auctores*, nadie puede ser responsable por las acciones de terceros que no ha podido impedir.³²⁸

Un aspecto de importancia consiste en determinar si la responsabilidad deriva de una cuestión personal o bien de un hecho, es decir establecer si la culpabilidad surge del hecho realizado, o bien, si su realización permite, para los efectos, determinar la culpabilidad.

Atento a lo anterior, si la voluntad es plenamente relevante para obtener el resultado prohibido o transgredir lo mandado en el tipo penal, ¿cómo se

³²⁸ Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, op. cit., p. 80.

le puede definir a la voluntad en tanto es causación voluntaria del tipo penal objetivo?

¿Al desplegarse una acción puede quererse sólo lo que se ha imaginado o también se puede querer lo que no se ha imaginado?

El querer inconsciente carece de importancia en el ámbito de la ética y del derecho, en dichos ámbitos se reprochan los resultados de la voluntad consciente, es decir, de una voluntad que por lo menos va acompañada del conocimiento del querer.

Lo reprochable es no distinguir suficientemente entre el querer un resultado y su causación a través de la realización de la voluntad. La voluntad mediante cuya realización, sea o no culpable, se produce el tipo penal objetivo: no ha tenido nunca otro contenido, es decir, la representación de una actividad que contenía la causa para el establecimiento de este tipo penal antijurídico.

En correlación con lo anterior, la voluntad exteriorizada por el sujeto activo y el resultado típico se encuentran exactamente en la misma relación, tanto en los delitos dolosos como en los culposos.

De manera tradicional ha existido la idea de una libertad de voluntad que incide y juega un papel importante a nivel de responsabilidad, acorde con la cual se excluye la posibilidad de una culpabilidad si el autor tenía la posibilidad de actuar de modo distinto.

Empero, resulta criticable suponer que el fundamento de la culpabilidad radique básicamente en la posibilidad de actuar de modo distinto, sobre todo a partir de críticas que señalan lo difícil de hablar de una libertad de voluntad en casos como el del sujeto que toma una decisión en un momento determinado *irrepetible*, lo lógico es pensar que no pudo ser precisamente otra, por los factores que incidían en esa ocasión con el carácter de irrepetibles, pues por más que pueda haber otra alternativa de actuación el comportamiento desplegado no puede correr la misma suerte.

Por otra parte, las ciencias del comportamiento no permiten demostrar si el sujeto en un momento determinado le fue posible evitar la comisión del delito, en virtud de que existe una libertad de actuación que en ciertos casos rebasa los límites de lo científicamente factible,³²⁹ además tendría que sumarse las características de nuestro sistema de administración de justicia, el cual necesariamente conlleva en los más de los casos a un alejamiento

329 Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977, p. 24.

entre el juez y la acción cometida, por problemas de tiempo, de posibilidades periciales u otros de diversa índole.

Tampoco podría exigirse que los textos legales establecieran como presupuesto de la culpabilidad actuar de modo distinto, pues en tal sentido sería algo extremadamente difícil de acreditar, precisamente por los factores irrepetibles que se presentan.

Atento a lo anterior, el principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre, pues sólo si existe la posibilidad en el hombre de actuar de modo distinto podrá deslindarse sobre de él responsabilidad penal. Si la conducta estuviera determinada definitivamente por la virtualidad causal de fuerzas objetivas sustraídas al influjo de la voluntad, al modo de los procesos naturalísticos, reprochar al hombre sus acciones tendría tan poco sentido como hacerle responsable de sus enfermedades.³³⁰

En consecuencia, un derecho penal que se oriente por el principio de culpabilidad debe, por el contrario, enfrentarse a la problemática de la libertad de voluntad, lo cual no presupone determinar sólo que el hombre pueda decidir con libertad, sino, correctamente, por lo que a la par de la libertad de querer realizar un determinado comportamiento debe estar la capacidad para distinguir los valores.

En el ámbito del ordenamiento jurídico la conciencia del derecho es lo que capacita al hombre para distinguir entre el derecho y el injusto. La vigencia de la norma jurídica se halla condicionada, ciertamente, a su reconocimiento por la conciencia del ciudadano, pero la conciencia del derecho constituye el órgano natural por el que el particular hace propios los mandatos y prohibiciones jurídicos, sin perjuicio de que el intelecto pueda participar también en el conocimiento puramente racional de los mandatos jurídicos y la conciencia pueda resultar completada por informaciones debidamente recabadas.

B. *La necesidad de la pena*

La culpabilidad se establece en la ley penal como el límite de la pena, es decir ésta será graduada con base en aquélla, lo cual sólo resulta válido para el caso de los sujetos normales en los cuales existe la ausencia de una causa de inculpabilidad.³³¹

³³⁰ Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, pp. 561 y ss.

³³¹ *Ibidem*, p. 20.

De donde resulta que la pena es justificable por un fin de prevención penal, para el caso de los sujetos que han delinquido, a diferencia de las medidas de seguridad que se deben aplicar para los sujetos peligrosos, pero para un sujeto culpable a la vez que peligroso, debe serle aplicada una pena y una medida de seguridad.³³²

C. *La motivación como fundamento de la culpabilidad*

Acorde con Muñoz Conde, la culpabilidad es la última fase del proceso de motivación que comienza con la educación paterna y prosigue durante toda la vida del individuo en virtud de la introyección de exigencias sociales. De tal manera, que cuando no existe participación en los bienes jurídicos, falta todo sentimiento de culpabilidad en el sujeto, en consecuencia, la razón para formularle un reproche.³³³

En este sentido, Mir Puig señala la necesidad de orientar la categoría de culpabilidad sobre la base de la normalidad en la motivación del sujeto activo, pero sólo en lo referente a la comprobación de la normalidad en la motivación, pues la posibilidad de motivación condiciona a la antijuridicidad, lo cual sirve de fundamento para afirmar que “existe culpabilidad cuando el autor de un hecho penalmente antijurídico actúa en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede si no es imputable, ni obra en situación de no exigibilidad”.³³⁴

Cuando existe la imposibilidad de motivar al sujeto, entonces resulta conveniente prohibirle el hecho, lo cual no exige que la motivabilidad alcance un determinado grado de normalidad, por lo que no es necesaria la prohibición del hecho, pero si lo que resulta acreditado es la plena anormalidad de las condiciones de motivación del sujeto, no debe castigársele por la falta de culpabilidad y no obstante que el hecho deba seguir siendo prohibido por la norma, la concreción de ésta no puede castigarse con una pena en virtud de la anormalidad motivacional del sujeto.³³⁵

332 Los dos puntos de conexión del actual sistema de reacción estatal frente a la comisión de un hecho típico y antijurídico en el caso de un autor culpable da lugar a la imposición de una pena, el hecho típico y antijurídico, de un autor culpable o inculpaible, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida de seguridad. Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, op. cit., pp 14 y ss.

333 Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, op. cit., p. 28.

334 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 577 y ss.

335 *Ibidem*, pp. 592 y ss.

I. La capacidad de actuar (de autodeterminación y conocimiento de la norma)

La capacidad de actuar, que no es idéntica a la capacidad de derecho o la capacidad de obligación, sino más bien son conceptos diferentes.

La capacidad de actuar se refiere siempre a un hecho bien determinado, es capacidad de actuar *ad hoc*. La capacidad de delinquir y la capacidad de actuar son idénticas desde el punto de vista de su esencia y sus elementos constitutivos.

Por eso se le denomina comúnmente capacidad de delinquir, o bien, capacidad de culpabilidad y erróneamente capacidad de imputación, esta capacidad de actuar presupone:

- a) capacidad de autodeterminación;
- b) tener conocimiento de la norma;
- c) posibilidad del conocimiento del deber en el momento del hecho;
- d) capacidad de guiarse por la norma, y
- e) capacidad para el cumplimiento del deber.

a) *La capacidad de autodeterminación*, vista como la libertad de voluntad, resulta un presupuesto indispensable de la capacidad de actuar.

b) *El tener conocimiento de la norma*, surge sólo a través del conocimiento de la existencia y contenido de la norma. Así, se requiere que el sujeto conozca la proposición jurídica que contiene la prohibición o mandato que va a contrariar. Exigirle a un individuo el cumplimiento de proposiciones jurídicas sin que esté en posibilidad de conocerlas nos orilla a exigirles algo que desconocen.

Ahora bien, tampoco resulta válido el aserto en el sentido de que a partir de un desconocimiento alguien pretenda justificar su acción antijurídica, pues recordemos que existe un principio en el sentido de que el desconocimiento de la ley no exime a nadie de su cumplimiento.

c) *La posibilidad del conocimiento del deber en el momento del hecho*, se agrega la capacidad de recordar tanto la prohibición como el mandato, o bien de construirlos mediante consideraciones racionales.

d) *La capacidad de guiarse por la norma*, supone que el sujeto tenga la suficiente madurez mental a efecto de que pueda actuar conforme al deber, pues en ocasiones quien tiene conocimiento no logra transformar su contenido en criterio orientador de su conducta (menor, trastornado mental)

e) *Capacidad para el cumplimiento del deber*. En este caso el sujeto tiene que plantear correctamente en su conciencia el contenido de su voluntad de

causación. No tiene que saber, sino estar en posibilidades de saber qué es lo que piensa causar. Además de una capacidad de libertad de la determinación de la voluntad.

2. La exclusión de la capacidad de delinquir

Los elementos que hemos incluido en la capacidad de actuar traen como consecuencia excluir la capacidad de delinquir. Lo cual vale para el error de prohibición invencible.

5. LA CULPABILIDAD MATERIAL Y LA CULPABILIDAD FORMAL

Las culpabilidades material y formal son una clara herencia de los postulados contruidos en el siglo XIX, a partir de pensamientos que dejaban de lado el valor para juzgar al ser.

En tal virtud, el dolo se entendía como falta de sentimiento, la culpa como falta de entendimiento y la culpabilidad en general como falla a la disposición social del individuo.³³⁶

Se entiende como culpabilidad formal cuando se reúnen los presupuestos que un determinado sistema penal requiere para que pueda serle imputado un hecho a un sujeto, en tanto que la culpabilidad material será el contenido explicativo de la culpabilidad, el porqué de la culpabilidad formal.

El concepto formal de culpabilidad abarca aquellos elementos síquicos del hecho en que en un ordenamiento jurídico dado se exigen positivamente como presupuestos de la imputación subjetiva. En sentido formal, la culpabilidad equivale al conjunto de elementos que en un sistema de derecho penal históricamente dado se contemplan como presupuestos de la imputación subjetiva.³³⁷

El concepto material de culpabilidad tiene el carácter de un postulado según el cual sólo pueden entrar en consideración como fundamento del juicio de culpabilidad características muy precisas de la acción o del autor.³³⁸

³³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, op. cit., p. 546.

³³⁷ Jescheck, Hans Heinrich; *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 580 y ss.

³³⁸ *Idem*.

6. CAUSAS DE INculpABILIDAD

La culpabilidad puede ser anulada por diversos supuestos, éstos pueden resumirse en la no exigibilidad de un comportamiento diverso ante la ley, con lo cual se avanza pero no se aclara el punto relativo, analicemos con más detalle algunas causas de inculpabilidad.

A. *Error de prohibición*

El causalismo clásico y el finalismo ortodoxo otorgan al error de prohibición un tratamiento jurídico diverso, el primero lo considera una circunstancia que hace desaparecer al dolo en virtud del desconocimiento por parte del sujeto activo de la antijuridicidad, lo cual llega a confundirse con el error de tipo, por lo que si el error es invencible existe la impunidad, y si es vencible aparece la culpa.

El finalismo, por su parte, reduce el dolo al conocer y querer los elementos del tipo penal, excluyendo el conocimiento de su significación antijurídica, entonces el error de prohibición no podía ya excluir al dolo. Lo cual se fundamenta en la teoría de la culpabilidad basada en el poder actuar de otro modo, luego entonces quien no tiene conocimiento de una prohibición no está obligado a actuar de manera distinta, por lo que el error invencible lo que elimina es la culpabilidad y el vencible da entrada a la culpa.

En conclusión, si para la culpabilidad es necesaria la posibilidad de conocer la prohibición del hecho, al estar en ausencia de dicha posibilidad, se excluye la culpabilidad y toda pena; por el contrario, en el caso de que el error sea vencible, no se excluye la culpabilidad en virtud de que no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero sí se disminuye la reprochabilidad y por ende se atenúa la culpabilidad.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha establecido las siguientes jurisprudencias sobre el tema.

ERROR DE PROHIBICIÓN. En el error de prohibición, el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico. Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 139-144, 2a. parte, p. 88.

ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el “error de tipo” como el llamado “error de prohibición indirecto” o “error de permisión”, hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la Ley, generando el vencible error el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios que le fueron recogidos al momento de su detención, contenían marihuana, y tan es así, que antes de efectuarse ésta, le había proporcionado a su coacusado parte del estupefaciente que inicialmente poseía, lo cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error. Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte. Precedentes: Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas, 27 de septiembre de 1984. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Amparo directo 5744/84. Pascal Maurice Pannier. 17 de enero de 1985. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz y otro. 12 de junio de 1985. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, Informe Suprema Corte de Justicia 1986, 2a. parte, 1a. Sala, p. 12.

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. PARA SER EXIMIENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE. Tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar eximente de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable, pues siendo sólo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trata. Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 139-144, 2a. parte, p. 88

B. *No exigibilidad de otra conducta*

La no exigibilidad no significa ausencia de una prohibición; al contrario, la cuestión de la inexigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la culpabilidad y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho.

El fundamento de esta causa de inculpabilidad es precisamente la falta de normalidad y de libertad en el comportamiento del sujeto activo.

El caso más famoso es el *Leinenfänger* “caballo que no obedece las riendas”. El propietario de un caballo resabiado y desobediente, ordenó al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar el servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistirse, pero el dueño lo amenazó con despedirle en el acto si no cumplía lo mandado. El cochero obedeció entonces, y una vez en la calle el animal se desbocó causando lesiones a un transeúnte. El tribunal del Reich niega la culpabilidad del procesado, porque teniendo en cuenta la situación de hecho, no podía serle exigido que perdiera su colocación y su pan negándose a ejecutar la acción peligrosa.

Otro caso célebre es el del *Klapperstorch* ante los jurados, nombre con el que se designa a la cigüeña, según el dicho alemán. Los hechos son los siguientes: una empresa explotadora de una mina tenía acordado que el día que la mujer de uno de los mineros diera a luz, quedaría el marido relevado del trabajo, pero percibiendo íntegro jornal. Los obreros de la mina conminaron a la comadrona que asistía allí a los partos, y en los casos en que un niño naciera en domingo, declarase en el registro que el parto había tenido lugar en un día laborable de la semana, amenazándola con no volver a requerir sus servicios si no accedía a sus deseos. Temerosa la comadrona de quedar sin trabajo, acabó accediendo y en efecto, se hizo autora de una serie de inscripciones falsas en el registro. Este caso el tribunal del Reich admitió de nueva cuenta la no exigibilidad de la conducta y absolvió a la comadrona.

C. *Error sobre las causas de inculpabilidad*

También puede presentarse el supuesto de que alguna persona suponga equivocadamente que está siendo víctima de una agresión y decida ejercer legítima defensa, en este caso es necesario determinar si eso constituye un error de prohibición y en su caso cuál será el tratamiento.

Según la teoría del dolo, sustentada por el causalismo, la suposición errónea de que concurren los supuestos de una causa de justificación constituye un error que excluye al dolo.

Según el finalismo, la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de prohibición, es decir, se entiende que en tal caso el sujeto cree que actúa justificadamente y, por lo tanto, que su hecho no está prohibido, sino que está permitido. El arrendador que cree estar legitimado para violar la cerradura del inmueble arrendado, por falta de pago.

Por lo que si actuando dentro del margen de riesgo permitido, no existe la posibilidad de conocer la prohibición, ésta carece de objeto, por ello, la posibilidad de conocer la prohibición ha de ser condición de ésta, o lo que es lo mismo, de la antijuridicidad, y no sólo de la culpabilidad. El error de prohibición invencible ha de impedir el propio injusto, y el error vencible debe disminuir su gravedad.

VIII. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

1. LA PENA, LA PUNICIÓN Y LA PUNIBILIDAD

Desde los tiempos más remotos de nuestra historia, las sociedades, independientemente de la cultura de que se trate, han establecido un sistema de penas. Algunas con carácter de públicas y otras con el carácter de privadas; establecidas para lograr una venganza privada o bien para lograr una armónica convivencia de la sociedad. Así, en la mitología griega se habla de la pena sufrida por Prometeo al haber engañado a Zeus,³³⁹ o bien, en la Sagrada Biblia se habla al igual, de la pena sufrida por Adán y Eva, por haber desobedecido al Creador. A Eva, la pena implicó “multiplicaré tus dolores y tus preñeces; con dolor darás hijos a luz; te sentirás atraída por tu marido, pero él te dominará”.³⁴⁰ A Adán,

por haber escuchado la voz de tu mujer y comido del árbol del que Yo te había prohibido comer, será maldita la tierra por tu causa, con doloso trabajo te alimentarás de ella todos los días de tu vida, te producirá espinas y abrojos, y comerás de las hierbas del campo. Con el sudor de tu rostro comerás el pan, hasta que vuelvas a la tierra; pues de ella fuiste tomado. Polvo eres y al polvo volverás.³⁴¹

³³⁹ El relato mitológico surge en Mekone, lugar en el cual los dioses y los hombres se separaron. Entre ellos tuvo lugar una lucha que debía decidir si los hombres, como parecían serlo hasta ese momento, eran todavía verdaderamente semejantes a los dioses. Prometeo quiso hacer trampa, lo que era absolutamente imposible ante Zeus; Prometeo llenó el vientre del animal con la carne hachada y las tripas pingües. Por otra parte, envolvió con astucia los huesos en la grasa resplandeciente. Entonces, Zeus le dice: “Hijo de Japeto, oh, tú que estás por encima de todos los soberanos, que diferentes has hecho las partes.” A lo que Prometeo responde: “Zeus, el más glorioso y grande entre los dioses eternos, elige la parte que más te agrade.” De las dos manos eligió la parte blanca, luciente de grasa; encolerizándose al descubrir los huesos ocultos disimuladamente, dijo: “Hijo de Japeto, tú que eres el más sabio, ¡tú me quisiste engañar!” Zeus jamás olvidó el engaño. Como consecuencia del engaño de Prometeo, Zeus condena al hombre a comenzar su evolución por el nivel más bajo, sin el fuego. Véase Kerenyi, Karl, *La pena de Prometeo*, Caracas, Monte Ávila, 1970, pp. 98 y ss.

³⁴⁰ La Sagrada Biblia, *Génesis*, Chicago, Barsa, 1969, 3:16-19.

De las dos referencias mencionadas, puede apreciarse cómo la humanidad por siempre ha hablado de penas, quizás en ocasiones considerándolas divinas, tal es el caso de Prometeo, en la mitología griega y de Adán en el pasaje bíblico, o bien como mecanismo de venganza privada, como lo es la Ley del Tali3n.

La ideas anteriores nos hacen pensar en la imposibilidad de la existencia de una sociedad sin la presencia de un orden coactivo limitador de la actividad de los particulares, por lo cual Reinhart Maurach afirma: “una comunidad que renunciara a su imperio penal, renunciaría a sí misma”. Sin embargo, la pena tal y como la entendemos en nuestro mundo de finales del siglo XX, guarda una gran diferencia de la pena como se entendía en los orígenes de la humanidad. Con lo anterior, podemos deducir que las penas y el hombre en sociedad han evolucionado con el transcurso del tiempo.

En la teorí3a de la pena coinciden diversas áreas del conocimiento, ubicándose su surgimiento en la historia de las religiones, la sociología, la sicología, la etnología, el derecho, etcétera, sin embargo, nosotros centramos la atenci3n en la concepci3n jurí3dica de la pena.

La palabra “pena” procede del latín *poena*, su significado está plenamente identificado con la idea de castigo y de sufrimiento. Esta idea surge a partir de la evoluci3n de la humanidad, pues tal y como en líneas antes comentábamos, la idea del castigo ha estado presente desde los orígenes de nuestra civilizaci3n, atribuyéndosele a dioses, o bien, a entes supremos, la facultad de imponer penas a los hombres.

No pretendemos en este apartado dilucidar si le corresponde a los dioses, a los hombres o al Estado en su moderna concepci3n, el imponer penas, pues tal cuesti3n nos remitiría a un estudio diverso, siendo nuestra meta el determinar desde un punto de vista jurí3dico la idea que sobre la pena debe prevalecer.

Al iniciar el análisis de la concepci3n de pena, encontramos varias interrogantes sobre las cuales enfocaremos nuestro estudio. En primer lugar, lo relativo a cuáles son las principales nociones jurí3dicas expresadas dentro de la dogmática jurí3dica penal sobre pena; y en su caso ¿cuál es la noci3n válida sobre la pena?, cuestiones que trataremos de responder en las líneas siguientes.

En lo referente a la primera cuesti3n, la doctrina penal le ha dado distintos tratamientos al concepto de pena. Por ejemplo, Carrara conceptúa a la pena

como “un mal que la autoridad pública le inflinge al culpable por causa de su delito”,³⁴² en el mismo sentido utilizan dicho término Antón Oneca,³⁴³ Welzel³⁴⁴ y Soler.³⁴⁵

De la concepción anterior se desprenden dos críticas que no podemos desdeñar, en primer lugar, la relativa a entender a la pena como un mal, lo cual resulta contrario a las teorías relativas sobre la pena que ven a ésta como una medida para lograr la readaptación social del delincuente,³⁴⁶ siendo contraria, igualmente, dicha concepción del mal con las teorías relativas sobre la pena, las cuales niegan la posibilidad de considerarla una retribución justa del daño ocasionado por la comisión del delito. La otra crítica es la presencia de la autoridad pública con facultades para aplicar un castigo. En todo caso no es la autoridad pública *in genere*, la autorizada para imponer penas, sino los órganos del Poder Judicial quienes están facultados para imponer una pena al culpable de la comisión de un delito, siendo absurdo que en la moderna concepción del Estado, pretendamos atribuir a la autoridad pública *in genere* la facultad de aplicar males a los delincuentes, pues resultan claras las diversas funciones encomendadas a los poderes del Estado. Por último, la mencionada definición tampoco hace patente el principio de *nulla poena sine lege*, que debe prevalecer en todo momento para el caso de pretender aplicar una pena.

Por otra parte, García Ramírez nos dice, “no podríamos engañarnos sobre el carácter lógico de la pena, que importa, sin embargo, poco, ni acerca de su aptitud finalista, su teleología, que es lo que verdaderamente interesa”,³⁴⁷ pretendiendo el penalista mexicano con esta idea explicar una condición retributiva de la pena de carácter neutral, concluyendo finalmente que “es, se quiera o no, una correspondencia ciega, sin tono, frente a la alteración formal que implica el delito”,³⁴⁸ postura que retoma el penalista

³⁴² Carrara, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, trad. de Sebastián Soler de la 11ª edición italiana, Buenos Aires, Depalma, 1944, t. II, pp. 33 y ss.

³⁴³ Antón Oneca, José y Rodríguez Muñoz, J. I., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, vol. I, p. 477.

³⁴⁴ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán, op. cit.*, p. 326.

³⁴⁵ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Tipográfica Argentina, 1956, t. II, p. 399.

³⁴⁶ No es aceptable confundir que aun cuando la pena lleve implícito un sufrimiento o un castigo físico o corporal, la podamos considerar un mal para el delincuente, ya que por ejemplo, Roeder nos dice que “la pena no es un mal, sino un bien para el delincuente cuya injusta voluntad reforma”, véase, Roeder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, 3ª ed., 1876, p. 43.

³⁴⁷ García Ramírez, Sergio, *Justicia penal* (estudios), México, Porrúa, 1982, pp. 22 y ss.

³⁴⁸ *Idem*.

mexicano en otra de sus obras, al argumentar: “la pena es siempre retribución o correspondencia: reparación ideal del orden quebrantado por el delito”,³⁴⁹ opinión aceptable, pues resulta indudable que finalmente la pena cumplirá un espíritu retribucionista y proporcional a la magnitud del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, con un enfoque hacia la readaptación social del delincuente.³⁵⁰

Por otro lado, para Cuello Calón “la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal”,³⁵¹ definición, que cumple debidamente con las exigencias de la dogmática en la materia, pues alude al carácter privativo o restrictivo de bienes, al principio de legalidad a respetarse en todo caso de imposición de penas o medidas de seguridad y a la atribución correspondiente al Poder Judicial de imponerla.

Para Carrancá y Trujillo, dentro de la dogmática penal mexicana, la pena es “la legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente”.³⁵² En su definición, el penalista mexicano incurre en el error de Carrara, al considerar que la pena se impone por el poder del Estado, cuando más bien debió haber dicho por los órganos jurisdiccionales competentes. Además, de no hacer mención en momento alguno al principio de legalidad *nulla poena sine lege*, es decir, la pena impuesta conforme al mandato legal.

Por su parte, Olga Islas de González Mariscal propone la distinción entre los términos pena, punición y punibilidad, siendo la pena “la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano Ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización”,³⁵³ en tanto la punición es “la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad”,³⁵⁴ en este

349 García Ramírez, Sergio, “Derecho penal”, *El derecho en México una visión de conjunto*, op. cit., pp. 355 y ss.

350 El artículo 18 de la Constitución Federal, establece respecto de la pena privativa de la libertad que “los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”.

351 Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, Barcelona, Bosch, 1974, p. 16.

352 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, op. cit., pp. 711 y ss.

353 Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., pp. 22-24.

354 *Idem*.

caso, la única objeción a la definición propuesta por Islas radica en no considerar el principio de legalidad en la punición, traducido en la fórmula *nulla poena sine lege*, rectora de la imposición de la pena, pues la pena sólo puede ser impuesta a partir de los límites establecidos en la ley.

Finalmente, Islas entiende por punibilidad “la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste”,³⁵⁵ de donde deriva la posibilidad de aplicar tres tipos de magnitudes de la punibilidad, una para los tipos dolosos de consumación, otra para los culposos de consumación y finalmente para los de tentativa.

En los términos propuestos por Islas, al distinguir entre punición, pena y punibilidad, nos parece que resulta adecuado hablar de punición y no de pena, pues efectivamente existe una clara diferencia entre la consecuencia jurídica impuesta por el juzgador y la ejecución de ésta realizada por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, una definición de punición válida sería: “la privación o restricción de bienes jurídicos, que se impone con apego a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de la comisión de un delito”, en la cual sumamos el elemento de legalidad que Islas pasó desapercibido en su definición.

De la definición propuesta, destacan los elementos siguientes:

a) Privación o restricción de bienes jurídicos del autor del delito. Entendemos que la punición lleva implícita una medida de castigo o sufrimiento para el autor del delito, con el ánimo de resultar reformadora y retributiva, de ahí que los bienes jurídicos que le sean privados o restringidos deban ser de su propiedad o goce.

b) Impuesta con apego a la ley. En respeto del principio de legalidad, *nulla poena sine lege*, no es posible afirmar en un momento dado que alguna pena pueda ser impuesta rebasando el mandato legal; por consecuencia, toda pena estará determinada en su límite máximo y mínimo por lo establecido en las disposiciones legales, resultando ilegal aquella que no cumpla con dicho requisito.

c) Impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes. En la moderna concepción del Estado, existe una amplia gama de funciones que se han distribuido conforme a la naturaleza misma de cada una de ellas, surgiendo así la existencia de tres poderes: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial,

siendo competente este último para aplicar la ley en los casos concretos, pero adicionalmente la Ley establece como requisito para que una punición pueda ser impuesta por un órgano jurisdiccional, que dicho órgano sea competente, determinándose la competencia por cuantía, materia, etcétera.

d) Al culpable de la comisión de un delito. La punición debe imponerse en todos los casos a quien sea condenado y resulte culpable de la comisión de un delito, ya que no es posible hablar de pena sin culpa, en apego al multicitado principio penal *nulla poena sine culpa*, recayendo la pena en la persona del culpable, pues nadie puede ser castigado por los actos de otro, surgiendo a partir de dichas ideas el principio de personalidad de la pena.³⁵⁶

A. Clasificación de las penas

Las penas pueden ser clasificadas desde el punto de vista doctrinal a partir de diversos aspectos, en tal virtud, es dable analizarlas tomando en consideración el fin que persiguen, al bien jurídico que protegen, a su forma de aplicación, a su duración y a su ejecución.³⁵⁷

I. En atención al fin

a. *Eliminatorias*. Reciben esta denominación las que pretenden eliminar al delincuente o alejarlo definitivamente del entorno social, en este caso

³⁵⁶ El principio de personalidad de la pena ya se formulaba en las Partidas (part. VII, título XXXI, Ley IX). Sin embargo, la pena no sólo hiere al reo sino también a la sociedad, y en particular, a la familia del condenado, especialmente si es de privación de la libertad. A pesar del discutido reconocimiento de dicho principio en la moderna dogmática penal, y su honda raigambre, cual si fuera un derecho de la persona traído ha poco al acervo de sus garantías, se consigna en algunas constituciones modernas, en la italiana de 1947, art. 276 (“La responsabilidad penal es personal”) y en la brasileña de 1946, art. 30 (“Ninguna pena trascenderá de la persona del delincuente”), véase Cuello Calón, *La moderna penología*, op. cit., pp. 16 y ss. Principios que aun cuando en la Constitución mexicana, no se establecen de una manera tan clara como en las constituciones señaladas, bien podemos afirmar que se encuentra implícito en lo establecido por los artículos 14, 16, 19 y 20, en donde se plasman una serie de garantías en materia procesal penal, que impiden en un momento determinado, que se pueda imponer una pena a quien no sea culpable de la comisión de un delito, siendo explícito en el contenido del artículo 22 constitucional en su parte que señala “quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”, de igual manera el artículo 10 del CPF que literalmente consagra “la responsabilidad penal no pasa a la persona y bienes del delincuente, excepto en los casos señalados en la ley”.

³⁵⁷ En lo subsecuente, hemos utilizado en buena parte la clasificación de las penas que propone el propio autor. Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, México, Trillas, 1993, pp. 174 y ss.

encontramos a la pena de muerte, el confinamiento y la prisión perpetua como los más claros ejemplo de este género de consecuencias jurídicas.

b. *Correctivas o readaptadoras*. Con un fin tendente a corregir los males que padece el delincuente procurando su rehabilitación. En este sentido se atiende al fin que trata de perseguirse con la aplicación de las penas, un ejemplo de esto sería el dictado del artículo 18 constitucional, segundo párrafo, al señalar: “los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente...” A partir de lo anterior, resulta claro que el mejor lugar para lograr la readaptación del delincuente es en el seno mismo de la sociedad, a fin de que ésta contribuya mediante la aplicación de medidas como el tratamiento en libertad o la semilibertad.

c. *Restrictivas de ciertos derechos*. Restringen definitiva o temporalmente el goce de ciertos derechos, tal es el caso de la destitución, la inhabilitación y la pérdida o suspensión de la patria potestad, el fin que se trata de perseguir es evitar que el delincuente continúe cometiendo el mismo género de delitos en ejercicio indebido de ciertos derechos o bien de ciertas funciones que se le han encomendado. Ejemplos de éstas son: la suspensión o privación de derechos políticos, civiles o familiares (tutela, curatela, apoderado legal, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebra), destitución o inhabilitación para desempeñar un empleo cargo o comisión públicos.

d. *Intimidatorias*. Aluden a la intimidación que debe perseguir la pena como fin para evitar que los ciudadanos se vean tentados a delinquir, por el temor a ésta. Por ejemplo: la caución de no ofender, la publicación especial de la sentencia, el apercibimiento, la amonestación, el decomiso de bienes, objetos o productos del delito.

e. *Privativas de bienes o derechos*. Este género de penas tiene un doble sentido, la privación temporal o definitiva de bienes o derechos del autor del delito, en atención a las posibilidades de readaptarse socialmente, o bien, según se trate de sujetos incorregibles.

2. En atención al bien jurídico

a. *Capital*. Se le otorga tal denominación a las penas que se dirigen a la vida del individuo con el objetivo de eliminarlo, tal es el caso de la pena de muerte.

b. *Corporales*. Reciben tal calificativo las penas que se aplican directamente sobre el cuerpo del sujeto como es el caso de los azotes, las marcas, las mutilaciones y los tormentos.

c. *Contra la libertad*. Esta clase de penas tiene como objetivo limitar el derecho a la libertad personal del sujeto, tal es el caso de la prisión, el confinamiento y la prohibición de ir a un lugar determinado.

d. *Pecuniarias*. Se entienden por tales las que limitan el goce de ciertos derechos de carácter patrimonial, como es la multa y la reparación del daño.

e. *Suspensivas o privativas de derechos*. Se dirigen a ciertos derechos de carácter civil o político. Tal es el caso de la limitación del derecho a votar y ser votado, así como la pérdida del ejercicio de la patria potestad, de los derechos de tutela, curatela, etcétera.

3. En atención a la forma de aplicarse

a. *Principales o secundarias*. En tal sentido se alude a la que afecte de manera más seria los bienes jurídicos del sujeto, en relación con otras que se le impongan pero que sean de una afectación menor, es el caso de la pena privativa de libertad, cuando se conjuga con la multa, la primera sería principal y la segunda una pena secundaria. Ejemplo: el artículo 400bis, párrafo primero, del CPF, establece que se impondrá de cinco a quince años de prisión y multa de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

b. *Accesoria*. Se le otorga este carácter a las penas que tienen una consecuencia necesaria de cierto proceder delictivo, el artículo 172 del CPF, a la letra señala: “Cuando se cause algún daño por medio de cualquier vehículo, motor o maquinaria, además de aplicar las sanciones por el delito que resulte, se inhabilitará al delincuente para manejar aquellos aparatos, por un tiempo que no baje de un mes ni exceda de un año.”

c. *Complementarias*. Se le otorga esta calificación a las que tratan de perseguir un objetivo diverso de la pena principal, tal sería el caso de la amonestación o el apercibimiento.

4. En cuanto a la duración

a. *De corta duración*. Se trata de aquellas penas privativas de la libertad cuya duración máxima de cinco años y el mínimo de tres días, pero que en atención a los efectos que puede provocar se sustituyen o conmutan por otras, como sería el caso de la multa, el tratamiento en libertad o el trabajo en favor de la comunidad.³⁵⁸

b. *De mediana duración*. Es el caso de las que oscilan entre los cinco años y un día y los 10 años, que constituyen los términos mínimos y máximos que pueden aplicarse para tener efectos regenerativos.

c. *De larga duración*. Contemplan una privación de la libertad mayor a los diez años, tiempo en el cual se pretende lograr una readaptación social del delincuente a fin de capacitarlo para vivir armónicamente en sociedad, pero que en ningún caso se recomienda exceda de los quince años de privación de la libertad, pues los efectos que se provocan son contraproducentes.³⁵⁹

5. En cuanto a la forma de ejecución

a. *Remisible*. Según se trate de aquellas que en atención a fines de humanidad o piedad tengan que evitarse su imposición, o bien, las que al momento de estarse ejecutando plantean la posibilidad de la remisión parcial de la pena. En cuanto a las primeras, el artículo 55 del CPF, dispone:

cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.

³⁵⁸ En este caso encontramos las previstas en el CPF que pueden ser sujetas de la sustitución prevista por el artículo 70.

³⁵⁹ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*, México, UNAM-III, 1993.

En el caso de las segundas, la ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social de los sentenciados en el artículo 16, último párrafo, señala de manera literal:

no se concederá la remisión parcial de la pena a los sentenciados por los delitos contra la salud en materia de estupefacientes o sicotrópicos previstos en las fracciones I a IV del artículo 197, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; por el delito de violación previsto en el primero y segundo párrafos del artículo 265, en relación con el 266bis, fracción I; el delito de plagio o secuestro previsto por el artículo 366 con excepción a lo previsto por la fracción VI de dicho artículo en relación con su antepenúltimo párrafo y lo dispuesto en el penúltimo párrafo por el delito de robo en inmueble habitado o destinado para habitación con violencia en las personas, conforme a lo previsto en el artículo 367, en relación con los artículos 372 y 381bis, del Código Penal Federal.

b. *Sustituible*. Se refiere a las que en atención de caer en los supuestos que la propia ley plantea pueden ser sustituidas por otras de menor gravedad. El CPF refiere en el artículo 70 la posibilidad de que la prisión pueda ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cinco años; II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de cuatro años, o III. Por multa, si la prisión no excede de tres años.

c. *Conmutable*. Según se trate de las que se ubican en los rangos previstos en el artículo 73 del CPF, que a la letra establece:

El Ejecutivo, tratándose de delitos políticos, podrá hacer la conmutación de sanciones, después de impuestas en sentencia irrevocable, conforme a las siguientes reglas: I. Cuando la sanción impuesta sea la de prisión, se conmutará en confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión; y II. Si fuere la de confinamiento, se conmutará por multa, a razón de un día de aquél por un día multa.

d. *Condicional*. Se refiere a la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad, es el caso de la condena condicional, la cual se sujeta a diversos requisitos entre los que destaca lo dispuesto en el artículo 90, fracción II, del CPF que a la letra establece:

Para gozar de este beneficio el sentenciado deberá: a) Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido; b) Obligarse a residir en determinado lugar del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia; c) Desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos; d) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, u otras sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; y e) Reparar el daño causado. Cuando por sus circunstancias personales no pueda reparar desde luego el daño causado, dará caución o se sujetará a las medidas que a juicio del juez o tribunal sean bastantes para asegurar que cumplirá, en el plazo que se le fije esta obligación.

e. *Simbólica*. En atención al fin que se trata de perseguir, tal es el caso de ciertos delitos en los cuales se precisa de una pena privativa de libertad la cual es sustituible por otra.

f. *Única*. Cuando se prevé una consecuencia jurídica sin vincularse a otra clase de pena.

g. *Alternativas*. En el caso de que existan posibilidades de aplicar una u otra clase de pena y el juez tenga la posibilidades de decidir en torno a cuál habrá de aplicar. El artículo 243, del CPF, prevé para el delito de falsificación de documentos públicos o privados una punibilidad de seis meses a tres años de prisión, o de 180 a 360 días multa.

h. *Acumulativas*. Cuando la ley dispone la posibilidad de aplicar varias clases de penas por la comisión de un mismo delito. Por ejemplo: el artículo 194, del CPF, establece una punibilidad de diez a veinticinco años de prisión y de cien hasta quinientos días multa, y además, privación del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por cinco años, al servidor público que, en ejercicio de sus funciones o aprovechándose de su cargo, permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas previstas por dicho artículo.

B. *Clasificación legal*

Al margen de la clasificación que propone la doctrina en torno a las penas y de la enumeración de ellas, el CPF incluye a las siguientes.

1. Prisión

Las penas privativas de libertad se pueden clasificar en: temporal o definitiva. La prisión podemos definirla en términos legales como la privación de la libertad durante el lapso previsto en la ley, su duración puede ser temporal o definitiva, en el caso de la primera un ejemplo serían los límites máximos de sesenta o setenta años que se incluyen en los códigos penales de nuestro país para la pena privativa de libertad; en el caso de las segundas, el ejemplo más común es el de la cadena perpetua. El CPF contempla en el artículo 25 una duración para la pena privativa de libertad de tres días a sesenta años, salvo que se trate de lo previsto en el artículo 366, en el cual el límite máximo será de setenta años.

2. Tratamiento en libertad

El tratamiento en libertad es una consecuencia jurídica que se aplica a los delincuentes; consiste en ciertas medidas laborales, educativas y curativas, siempre y cuando la ley las autorice y que éstas tengan como finalidad lograr la readaptación social del delincuente, bajo el cuidado de la autoridad ejecutora, la duración en este caso no puede ser mayor a la que tendría la pena privativa de libertad sustituida y, en consecuencia, dado su fin sólo resulta aplicable cuando ésta tiene una duración temporal y no definitiva.

3. Semilibertad

Es una modalidad de la aplicación de la pena privativa de libertad, consiste en la alteración de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplica a partir de las características del sujeto activo de la manera siguiente: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión los fines de semana; salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no debe exceder la pena privativa de libertad sustituida.

4. Trabajo en favor de la comunidad

Es una pena que consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social, o bien, en institu-

ciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

Las características adicionales de esta pena son:

- a. puede aplicarse de manera autónoma o como sustitutivo de la prisión o la multa;*
- b. su extensión se fija por el juez tomando en cuenta las circunstancias del reo, y*
- c. por ningún motivo el trabajo se desarrollará en forma que resulte degradante o humillante para el condenado.*

El trabajo en favor de la comunidad es una consecuencia jurídica del delito, aplicable al sujeto activo consistente en la prestación de servicios no remunerados en instituciones públicas educativas, de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales, tal como lo prevé el artículo 27, párrafo tercero, del CPF, en tal virtud, se contempla a nivel de punibilidad en los tipos penales contenidos en los siguientes artículos del CPF: evasión de presos previsto en el artículo 153 y 158; violación de correspondencia, artículo 173; desobediencia y resistencia de particulares, artículo 179; quebrantamiento de sellos, artículo 187; provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, artículo 209; revelación de secretos, artículo 210; y variación de nombre o domicilio, artículo 249, por lo que se refiere al CPF.

Por otra parte, el juez debe tomar en consideración que por ningún motivo debe desarrollarse una jornada de trabajo en favor de la comunidad que resulte en una labor degradante o humillante para el condenado, situación que supone, en todo caso, la precisión de la labor a desarrollar por el condenado, la cual debe resultar acorde con su preparación y nivel educativo, teniendo para tal objeto la opción de que el trabajo se desarrolle en una institución pública educativa o de asistencia social o en instituciones asistenciales privadas, debiendo, por ende, señalarse la institución en donde se ejecutará la pena.

5. Confinamiento

Consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El Ejecutivo tiene la facultad de realizar la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado, salvo el caso de delitos políticos en los cuales el propio juez quien al momento de dictar la sentencia hace la designación.

6. Sanción pecuniaria

Con tal denominación se engloba a la multa y a la reparación del daño. La primera consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fija en días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos en que la propia ley señale. Por ejemplo: en el caso de operaciones con recursos de procedencia ilícita, el artículo 400bis dispone una multa de mil a cinco mil días multa. En el caso de delitos en materia de derechos de autor, los artículos 424, 425, 426 y 427, disponen una multa de trescientos a tres mil días multa para el responsable. También, la Ley Federal de lucha contra la Delincuencia Organizada, en el artículo 4o., fracción, primera, inciso a), dispone una multa a los responsables de la comisión de delitos bajo dicha modalidad de quinientos a veinticinco mil días multa. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en consideración todos sus ingresos.

En el caso de la reparación del daño comprende:

- a. la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;*
- b. la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, y*
- c. el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.*

7. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito

El decomiso consiste en una consecuencia jurídica que resulta en atención al carácter de los instrumentos, objetos o productos del delito. La regla que se plantea al respecto es en el sentido de que sólo se decomisarán si son de uso prohibido; si son de uso lícito, se decomisarán cuando se trate de

delito intencional y si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero los tenga en su poder o los haya adquirido bajo cualquier título, éste en alguno de los supuestos del encubrimiento, independientemente de la naturaleza jurídica de dicho tercero propietario o poseedor y de la relación que aquél tenga con el delincuente en su caso.

8. Suspensión o privación de derechos

En el caso de la suspensión es de dos clases: la que por ministerio de ley resulta de una sanción como consecuencia necesaria de ésta y la que por consecuencia de una sentencia formal se impone como sanción. En el primer caso, la suspensión comienza y concluye con la sanción de que es consecuencia. En el segundo caso, si la suspensión se impone con otra sanción privativa de libertad, comenzará al terminar ésta y su duración será la señalada en la sentencia.

9. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos

Es una consecuencia jurídica aplicable de manera exclusiva a los servidores públicos y entraña la suspensión del empleo cargo o comisión que desempeñe, la destitución y en su defecto la inhabilitación. Esta última sólo resulta factible de aplicar en el caso de haber pasado por las anteriores. Por regla general, los tipos penales dirigidos a servidores públicos contemplan a esta consecuencia jurídica. Por ejemplo: ejercicio indebido de servicios públicos, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, de igual manera, el relativo a delitos contra la salud entre otros.

C. Etapas por las que ha transitado la concepción sobre la pena

En términos actuales existe una clara unanimidad en torno a que la pena surge en la sociedad como consecuencia de una necesidad, en tal virtud una sociedad que pretendiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su misma existencia.³⁶⁰ El origen de la pena y del derecho de ejecutar las sanciones ha variado con el transcurso del tiempo, en algunas épocas se hablaba de una

³⁶⁰ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 63.

pena basada en la mística y en la religión, mientras en otras se pretendió defender la idea de una pena basada en los límites de la dignidad humana, remplazadas en su momento por el poder punitivo de las necesidades de la pura razón de Estado. En tal sentido, “razón y fe, piedad y menosprecio al hombre, son los principios que han intentado dictar la justificación de la pena”³⁶¹.

En el transcurso de la historia grandes debates se han planteado para tratar de establecer cuáles son los fines de la pena y en su caso los procedimientos y técnicas recomendables para aplicarlas, si nos remontamos al pasado, en la época medieval podríamos recordar la manera como éstas se aplicaban:

las penas durante este periodo se regían por el principio de la intimidación y la venganza, tal como lo aseveraban la intensidad, la dirección del castigo y el lugar donde se ejecutaba. El castigo debería ser lo suficientemente fuerte para que el malhechor no tuviera el deseo de volver a cometer otro delito ni la posibilidad de ser imitado por los demás.³⁶²

Los alcances de lo anterior se pueden apreciar en la manera como se ejecutaban la penas en la época y que se detallan en el siguiente fragmento:

Se dispuso el tablado entre la puerta principal del Palacio y la de la Real Cárcel de Corte de tres varas de alto, diez de largo y cinco de ancho, todo entapizado y guarnecido de bayetas negras hasta la escalera, piso y palos. Llegado el sábado 7 de noviembre de 1789 en que se verificó la ejecución, fueron sacados de la cárcel los reos a las 11, en la forma prevenida, y paseados por las calles públicas acostumbradas, con grande acompañamiento de frailes de todas las religiones y prefectos de cárceles, como de la archicofradía de la santa Veracruz y Cristo de la Misericordia, y de innumerables personas caracterizadas, y de mucha gente dentro y fuera de la capital. Quintero subió primero al suplicio como capitán de esta maldad, y se colocó en el palo de enmedio, en el del lado derecho, Aldama; y a la izquierda Blanco. Luego se quebraron por el verdugo las armas y bastón que sirvieron de instrumento para cometer tanta maldad. La ejecución terminó a la una de la tarde. Los cadáveres se mantuvieron en el patíbulo hasta las cinco de la tarde, por orden superior. Habiéndolos bajado se pasaron a la cárcel, donde se les amputaron las manos y fijaron según mandaba la sentencia (... y separándoles las manos derechas, se fijen escarpías de hierro, de las que se pongan dos

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo, teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 31.

en las partes superiores de la casa donde cometieron el delito y la otra en la misma forma en la accesoria donde estaba oculto el robo).³⁶³

A fin de garantizar una ejemplaridad y la intimidación de la pena impuesta se solía recurrir a ejecuciones que tuvieran lugar en las principales plazas públicas de las ciudades; así, se transformaban en concurridos lugares en donde el personaje principal era el pueblo, cuya presencia real e inmediata era necesaria para la ejecución. Era necesario no sólo que el pueblo supiera las consecuencias para los delincuentes, sino que viera con sus propios ojos.³⁶⁴

Sobre la base de situaciones de esta índole, se sometió a un proceso de discusión los fines de la pena, las cuales podríamos dividir en diversas etapas, la liberal clásica, la positivista, la *terza scuola*, la defensa social y la concepción crítica.

1. La concepción liberal clásica

La concepción clásica engloba la tendencia tradicional de las penas, que se proyecta sobre la base de la teoría de la retribución y de la prevención, esta concepción se caracteriza por los más tremendos castigos aplicados sobre el hombre sobre la base del principio *homines non requirunt rationes carum rerum quas semper vident*, los postulados fundamentales se centran en los siguientes aspectos:

- a. *el principio de legalidad nullum crimen nullum pena sine lege previa, scriptaet stricta, debe observarse invariablemente;*
- b. *la garantía de igualdad en la aplicación de la ley penal;*
- c. *el delito visto como el reconocimiento del legislador del orden social;*
- d. *la prevención como fin de la ley penal, y*
- e. *la proporcionalidad, la retribución y la ejemplaridad de las penas.*

³⁶³ Flores, *Memorial ajustado de la causa que se formó a Aldama, Blanco y Quintero, por los homicidios que perpetraron en la persona de Don Joaquín Dongo*, México, INBA-UAM, 1988, pp. 62 y ss.

³⁶⁴ Para profundizar véase Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, siglo XXI, 1981, p. 38 y ss.

2. La concepción positivista

Esta tendencia inicia el estudio del hombre delincuente en relación con el delito, su principal exponente fue Lombroso y sus principios fundamentales versaban sobre: el uso del método experimental, la responsabilidad social, el delito como fenómeno natural y social y la pena como medio de defensa social, sus características principales son las siguientes:

- a. el delito se identifica como un hecho normal en cualquier sociedad;*
- b. el delincuente es la resultante de su entorno social;*
- c. las penas deben orientarse sobre la base de la peligrosidad del delincuente;*
- d. la política criminal debe basarse en la prevención especial, y*
- e. al delincuente se le debe aislar de la sociedad mediante la aplicación de una medida de seguridad y reincorporarlo cuando se haya readaptado.*

3. La *terza scuola*

Con el calificativo de *terza scuola* se denominó a la variedad italiana del positivismo crítico, sus principales exponentes fueron Alimena y Carnevale, en Alemania destacaron como miembros de esta escuela Merkel, Liepman y Oetker. Sus objetivos se centraban en conciliar la justicia y el finalismo, afirmar la personalidad del derecho penal contra la dependencia atribuida por Ferri, la exclusión del tipo penal y la reforma social como deber del Estado. En este sentido sus características las podemos agrupar en la siguientes:

- a. la defensa social se constituye en el fundamento de penar;*
- b. la reforma social es el primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia;*
- c. se niega el libre albedrío;*
- d. se distingue entre imputables e inimputables, y*
- e. se introduce la teoría de la coacción síquica como condicionante de la pena. A fin de que resulte adecuada la pena el sujeto debe estar en posibilidad de desarrollar el sentimiento de culpabilidad.*

4. La defensa social

Las ideas de defensa social se originan con el positivismo científico propuesto y defendido por Augusto Comte, y su desarrollo en materia penal se debe a las aportaciones de Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Rafaele Garofalo, a finales del siglo XIX.

Como consecuencia de la segunda guerra mundial, las ideas defensoras resurgieron, pero con una reorientación sobre la base de la dignidad humana, del Estado libre y social de derecho y de la configuración del derecho penal como instrumento de pedagogía criminal llena de sentido.³⁶⁵

Las ideas en materia de defensa social podemos separarlas en tres épocas, la primera atribuida a Filippo Gramática, fundador en 1949 de la Société Internationale de Défense Sociale, la tendencia de Gramática se apoyaba en el positivismo italiano, el cual proponía un modelo de leyes penales con un contenido diverso del modelo clásico. En tal virtud, se sustituía al delito culpable por la antisocialidad del delincuente; en lugar de la pena, la medida por tiempo determinado; en lugar del proceso penal de viejo cuño, un proceso dirigido a la investigación de la personalidad y a la averiguación de sus defectos y necesidades confiada a médicos, sicólogos y pedagogos, pero no a los jueces.

La segunda época de la defensa social, se origina por las ideas de Marc Ancel, el cual representa una posición ecléctica, la postura en este movimiento rompe plenamente con las teorías clásicas y propone un derecho penal útil para la sociedad que sirva para promover la resocialización y rehabilitación del delincuente. En este tenor el sentimiento de culpa juega un papel de vital importancia y la socialización del delincuente resulta vital para que éste emerja,³⁶⁶ esto supone una corresponsabilidad de la sociedad,

³⁶⁵ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, pp. 1047 y ss.

³⁶⁶ El sentimiento de culpa es la piedra angular sobre la que se basa la represión instintiva. Cuando Moisés crea el derecho para el pueblo israelita según lo describe Thomas Mann en su libro *Las tablas de la Ley*, el proceso síquico de las personas para integrar a su aparato mental la culpa no fue fácil. Y lo que es más, oían que en esta nueva idea del derecho iba incluida la idea de culpa, conclusión ésta que la mayor arte del pueblo tardó en captar. Véase a Mann, Thomas, *Las tablas de la Ley*, trad. Raúl Schiafino, Buenos Aires, Siglo XX, 1952, p. 87. La noción de autoridad se va configurando, la subordinación de los individuos a los órdenes establecidos. Este proceso va acentuándose conforme la civilización se va desarrollando. Kafka nos dice: "lleváis innata vuestra veneración de la autoridad; luego siguen inculcándoles esa veneración de las más diversas maneras y por todos los conductos, vuestra vida y vosotros mismos ayudáis en ello por cuantos medios están a vuestro alcance". Esto último es el precio que el hombre ha pagado a cambio de su progreso. Véase Kafka, Franz, *El castillo*, trad. D. J. Vogelmann, Buenos Aires, Emecé, 1962, p. 204.

en tanto que la culpabilidad pierde el carácter de fundamento y límite de la sanción penal.

La tercera etapa de la defensa social, se califica como la nueva imagen de la *défense social*, en ésta se coloca a la personalidad del delincuente como la pieza central de análisis y estudio, así como el principio de humanidad, de legalidad, con el claro objetivo de sustituir el sistema de penas y medidas de seguridad, por un sistema integral de sanciones, a partir de la base del tipo de delito y las necesidades personales del delincuente.³⁶⁷

Esta postura se caracteriza por los siguientes aspectos:

- a. supone una protección a la sociedad contra las actividades criminales;*
- b. pretende realizar una protección de la sociedad mediante medidas extrapenales, sean curativas o educativas;*
- c. busca dar preeminencia a la prevención individual sobre la prevención social;*
- d. el respeto de los derechos del hombre debe estar presente en los tratamientos resocializadores del delincuente;*
- e. el Estado no tiene el derecho de castigar sino el deber de resocializar, y*
- f. la defensa social es la negación, junto con la pena del derecho de castigar; es, además, un sustituto del derecho penal y no integrante del mismo.*

5. La concepción crítica

A partir de la idea de que la criminología en un futuro debe imperar sobre el derecho penal, los críticos plantean los siguientes postulados:

- a. la ley penal no es igual para todos;*
- b. el derecho punitivo tradicional le da más importancia a los delitos tradicionales;*

³⁶⁷ La *défense sociale* influyó de gran manera en el derecho penal alemán, en aspectos como la introducción de la pena privativa de libertad unitaria (en lugar de la distinción entre reclusión, prisión y arresto), en la sustitución de la pena privativa de libertad por sanciones pecuniarias, en la configuración de las penas pecuniarias en los días multa, en la ampliación de la condena condicional, en la introducción de la amonestación con reserva de pena, en la sustitución del sistema dualista durante la ejecución de penas privativas de libertad por un sistema integrador de penas y medidas, en el establecimiento de la creación de la terapia social, en la despenalización de ciertas conductas como sería la eliminación de las faltas y la reducción de los delitos contra la familia, la religión y la moral sexual y en la nueva ordenación del sistema penitenciario conforme a la finalidad resocializadora. Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 1049.

- c. refutan la legislación penal como algo necesario para la protección de bienes jurídicos y de valores que interesan a la sociedad, argumentando que la protección se extiende a bienes jurídicos de la clase poderosa;*
- d. distinguen entre política criminal y política penal, la primera orienta a reformas estructurales que permitan frenar el fenómeno de la delincuencia, mientras la segunda soluciona los problemas a través de la sanción penal;*
- e. plantean la necesidad de interpretar con mayor cuidado las conductas antisociales de las clases más pobres y las más beneficiadas;*
- f. señalan su oposición al mito de la readaptación, y*
- g. pugnan por un Estado más democrático con sentido popular en el cual se castigue a los delincuentes con penas severas.*

6. La *non intervention*

La *non intervention* se produce en los Estados Unidos de América a partir del análisis de la pena privativa de libertad y de la administración de justicia, de su evaluación se originan dos posturas, la primera un tanto pesimista, plantea el poco éxito que se logra con la resocialización de los delincuentes, los elevados costos de las prisiones, la resignación de la administración de justicia y la preocupación por que en la imposición y realización de estos programas no se tenga suficientemente en cuenta la dignidad humana y las garantías de un Estado de derecho; en tanto la segunda con una visión más optimista, aun cuando reconoce la necesidad de evitar en lo posible la aplicación de la pena privativa de libertad y reforzar las garantías jurídicas de inculpado, admite a ésta como una intervención dolorosa del Estado en la libertad y en la propiedad.

Las propuestas emanadas de estas teorías se orientan en diversos rubros:

- a. proponen la derogación de preceptos penales anticuados y superfluos (juego, mendicidad y vagabundeo);*
- b. la exclusión en casos graves y de multirreincidencia al inculpado del proceso penal;*
- c. la corrección del delincuente con medios de carácter extrapenal;*
- d. la reparación del año causado durante el pre-trial probation;*
- e. la intervención jurídico penal debe limitarse a la criminalidad grave y reincidente, y*

f. la pena debe concebirse como una intervención dolorosa del estado en la libertad y en la propiedad.

D. Teorías sobre los fines de la pena

Por otra parte, podríamos hablar de las teorías referidas a los fines de la pena y haríamos una distinción entre las teorías absolutistas, relativas y mixtas, cuyos postulados son los siguientes.

I. Absolutistas

Las posturas absolutistas han constituido teorías de la pena, pero no teorías de los fines de la pena, en tal virtud, las teorías absolutistas niegan la posibilidad de combinar la esencia de la pena con los concretos fines profilácticos del delito, la pena tendrá como esencia una pura compensación, en el sentido de retribución.

Acorde con lo anterior, en nada le interesará a ese tipo de teoría que la pena tienda a alcanzar determinados objetivos, como es el caso de la readaptación o la rehabilitación social, el problema que aflora ante estos supuestos es la determinación de la pena, es decir, si será como consecuencia de la peligrosidad del sujeto o como consecuencia del bien jurídico que dañó o puso en peligro.

Dentro del finalismo, la pena surge como consecuencia de la culpabilidad, de ahí que sólo resulta aplicable cuando el comportamiento sea reprochable y su magnitud, será, entonces, en la proporción de la reprochabilidad, lo cual resulta contrario al principio defendido por los absolutistas en el sentido de que *punitur, quia peccatum est*.³⁶⁸

Los defensores de postulados absolutistas defendían la idea de que la pena carecía de finalidad práctica y su aplicación derivaba en virtud de una exigencia de la justicia absoluta; el mal, merece el mal, y el bien, merece el bien. Atento a lo anterior, la pena es la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado,³⁶⁹ al respecto, debemos recordar que las teorías absolutas no muestran plena unanimidad, sino que en sus inicios se

³⁶⁸ El origen de esta fórmula procede de Protágoras y fue acogida por Grocio a modo de la cita de Céneca: *Nam, ut Plato ait, nemo prudens, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*, Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 64.

³⁶⁹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 306.

fundamentaban en el sentido de una reparación del daño, posteriormente en la teoría de la compensación ideal del daño y en teorías de la curación o teorías de la retribución. En conclusión, estas teorías analizan a la pena desde una perspectiva basada en el sentido de la retribución divina, moral o jurídica.

2. Relativas

En oposición a las teorías absolutas, las teorías relativas se refieren al fin de la pena. No obstante que defienden la idea de que la pena constituye en sí un mal, se oponen a su imposición sin un fin en particular; la prevención especial y general es el fin que debe perseguir la pena a partir de estas posturas, pretendiendo con esto defender la idea de que los fines de la prevención deben predominar en las penas, siendo absurdo, en consecuencia, que mediante la eliminación se pueda lograr ese fin preventivo.

Tradicionalmente, la doctrina distingue en atención a los fines preventivos las siguientes teorías:

a. Prevención general. Parte de la idea de que el individuo debe ser intimidado, el ciudadano honrado robustecido en sus propósitos, el inestable mantenido en el miedo, a causa de las siguientes medidas.³⁷⁰

- Prevención general por la amenaza de la pena.
- Prevención general por la ejecución de la pena.

b. Prevención especial. Ésta se presenta en las siguientes formas:

- Prevención especial por intimidación. En este caso se intimida al autor de un delito mediante la ejecución de la pena
- Prevención especial por educación. A través de la ejecución de la pena se prepara al autor del delito a la vida futura en sociedad.
- Prevención especial por aseguramiento. En atención a la ejecución de la pena, la sociedad se garantiza que no volverá a ser atacada en sus bienes jurídicos.

3. Mixtas

Estas teorías pretenden conciliar la pena con un determinado fin. En el caso de Rossi, basado en el orden moral, eterno e inmutable, preexiste a

³⁷⁰ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 65.

todas las cosas; junto a él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y una relativa, ésta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social.³⁷¹

También, se pueden denominar en el sentido de criterios, intermedios o eclécticos, a partir de los puntos de vista más favorables de las teorías absolutistas y relativas, siendo importante en este caso la manera como se realiza dicha combinación.

A decir de Maurach, sólo se pueden considerar teorías mixtas, intermedias o eclécticas, aquellas que dejan intacto el carácter retributivo de la pena y persiguen solamente fines de prevención, en tanto no resulte modificado el carácter de la pena, de la retribución de la culpabilidad del hecho.³⁷² En el caso de las teorías que posponen la retribución a la prevención, no merecen el nombre de teorías combinadas, pues ni siquiera las teorías relativas niegan que la pena signifique retribución.

La idea planteada por las teoría mixtas, combinadas o eclécticas, no consiste en un “no sólo sino también”, sino en un claro reconocimiento del carácter retributivo de la pena, que puede perseguir también fines preventivos dentro del marco trazado por la proporción de la culpabilidad.

2. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A. *Noción de medidas de seguridad*

Dentro del derecho penal encontramos, además de las penas, las llamadas medidas de seguridad,³⁷³ término interesante en atención a los reiterados pronunciamientos doctrinales en el sentido de afirmar que no son propiamente medidas de seguridad, debiendo otorgárseles una denominación más apropiada con su naturaleza, situación con la cual estamos en acuerdo.

Habremos de abordar el tema a partir de cuatro interrogantes. En primer lugar, ¿cuál es la noción de medida de seguridad?; en segundo lugar, ¿cuáles medidas podríamos entender como de seguridad?; en tercero ¿cuál es el

371 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 306.

372 *Ibidem*, p. 67.

373 Ya desde 1951 se hablaba de la inconveniencia del término “medida de seguridad”, toda vez que se encontraba totalmente rebasado, siendo preferible, por consecuencia, hablar de medidas de defensa social o de medidas de protección, de educación y de tratamiento.

objetivo de las medidas de seguridad? y, finalmente, ¿cuál sería la noción válida de medida de seguridad?

En lo que atañe a la primera cuestión, Cuello Calón establece que medidas de seguridad,

son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por los órganos estatales competentes a determinados delincuentes para la obtención de alguno de los siguientes fines: su readaptación a la vida social (medidas de corrección, educación, curación); b) separación de la misma (medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables); c) o, aun sin aspirar específicamente a los fines anteriores, a prevenir la comisión de nuevos delitos.³⁷⁴

A esta definición le es objetable que al referirse a bienes jurídicos, el autor no aclara pertenecientes a quién, y tampoco señala la característica de estar establecidas en una ley, y en tal sentido no se puede afirmar que éstas puedan ser impuestas al margen de la ley, pues en caso de ser así estaríamos vulnerando el principio de legalidad en la aplicación de medidas de seguridad; la definición del autor español parece más bien una descripción, por lo cual consideramos debe sintetizarse rescatando los elementos esenciales de las medidas de seguridad.

Por otra parte, Sieverts define a las medidas de seguridad como:

Especiales medidas preventivas del Estado, contra criminales crónicos peligrosos, cuyo fin es proteger la comunidad del pueblo, contra ulteriores peligros de elementos asociales mediante su adaptación a la comunidad popular o mediante la separación de los incapaces de adaptación fuera de dicha comunidad.³⁷⁵

En esta definición, sobresalen los elementos de especiales medidas preventivas del Estado, situación que consideramos no es correcta, pues no en todos los casos se puede hablar de medidas preventivas, al estar en ocasiones ante la presencia de medidas correctivas o reeducadoras. En lo referente al elemento contra criminales crónicos, en el mismo orden de ideas nos oponemos a semejante afirmación, ya que al hablar de delincuentes crónicos, en todo caso hablamos de delincuentes habituales, quienes no siempre serán los únicos sujetos a los cuales se les aplicará una medida de

³⁷⁴ Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, op. cit., p. 88.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 88.

seguridad, siendo factible, en un momento determinado, encontrarnos ante la presencia de un delincuente primario al cual es necesario imponerle una medida de seguridad, independientemente, de la pena a la cual se haya hecho acreedor.

Por su parte, Bettiol entiende a las medidas de seguridad como “un medio preventivo o profiláctico de lucha contra la delincuencia aplicado a personas socialmente peligrosas con motivo de la comisión de un delito”.³⁷⁶ En la presente definición, encontramos como primer elemento a la medida de seguridad vista como un medio preventivo o profiláctico, situación con la cual tampoco estamos de acuerdo, pues no es posible que la medida de seguridad tenga una naturaleza exclusiva de medio preventivo, pues en ciertos casos también puede utilizarse como medio correctivo, educativo, etcétera. El elemento de “aplicable a personas socialmente peligrosas con motivo de la comisión de un delito”; en este caso más bien sería conveniente hablar de personas potencialmente dañosas, para el supuesto de aquel que haya causado un daño a la sociedad se hará acreedor a una pena, excepción hecha de los inimputables, los cuales en términos del CPF no son penalmente responsables, pues si estamos en un momento dado considerando que una persona imputable ha cometido un delito y es tomada como socialmente peligrosa, entonces, repetimos, es más conveniente hablar sobre la aplicación de una pena y, adicionalmente, de una medida de seguridad, si el caso lo amerita.

Por último, dentro de la dogmática penal mexicana, Carrancá y Trujillo considera a las medidas de seguridad:

Colocadas al lado de la pena que las complementan y acompañan mediante un sistema intermedio. Déjase así para las penas, la aflicción consecuente al delito y aplicable sólo a los delincuentes normales; para las medidas de seguridad la prevención consecuente a los estados peligrosos, aplicable a los delincuentes anormales o a los normales señaladamente peligrosos.³⁷⁷

En esta definición, el autor incurre en una contradicción al establecer la aplicabilidad de las penas sólo a los delincuentes normales, y las medidas de seguridad a los anormales o a los normales señaladamente peligrosos. Cabría preguntarnos a qué se quiso referir este autor con la expresión

³⁷⁶ Bettiol, Giuseppe, *Diritto penale. Parte generale*, 10ª ed., Padova, Cedam, 1978, p. 650.

³⁷⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 713.

“delinquentes normales señaladamente peligrosos”, pues a nuestro ver todo delincuente es peligroso, sólo que en diferente grado.

En estos términos, proponemos la siguiente definición para describir a las medidas de seguridad: “especiales medios de prevención del delito o de corrección del delincuente, que se imponen con apego a la ley por el órgano jurisdiccional competente, a individuos imputables o inimputables, para la protección de la sociedad”.

Dentro de esta definición se distinguen los siguientes elementos:

a) *Especiales medios preventivos*. Entendemos a la medida de seguridad enfocada a prevenir la delincuencia de un sujeto socialmente peligroso; es decir, aplicar una medida de seguridad como consecuencia de la comisión de un delito o bien para tratar de prevenir la futura comisión de otros.

b) *Correctivos del delincuente*. El individuo transgresor del orden penal en ocasiones requiere de una orientación o rehabilitación a efecto de poder integrarlo nuevamente a la sociedad, por lo cual las medidas de seguridad en ciertos casos pueden atender a lograr dicha corrección.

c) *Que se imponen con apego a la ley*. Debemos entender la imposición de las medidas de seguridad en respeto al principio de legalidad, consistente en que no puede ser aplicada ninguna medida de seguridad si no se encuentra descrita previamente en alguna ley. Este planteamiento demanda que la medida de seguridad esté señalada en la ley no sólo en términos generales como lo establece el artículo 254 del CPF, sino que es preciso el señalamiento expreso en el particular tipo penal bajo cuya concreción se pretende aplicar ésta a un determinado sujeto, de otra manera caemos en la ilegalidad, tal aseveración nos conduce a establecer que es nula la medida de seguridad si no se encuentra expresamente señalada por la ley como aplicable a un determinado sujeto por la concreción de un específico tipo penal.

Lo anterior, en virtud de que si hemos reconocido la necesidad de las medidas de seguridad para enfrentar a individuos peligrosos y que éstas persiguen como fin limitar determinados derechos o bienes jurídicos, luego entonces no puede darse una limitación de éste si la ley no precisa de manera clara los límites a que estará sujeta. Es decir, en este caso no podríamos invocar la discrecionalidad del juez para privar de ciertos bienes a un determinado sujeto mediante la imposición de una medida de seguridad, si los lineamientos en cuanto a su límite mínimo y máximo no están previstos en la propia ley, y si tampoco se encuentra vinculada expresamente a nivel de punibilidad en un tipo penal. En el caso del Código Penal de Alemania, se establece con claridad no sólo el tipo de medidas de seguridad y

rehabilitación que podrán ser aplicables, sino también el principio de proporcionalidad que las debe regir, la duración, los términos de la ejecución, la posibilidad de que los tribunales puedan revisar la aplicación de la medida de seguridad a fin de mantenerla o bien suprimirla. Aspectos que serían deseables para el CPF mexicano, de otra manera resulta discutible la constitucionalidad en la aplicación de una consecuencia jurídica no prevista expresamente en la ley.

En el caso de la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de seguridad dispuesta en el artículo 55 del CPF, los tribunales federales han resuelto lo siguiente:

SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR UNA MEDIDA DE SEGURIDAD. CASO EN QUE EL JUEZ FEDERAL POR LA GRAVEDAD DE LA ENFERMEDAD QUE PADECE EL PROCESADO (S.I.D.A.) DEBE NECESARIAMENTE ALLEGARSE LOS ELEMENTOS PARA RESOLVER SOBRE ELLA. (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO FEDERAL.) La facultad a que se refiere el artículo 55 del Código Penal Federal consistente en que el juez de oficio o a petición de parte prescinda de la imposición de una pena privativa o restrictiva de la libertad y la sustituya por una medida de seguridad, debe considerarse como de ejercicio obligatorio y no potestativo cuando por la gravedad de la enfermedad que sufre el procesado pudiera ocasionar un perjuicio a la salud e intereses de terceros y de la sociedad misma, atendiendo especialmente a aquellos casos en que se sufre una enfermedad contagiosa que conlleva el alto riesgo de provocar una epidemia dentro de la población del penal en donde debe cumplirse la sentencia, e incluso fuera de él a través de las personas que visitan a los internos; máxime cuando se trate de una enfermedad que es de consecuencias mortales como el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (S.I.D.A.) que se dice padece el acusado; debiendo el juez de la causa oficiosamente allegarse los dictámenes periciales correspondientes y hecho lo anterior, decidir lo que corresponda respecto a la sustitución de la pena. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. Amparo directo 262/94. Se omite el nombre del quejoso en atención a las disposiciones administrativas dictadas por el Sector Salud. 14 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guadalupe Méndez Hernández. Secretaria: Susana Moreyra Lovillo.³⁷⁸

Es conveniente distinguir entre las medidas de seguridad que puede legalmente imponer el juez federal al momento de conceder una suspensión provisional en un juicios de amparo, a las que tiene facultad de imponer un

³⁷⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIV-septiembre, p. 448.

juez penal al estar frente a un delincuente peligroso, las cuales no se enfocan a conceder un beneficio, sino a tratar de garantizar a la sociedad que estará a salvo del peligro manifiesto por el sujeto, por lo que el contenido de la siguiente tesis debe analizarse desde dicha perspectiva.

MEDIDAS DE SEGURIDAD, PARA LA SUSPENSIÓN. El juez de distrito está en libertad para fijar, de acuerdo con su criterio, las medidas de seguridad que dicte para conceder la suspensión, bajo su responsabilidad, y de acuerdo con las circunstancias del caso; por los mismo no habiendo elementos o circunstancias que pongan de manifiesto que el juez obró arbitrariamente, al fijar esas medidas de seguridad, la Suprema Corte no puede revocarlas ni modificarlas. Delgado Vicente y coags., pág. 2656, tomo LXXXIX, 7 de septiembre de 1946, 5 votos. Véase: 5ta. época, tomo XIII, pág. 976. Villar Vicente.³⁷⁹

d) Impuesta por el órgano jurisdiccional competente. En nuestro país, las medidas de seguridad o cualquier otra sanción penal sólo puede ser impuesta por los órganos competentes. En este caso se trata de los jurisdiccionales, no siendo aceptable que en un momento determinado hablemos de una probable aplicación de medidas de seguridad por un órgano diverso del jurisdiccional, con el único requisito de ser competente.

e) Aplicable a delincuentes imputables o inimputables. La aplicación de medidas de seguridad resulta válida tanto para individuos imputables como a los inimputables, pues no podríamos entender en un momento determinado la aplicación exclusiva a inimputables, como algunos autores defienden, sino que también encontramos el caso de individuos imputables a los cuales es necesario aplicarles una medida de seguridad en protección de la sociedad.

f) Para la protección de la sociedad. La medida de seguridad atiende, según nosotros, a la protección de los intereses de la sociedad vía prevención del delito, al fijar al delincuente imputable o inimputable una medida de seguridad acorde con el delito cometido y que se pretende no vuelva a cometer. Esto no significa que la medida de seguridad represente un sustitutivo de la pena, sino más bien un elemento adicional a la pena para ciertos casos especiales.

379 *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXXXIX, p. 2656.

B. *Clasificación de las medidas de seguridad*

Podemos clasificar a las medidas de seguridad a partir de diversos criterios; así, tomaremos en consideración la persona a la que van dirigidas, el fin que persiguen, la autoridad que las aplica, los efectos que produce y el bien jurídico que afecta.

1. La persona a la que van dirigidas

Podemos hablar de medidas de seguridad aplicables a personas físicas y medidas de seguridad aplicables a las personas morales, en el caso de las primeras hablaríamos de: el internamiento de inimputables, la rehabilitación de adictos a narcóticos; en el caso de las segundas encontramos: la intervención, la suspensión temporal o definitiva, la prohibición de realizar determinada parte de su objeto social y la disolución de personas jurídicas.³⁸⁰

2. Por el fin que persiguen

Se clasifican en las que pretenden la rehabilitación o la readaptación; las que tienden a proteger a la sociedad, otros que no persiguen ninguno de los fines anteriores.

a. Las que persiguen como fin lograr la readaptación social, la educación, la corrección o la curación

- El tratamiento de menores y jóvenes delincuentes.
- El tratamiento e internamiento de delincuente inimputales permanentes o transitorios o con capacidad mental disminuida.
- El internamiento de delincuentes alcohólicos y toxicómanos.
- La libertad vigilada (*probation*).

b. La separación de la sociedad, medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables

- La reclusión de seguridad de delincuentes habituales peligrosos y el internamientos de locos criminales.

c. Otras medidas que persiguen fines diversos

- La caución de no ofender.

³⁸⁰ Plascencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, op. cit., pp. 165-169.

- La expulsión de delincuentes extranjeros.
- La prohibición de residir en determinado lugar.
- La prohibición de ir a un lugar determinado (donde se expiden bebidas alcohólicas).
- La obligación de residir en un lugar determinado.
- La prohibición de ejercer determinadas profesiones o actividades.
- El cierre de establecimientos.
- La intervención de establecimientos.
- La suspensión temporal o definitiva de establecimientos.
- La suspensión temporal o definitiva o inhabilitación para conducir.
- La disolución de sociedades.

3. Por los efectos que produce

En este sentido podemos hablar de medidas de seguridad privativas de bienes jurídicos, privativas de derechos, rehabilitadoras o reeducadoras.

IX. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Al tratar el tema del tipo penal hablábamos del sujeto activo como presupuesto, así como las calidades que debería de reunir. En su momento referíamos las relativas a la voluntabilidad, la imputabilidad, la calidad específica, la calidad de garante y la pluralidad específica.

Ahora, resulta prudente abordar la problemática relativa a la forma de intervención en la concreción del tipo penal, que constituye uno de los elementos de éste. Al respecto es necesario distinguir entre los distintos modos o formas de ejecución del delito, es decir, los casos en los cuales se concreta a través de la persona de manera directa, o bien, distinguir los diversos sujetos que intervienen en su ejecución, para tal efecto analizaremos la autoría y la participación en rubros distintos, no obstante que algunos autores los consideran conceptos dignos de análisis de una misma materia.

En principio, podemos afirmar que el concepto de autor no es algo tan simple como el que realiza el hecho, pues el ser humano es un ser social y en consecuencia cuando actúa en los más de los casos lo hace en colaboración con otros, tampoco se limita a la autoría individual de propia mano, sino que también alcanza a los siguientes casos: a) cuando una persona se vale de otra para cometer un delito (autoría mediata); b) cuando varias personas se ponen de acuerdo para cometer un delito y colaboran en su realización (coautoría), y c) cuando se induce a otra a cometer un delito (inductor).

Por otra parte, la teoría de la participación alude a los sujetos que se encuentran en una posición secundaria con respecto del autor, razón por la que éste realiza no el hecho principal, sino un tipo dependiente de aquél.³⁸¹

La diferencia de las formas de intervención procede de la Edad Media, época en la cual se gestó la distinción objetiva entre autoría y participación con base en el criterio de la realización de una acción ejecutiva (*causa*

³⁸¹ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 422.

physica) o de una acción de mero auxilio (*causa moralis*) se impuso hasta que tuvo lugar la influencia de Böhmers. La delimitación actual entre autoría, inducción y complicidad procede del Código Penal francés (artículo 60.)³⁸²

1. LA AUTORÍA

Analizar el tema de la autoría implica diversas aristas que la doctrina ha tratado de abordar en el transcurso de la historia, en tal virtud, es factible distinguir entre posturas ontológicas, legales, unitarias, extensivas y restrictivas.

Las posturas ontológicas aluden a la persona que realiza el hecho descrito por el tipo penal, el autor se traduce en el sujeto a quien se le puede imputar uno de tales hechos como suyo.³⁸³ Para Welzel, es autor el anónimo contenido en los tipos penales, pero tal afirmación nos remite a considerar que los tipos penales son tipos de autoría,³⁸⁴ sin embargo, tal conceptualización dejaría fuera a los autores intelectuales, mediato e inductores que también intervienen en la concreción de un tipo penal aun cuando no de manera directa. La postura dominante en la doctrina se pronuncia al respecto sobre la base de cuatro concepciones sobre el autor, mismas que a continuación trataremos de abordar someramente.

A. La concepción unitaria

En cuanto al concepto unitario de autor, los defensores de dicha teoría pretenden defender la idea de que no es posible distinguir entre autoría y participación, en dichos términos todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo, lo anterior tiene su fundamento en la teoría de la equivalencia de condiciones, en tal virtud “si toda condición del hecho, en su concreta configuración es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores”,³⁸⁵ estas circunstancias cobran especial relevancia en la aplicación de la pena, aludiendo a una respuesta

382 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 890.

383 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 387.

384 Al respecto se afirma reiteradamente que el verdadero autor del hecho es el que lo realiza y el que se puede afirmar que es suyo.

385 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 390.

con independencia de los postulados de la teoría de la participación, con única sujeción a los fines de la pena.³⁸⁶

Las objeciones realizadas a la concepto unitario de autor se basan en lo siguiente:

a) Provoca la pérdida del injusto específico de la acción de cada tipo al convertirse a la totalidad de las contribuciones del hecho, en la causación de lesiones del bien jurídico.

b) Permite considerar como autores a otros intervinientes en el delito por el simple hecho de la causalidad de su cooperación.

c) Se abandona el principio de accesoriedad con lo que se suprime la frontera del tipo.

d) Conduce a la ampliación de manera indeseable de la punibilidad.³⁸⁷

e) Impide la aplicación de penas atenuadas para los cómplices e inductores.

B. *La concepción restrictiva*

El concepto restrictivo de autor supone como autor sólo a quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar teoría alguna. Este concepto va ligado a la teoría objetiva de la participación, la cual trata de demostrar desde el aspecto formal y el material que sólo deben ser responsabilizados penalmente las personas que por sí mismas concretan el tipo penal.

La teoría objetivo formal considera como autor a toda persona cuyo comportamiento entra al círculo que comprende el tipo penal, en tanto el partícipe es aquella persona que aporta cualquier otra contribución causal al hecho.

La teoría objetivo material, a fin de dar respuesta a la problemática planteada por la teoría objetivo formal, nos remite a un criterio material que

³⁸⁶ El juez se reserva el castigar a cada uno de los cooperadores según la intensidad de su voluntad criminal y la importancia de su contribución al hecho. Esta concepción es recomendada principalmente por la escuela moderna, pero también por el derecho penal de la voluntad, hace posible colmar todas las lagunas de punibilidad y orientar las sanciones con arreglo únicamente a la personalidad del autor. Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 889.

³⁸⁷ La tentativa de cooperación resultaría punible en todos aquellos casos en los que el tipo permite la punibilidad de la tentativa, mientras que de lo contrario la tentativa de participación únicamente tiene señalada pena dentro de estrechos límites. *Ibidem*, p. 890.

supera la mera descripción típica. Por lo que será autor el sujeto que aporte la contribución objetiva más importante.

En esta línea se sitúan las concepciones que distinguen expresa o tácitamente, entre condición y causa, considerando, en el sentido de las viejas teorías restrictivas de la causalidad como causa a ciertas condiciones especialmente importantes.³⁸⁸

C. *La concepción extensiva*

A fin de salvar las fallas y críticas vertidas sobre la concepción restrictiva del autor, se propuso la concepción extensiva, aun cuando guarda ciertas distancias con el concepto restrictivo coincide a la vez en aspectos como los siguientes: comparte la idea básica de la teoría de la condición de la equivalencia de todas las condiciones del resultado, por lo que se considera autor a todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución constituya una acción típica.

En virtud de la manifiesta imposibilidad de distinguir desde el aspecto objetivo entre el autor y el partícipe, la concepción extensiva busca plantear la diferencia desde el aspecto subjetivo, por lo que el concepto extensivo de autor se une a la teoría subjetiva de la participación. Acorde con esta idea, constituye autor el que realiza una aportación causal al hecho, cualquiera que sea su contenido, siempre y cuando medie una voluntad de autor, en tanto, el partícipe es el que al realizar el hecho sólo posee voluntad de partícipe. El autor realiza el hecho como propio con *animus auctori*, en tanto el partícipe lo realiza como “ajeno”, es decir actúa con *animus socii*.³⁸⁹

D. *La teoría del dominio del hecho*

En virtud de las deficiencias planteadas por las posturas restrictivas, extensivas y unitarias, la teoría del dominio del hecho trata de sintetizar a estas teorías pues cada una de ellas enfrenta sólo parcialmente el problema sin lograr resolverlo.

Los antiguos intentos de formular un concepto de autor ajustado a los postulados constitucionales y, en consecuencia, un concepto estricto, no

³⁸⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 393.

³⁸⁹ Esta postura es altamente criticable en virtud de que contradice la estructura básica del derecho penal vigente, la cual se basa en tipicidades descritas y delimitadas en forma predominantemente objetiva, Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, pp. 895 y 896.

cobraron el éxito en virtud de las deficiencias que encaraban. Por un lado, era acertada la pretensión de tratar a la autoría como principal modalidad del obrar criminal, y de construir sobre esta base el edificio de la participación como una causa de extensión de la pena, dependiente del hecho principal, así como lo era la configuración de la autoría desde el tipo.

Por otra parte, las fallas que representaba consistían en el deseo de formular un concepto unitario de autor sobre la base de la causación, pues el contenido de la autoría debe ser enjuiciado de modo distinto en los hechos punibles dolosos y culposos. Según que el hecho sea calificado en uno o en otro de estos grupos, serán también por completo distintas las consecuencias de la autoría para el concepto de participación: ésta únicamente es posible en los hechos dolosos, siendo imposible su presencia para los culposos.³⁹⁰

En atención a lo anterior, la realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo fundamenta siempre la autoría, sin embargo, el concepto de autor no puede estar limitado, como lo suponía la teoría objetivo formal, a la realización de una acción típica en el sentido estricto de la palabra, sino que debe dar cabida a los casos de autoría mediata y de la coautoría en los cuales se logra el dominio del hecho.

Para aclarar lo anterior podemos mencionar el siguiente ejemplo: quien en concepto de jefe de una banda de asaltabancos, acuerda y dirige con otras personas la comisión de un asalto bancario, es un coautor, no obstante que no participe directamente en la sustracción del dinero depositado en la bóveda del banco. Por otra parte, quien no es puesto en antecedentes de lo que se va a realizar y sólo se le invita a acompañar a los asaltabancos desconociendo el objetivo final de éstos, es un cómplice y no un autor.³⁹¹

2. LA AUTORÍA MEDIATA

El análisis de la autoría mediata al igual que la autoría directa o inmediata, supone un dominio del hecho por parte del sujeto, por autor mediato se entiende “el que realiza el tipo penal sirviéndose de otro, para la ejecución de la acción típica, de otra persona como instrumento”,³⁹² en este rubro lo

390 Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 307.

391 En el ejemplo anterior observamos lo que se denomina el dominio del hecho funcional, es decir, un grado de intervención en la comisión del delito que permite su realización.

392 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 919.

relevante es la relación que guarda entre el autor mediato y la persona de que se sirve.

El concepto de la autoría mediata aparece por primera vez con la obra de Stübel, sobre la participación de varias personas en un delito, publicada en 1828. La evolución de este concepto se enfocó a tratar de colmar las lagunas existentes entre la autoría inmediata y la inducción. La enfermera que, ignorante de que mata, inyecta el veneno mortal con que previamente se ha sustituido el medicamento que había de inyectar, es quien materialmente realiza la acción de matar, es autor inmediato, pero no ha sido inducida a dar muerte a su paciente y, por otra parte, quien verifica el cambio del inyectable se ha limitado a esto: no ha causado personalmente la muerte. Afirmar en tales casos la impunidad sería contrario a toda lógica. Ciertamente que con la limitación de la accesoriedad se pueden construir muchos de estos supuestos a base de la inducción o del auxilio necesario, pero no todos, por lo que sigue sosteniéndose por los escritores que hay una serie de casos en los que el sujeto responde como autor aunque no realice materialmente por sí mismo la acción tipificada por la ley.³⁹³

La doctrina es plenamente conteste en el sentido de que el autor mediato lo constituye la persona que ese vale de otro dolosamente para realizar un delito, es decir el que utiliza a otro como instrumento o medio para lograr la concreción de un tipo penal.³⁹⁴

La averiguación de la estructura de la autoría mediata ha creado serias dificultades a la doctrina y a la práctica del derecho. Ante todo, debido a que la autoría mediata se presenta aparentemente como un sector límite, difícil de fijar, entre autoría única y participación. La autoría coincide en que el autor mediato no causa un hecho ajeno ni coopera en un tal acto, sino el querer realizar por sí mismo el propio hecho, aunque interponiendo un hombre como sujeto en sí idóneo de la responsable comisión. La inducción tiene en común la incitación al resultado típico, tanto en una como en otra se induce a un hombre a la producción del evento criminal. Lo inseguro de la posición de la autoría única y participación, resulta además necesariamente favorecida por una teoría preponderante causal de la acción y del delito así como por una fundamentación positivista de la autoría: si la esencia de

³⁹³ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 752.

³⁹⁴ En tal sentido lo entiende Rodríguez Devesa: "es autor mediato el que se vale de otra persona como mero instrumento para ejecutar el hecho. El autor mediato responde como si hubiera ejecutado por sí mismo la acción que realiza el autor inmediato". *Ibidem*, pp. 751 y ss., mientras Maurach lo define como "quien, para realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, emplea un hombre como mediador en el hecho (instrumento)". *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 314.

la acción estriba en la causación del resultado típico, una distinción entre inducción y autoría mediata resultará superflua.³⁹⁵

El principio en el sentido de que la autoría mediata surge por el empleo de un hombre para la consecución del resultado típico de un hecho punible doloso, permite averiguar el contenido de la autoría mediata de modo material y positivo, y no en sentido formal y negativo. El autor mediato es autor, no partícipe. La determinación de la autoría mediata debe pues llevarse a cabo con los mismos criterios que deciden la apreciación de la autoría: el autor mediato está caracterizado por el dominio objetivo del hecho que realiza.³⁹⁶

Los límites de la autoría mediata se plantean con relación al momento en que la persona se traduce en un autor plenamente responsable, es decir, el que actúa inmediatamente responde del hecho en su propia persona como autor, de suerte que la intervención de otro sujeto sólo puede contemplarse en forma de participación en el dominio del hecho (coautoría) o como inducción o complicidad. Por otra parte, la autoría mediata tampoco cabe cuando el tipo requiere la realización corporal o, por lo menos, personal de la acción típica por parte del autor (delitos de propia mano) o cuando el otro sujeto carece de la especial cualificación (delitos especiales propios) que requiere el tipo de la correspondiente especie de delito.³⁹⁷

De igual manera, se niega la posibilidad de que pueda existir la autoría mediata en el delito culposo, pues requiere de dominio del hecho y en la culpa se adolece de la falta de voluntad dirigida a causar un determinado peligro o lesión de un bien jurídico penal.

Por otra parte, la determinación material de la autoría mediata, únicamente puede ser llevada a cabo planteando la cuestión de si el inductor ha actuado con dominio del acto. Esta cuestión debe ser resuelta de modo primario y con independencia de las fronteras de la participación. El principio de que la autoría mediata empieza allí donde terminan los límites de la participación, es sistemáticamente falso por infringir la prioridad de la autoría respecto a la participación, y es materialmente incorrecto por existir sectores límite que pertenecen sin duda, conforme a la característica del dominio del hecho, a la autoría mediata.³⁹⁸

395 Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 314.

396 *Ibidem*, p. 315.

397 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 920.

398 Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 316.

El dominio del hecho en el otro sujeto que interviene debe encontrarse respecto de una misma posición subordinada y esta subordinación puede proceder de coacción, error, incapacidad de culpabilidad o de la circunstancia de que el hecho al que se ha inducido por el hombre de atrás no pueda ser cometido en absoluto por el que actúa directamente por faltarle la necesaria cualificación o intención.

Por otra parte, puede darse el caso que el otro sujeto utiliza a una persona que actúa sin acción, sin antijuridicidad o sin culpabilidad, esto derivado de la falta de voluntad con que actúa la persona utilizada por el otro sujeto como instrumento, en tal caso nada distingue a éste de otros entes carentes de voluntad y en consecuencia podemos hablar de la única presencia de un autor directo.

Cuando el sujeto utilizado actúa sin antijuridicidad, no se realiza la parte objetiva del tipo, falta la concurrencia de la parte subjetiva del tipo o concurren causa de justificación. En el primer caso, estamos ante la presencia del engaño, la violencia o la idoneidad. A fin de aclarar lo anterior, Mir Puig señala los siguientes ejemplos: a) engaño: A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole tal circunstancia y produciéndole de esta forma la muerte; B no realiza el tipo objetivo de homicidio ni ningún otro, porque el matarse a sí mismo es atípico; b) violencia: en los campos de concentración nazis se obligaba a los presos a permanecer largo tiempo en agua helada, lo que les producía lesiones; el autolesionarse también es atípico; y, c) idoneidad del instrumento para ser autor: una persona que visita a un servidor público destruye a solicitud de éste papeles que él mismo tiene confiados por razón de su cargo para su guarda y custodia; según el Código Penal sólo comete delito el servidor que realiza la mencionada conducta, y el visitante no posee el carácter de servidor público.

Podemos hablar de la falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo, cuenta con dos supuestos cuando la persona utilizada como instrumento actúa sin dolo y cuando faltan los otros elementos subjetivos requeridos por el tipo.

Finalmente, concurre en causa de justificación cuando la persona que actúa como instrumento lo hace amparado en una de dichas causas.

3. LA COAUTORÍA

Al momento en que varias personas concurren en la realización de un delito común, todos son calificados como coautores, ésta es una forma de autoría, sin embargo, sus límites y características habrán de variar con respecto a la autoría.

Se habla de coautores cuando se realiza conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho, en tal virtud, son autores porque cometen un delito entre todos. Lo coautores se distribuyen la realización del tipo de autoría, pero como ninguno de ellos lo realiza completamente no puede considerarse partícipe del hecho de otro. En la coautoría no rige el principio de la imputación por la accesoriadad de la participación, según el cual el partícipe sólo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino el principio de la inmediata imputación recíproca de las distintas contribuciones al hecho.

En cuanto a los límites de la coautoría, éstos derivan del hecho de que se trata de una forma de autoría basada en el común acuerdo de los que intervienen, en tal virtud resultaría absurdo suponer la presencia de la coautoría en el caso de los delitos culposos, toda vez que en ésta faltaría la voluntad dirigida a lograr un común acuerdo para cometer un delito.

Respecto del acuerdo para cometer el delito, lo podemos entender como la componente subjetiva, por lo que a decir de Jescheck, no basta una simple manifestación de voluntad entre los coautores, es necesario que todos actúen en una cooperación consciente y querida de lo que realizan o van a realizar.³⁹⁹

Por otra parte, cuando las personas que intervienen en la comisión del delito logran un acuerdo para realizarlo, entonces estamos ante la conspiración, pero también es factible que se presente la figura de la *coautoría sucesiva*, la cual se presenta cuando un coautor se añade durante la ejecución del hecho hasta su terminación.

La *coautoría accesoria* se presenta cuando varias personas producen en común acuerdo el resultado típico y se vinculan por un común acuerdo, también se vincula con este tipo de coautoría el aprovechamiento de comportamientos imprudentes.

En estos casos debe demostrarse que todos los coautores intervinieron en la realización del hecho, con lo que la dogmática califica como un

³⁹⁹ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 941.

dominio funcional, lo cual se presenta cuando cada uno de los coautores con base en un acuerdo previo, realiza de propia mano un elemento del tipo con plena responsabilidad.

Finalmente, la punibilidad para la coautoría es a partir de la aplicable para los autores, en tal virtud la justificación o atipicidad que pese sobre alguno de los coautores no vale para los restantes, y en cuanto a las agravantes o atenuantes sólo pueden cobrar valor en los casos que resulten aplicables para los sujetos que se encuentren en tal supuesto.

4. LA PARTICIPACIÓN

Al hablar de la participación se hace referencia a la presencia de dos o más personas que colaboran en la perpetración del hecho punible en un carácter distinto de la autoría. La teoría de la participación se ocupa de analizar la contribución del partícipe en la ejecución de un hecho punitivo, puesto que participación quiere decir apoyo en el hecho principal realizado por otro, que es el autor, ya que, por esencia, aquélla ha de relacionarse con una conducta principal; así, en el robo planeado por varios individuos, uno penetra en la casa y rompe las cerraduras y se apodera de varios objetos de valor, mientras que otros dos vigilan: uno, en la puerta y otro dentro de la casa, en tanto otros utilizan una escalera y penetran por una ventana previamente violentada. Existe, según la pauta de la acción ejecutiva, un autor material del apoderamiento, un cómplice, vigilante en la calle, y otro el de la escalera, cuya titulación sería discutible prácticamente si bien sólo tiene categoría también de auxiliador.⁴⁰⁰

En la participación se distingue entre distintas clases, la estricta que comprende la complicidad y encubrimiento, y la amplia, en la cual cabe la autoría, pero también se polemiza en torno a si el encubrimiento es o no una forma de participación, por cuanto en verdad no se participa en un hecho ya realizado, sino a lo sumo intervienen *post delictum*.⁴⁰¹ Un buen número de autores escinden el encubrimiento de la participación; sin embargo, a nosotros nos parece que es una clara forma de intervención en el delito y que por ende no existe justificación para dejar al margen del análisis de la

⁴⁰⁰ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., pp. 332 y ss.

⁴⁰¹ En sentido similar Rodríguez Devesa considera que la participación incluye entre las personas responsables que no son autores a los encubridores, que por la índole de los problemas que plantean merecen una consideración más detenida y aparte, aunque pertenecen a la clase de los que prestan auxilio, aun cuando éste se produzca *post delictum*. *Derecho penal español*, op. cit., pp. 759 y 760.

participación, aun cuando se trata de actos posteriores al delito, pues en buena medida el auxilio o la ayuda contribuye a la consecución de los fines previstos por parte del delincuente.

La explicación de la participación se sitúa en distintos planos, por lo que podemos identificar diversas teorías que tratan de explicarla.

a) *Teoría unitaria o monista*, constituida por aquellos autores que sólo aprecian al delito con varias personas. Unidad de delito y pluralidad de agentes. Es la postura tradicional que al respecto contempla la teoría de la causalidad y la teoría de la accesoriadad:

- *La teoría de la causalidad*, pretende resolver con base en la causalidad el problema de la participación, al respecto considera codelincuentes a quienes contribuyen, con su intervención, a producir el delito. Al respecto Von Buri consideraba que la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.
- *La teoría de la accesoriadad* considera como autor del delito sólo a quien realiza los actos descritos en el tipo penal, la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tiene como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de la principal. El delito producido por varios sujetos es único e indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondiente a los partícipes.

b) *Teoría pluralista*. Esta postura discrimina las acciones de las personas que intervienen en el hecho y pretende que cada una de ellas sea la pieza de una obra común en el delito ejecutado. Un ejemplo es la teoría de la autonomía, la cual propone que el delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia.

En atención a lo anterior, los sujetos que intervienen ya no son partícipes, habida cuenta de la autonomía de su conducta, por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás. Sólo son admisibles individualmente las causas excluyentes de responsabilidad, o las calificativas y modificativas. En atención a que la postura propone que varios delitos producidos por los partícipes, se le considera pluralista en oposición a las monistas anteriores.⁴⁰²

402 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., pp. 284 y ss.

Por otra parte, el planteamiento de la participación exige imperativamente la afirmación de dos presupuestos, en primer lugar, que efectivamente el concepto y estructura de la figura penal consienta ser realizada por dos o más personas, y en segundo lugar, que exista un hecho principal, que confiere vida y cifra al participante.

La confirmación de ambos, principalmente el segundo, nos da la índole de la teoría de la participación, que no es otra sino accesoria. La naturaleza accesoria de la participación pertenece a su esencia, aunque existan varios grados de dependencia (Mezger, 1957). Es decir, que la conducta del que participó sólo puede ser imputada condicionalmente, por cuanto depende de la principal.

También es factible escindir el tema de la participación en dos partes, la primera referida a las formas de intervención de los sujetos en la realización de un delito y la segunda en oposición a la autoría.

En cuanto a las clases de participación podemos distinguir según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia:⁴⁰³

Según el grado, puede ser principal y accesoria, la primera se refiere a la consumación del delito en tanto la segunda atiende a su preparación.

Según la calidad, la participación puede ser moral y física, la primera comprende la inducción como la determinación o provocación, así como el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación como subclases, es decir si implica un acto de ejecución de carácter materia; es moral, cuando atiende al carácter síquico del aporte del autor principal.

En razón del tiempo, es anterior si existe acuerdo previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que él lleva cada partícipe; concomitante, si la temporalidad se refiere al instante mismo de la ejecución del delito, y posterior, cuando comprende actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo.

Según su eficacia, es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión, el concurso de personas.

403 Esta clasificación la propone Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, op. cit., t. II, p. 108. A la vez la retoma Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 287.

A. Inducción

La inducción⁴⁰⁴ implica una serie de actividades realizadas por un sujeto a través de las cuales determina a otro de manera dolosa al delito por él cometido, el CPF en el artículo 13, fracción V, lo refiere como los que determinen dolosamente a otro a cometer un delito.

La expresión puede aceptarse con la reserva de que la relación entre inductor e inducido se verifica a través de la motivación y no mediante una genuina relación de casualidad. El inductor hace surgir en el inducido los motivos extraños a él que le determinan a la comisión del delito. Los medios son múltiples: la amenaza o el halago de bajas pasiones, el ofrecimiento de un precio o recompensa si ejecuta el hecho, la promesa de una retribución posterior de cualquier clase, el abuso de una situación de preeminencia que comporta otra sumisión del inducido, como puede ser la patria postestad.⁴⁰⁵

En alguna época se pretendió incluir el tema de la inducción en la autoría intelectual, sin embargo, tal postura acarrea más problemas que soluciones, fue la escuela de Hegel la que con un énfasis en particular sobre la teoría de la libertad de voluntad le fue imposible sostener la reunión de la autoría con la inducción de una voluntad ajena.⁴⁰⁶

Por otra parte, la distinción con la coautoría y el inductor estriba en que en éste no existe un dominio del hecho, sino que se da una provocación para cometer el delito, por lo que se llega a calificar como una mera influencia de carácter espiritual.

Uno de los elementos fundamentales de la inducción es que el inductor actúe dolosamente, no siendo conveniente punir la inducción culposa, por lo que precisa de los siguientes elementos: a) la causación de un resultado típico mediante la influencia moral o síquica en otro; y b) que la causación sea dolosa.

En tal virtud, no resulta inductor el que incide de cierta manera en una persona que ya había tomado la determinación de cometer un delito, siendo necesario que el inductor influya en otra persona en la consumación de un delito y se logre demostrar que éste se produjo por la influencia ejercida.⁴⁰⁷

404 Otros autores prefieren hablar de la instigación, tal es el caso de Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*, op. cit., p. 664. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 287. Fontan Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, t. II, p. 477. Porte-Petit Candaudap, Celestino, *Programa de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 893. Madrazo, Carlos, *La reforma penal (1983-1985)*, México, Porrúa, 1989, p. 237.

405 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pp. 761 y ss.

406 Maurach, Reinhart, *Los problemas de la autoría*, DPD, 14, 1966, p. 49 y 56.

407 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 207.

La influencia síquica puede consistir en un consejo, una solicitud o una provocación, siempre y cuando posea la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva. Además, la inducción no debe tener el carácter de sutil, por medio de tentaciones u otros medios indirectos, toda vez que no existe una determinación directa del inductor al inducido.⁴⁰⁸

Es decir, la inducción debe ser, abierta, clara, por lo que la encubierta o insidiosa no está comprendida aquí, aunque puede tener cabida. Además, debe ser eficaz y si no va seguida de ejecución es impune. No puede castigarse a título de proposición criminal, porque ésta requiere que el sujeto esté resuelto a cometer el delito, y el inductor se caracteriza porque él no está dispuesto a cometer el delito, pues lo que pretende es que lo cometa otro.⁴⁰⁹

Lo anterior nos lleva al tema de la provocación, pues el inductor induce o provoca al inducido la comisión de un delito, pero la inducción habrá de ser de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, para la perpetración de cualquier delito.

A decir de Rodríguez Devesa, existe un serio problema para distinguir entre la provocación y la inducción, pues ni la interpretación gramatical ni la sistemática permiten distinguirlos. Atento a esto, es preciso acudir a los antecedentes históricos que muestran cómo en el fondo la ley ha tratado de ampliar, sin variar sustancialmente, rompiendo la primitiva restricción a determinados medios (impresión, grabado u otro medio mecánico de publicación). La provocación, por consiguiente, requiere el empleo de medios públicos como pueden ser, además de los indicados, los discursos u otros parecidos a los que tenga acceso un número indeterminado de personas. Presupone que quien provoca no ha resuelto cometer el delito y le falta la determinación bastante para inducir a otra u otras personas a cometerlo, lo que concede a sus incitaciones un carácter genérico.⁴¹⁰

Finalmente, en el caso de excesos en la inducción, debemos suponer que entonces responde a título personal y único el inducido, es decir, si el inductor sólo induce a otra persona a matar a un sujeto determinado y el inducido provoca la muerte de otras personas distintas, entonces no responderá por la muerte de éstas. A decir de Jescheck, debe distinguirse entre el exceso cualitativo y el exceso cuantitativo, el primero se presenta cuando el autor

408 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 431. En el mismo sentido Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 664.

409 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 762.

410 *Idem.*

comete un hecho distinto al que le quería determinar el inductor, en tanto el segundo surge cuando el inducido hace más de lo que pretendía el inductor.

B. *Complicidad*

Por cómplice, la doctrina entiende a la persona que auxilia o coopera dolosamente en la ejecución de un delito con actos posteriores, anteriores o simultáneos.⁴¹¹ Cómplice será el que con su cocontribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho, sino sólo favorece o facilita que se realice.⁴¹²

Es factible distinguir entre cómplices primarios y cómplices secundarios, los cómplices primarios son los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para la comisión de un delito, idea que retoma el artículo 13, fracción V, del CPF, en la cual cabe la posibilidad de una ayuda o auxilio para realizar actos preparatorios de un delito, siempre y cuando éste se realice. En tanto que la complicidad secundaria comprende a los que con posterioridad a la ejecución del delito auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (artículo 13, fracción VI, del CPF).

No obstante que el artículo 13, fracciones V y VI, del CPF sólo aluden al auxilio o prestar ayuda, debe quedar claro que en materia de complicidad, será conveniente distinguir entre la síquica y la física, la primera puede consistir en consejos, es decir mediante ideas que fortalezcan la voluntad de actuar en el autor principal, en tanto la segunda comprende hechos materiales.

En cuanto al aspecto temporal, es destacable que la complicidad no implica que la ayuda o el auxilio sean para realizar el hecho principal, sino que puede referirse a actos meramente preparatorios.

Respecto de la ayuda o el auxilio, es ampliamente debatible determinar lo que comprende y refiere, sin embargo, bastará que la ayuda o el auxilio

⁴¹¹ Para Zaffaroni, el cómplice es el que presta auxilio o coopera dolosamente en el injusto doloso de otro, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 667. Jescheck lo identifica como la cooperación dolosa con otro en la realización de su hecho antijurídico dolosamente cometido, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 962. Muñoz Conde, al respecto señala que son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo 14, cooperan en la ejecución de un delito con actos anteriores o simultáneos, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 208. En tanto Castellanos Tena lo entiende como los auxiliares indirectos, quienes aun cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 287.

⁴¹² Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 209.

de la persona sea definitiva para la realización del hecho por parte del autor, sin que se requiera, que ésta contribuya a producir causalmente el resultado típico.

En este sentido, la teoría de la elevación del riesgo considera la posibilidad de prescindir de la exigencia de causalidad, al contemplar a la complicidad como delito de peligro abstracto o concreto y que implique la elevación de las posibilidades de producción del resultado típico,⁴¹³ lo cual significa que la ayuda o el auxilio prestado se refieran a hechos consumados, pues la tentativa no cabe para la complicidad, salvo que la ley expresamente así lo señale, además de que sólo puede dar lugar tratándose de una ayuda o auxilio doloso, resultando en este caso impune cuando se realiza vía la culpa, salvo que constituya autoría mediata.

C. Encubrimiento

Respecto del encubrimiento resulta debatible si puede considerarse una de las formas de participación en el delito, en el CPF se contempla como un tipo autónomo y en consecuencia este problema cobra mayor relevancia, pues si se considera a la participación como una forma de vinculación de sujetos que intervienen en la concepción, preparación o ejecución del delito, entonces el encubrimiento no encuadra en ésta.

Al respecto, Castellanos Tena considera que el encubrimiento en nuestro sistema jurídico no es una forma de participación, pues la intervención del encubridor es posterior al delito y la participación requiere una contribución a la producción del resultado, sin embargo, para evitar la antinomia y armonizar el artículo 13 con el 400 del CPF, si antes de cometerse el delito, un individuo acepta encubrir al homicida y ocultar el instrumento del delito, aun cuando su comportamiento sea posterior, resulta partícipe del delito. Pero si realiza la misma actividad sin existir acuerdo previo con el de autor, su comportamiento se tipifica en como encubrimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 400 del CPF.⁴¹⁴

El encubrimiento en nuestro país supone cinco supuestos diversos:

⁴¹³ A decir de Jescheck, lo correcto es mantener la exigencia de la causalidad de la complicidad, ya que su concepción como puro delito de peligro conduciría a convertir a la complicidad, en un delito de participación autónomo como el de favorecimiento y a la punición de complicidad intentada. *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 965.

⁴¹⁴ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 289.

1. Cuando con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.
Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.
2. Cuando se preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito.
3. Cuando se oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe.
4. Cuando requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.
5. Cuando no se procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

Por otra parte, el CPF contempla dos casos de excepción o permisiones, que impiden la presencia del encubrimiento, no obstante que estemos ante comportamientos que desde el punto de vista material y subjetivo nos hagan pensar lo contrario. El primero se refiere a lo dispuesto en la primera parte del artículo 400, fracción III, el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo, quedando fuera lo relativo al favorecimiento de ocultar y el impedir que se averigüe la comisión del delito, y el segundo caso alude al carácter de encubridor, en tal virtud no es procedente actuar en su contra cuando requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes. Los dos casos anteriores, se encuentran supeditados a que el agente cumpla el requisito de ser ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, cónyuge, concubina, concubinario o parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, o por afinidad hasta el segundo, o se encuentre ligado con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

En cuanto a la punibilidad, ésta se prevé en dos posibilidades, por un lado la aplicación de hasta en dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito, siempre y cuando se haga constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar esta sanción, tomando en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y demás circunstancias previstas en el CPF; o bien, la punibilidad prevista en el propio artículo 400 que va de tres meses a tres años de prisión y de 15 a 60 días multa.

X. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

1. PLURALIDAD DE ACCIONES Y UNIDAD DE DELITOS

Al analizar el tema de la autoría y la participación, destacábamos las diferentes posibilidades en las que un tipo penal puede ser concretado por varias personas, sin embargo, es también conveniente establecer que en ocasiones varios comportamientos humanos o varias acciones u omisiones, pueden dar lugar a la comisión de diversos delitos o viceversa: un delito exige la comisión u omisión de varios comportamientos, esto se denomina el concurso de delitos, y es materia de estudio de la teoría del concurso.

La estructuración de la teoría del concurso sobre la base de los dos conceptos que le son fundamentales, unidad y pluralidad de acciones, son postulados iniciados con Koch, autor que sentó las bases para el análisis del *concursum simultaneum* (unidad de acción), *concursum subsecutivum* (pluralidad de acciones), *concursum continuatum* (acción continuada) y la solución de los problemas que éstos generan con sujeción a los principios de absorción, alteración y unidad.⁴¹⁵

En principio, es conveniente señalar que existe una gran diferencia entre la acción y el movimiento corporal, es decir, la acción no implica necesariamente un solo movimiento corporal, sino que puede estar compuesta por una multiplicidad de éstos, por lo que será necesario delimitar los factores que sirven de base para fijar el concepto de unidad de acción.

La dogmática imperante considera los factores inicial y normativo como parámetros para efectuar dicha distinción, el primero se refiere a la dirección de la voluntad y a los efectos que ésta produce, es decir, determinar si se pretende un movimiento o varios movimientos corporales. En tanto el factor normativo alude a la estructura del tipo delictivo, en tal virtud aun cuando

⁴¹⁵ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 995.

el factor final sea el mismo, alguno de los movimientos corporales puede dar lugar a la realización de diversos tipos penales.⁴¹⁶

En cuanto a las formas que el delito puede adoptar, el CPF establece la posibilidad de que éste puede tener el carácter de delito instantáneo, permanente o continuo y continuado. En lo referente a los delitos permanentes o continuos, el texto original del CPF no los contemplaba en tales términos; fue hasta 1984 cuando con motivo de la reforma al texto del artículo 19 del CPF, se estableció una clara idea de lo que es el delito continuo, pues se le definió como “aquel cuya consumación se prolonga en el tiempo”.⁴¹⁷ Antes de la reforma, la confusión reinante en la ley penal, e incluso en la jurisprudencia impedía distinguir con claridad a los delitos continuos y continuados, en virtud de las deficiencias contenidas en el CPF; tal es el sentido mismo de la siguiente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DELITO CONTINUO Y DELITO CONTINUADO. Delito continuo y delito permanente son términos sinónimos. Una correcta interpretación del primer párrafo del artículo 19 del Código Penal federal, lleva a la conclusión de que ahí se habla de delito continuado que se integra por varias acciones, unidas entre sí por la misma intención con identidad de lesión. Si se interpreta literalmente el párrafo primero del artículo citado, relacionando la palabra “continuo” con la segunda parte del propio precepto, se llegaría a la conclusión de ser innecesaria la primera, puesto que notoriamente no puede haber acumulación de sanciones cuando se trata de una sola acción que se prolonga indefinidamente; indudablemente que el pensamiento legislativo fue el comprender el caso de varias acciones que integran un solo delito, figura bien conocida en la doctrina con el nombre de delito continuado que se da sobre todo en figuras lesivas del patrimonio, en especial del robo, en el que mediante apoderamientos parciales que en sí mismos constituyen delito, se logra el apoderamiento de un bien fraccionable. Para evitar la afirmación de la inutilidad del precepto resultante de una interpretación literal, debe sostenerse que la primera parte de la disposición contenida en el artículo 19 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, capta el delito continuado, pues si se refiere al continuo o permanente, no tendría objeto alguno la primera parte, y bien sabido es que las leyes tienen un sentido útil, y que es la interpretación la que debe descubrir cuál es la voluntad de la Ley, no obstante las antinomias literales que en la misma se aprecien. Si se captara en la parte primera el caso en una sola acción, carecería de objeto la

416 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., pp. 220 y ss.

417 Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, op. cit., p. 3.

disposición, pues el problema de una sola conducta se resuelve, a *contrario sensu*, por el contenido del artículo 18. Entre delito continuado y delito continuo o permanente hay una diferencia fundamental, cual es la relativa a la acción, pues mientras el primero se integra por varias, el segundo por una sola.⁴¹⁸

De la resolución anterior, se desprende lo absurdo que resultaba pretender homologar en una identidad de significados al delito continuo y el delito continuado, no obstante aludir a cuestiones muy diversas, pues el delito continuo consiste en “una sola acción u omisión que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo”, en tanto el delito continuado es “cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo se viola el mismo precepto legal”.⁴¹⁹

2. EL CONCURSO IDEAL

El CPF define en el artículo 18 el concurso ideal en los términos siguientes: “existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos”, al respecto la teoría considera los elementos del concurso ideal (o concurso formal) mediante la identificación de “una conducta con la que se infringen varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición”,⁴²⁰ idea que resulta congruente con lo dispuesto en el CPF.

Al respecto, Porte-Petit, adoptando la denominación de concurso formal retoma la distinción entre homogéneo y heterogéneo, y señala como elementos distintivos de cada uno de ellos, en el caso del primero: una conducta, varias lesiones jurídicas iguales y que éstas sean compatibles entre sí, respecto del segundo: una conducta, varias lesiones jurídicas distintas y que sean compatibles entre sí.⁴²¹

Por otra parte, la doctrina identifica respecto del concurso ideal el llamado heterogéneo y el homogéneo, el primero se produce cuando el hecho o acto realizado produce delitos distintos, es decir, una misma acción vulnera dos o más preceptos legales, mientras que el segundo se presenta

⁴¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época. Amparo directo 2647/52, 29 de noviembre de 1955. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan José González Bustamante, p. 607.

⁴¹⁹ Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, *op. cit.*, p. 3.

⁴²⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 221.

⁴²¹ Porte-Petit, Celestino, *Programa de derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 820.

cuando los delitos cometidos son iguales, es decir una acción infringe varias veces el mismo precepto legal.⁴²²

A decir de Jescheck, el concurso ideal surge cuando el autor vulnera mediante una misma acción varias leyes penales o varias veces la misma ley penal, definición que retoma los dos elementos básicos del concurso ideal, la unidad de acción o de conducta, y la pluralidad de infracciones a la ley.

A fin de otorgar una explicación al concurso ideal, existe una teoría para cada uno de los elementos básicos que lo componen, la teoría de la unidad y la teoría de la pluralidad. La primera considera que en virtud de la presencia de una sola acción en el concurso ideal, entonces sólo es dable un delito, aun cuando resulten aplicables varios tipos penales; recordemos que es necesario un comportamiento típico que produzca a su vez un resultado típico, por lo que al pretenderse atribuir diversos resultados a un comportamiento, será necesaria la existencia de un vínculo indisoluble entre ambos. En cuanto a la segunda, ésta propone que la contravención de varias disposiciones legales debe conducir a la concreción de diversas acciones, aun cuando externamente concurra sólo una acción.

También existe la posibilidad de que el concurso ideal se produzca con la presencia de dos acciones independientes, con la presencia de una tercera acción, de tal manera que sólo coincidan en dicho aspectos. A tal circunstancias, Jescheck la denomina unidad de acción por efecto de abrazamiento.

Respecto de la posibilidad de que sea dable la culpa en el caso del concurso ideal, el CPF no plantea limitante alguna, en tal virtud, al momento de que en concurso ideal se produzcan varios delitos culposos, se estará ante la punibilidad aplicable para éstos, tal como lo establece el Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en materia penal en la siguiente resolución:

IMPRUDENCIA, DELITOS COMETIDOS POR, CONCURSO IDEAL. NO SE DIVIDE LA CONTINENCIA DE LA CAUSA. Si con motivo de una colisión de tránsito de vehículos, provocada por la conducta imprudente del acusado, se causaron homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena; deben estudiarse integralmente dichos resultados a efecto de no dividir la continencia de la causa, en razón de que el artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal, que también rige en toda la República para delitos de carácter federal,

⁴²² Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 1011. En el mismo sentido Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 730 y 731.

establece una sola sanción para los responsables de delitos cometidos en forma culposa, pues no se trata de ilícitos independientes o autónomos con mayor o menor conexidad entre sí, sino de una misma conducta con pluralidad de resultados típicos, fuertemente ligados entre sí, formando una unidad o un todo que no puede separarse, por haberse cometido en un mismo acto o momento de la acción criminosa, y al no advertirlo así la autoridad responsable contraviene los principios básicos que estructuran el procedimiento penal.⁴²³

Ahora bien, respecto de los efectos que produce el que nos encontremos ante un concurso ideal homogéneo o heterogéneo, el CPF establece en el artículo 64 la aplicación de la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que se pueda exceder de la máxima prevista en el propio CPF.

El criterio adoptado por el artículo 64 del CPF retoma la tendencia de una acumulación jurídica, en tal virtud, no obstante que el sujeto infrinja varias disposiciones legales, la pena aplicable será la correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse sin exceder del límite previsto en el propio CPF, lo cual supone el señalamiento de una sola sanción que puede llegar hasta el máximo permitido siendo el juez quien tendrá la potestad para decidir el aumento de la pena en caso de que haga uso de la facultad discrecional que le otorga la ley.

Finalmente, para efectos prácticos es necesario que el agente del Ministerio Público solicite la aplicación del concurso de delitos al formular la acusación, en caso contrario, el juez se encuentra impedido para aumentar la punibilidad, pues de hacerlo se extralimitaría en sus facultades y produciría una acción contraria a las garantías procesales del inculpado.

En el sentido anterior, se ha manifestado la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer la siguiente jurisprudencia:

CONCURSO DE DELITOS POR DOBLE HOMICIDIO, RESULTA INAPLICABLE POR EL JUEZ, CUANDO NO LO SOLICITÓ EL MINISTERIO PÚBLICO. Cuando en la secuela procesal se estima demostrada la existencia de un concurso real de delitos, cualquiera que sea el carácter de éste, para que el juzgador de instancia se encuentre en la aptitud de imponer las que correspondan, sólo por el de mayor entidad o bien acumularlas por cada ilícito demostrado hasta por un monto que queda a su criterio, es evidente que conforme a una correcta técnica procesal, dicha actuación judicial debe sustentarse a los lineamientos del pliego de conclusiones del Ministerio Público, quien es el

⁴²³ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XI, p. 265.

titular indiscutible de la acción penal, mismo que por ser un órgano técnico, no corresponde al juez subsanar sus deficiencias u omisiones, de manera que si en la acusación omite esgrimir pedimento alguno para sancionar por ese concepto, por no existir acusación de parte de quien correspondía hacerla. En efecto, conforme al artículo 21 constitucional, el juzgador tiene una amplia potestad sancionadora, la cual constituye una de sus funciones inmanentes, sin embargo, la misma no puede ser absoluta, oficiosa, ni arbitraria, pues atento a los principios de legalidad, exacta aplicación de la ley penal, de defensa para un procesado y de equilibrio procesal de las partes, que se deducen de los preceptos 14, 20 y 21 de la Carta Magna, esa actuación punitiva judicial debe ser consecuencia de previa petición por parte del titular de la acción penal; de modo que, cuando éste omita efectuar consideración a ese respecto, no cabe justificar la imposición de las penas, subsanando la deficiencia ministerial, en detrimento a las garantías del acusado pues el argumento de que solamente corresponde a la autoridad judicial la imposición de las penas, deviene ineficaz en razón de que ésta, como se ha dicho, no es arbitraria, sino acorde y consecuente a una normatividad y a un Estado de derecho en vigor, pues admitir lo contrario equivaldría a trastocar el sistema penal vigente hacia una postura eminentemente inquisitiva.⁴²⁴

3. EL CONCURSO REAL

También se le denomina concurso material, sustancial, efectivo o concurrencia de una pluralidad de hechos. Para Jiménez de Asúa, “es la pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos”, destacando la presencia de los siguientes elementos: una pluralidad de actos, el carácter independiente de los actos y la producción de una pluralidad de delitos.⁴²⁵

Para Jescheck, el concurso real constituye la contrapartida del concurso real y lo define como “cuando el autor ha cometido varios hechos punibles independientes que son enjuiciados en el mismo proceso penal”, de donde destacan los siguientes presupuestos, la concurrencia de una pluralidad de acciones y la posibilidad de que sean enjuiciadas conjuntamente.

Mientras para Muñoz Conde, surge cuando “concurren varias acciones o hechos cada uno distintivo de un delito autónomo”,⁴²⁶ el autor destaca

⁴²⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, gaceta núm. 75, tesis de jurisprudencia 5/93, marzo de 1994, p. 11.

⁴²⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 671.

⁴²⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 224.

como elementos la concurrencia de varias acciones o hechos, y que cada uno de ellos sea distintivo de un delito autónomo, sin aclarar que éstas deben proceder de un mismo sujeto, a la vez de mezclar los conceptos de acción y hecho, con un tratamiento tal como si fuesen sinónimos cuando más bien aluden a aspectos distintos.

Para Mir Puig, estamos ante el concurso real cuando “una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos”,⁴²⁷ la definición del autor destaca como elementos centrales a la pluralidad de acciones, provenientes de un mismo sujeto, constitutivas de diversos delitos.

El CPF señala como elementos del concurso real en el artículo 18, “cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos”, idea que retoma los postulados propuestos por la doctrina al respecto, pero cae en el equívoco de utilizar el término conducta, que ya ha demostrado en exceso su ineficacia para identificar el comportamiento humano penalmente relevante.

Nos parece que una idea de concurso real, debe retomar los elementos siguientes:

a) *Una pluralidad de acciones.* Es decir diversos comportamientos humanos penalmente relevantes, que resulten típicos, por lo que no basta un simple actuar, sino un actuar acorde con lo previsto en un tipo penal.

b) *Que las acciones provengan de un mismo sujeto.* Es necesario que los diversos comportamientos típicos provengan del mismo sujeto, en caso contrario estaríamos ante una pluralidad de autores y no ante el concurso ideal.

c) *Que resulten comisivas de varios delitos.* Los comportamientos típicos realizados por el mismo sujeto, deben resultar congruentes con lo dispuesto en varios tipos penales y en consecuencia concretar su contenido.

Respecto del tratamiento del concurso real, es dable señalar los diversos principios que lo rigen en materia de la aplicación de la pena:

a) *Acumulación material de todas las penas.* Esta postura alude a un argumento retribucionista, por lo que propone una acumulación de todas las penas correspondientes, lo cual resultaría altamente gravoso, pues la conpuración sucesiva de penas puede ser mucho más aflictiva que su cumplimiento aislado.

427 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 734.

b) *La absorción*. Al respecto se propone que la pena más grave absorba a las de menor gravedad, lo cual lleva en buena medida cierta impunidad de los delitos, es decir se dejan de sancionar algunos en virtud de la absorción.

c) *La acumulación jurídica*. Esta alude a una vía intermedia, supone una pena más grave que la correspondiente al de mayor gravedad pero sin llegar al límite derivado de la suma de todas las penas.

En caso de que sólo resulte acreditado uno de los delitos, entonces sería aplicable sólo una pena, lo cual se produce en todo caso la impunidad del otro delito, además de evitar la posibilidad del concurso real, pues no obstante que en la realidad pudo haber existido, en términos procesales no fue demostrado y en consecuencia no es factible de aplicar la pena correspondiente:

CONCURSO REAL. PENA APLICABLE ANTE LA INCOMPROBACIÓN DEL ÚNICO DELITO SANCIONADO. Si el juzgador, con base en el artículo 64 del Código Penal, en uso de su arbitrio, en el caso de un concurso real, sólo impuso al sentenciado la pena correspondiente al delito mayor y si ésta se estimare en otra instancia no probado, o se resuelve que el quejoso no era responsable de su comisión, de todas suertes no podrá quedar exento de la pena que le corresponda por la comisión de los restantes delitos demostrados y por él cometidos, pero que no fueron sancionados; en primer lugar, porque subsistiendo la acusación ministerial, por todos los realizados, hace procedente la pena, pero a la vez, porque es claro que el referido arbitrio, en forma específica, alude a que no se pretenda dejar impune al activo por la comisión del o de los restantes no penados, pues en un principio, el instructor, al advertir que no obstante que habían tenido demostración los no punidos, sólo imponía la pena correspondiente al del mayor, es decir, previno que el responsable no quedaba exceptuado de aquellas que pudieran corresponderle por el o por los delitos no penados; la mención así expuesta en el fallo, atiende, en exclusiva, a un criterio puramente formal que, por tanto, deja expedito el derecho a sancionar por el o lo fundamental, conforme lo ha sostenido la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Debe por tanto, concederse el amparo para el efecto de que se eliminen el o los delitos no probados, y con plena jurisdicción, se dicte nuevo fallo en el que se individualice la pena que corresponda al o a los que sí quedaron demostrados aunque no sancionados, pero de los que penalmente el quejoso debe responder.⁴²⁸

El CPF adopta dos modalidades, por una parte de acumulación jurídica, al señalar la posibilidad de imponer la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin exceder de las previstas en el CPF, que en esta materia no pueden superar tratándose de la pena privativa de libertad de 60 años de prisión, salvo la excepción prevista en el artículo 366 en caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, del máximo señalado en el título segundo del libro primero del CPF.

Por otro lado, reitera el mismo criterio, pero para el caso de que el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin exceder el máximo previsto en el propio CPF.

Por ejemplo: En el caso de que un agente policiaco para hacer respetar el reglamento de tránsito hizo uso de su arma, inclusive dispara consumando lesiones al pasivo, independientemente del delito de lesiones comete el delito de abuso de autoridad, por no estar facultado para proceder en la forma en que lo hizo. En consecuencia, la punibilidad aplicable se suma sin exceder del máximo previsto en la ley.⁴²⁹

4. LA DISTINCIÓN ENTRE EL CONCURSO IDEAL Y EL CONCURSO REAL

La nota distintiva entre el concurso ideal y el concurso real deriva de acciones desplegadas por el sujeto, la podríamos situar como una condición número, que alude a las acciones desplegadas por el sujeto.

En este tenor, el concurso ideal alude a una sola acción a partir de la cual se cometen varios delitos, mientras el concurso real implica la presencia de una pluralidad de acciones a partir de las cuales se cometen varios delitos.

Los tribunales federales han resuelto en nuestro país al respecto y se pronuncian en el sentido siguiente:

CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL. NOTA DISTINTIVA. Acorde al artículo 18 del código punitivo federal, la nota distintiva entre el concurso ideal y el concurso real estriba en el número de conductas desplegadas por el agente, esto es, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos se estará en presencia de la primera figura, y si la acción delictiva desplegada por el quejoso

⁴²⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. I, p. 35.

se hace consistir en que se le sorprendió cuando materialmente poseía estupefacientes y sicotrópicos, con independencia de su grado de toxicomanía, cantidad de la droga y circunstancias de ejecución del hecho que solamente son relevantes para la configuración de los tipos penales motivo de su formal procesamiento, esa posesión constituye una sola conducta y, así, es violatorio de garantías que se le aplique la pena correspondiente bajo las reglas del concurso real.⁴³⁰

En cuanto a la aplicación de la pena correspondiente a un concurso real de delitos culposos, también resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 64 del CPF, siempre y cuando las acciones desplegadas por el sujeto activo del delito, en actos y lugares distintos, ocasionen diversos delitos con motivo de la culpa a la luz de la cual actúa.

5. LA SOLUCIÓN DEL CONCURSO

Al encontramos ante el concurso ideal o el real, estamos ante la vigencia simultánea de diversas disposiciones legales, lo cual nos remite al denominado concurso de leyes y al problema de determinar cuál será la ley aplicable para resolver el caso concreto.

La doctrina alude a diversas soluciones para este problema de concurso de leyes, Beling propone el uso de los principios de exclusividad, especialidad y neutralidad, el primero nos conduce a la alternatividad de las leyes penales, en tanto el segundo supone un subconjunto que conduce a la subsidiaridad, y el tercero nos remite a la llamada consunción.⁴³¹

Por otra parte, Mezger prefiere aportar una solución al problema a partir de dos supuestos: mediante la especialidad y mediante la consunción, lo cual nos remite en cierto sentido a la solución propuesta desde la época de Beling, misma que retoman autores de la talla de Binding, Grispigni y Mayer, entre otros.

A decir de la opinión dominante de la doctrina, es dable señalar a los principios de alternatividad, especialidad, subsidiaridad y consunción, como los rectores para la solución de los concursos de leyes.

430 *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XII, p. 178.

431 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., pp. 169 y 170.

A. *El principio de alternatividad*

Para Binding, el principio de alternatividad consiste en el contenido idéntico de dos leyes penales, sin llegar a significar tal circunstancia que una de ellas deba comportarse como regla y la otra como excepción. “En caso de identidad parcial los tipos están en relación de dos círculos secantes, para cuya superficie de contacto existen varias leyes que conminan con una pena.”⁴³² Por lo que si dos leyes se refieren a un mismo comportamiento, es indiferente cuál debe aplicarse, pero si las dos establecen consecuencias jurídicas diversas, entonces debe aplicarse la que contemple la más severa.

En oposición a dicha postura, Grispigni señala que la referencia de la conducta a los tipos, como dos círculos secantes, es constitutiva de concurso formal de delitos y, en cambio, en el concurso aparente de leyes, los dos círculos son coincidentes y siempre el uno está por entero comprendido en el otro.

Sin embargo, al margen de la opinión de Grispigni, es indudable que en infinidad de casos es necesario aludir al principio de alternatividad para solucionar el concurso de leyes, pues en innumerables ocasiones una misma acción resulta punible por dos o más disposiciones legales.

B. *El principio de especialidad*

Este principio de especialidad refiere que cuando resultan coincidentes dos disposiciones legales, debe aplicarse la especial sobre la general es decir: *lex specialis derogat legi generali*. Para realizar la calificación de una ley en el sentido de especial en general, podemos partir de aquella que contemple todos los elementos del tipo penal, por lo que si la especial cumple con tal requisito y además contempla las agravantes o atenuantes respectivas, entonces ésta prevalece sobre la general.

Las dos disposiciones legales pueden encontrar las siguientes características, haber sido aprobadas el mismo día, tener la misma jerarquía, pero lo definitivo es que ambas se encuentren vigentes en el momento en que se demanda su aplicación, pues en caso contrario no existirá concurso sino que estaríamos ante un problema de vigencia de la ley.

Al respecto, el artículo 60. del CPF adopta el principio señalando:

⁴³² *Ibidem*, p. 171.

Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo.

Cuando una misma materia aparece regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general, aspecto que resulta aun más claro con lo dispuesto en la siguiente resolución:

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. APLICACIÓN DEL. Para determinar si se está en presencia de un concurso de leyes que debe resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad de la ley, se deben de tomar en cuenta dos requisitos; primero, que la conducta realizada por el acusado encuadre en el tipo legal descrito en la ley especial, y segundo, que tanto ésta como la ley general, en sus respectivas disposiciones, contengan los mismos elementos; requisitos que se desprenden de la doctrina sobre el principio de la especialidad, que parte del supuesto de que una misma acción caiga bajo la esfera de dos preceptos penales que se excluyen entre sí, por lo que al recoger la ley especial todas las características fundamentales del tipo general y además alguna otra específica, como tener el sujeto activo la calidad de funcionario de una institución de crédito, es lo que determina la aplicación de la ley especial.⁴³³

C. *El principio de subsidiariedad*

Este principio de subsidiariedad alude a los casos en que una disposición legal tenga carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye a la aplicación de aquella (*lex primariae derogat legi subsidiariae*). La ley subsidiaria puede ser expresa o tácita, según se contenga en la ley o haya de deducirse de ésta.

Una ley puede ser calificada como subsidiaria cuando describe grados diversos de la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico, de tal manera que la descripción incluida en la disposición subsidiaria, por ser menos grave que lo descrito por la principal, se absorbe por ésta.

Los casos más relevantes de disposiciones subsidiarias los encontramos en la tentativa, la cual sólo resulta punible cuando el tipo penal no se concreta plenamente.

⁴³³ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIII, junio, p. 629.

D. *El principio de consunción*

Este principio de consunción surge cuando el hecho previsto por una ley o por una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que ésta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera (*lex consumen derogat legi consuetae*).

El criterio para determinar la mayor o menor amplitud de una disposición legal puede derivar del bien jurídico tutelado, sin embargo, se suele distinguir adicionalmente dos criterios de distinción, el delito progresivo y el complejo.

El delito progresivo surge cuando el agente pasa de una conducta inicial concretadora de un tipo calificado como grave, en el que se incluyen los elementos constitutivos del delito más leve. Los delitos complejos o compuestos se dan cuando dos o más tipos previstos por otras disposiciones legales se conjuntan como elementos constitutivos de otros, o cuando un tipo se califica por una circunstancia agravante.

XI. LA TENDENCIA DE LAS LEYES PENALES A FINALES DEL SIGLO XX

1. LA JUSTICIA PENAL CONSTITUCIONAL

Las disposiciones que rigen el proceso penal, las garantías constitucionales que deben observarse en el desarrollo del mismo y los parámetros a los cuales la autoridad debe sujetar su actuación, se han integrado a nivel de garantías individuales en la CPEUM, sin embargo, y no obstante la necesidad de que este tipo de garantías se mantenga en la medida de lo posible como inmutables, la tendencia de nuestra CPEUM y del legislador, se proyecta sobre una tendencia diversa, en tal virtud, las reformas en tal rubro han sido frecuentes y los cambios no sólo han tocado la forma sino que en muchos casos llegan al fondo.

La relevancia a nivel de garantías constitucionales en materia penal se proyecta de manera directa en los contenidos de las leyes penales, sobre todo a partir de la inclusión a nivel constitucional de conceptos como delitos graves, tipo penal, aseguramiento de bienes, decomiso, libertad provisional, caución, derechos de la víctima, delincuencia organizada, comunicaciones privadas y otros cambios más. Aun cuando las reformas en estos rubros son múltiples, destacan las correspondientes a la presente década en virtud de la nueva tendencia que proyecta su contenido.

En relación con lo anterior, el 3 de septiembre de 1993, aparecieron publicadas una serie de reformas a los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución, las cuales ocasionaron lo que nosotros llamamos una verdadera revolución en materia penal, es decir fueron superadas infinidad de fórmulas constitucionales que tenían vigencia en la administración y procuración de justicia penal mexicana.

En lo sucesivo trataremos de analizar los términos en que se encuentra planteada la justicia penal constitucional, así como los cambios ocurridos con motivo de las reformas constitucionales en la última década del siglo XX.

A. La seguridad pública

A fin de lograr un cabal cumplimiento del principio de legalidad, la justicia penal requiere la presencia de corporaciones policíacas de seguridad pública que colaboren realmente en el combate de la delincuencia mediante una labor que permita la vigencia del Estado de derecho, pues ante el constante reclamo de la sociedad de un desempeño policial no siempre eficaz (excepcionalmente eficaz) y por regla general carente de técnica, ética y compromiso de servicio, se planteó la reforma en materia de seguridad pública, a fin de incorporar sistemas de seguridad pública modernos y eficientes, que resulten acordes con las necesidades y reclamos de una sociedad mexicana de finales del siglo XX.

De esta manera, se reformaron los dos últimos párrafos del artículo 21 constitucional, para adicionar el aspecto relativo a la seguridad pública, función a “cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en las respectivas competencias que la Constitución señala”. A la vez de quedar definida la actuación de las instituciones policíacas regida por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

Para cumplir con tan caros ideales en torno al desempeño de las corporaciones policíacas, se propuso a nivel constitucional un cambio que demanda mayor profesionalización de los miembros de las corporaciones policíacas encargadas de la seguridad pública, sin embargo, para lograr tal objetivo, es preciso reforzar los procedimientos de evaluación permanente del desempeño profesional de los servidores públicos de seguridad con carácter permanente. Por lo cual, resulta necesario crear una verdadera carrera policial, a la vez de revalorar y dignificar a los miembros de las corporaciones encargadas de la seguridad pública, motivo por el cual la reforma se planteó a nivel nacional y no local, situación que representa un esfuerzo mayúsculo por su enfoque a nivel nacional.

El último párrafo estableció un sistema nacional de seguridad pública con la colaboración de manera coordinada de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en los términos que la ley señalare.

La obligación de las entidades de gobierno antedichas, se plantea una real y verdadera coordinación en materia de seguridad pública en virtud de

la creciente capacidad de organización y letal capacidad delincuencia de la delincuencia organizada, a la cual el gobierno federal o local no puede hacer frente sin una estrategia debidamente articulada, de ahí la necesidad de crear una coordinación nacional en materia de seguridad pública.

Finalmente, en el año de 1996 fue reformado de nueva cuenta su contenido en un cambio que podemos calificarlo como de forma y no de fondo, pues simplemente trató de aclarar la función a cargo del agente del Ministerio Público en materia de investigación y persecución de los delitos, con lo cual pretendió salvar la añeja crítica en el sentido de que este servidor público no sólo llevaba a cabo funciones de detención y aprehensión (persecución), sino también de investigación.

Por otra parte, se eliminó la calificación de “judicial” a la policía que estará bajo la autoridad y mando inmediato del agente del Ministerio Público, lo cual se plantea como la desaparición de la policía judicial y el surgimiento de una nueva denominación a este tipo de policías, la cual podría ser bajo la idea de policía ministerial, científica o de investigación.

B. Extradición interna e internacional

En cuanto a la extradición, el artículo 15 constitucional establece la prohibición de celebrar tratados de extradición de reos políticos o para aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos ni de convenios o tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución para el hombre y el ciudadano. Por otra parte, el artículo 119 reformado en septiembre de 1993, estableció la obligación de cada estado y del Distrito Federal de entregar, cuando sean requeridos, a los indiciados, procesados o sentenciados, así como, practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquier entidad federativa que los requiera, asimismo, señala respecto de las diligencias la intervención de las respectivas procuradurías generales de Justicia, en los términos de los convenios de colaboración que al efecto celebren las entidades federativas.

De igual manera, prevé que los estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios de colaboración con el gobierno federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República, lo cual supone que la extradición interna se encuentra supeditada en nuestro país a convenios

interinstitucionales y no a disposiciones legales, circunstancia que riñe con el principio de legalidad.

De igual manera, con motivo de la reforma se estableció que en materia de extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de la Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias.

Por último, en lo referente al auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para decretar la detención hasta por sesenta días naturales, superando con esto el término que consagraba anteriormente este precepto relativo a un término de dos meses.

C. El aseguramiento y decomiso de bienes

La reforma de 1996 al artículo 22 constitucional tuvo una clara correlación con la LFCDO, que si bien data del 7 de noviembre de 1996, es decir cuatro meses después de la reforma, desde el anteproyecto de 1995, contemplaba la posibilidad de no considerar confiscación el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos bajo la modalidad de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales, éste se conduzca como dueño, si no logra acreditar la legítima procedencia.

En efecto, la referida LFCDO plantea el aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso, la fórmula integrada a la ley supone una clara presunción de culpabilidad, pues en términos del artículo 29, ante la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro o colabora con la delincuencia organizada, podrá el agente del Ministerio Público Federal (MPF) previa autorización judicial, determinar el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquéllos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento.

La misma circunstancia se presenta ante la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente la existencia de bienes propiedad de un miembro de la delincuencia organizada, o de que éste se conduce como dueño, podrán asegurarse con autorización judicial previa. Si se acredita su legítima procedencia, deberá ordenarse levantar el aseguramiento.

Lo anterior es contrastante con lo dispuesto en el CPF, pues el aseguramiento se prevé en la ley con la posibilidad realizarlo en cualquier momento de la averiguación previa o del proceso, siempre y cuando los bienes asegurados se pongan a disposición del juez de la causa, previa determinación del agente del MPF de las medidas provisionales necesarias para su conservación, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 40, 41 y 193 del CPF y 181 del CFPP.

La administración de los bienes asegurados y la aplicación y destino de los fondos que provengan de dichos bienes serán determinadas por el Consejo Técnico de Bienes Asegurados,⁴³⁴ previsto en Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y su reglamento, el cual, en virtud del artículo quinto transitorio del decreto que reforma el artículo quinto transitorio de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, establece que en tanto se expidan las disposiciones legales a que se refiere el artículo 14 de dicha ley, existirá un Consejo Técnico para la supervisión y control de la administración de bienes asegurados por el Ministerio Público de la Federación, que también tendrá facultades para determinar la aplicación y destino de fondos provenientes de dichos bienes, presidido por el procurador general de la República y del que formarán parte, de manera personal e indelegable, un subsecretario por cada una de las secretarías de Gobernación, de Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo designados por los titulares.

El precepto anterior, claramente correlacionado con el artículo 22, da muestra de la incongruencia de su contenido, pues resulta absurdo suponer la disposición de bienes o fondos que se encuentren asegurados y respecto de los cuales no haya operado el decomiso, sin sujetarlos al control jurisdiccional.

1. El aseguramiento de bienes como medida provisional

En torno al aseguramiento de bienes es dable señalar que las leyes mexicanas reconocen el carácter de medidas de carácter penal similar a las medidas que, calificadas con el adjetivo de “provisionales o precautorias”, se practican en otro tipo de procesos, cuestión por la cual no radica en una medida definitiva, sino que su carácter es meramente provisional. En virtud

434 Véase artículo 33 de la LFCDO.

de traducirse en un acto de molestia dirigido por la autoridad, debe sujetarse a las exigencias del artículo 16 constitucional,⁴³⁵ a fin de no caer en la esfera de lo ilegal.

El objetivo que persigue una medida como lo es el “aseguramiento” al ser practicado por el agente del Ministerio Público es lograr el decomiso⁴³⁶ de los bienes en cuestión, en los términos previstos por los artículos 123 y 181 del CFPP, el cual prevé en materia de bienes asegurados la posibilidad de garantizar, la eventual aplicación de la pena de decomiso, que en todo caso se encuentra facultado para dictar el órgano jurisdiccional, siempre y cuando se cumplan con las formalidades del procedimiento respectivo, las cuales prevén la notificación al interesado dentro de los diez días posteriores al aseguramiento, para que alegue lo que a su derecho convenga dentro de un plazo de tres días, transcurrido el cual la autoridad resolverá lo conducente.

A este respecto, debe precisarse que la facultad para asegurar bienes otorgada al Ministerio Público se encuentra permeada por un control jurisdiccional, pues supone la existencia de un proceso penal en donde se demuestre la ilicitud de los bienes asegurados, o bien, su origen en carácter de producto de la comisión de delitos, a efecto de que pueda operar el decomiso, pues el Ministerio Público no se encuentra facultado a realizar decomisos. En virtud de dicha consecuencia elevada por el artículo 24 del CPF al nivel de pena, sólo puede ser decretada por el órgano jurisdiccional.

En materia de aseguramiento de bienes inmuebles, los criterios de aseguramiento difieren con respecto a lo que sucede tratándose de bienes muebles, en atención a la práctica imposibilidad de ocultarlo y, por ende, de desvanecer algo que puede ser utilizado como medio de prueba.

El Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, acertadamente considera procedente el dictado de la suspensión definitiva en averiguación previa, a efecto de impedir que se causen al quejoso perjuicios de carácter

⁴³⁵ En materia de respeto a la garantía de audiencia, su respeto se ha considerado una excepción para el caso de aseguramiento de bienes, en virtud de no tratarse de un acto de privación definitiva de derechos, tal como lo establece el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, enero de 1993, núm. 61, p. 61.

⁴³⁶ El decomiso se le concibe por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el carácter de privación coactiva, definitiva y sin indemnización de una parte de los bienes de una persona, por razones de interés, seguridad, moralidad o salud públicos, constituye una pena establecida por la ley, consistente en la pérdida de los instrumentos con los cuales se comete el delito o de los bienes que son objeto o producto del mismo. Véase, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, enero de 1993, núm. 61, p. 62.

irreparable como lo sería el remate o transmisión de la propiedad por la autoridad o la sustracción de bienes localizados en el inmueble asegurado.

En este tipo de casos, la acreditación por el Ministerio Público debe ser plena en materia del nexo existente del bien que se pretende asegurar y el delito que se ha cometido, pues en dicha circunstancia guarda fundamento la garantía de seguridad jurídica, para evitar que la autoridad dirija molestias en contra de las personas sin fundamento alguno.

Al agente del Ministerio Público le atañe la función de acreditar la procedencia ilícita de los bienes que se han asegurado y por ende el delito que les dio origen, en ausencia de este caso estaríamos ante la clara imposibilidad de continuar o practicar un aseguramiento y se abriría la puerta a la ilegalidad, en atención a una actuación arbitraria por el Ministerio Público, al asegurar bienes sin cumplir con los requisitos de legalidad a que está obligado como son la fundamentación y la motivación, basados sobre todo en la existencia de un delito debidamente acreditado en todos y cada uno de los elementos del tipo penal del que se origina la relación producto-ilícito que se deriva del mismo y que ha dado origen al aseguramiento, cuyo objetivo no es otro sino preservar los bienes que sean producto del ilícito, a fin de garantizar la eventual aplicación del decomiso.

Ante la circunstancia de aseguramientos que resulten ilegales, caemos, por ende en el terreno de lo ilícito, esto amerita no sólo la necesidad de otorgar una suspensión definitiva en materia de amparo, sino la concesión de éste, así como la iniciación del procedimiento administrativo en contra del servidor público que practicó indebidamente el aseguramiento, a efecto de que sea sancionado por dicha vía, además de la correspondiente responsabilidad penal que pueda derivarse en su contra por la violación de garantías, tal como está previsto en el artículo 364 del CPF y en caso de aseguramiento si existe violencia sin causa legítima la responsabilidad derivada del artículo 214, fracción I, del CPF.

El aseguramiento de bienes inmuebles guarda importancia principalmente en la concreción de tipos penales que atentan contra la salud de las personas, el artículo 193 del CPF reformado en 1994, contempla que tratándose de instrumentos y vehículos para cometer los delitos considerados en dicho título, así como de objetos y productos de esos delitos, cualquiera que sea la naturaleza de dichos bienes, se estará a lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del CPF, a efecto de iniciarse el procedimiento de decomiso, para lo cual el MP dispondrá en la averiguación previa el aseguramiento que corresponda y la propuesta del destino procedente en

apoyo a la procuración de justicia, y promoverá en el proceso el decomiso para que los bienes de que se trate o su producto se destinen a la impartición de justicia, o bien, promover en su caso, la suspensión y privación de derechos agrarios o de otra índole, ante las autoridades que resulten competentes conforme a las normas aplicables.

Atento a lo anterior, el aseguramiento de bienes supone dos situaciones: la actuación por parte del Ministerio Público y la intervención del juez a efecto de otorgar la certificación de dicho aseguramiento tramitar el procedimiento de decomiso y en su caso aplicar dicha pena.

Discutible el aseguramiento de bienes, algunos han objetado su constitucionalidad al considerarlo violatorio del artículo 22 constitucional, esgrimiendo que tanto el decomiso de bienes como la medida que lo origina, el aseguramiento de bienes, son una modalidad de la confiscación, sin embargo, tal argumento, aun cuando válido en cierta medida, hoy queda por tierra en atención a la reforma del propio artículo 22.

D. La función de legalidad del tipo penal y la intervención de comunicaciones privadas

El artículo 16, que recoge la garantía de legalidad, fue modificado en 1993,⁴³⁷ reforma que introdujo el término tipo penal, al señalar el nuevo texto en lo tocante a requisitos para librar una orden de aprehensión —que será necesario acreditar los elementos que integran el tipo penal— y desaparece por completo lo relativo a las acusaciones o querellas reforzadas con declaración de persona digna de fe, así como lo relativo a la acreditación del cuerpo del delito, hoy por hoy sólo se incluyen datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, lo cual entendemos como cualquier medio de prueba que aparezca en la averiguación y sea suficiente para acreditar la probable responsabilidad del indiciado. A partir de 1999 se introduciría de nueva cuenta el concepto de cuerpo del delito.

Por otra parte, el tercer párrafo del artículo 16, con motivo de la reforma ocasionó la inclusión de lo hasta entonces dispuesto en el tercero y cuarto párrafos de la fracción XVIII del artículo 107, el cual se refería al término

⁴³⁷ El mencionado precepto constitucional ha sido reformado en cuatro ocasiones: el 3 de febrero de 1983, el 3 de septiembre de 1993, el tres de julio de 1996 y el 8 de marzo de 1999, desde su origen e inclusión en la Constitución de 1917.

con el cual contaba la autoridad ejecutora de una orden de aprehensión para poner al detenido a disposición del juez.

La traslación del precepto antes señalado se consideró conveniente por dos razones fundamentales, en primer lugar, se precisa en la Constitución que el plazo de veinticuatro horas se refiere a la puesta a disposición del detenido ante el juez, con lo que se le distingue de cualquier otro plazo, como el de la detención administrativa, o el término del juez para resolver la procedencia de la formal prisión, en segundo lugar, porque su inserción en el artículo 107 resultaba asistemática ya que lo dispuesto en las primeras diecisiete fracciones de dicho artículo se refieren a la materia de amparo, ahora no existe plazo, sino que es inmediatamente.

La otra reforma que llama la atención es la relativa al párrafo quinto que a la letra señala:

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

A este respecto, el artículo 16 autoriza al agente del Ministerio Público a realizar detenciones siempre y cuando se cubran los siguientes requisitos:

- a) que se trate de casos urgentes;
- b) que el delito sea de los calificados por la ley como graves;
- c) que exista riesgo de que el sujeto activo pueda sustraerse de la acción de la justicia;
- d) que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, el lugar o circunstancia, y
- e) que se funde y se expresen los indicios que motiven su proceder.

El sexto párrafo, complementario del quinto, estableció un control de la legalidad por parte del juez en relación con las detenciones realizadas en flagrancia o urgencia, lo cual significa que el juez al que se le consigne el detenido deberá inmediatamente calificar la legalidad o ilegalidad del acto concreto de la detención, ratificándola si fuere legal o, en caso contrario, poniéndolo en libertad, con lo que se busca restituirlo en la garantía que le fue violada.

En el párrafo séptimo se estableció que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo

en el cual deberá ordenarse su libertad o ser puesto a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

De igual manera, se autorizó al agente del Ministerio Público a detener hasta por noventa y seis horas en casos de delincuencia organizada.

Conviene recordar que en concordancia con el contenido del artículo 19 constitucional, se buscó equiparar a la orden de aprehensión y los extremos de prueba que se exigen para un auto de formal prisión.

Por lo que, tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se buscó precisar conceptos que en lo procesal se vinculen de una mejor manera con teoría del derecho penal sustantivo, para que ambas disposiciones constitucionales actúen como brazos articulados de una misma política criminal del Estado mexicano y no como teorías disociadas, lo que en ocasiones ha generado distancias considerables y hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal, de esta manera se culminó con un esfuerzo y un reclamo que desde hacia varias décadas venía realizando parte de la dogmática penal mexicana por unificar de mejor manera el derecho penal mexicano.

Aunado a lo anterior, la fijación de dicho plazo de 48 horas da oportunidad para que la autoridad cumpla con el deber impuesto por la ley y el detenido ejercite los derechos propios de la defensa. En congruencia con lo que se garantiza en el artículo 20, durante el plazo de la detención el detenido no deberá ser objeto de ninguna vejación y sólo se le podrá tomar su declaración si lo acepta y cuenta con la asistencia de su defensor.

La segunda parte del párrafo en comento, autoriza la duplicación del plazo de cuarenta y ocho horas en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. La duplicación del plazo antes mencionado, el legislador consideró que convendría establecerla dada la dificultad que representaba esta forma de criminalidad violenta, sin embargo, queda claro que dichas detenciones no deben operar para la persecución e investigación de formas de criminalidad no violentas o de escaso grado de desarrollo en su organización, pero en atención a la presencia en la sociedad de nuevas formas de criminalidad, la cual por su grado de organización, por su creciente poder económico y por su letal capacidad de violencia dificultan seriamente la acción legítima del Estado para su persecución, procesamiento y sanción.

En 1996 se reformó de nueva cuenta el texto del artículo 16 constitucional con una justificación a nuestro ver inaceptable, la cual resultó contraria a

los postulados incluidos en las diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se pretendieron utilizar como fundamento, lo cual deriva de su propio origen, pues, siendo documentos provenientes del seno de las Naciones Unidas, entonces su contenido debe ser acorde con los principios de no intervención, que similares resoluciones establecen, así como de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Con motivo de la reforma se introdujeron dos nuevos párrafos al artículo 16 constitucional, el noveno y el décimo, con el fin de reconocer el derecho a las comunicaciones privadas, circunstancia que debemos recordar, ya que se aceptaba en diversos ordenamientos legales suscritos por nuestro país, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁴³⁸ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴³⁹ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁴⁰ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴⁴¹

También existe un documento análogo como lo es la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,⁴⁴² el cual contempla algo similar.

Los nuevos párrafos del artículo 16, noveno y décimo, literalmente señalan lo siguiente:

438 El artículo 12: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias.”

439 El artículo 17 a la letra señala: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques”, derecho que el propio pacto en el artículo 2o. reconoce como obligación a cargo de cada uno de los estados a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho pacto, además de establecerse el compromiso por parte de los estados signatarios de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los mencionados derechos.

440 El artículo quinto señala: “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

441 El artículo décimo primero, establece: “1. Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad; 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques.”

442 En su artículo 8o. reproduce literalmente lo preceptuado por las convenciones americanas pero aclara: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia; 2. No habrá injerencia alguna por parte de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho salvo cuando sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, seguridad pública, o el bienestar económico y la prevención de delitos penales, la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos y libertades de otros.”

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de una autoridad federal que faculte la Ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La motivación de lo anterior se precisó en el sentido de referir algunas constituciones de otros países que incluyen prescripciones similares a las que se introdujeron al texto constitucional y reseñar los casos de países tales como Brasil,⁴⁴³ Ecuador,⁴⁴⁴ España,⁴⁴⁵ Italia,⁴⁴⁶ Portugal.⁴⁴⁷

Del análisis de dichas constituciones se desprende la clara tendencia por llevar a la legislación interna lo que se encuentra reconocido por sus propios gobiernos en infinidad de instrumentos internacionales, en los cuales también el nuestro ha participado.

La reforma reconoció en la primera parte la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, pero dicho reconocimiento hábilmente se realizó con el fin de limitar, posteriormente, su goce, lo cual es un contrasentido, pues

443 En el artículo 15, inciso 3, señala que “la correspondencia y demás formas de comunicación privadas son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la Ley”.

444 El artículo 19, numeral 8, establece: “la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, sólo podrá ser aprehendida, abierta y examinada en los casos previstos por la Ley. Se guardará secreto de los asuntos ajenos al hecho que motivare su examen. El mismo principio se observará con respecto a las comunicaciones telegráficas, cablegráficas y telefónicas. Los documentos obtenidos con violación de esta garantía, no harán fe en juicio”.

445 El artículo 18, punto 3, establece que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

446 El artículo 15: “serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. La limitación de los mismos sólo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley”.

447 En su artículo 34, punto 4: “queda prohibida toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia y en las telecomunicaciones, salvo los casos previstos en la Ley en materia de enjuiciamiento”.

resulta absurdo que realice el reconocimiento de derechos precisamente para limitarlos.

En efecto, la exposición de motivos de la reforma señala que una vez establecida la garantía individual resultaría necesario establecer las excepciones, como sucede en todos los casos de las garantías individuales, en donde primero se prevé la garantía y después las excepciones. Situación contraria a la tendencia de respeto a los derechos humanos, en países con regímenes de gobierno basados en la democracia. Un principio básico en dicha área lo es que al ser reconocidos derechos de tal índole, deben sumarse esfuerzos para ampliar su contenido, mas no para idear mecanismos que permitan su limitación, como sucede en aquellos países que aún hoy en día conservan un régimen de gobierno totalitario, siendo falsa la afirmación utilizada en la exposición de motivos en el sentido de que siempre al reconocerse derechos fundamentales de las personas o bien “garantías individuales” es conveniente determinar los supuestos de excepción en su goce.

De igual manera, la reforma contempla: “exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada”. Lo cual amerita la siguiente crítica: en principio, las autorizaciones a nivel federal no se habrán de limitar al agente del Ministerio Público Federal a partir de lo que contempla el texto constitucional, sino que bastará una prescripción legal incluida en la ley secundaria para que pueda ser realizada por cualquier otra autoridad federal, lo cual se traduce en una clara contradicción, puesto que si se trataba de implementar modernas técnicas de investigación de delitos, entonces resultaba congruente e indispensable que el único autorizado para realizar dicho tipo de intervenciones fuese el agente del Ministerio Público.

En el actual estado de cosas, la reforma ha posibilitado a cualquier autoridad federal para presentar solicitudes de intervención de comunicaciones privadas, circunstancias que nos parecen sumamente delicadas.

De igual manera, la reforma constitucional introdujo la posibilidad en cuanto al agente del Ministerio Público de las entidades federativas, de que puedan serle concedidas autorizaciones para la intervención de comunicaciones privadas, lo cual supone la necesidad de una ampliación de sus facultades, así como la existencia de una debida reglamentación de éstas, para determinar los casos y supuestos ante los cuales podrá proceder,

situación que nos remite a una problemática similar a la que actualmente padecemos en torno a la concepción de la delincuencia organizada,⁴⁴⁸ pero vista desde una perspectiva jurídica distinta.

Por otra parte, se establece un doble control aplicable a las solicitudes de intervención de comunicaciones privadas, sujetándolas a un control jurisdiccional, siendo dicha autoridad la única que podrá obsequiarlas y, por el otro, al de legalidad, que supone una debida fundamentación y motivación de las causas legales de la solicitud, así como un contenido mínimo que señale el tipo de intervención, los sujetos de la misma (en donde debemos suponer se incluye tanto el activo como el pasivo) y su duración.

También contempla que no podrán otorgarse autorizaciones tratándose de materias como la electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor; en esta parte, se utiliza una redacción desafortunada, pues cuando se trata de prohibir algo por lo general la técnica ordena señalar con precisión lo que se autoriza, es decir, no comprender lo que no será procedente, sino especificar lo que resultará procedente, en el presente caso, lo ideal era que el legislador precisara como procedente sólo en el caso de la materia penal y evitar, de esta manera el uso de una clasificación muy restringida que deja fuera aspectos como las materias familiar, notarial, bursátil, bancaria, financiera e internacional, en donde tal parece que será procedente una solicitud de intervención.

Finalmente, el párrafo décimo de reciente incorporación postula que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, especificando que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio, lo cual bien pudo haberse obviado, pues resulta claro que uno de los principios que rigen a los medios probatorios es que no resulten contrarios al derecho, principio que se retoma claramente por las leyes procesales federales de nuestro país. Por lo cual, consideramos, no era necesario introducirlo en la Constitución, pues con esto lo único que logramos es continuar con la práctica de incluir

⁴⁴⁸ En este sentido recordemos que a partir de la reforma constitucional de 1993 y de la consecuente adecuación del Código Federal de Procedimientos Penales, se introdujo una calificación en torno a la delincuencia organizada, misma que no fue retomada por los códigos penales del fuero común, sino que en los más de los casos se plantearon descripciones en torno a la delincuencia organizada con elementos totalmente diversos de los incluidos en la descripción federal, circunstancia que representa un grave problema, pues lo que en alguna parte del territorio se entiende por tal, en otro es algo distinto.

en la Constitución contenidos propios de leyes secundarias sustantivas o adjetivas.

E. La libertad provisional bajo caución y las garantías del inculpado en el proceso

La modificación realizada al artículo 20, fracción I, se realizó con el objetivo de variar el contenido de la reforma de 1993, la cual amplió la posibilidad de otorgar el beneficio de la libertad provisional a toda persona detenida por la comisión de un delito que no fuese considerado grave, circunstancia que originó la necesaria revisión de las leyes locales y federales, así como las locales a fin de establecer cuáles tipos penales serían considerados graves y, en consecuencia, se les excluiría la posibilidad a los sujetos que los concretaran (de otorgarles el beneficio de la libertad provisional).

Ahora bien, realizar el análisis de la fracción I, del artículo 20 constitucional, nos obliga revisar lo que ha sucedido durante el transcurso de la historia en materia de libertad provisional, recordemos que el texto original de dicha fracción I, planteaba en un solo párrafo:

Inmediatamente que lo solicite, será puesto en libertad, bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgue caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

I. La primera reforma

La idea original del Constituyente de 1917, sólo perduró por treinta y un años, pues en 1948 se reformó el texto de la fracción citada.⁴⁴⁹ La reforma se orientó en los siguientes términos.

En cuanto a la fianza (el término fianza se utilizó como sinónimo de caución) se modificó la limitación de su monto que en el texto original sólo era factible que ascendiera hasta diez mil pesos, en tal sentido se incluyó en el texto constitucional un monto máximo de doscientos cincuenta mil pesos. Por otra parte, se estableció una regla para los delitos de carácter patrimo-

⁴⁴⁹ La reforma apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 2 de diciembre de 1948.

nial, en los cuales la determinación de la fianza o caución sería de cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

Respecto de los delitos en los cuales sería factible conceder dicho beneficio al inculcado, se introdujo la fórmula del término medio aritmético que significó una modificación sustancial en materia de la libertad provisional bajo caución, pues, por un lado, amplió el espectro jurídico existente hasta esa época en torno a su concesión, y por otra parte, se responsabilizó constitucionalmente al juez en la aceptación de la fianza.

La fracción I del artículo 20 estaba compuesta por dos párrafos, los cuales a la letra señalaban:

Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

2. La segunda reforma

La segunda reforma apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 14 de enero de 1985, en su contenido se replanteó la denominación de la libertad provisional bajo fianza e introdujo el término de libertad provisional bajo caución, en tal virtud se estableció a la fianza como una de las formas que podría revestir la caución, con lo cual se superó la falla en el sentido de la denominación del beneficio en el sentido de “libertad provisional bajo fianza”, introduciendo la nueva denominación de “libertad provisional bajo caución”, con lo que se dejó claro que el papel que juega la fianza, la hipoteca o el depósito en efectivo es a nivel de las formas que puede revestir la caución (garantía).

En cuanto al tipo penal y su concreción, se incluyó a las modalidades como aspectos a tomar en consideración al momento de otorgar la libertad provisional. Con relación a las formas de la caución, se continuó con la tendencia del depósito en efectivo y se dejó abierta la facultad para que el

juzgador, a partir de lo que dispusiera la ley secundaria, determinara el monto de la caución dependiendo de la forma elegida por el inculpado.⁴⁵⁰

Respecto del monto de la caución, el segundo párrafo, de la entonces fracción I, del artículo 20 constitucional, disponía que la caución no podría exceder del equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en donde se cometió el delito, con la posibilidad de que la autoridad judicial pudiese incrementar el monto de la caución hasta el equivalente de cuatro años de percepción del salario mínimo general vigente en el lugar en donde se cometió el delito, en consideración a la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, todo ello mediante resolución motivada.

Finalmente, la reforma de 1984 estableció un triple régimen en materia de concesión de libertad provisional aplicable a los delitos intencionales, preterintencionales y de imprudencia. Para el caso del primero, si el delito representaba para el autor un beneficio económico o causaba a la víctima daño o perjuicio patrimonial, entonces la garantía era al menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados. En el segundo y tercer clase de delitos, se establecía la necesidad de garantizar la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, en sujeción a lo dispuesto en materia de los montos de la caución y de los daños y perjuicios patrimoniales ocasionados.

Para esta época la fracción I del artículo 20 estaba compuesta por cuatro párrafos, los cuales literalmente consignaban:

Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta

⁴⁵⁰ En este sentido el artículo 403 del Código Federal de Procedimiento Penales establece que la naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, siendo subsidiaria la determinación por parte del juzgador de la naturaleza en caso de que no exista manifestación por parte del inculpado.

la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su víctima un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a los dispuesto en los dos párrafos anteriores.

3. La tercera reforma

La tercera reforma apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993, en este sentido se introdujeron cambios en el sentido de modificar el primer párrafo a fin de suprimir el antiguo texto que refería las garantías del acusado en los juicios del orden criminal, por las garantías del inculcado en todo proceso de orden penal, cambio que resultó estrictamente apegado a las más depurada técnica procesal.

También planteó la necesidad de garantizar no sólo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión de la libertad provisional bajo caución, sino del monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse. En este sentido el legislador cometió el dislate de separar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias, no obstante que el propio Código Penal contempla a ésta como el género y a la reparación del daño y la multa como sus especies, lo cual sirvió de fundamento para que a nivel de la legislación secundaria se hablara de diversos tipos de cauciones, como es el caso del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual contempla como obligación a cargo del indiciado: a) garantizar el monto de la reparación del daño; b) garantizar las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse, y c) que se garantice el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso, a fin de gozar del beneficio, lo cual suponía tres tipos de cauciones.

En cuanto a los límites para la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución, se planteó que sólo se otorgaría en los casos en que la ley expresamente prohíba concederlo y en relación con el monto de la caución, se eliminó la fórmula de una cuantificación en su límite mínimo o máximo de la caución y se introdujo la característica de la asequibilidad de ésta tanto en su monto como en su forma, en tal virtud la reforma superó

la añeja fórmula en el sentido de entender a la caución en su forma única del depósito de una suma de dinero o bien bajo la forma de la fianza y la hipoteca.

Finalmente, se introdujo la posibilidad de revocación del beneficio de la libertad provisional bajo caución en caso de incumplimiento en forma grave de las obligaciones que en términos de la ley deriven a su cargo en razón del proceso. En este sentido, la legislación secundaria no contemplaba la gravedad del incumplimiento de las obligaciones por parte del procesado, sino que sólo señalaba las obligaciones a su cargo.

Con motivo de la reforma de 1993 la fracción I, del artículo 20 constitucional, se integró con tres párrafos, los cuales a la letra consignaban:

Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado y no se trate de delitos en que por su gravedad la Ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la Ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de Ley deriven a su cargo en razón del proceso.

4. La reforma de 1996

La cuarta reforma del artículo en su quinta versión, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio de 1996, planteó avances significativos. En primer lugar, eliminó la condición prevista en la reforma de 1993 en el sentido de que la caución garantizara el monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso pudieran imponerse al inculcado. Ahora, se tomarían en consideración para resolver sobre la forma y monto de la caución, pero no constituirían cauciones independientes una de la otra, como de hecho se realizó durante la vigencia de la reforma de 1993.

Para el caso de los delitos no graves, se introdujo la facultad del juez para negar el beneficio en cuestión, lo cual debe entenderse en el más amplio sentido, a nivel potestativo y supeditada a la solicitud del agente del Ministerio Público, en un doble sistema el cual se suma al ya existente que

plantea la posibilidad de otorgar este beneficio cuando se trate de delitos graves. La primera modalidad es de reciente creación, cuando el agente del Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa por su conducta precedente un riesgo para el ofendido o para la sociedad, y el segundo en los casos en que el agente del Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Los presupuestos de los que puede derivar el riesgo mencionado en la reforma, derivan del peligro real y efectivo a que se han expuesto los bienes jurídicos del ofendido o de la sociedad, la existencia del peligro y las circunstancias existentes, a partir de las cuales pueda inferirse que no existe otro medio más práctico y conveniente que la prisión preventiva para atemperar el riesgo.

Al respecto, puede entenderse que la libertad del inculcado representa por su conducta precedente, un riesgo para el ofendido o para la sociedad: cuando haya sido condenado previamente por sentencia ejecutoriada por delito doloso no calificado como grave en el cual se haya hecho uso de la violencia; cuando con anterioridad se hubiere sustraído de la acción de la justicia; cuando con anterioridad haya dejado de cumplir con las obligaciones procesales a su cargo; cuando existan elementos que hagan probable la pertenencia del inculcado a determinada forma de organización criminal, y el inculcado haga uso ilícito en forma habitual de estupefacientes o sicotrópicos.

En cuanto al riesgo generado por el inculcado para el ofendido o la sociedad por las circunstancias y características del delito cometido, podríamos pensar en que éste aflora: en los casos en que la víctima o el ofendido tengan el carácter de cónyuge o concubinario, o bien parentesco consanguíneo, por afinidad, o civil con el inculcado y el delito se hubiere cometido con motivo de ello; cuando el móvil del delito hubiera sido la venganza; cuando el delito cometido derive del cumplimiento de amenazas; cuando se hubiere cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes, sicotrópicos, con excepción de los que se consuman por prescripción médica; en el caso del fraude cuando el o los inculcados se hubieren valido de estructuras económicas o comerciales que hagan probable su actuación en forma organizada, en contra de diversos sujetos pasivos a través de ofertas transmitidas al público, y cuando por la cantidad de inculcados respecto de un

mismo delito se acredita que fue cometido en pandilla o se demuestre la asociación delictuosa en su comisión.

Por lo que toca al monto de la caución, la reforma de 1993 se había quedado corta en el sentido de introducir exclusivamente la posibilidad de disminuirla, ahora la fórmula constitucional plantea la posibilidad de que el juez pueda modificar el monto tanto en el sentido de aumentarla como en el de disminuirla, lo cual resulta plenamente explicable, pues si en la secuela del proceso son acreditados mayores daños por parte de la víctima u ofendido, entonces lo conveniente es incrementar el monto de la caución, así como para el caso de que el inculpado logre demostrar la inexistencia de los daños entonces lo recomendable es disminuir la caución.

En este sentido, el juez debe apegarse al máximo esfuerzo que pueda realizar el inculpado para gozar del beneficio y no al mínimo, pues en este último caso se desnaturaliza a la caución y se desamparan las restantes finalidades que trata de alcanzar.

Finalmente, el párrafo tercero, fracción I, del artículo 20, plantea que la ley será la que determinará respecto de los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional, lo cual deja al margen cualquier ejercicio discrecional al respecto y supera el dislate de la reforma de 1993, en el sentido de un incumplimiento en forma grave de cualquiera de las obligaciones que en términos de la ley deriven a su cargo, lo cual daba entrada a hechos, como no acudir a su compromiso de presentarse en el juzgado y firmar el libro de registro.

2. LOS NUEVOS CONTENIDOS DEL CÓDIGO PENAL

El día diez de enero de 1994, aparecieron en el *Diario Oficial de la Federación* reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, las cuales entraron en vigor el primero de febrero de 1994, así como las publicadas el 17 y 18 de mayo de 1999. La reforma podemos calificarla como sumamente trascendental para el derecho penal mexicano, pues introdujo una serie de conceptos novedosos y vino a eliminar ciertas fórmulas que resultaban contrarias a los principios planteados por la moderna dogmática penal.

La reforma fue bastante profunda, pues se modificaron 37 artículos de la parte general y 47 de la parte especial del mencionado código sustantivo federal.

A. *El delito*

En materia de delito se modificó el artículo séptimo introduciéndose un segundo párrafo, en el cual se contempló el aspecto relativo a los delitos de resultado material, quedando claro que “el resultado típico será atribuible al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo”, en esta parte se utilizó el término “resultado típico” para dejar claro la exigencia de una consecuencia derivada del actuar por parte del sujeto adecuada a la exigencia del tipo penal, es decir, un actuar típico y por ende que el resultado atribuible sería en todo caso el típico y no cualquier otro. En lo referente a la omisión de impedir el resultado, éste será consecuencia del resultado de una conducta omisiva, cuando se determine “que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.

De igual manera se replantea la definición legal del delito continuado con una redacción en el sentido siguiente: “cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal”.

B. *El dolo y la culpa*

Con respecto al dolo y la culpa, se modificó el contenido del artículo octavo, pues se eliminó la clasificación de los delitos contenida en este precepto y que los encuadraba en: a) intencionales; b) no intencionales y, c) preterintencionales, el nuevo texto evita proponer una clasificación para los delitos y se refiere más bien a las acciones u omisiones delictivas, las cuales divide en dolosas o bien culposas, eliminándose a la preterintencionalidad como posibilidad de concreción de una acción u omisión delictiva.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación había establecido jurisprudencia sobre el alcance y contenido del término intencionalidad y lo entendía como sinónimo de dolo, esta apreciación impedía hasta cierto punto introducir la teoría del dolo en el proceso penal, pues la idea de intencionalidad sólo hacía referencia al sujeto “que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley”,

con motivo de la reforma se entiende por dolo “el que conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”, idea que dista mucho de la anterior concepción de la intencionalidad que ponía énfasis especial en el conocimiento de las circunstancias del hecho típico, en tanto que ahora se establece como presupuesto un conocimiento de los elementos del tipo, o bien, la posibilidad de prevenir como posible cierto resultado típico.

En lo que se refiere a la culpa, se gestó un cambio muy significativo, pues se introdujo en el Código Penal como concepto. Anteriormente se hablaba de delitos no intencionales o de imprudencia y el código los definía como “el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen”. El cambio terminológico cobró bases en la abundante crítica que hacía la doctrina al término “imprudencia”, con base en el amplio desarrollo del concepto “culpa”, sin embargo la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacía constante referencia a delitos culposos, refiriéndose a la imprudencia como una circunstancia de actuación por parte del sujeto activo, y por lo que toca a su esencia establecía: “Radica en que la voluntad del agente no se dirija a la producción de un hecho típico y antijurídico previsible y evitable, pero éste surge por la omisión de las cautelas y precauciones que deben guardarse.”

Concepción de la cual se desprenden como elementos característicos: a) un comportamiento irreflexivo, negligente, descuidado, omisivo de las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para hacer posible la vida gregaria; b) un daño previsible y penalmente tipificado igual al causado en los delitos intencionales; y c) una relación de causalidad entre el actuar imprudente y el daño coincidente con la descripción legal de un delito.

La idea consagrada en el Código Penal Federal después de la reforma, se apegó a la noción de culpa propuesta por parte de la dogmática penal imperante, significando un claro avance en el desarrollo del derecho penal mexicano, pues permitió distinguir con claridad la llamada “culpa consciente” y la “culpa inconsciente”, a partir de la previsión o bien falta de previsión que se incluye como elemento de la culpa.

C. *La tentativa punible*

Sobre la tentativa punible, se replanteó su concepción en el artículo 12, precisando de mejor manera al sustituirse el término “conducta” y referenciando de ahora en adelante “los actos ejecutivos que deberían producir el resultado”, los cuales vendrán a constituir el elemento central de la tentativa.

De igual manera, se modificó el segundo párrafo referido a la aplicación de penas en caso de tentativa, caso en el cual el juzgador deberá tomar en cuenta lo previsto en el artículo 52, así como el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito, eliminándose el aspecto relativo a la temibilidad del autor.

D. *Personas responsables del delito*

Sobre personas responsables de los delitos se modificó el contenido del artículo trece en sus fracciones V, VI y VIII. También se adicionaron dos últimos párrafos, en lo que atañe al cinco y seis con la reforma se substituyó el término intencional por dolo, en tanto que en la fracción VIII, se precisó la corresponsabilidad para aquellos que sin acuerdo previo intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado producido por cada uno. De igual manera, se precisó que cada autor o partícipe responderá en la medida de su propia culpabilidad y en lo referente a la punibilidad para el caso de los sujetos comprendidos en las fracciones VI, VII y VIII, se estará a lo dispuesto por el artículo 64 del código.

E. *Causas de exclusión del delito*

Con motivo de la reforma se introdujo una nueva denominación para las “circunstancias excluyentes de responsabilidad” incluidas en el artículo 15, llamadas a partir de la reforma “causas de exclusión del delito”, pero a nuestro entender más bien debiesen conocerse como “causas de exclusión o atenuación de la punibilidad”, pues no eliminan la existencia del delito ni excluyen responsabilidad, sino que a nuestro entender lo que anulan o disminuyen es la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídica al autor del delito.

El artículo quince recibió una reorientación y en la fracción I se estableció que el hecho se realice sin la intervención del sujeto, superándose la antigua

fórmula que comprendía “incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias”; se introdujo en la fracción II la posibilidad de “excluir el delito” cuando se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito que se trate, elementos que debemos entender en los términos precisados por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales; en la fracción III se estableció la posibilidad de “excluir el delito” cuando se actúe sin el consentimiento del titular del bien jurídico afectado; en la fracción IV se comprendió a la legítima defensa como causa de “exclusión del delito” agregándose en el artículo dieciséis que en los casos de excesos en la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho se le impondrá la pena del delito culposo; en la fracción V, se reincorporó el estado de necesidad; en la fracción VI, se abordó el cumplimiento de un deber; en la séptima, se introdujo la posibilidad de un actuar sin la capacidad de comprender lo que debe traducirse en una falta de imputabilidad; en la fracción VIII, se comprendió la realización de una acción u omisión bajo error invencible; y, finalmente en la fracción IX se previó que cuando no sea exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; y la décima estableció el caso fortuito. De igual manera, se incorporó en el artículo diecisiete la obligación de investigar y resolver de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento las llamadas “causas de exclusión del delito”.

F. *Consecuencias jurídicas del delito*

I. Trabajo en favor de la comunidad

En el artículo 27 reformado se le otorgó a esta pena la característica de operar como pena autónoma o sustitutivo de prisión, o bien, de la multa. A partir de esta última idea, la reforma introdujo al trabajo en favor de la comunidad como punibilidad para los tipos penales de evasión de presos (artículo 153), quebrantamiento de sanción (artículo 158), violación de correspondencia (artículo 173), quebrantamiento de sellos (artículo 187), provocation de un delito y apología de éste o de algún vicio (artículo 209), revelación de secretos (artículo 210) y variación de nombre o de domicilio (artículo 249).

2. Multa

Se estableció en el artículo 29 una nueva noción de la multa en la cual se sustituye el término “suma” por cantidad, aumentándose lo relativo al máximo de la multa a imponer en los casos en que la ley señale.

3. Reparación del daño

En lo referente a la reparación del daño se modificaron las fracciones II y III del artículo 30, con la cual se amplió su contenido para comprender el daño material y moral con la inclusión del pago de los tratamientos curativos que resulten necesarios con motivo del delito, para la recuperación de la salud de la víctima. De igual manera, en la fracción III se estableció un nuevo texto relativo al resarcimiento de los perjuicios causados, aplicable en calidad de reparación de daño, el cual se encontraba anteriormente comprendido en el texto de la fracción II, eliminándose con esto el texto anterior de la fracción III que establecía algunos supuestos tratándose de los delitos comprendidos en el título décimo, para los cuales se señalaba que la reparación del daño abarcaría “la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos del valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito”.

De igual manera, se adicionó el artículo 31bis en cuyo texto se obligó al agente del Ministerio Público a solicitar al juez la condena a la reparación del daño y al juzgador a resolver sobre lo conducente, incorporándose en este mismo dispositivo legal una punibilidad de treinta a cincuenta días de salario mínimo en calidad de multa para quien incumpliera con la mencionada obligación, aspecto de singular importancia, pues quizás hubiera resultado mejor incluir esta punibilidad en el artículo 225 en una nueva fracción, a fin de evitar introducir en la parte general un nuevo tipo penal con la mencionada punibilidad, cuestión que nos parece un error de sistemática.

Por otra parte, se reafirmó la obligación del Estado de reparar el daño de manera solidaria en caso de los delitos dolosos cometidos por sus servidores públicos y subsidiariamente en caso de delitos culposos, situación que representó un claro avance pues anteriormente el Estado sólo respondía de manera subsidiaria por sus servidores públicos.

Se reiteró la calidad de la reparación del daño al nivel de pena pública y en el artículo 34 la obligación a cargo del Ministerio Público a solicitarla

de oficio, caso en el cual los ofendidos y derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y las pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de la reparación. La misma situación comentada en el artículo 31bis relativo a la inclusión de una punibilidad se repite en el artículo 34, con la diferencia a nivel de punibilidad la cual comprende una multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo en caso de incumplimiento a la obligación del Ministerio Público a solicitar de oficio la reparación de daño.

En lo que atañe al artículo 35, se modificó el párrafo cuarto estableciéndose que la cantidad depositada como caución se aplicará de manera preventiva a la reparación del daño en caso de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, superándose de esta manera la antigua fórmula relativa a la aplicación de la caución otorgada para el disfrute de la libertad provisional al pago de la sanción pecuniaria, en estos términos la reforma permite que el artículo 35, segundo párrafo, cobre mayor vigencia al colocar en un lugar de preferencia la reparación del daño de la víctima por encima de la multa para los casos en que se haga efectiva la caución garantizadora de la libertad provisional.

Finalmente, referido al cobro de la reparación del daño, se introdujo en el artículo 37 el aspecto relativo al mecanismo para hacer efectivo dicho pago, el cual sólo podrá operar al causar ejecutoria la sentencia que imponga la reparación del daño, momento en el cual el tribunal que haya dictado la sentencia remitirá de inmediato copia certificada a la autoridad fiscal competente para que ésta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la copia, inicie el procedimiento económico coactivo, notificando de ello a la persona en cuyo favor se haya decretado, o a su representante legal.

G. Aplicación de sanciones

Las reglas generales en materia de aplicación de sanciones se modificaron, específicamente las contenidas en el artículo 52 al reestructurarse su contenido y fijarse reglas más claras para el juez, pues lo autorizó a fijar las penas y las medidas de seguridad que estimara justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente. En lo relativo al término justas, el legislador quiso referir con esto a aquellas que resulten después de tomar en consideración los aspectos incluidos en las siete fracciones de este artículo, valorando la manera en que fueron concretados todos y cada uno

de los elementos del tipo penal imputado partiendo de los mencionados en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, además de la edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron a delinquir, el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el inculgado en el momento de la concreción del tipo penal, siempre y cuando resulten relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de ajustar su conducta al dictado de la norma.

1. Delitos culposos

La reforma al abordar la aplicación de sanciones tratándose de delitos culposos, estableció una punibilidad específica para los casos previstos por los artículos 150, 167 fracción VI, 169, 199bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323 y 397, tal y como lo señala la primera parte del artículo 60 del código sustantivo.

Con la reforma se estableció un sistema de punibilidad restringida a los delitos culposos, pues de lo establecido por el artículo 60 se desprende que sólo serán sancionados con relación a los casos en que se concrete el contenido de los tipos antes mencionados, siendo altamente discutible el hecho de si únicamente los tipos señalados serán los que pueden ser consumados de manera culposa. Al respecto, consideramos existen otros tipos penales que pueden ser consumados mediando culpa, sin embargo la punibilidad no será en los términos previstos por los artículos 60, 61 y 62 del código sustantivo, si no que resultará aplicable la general señalada para los delitos dolosos.

El establecimiento de una lista limitativa de los tipos penales que admiten una aplicación de sanciones a partir de la culpa, se adecua al principio de legalidad y de ultima *ratio* del derecho penal, pues el enunciar limitativamente la posibilidad culposa de consumación de ciertos delitos, permite conocer con la debida certeza cuándo es punible la culpa, siendo dudoso en un sistema de incriminación abierta determinar si un delito admite la posibilidad culposa o no.

El criterio que utilizaba el código sustantivo antes de la reforma, orilló a la doctrina y jurisprudencia a elaborar calificaciones específicas en algunos tipos rehuendo la posibilidad de ser consumados de manera culposa, clasificación que en términos actuales resulta plenamente inoficiosa.

En términos generales, con la reforma al capítulo segundo relativo a la Aplicación de sanciones a los delitos culposos, se reestructuró el artículo 60, con dos nuevos párrafos. El primero del texto actual con un nuevo texto y en el segundo se establece con precisión los casos en los que podrá aplicarse sanción por delitos culposos, eliminando con esto cualquier posibilidad de sanción por la comisión de algún otro delito.

El párrafo tercero del artículo 60, es el antiguo párrafo segundo y en lo referente al último párrafo, se incluyen las circunstancias a tomar en consideración para calificar la gravedad de la culpa, para lo cual se reformó la antigua fracción II, del último párrafo al incluir lo relativo “al deber de cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan”, sustituyendo la característica consistente en “si para ello bastaban una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia”. De igual manera, se suprime la fracción VI que antes señalaba “en caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta en una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional”, esto en virtud de la desaparición de la preterintención del Código Penal.

En cuanto a la culpa, se prevé la punibilidad de una “culpa grave” la cual resultará de la calificación realizada por el juez de acuerdo con su prudente arbitrio, siempre y cuando tome en consideración las circunstancias previstas en el artículo 52. Al respecto, parte de la dogmática penal habla de distintos grados de la culpa, dividiéndola en culpa leve, culpa grave y culpa levísima, grados que surgirán dependiendo de las precauciones omitidas y su relación con el grado de probabilidad de producción del resultado, así como del nivel intelectual del autor. Cuando más alta sea la probabilidad de que por la omisión de una diligencia se produzca el resultado y cuanto mayores sean los conocimientos del sujeto que actúa, mayor será la gravedad de la culpa, porque mayores eran las posibilidades que el sujeto tenía de evitar la realización del daño o bien la puesta en peligro del bien jurídico.

En lo referente al artículo 61 se adicionó lo relativo a la excepción de la obligación de reparación del daño tratándose de delitos culposos, con la excepción de los casos en que la ley establece dicha sanción de manera expresa; también se sustituyó el término “intencional” por “doloso” y desapareció la última parte del primer párrafo que señalaba: “Las penas por delito de imprudencia, con excepción de la reparación del daño, no excederán de las tres cuartas partes de las que corresponderían si el delito de que se trata fuera intencional.”

Por otra parte, en lo que toca al artículo 62 sólo se substituyó el término “imprudencia” por “culpa” y continúa vigente lo dispuesto en torno a la consumación culposa de daños en propiedad ajena, caso en el cual se prevé como sanción la multa y la reparación del daño. El principio relativo a las lesiones causadas por tránsito de vehículos continúa vigente en cuanto a la procedencia penal y sólo a petición del ofendido o su legítimo representante, siempre y cuando el conductor reúna los requisitos de:

a) no encontrarse en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, sicotrópicos o de cualquiera otra sustancia que produzca efectos similares, y

b) no haya abandonado a la víctima.

2. En caso de tentativa punible

Para el caso de las reglas a seguir en la aplicación de sanciones a los casos de tentativa punible, se eliminó la fórmula de tomar en consideración las circunstancias del artículo 59 y se introdujo la obligación a cargo del juzgador de imponer la sanción resultante después de tomar en consideración lo señalado por los artículos 12 y 52 reformados del CPF.

En el caso de delitos graves, la tentativa punible se sanciona con una punibilidad que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista por el delito consumado, según dispone el artículo 63.

3. En concurso, complicidad, reincidencia y error invencible

En este rubro se modificó el contenido de los artículos 64, 64bis, 65 y 66, estableciéndose al respecto, en lo que se refiere al concurso real e ideal de delitos, que la pena a imponer será la resultante de la suma de las penas de los delitos cometidos, si ellas son de diversa especie, pues en caso de ser de la misma especie, se aplicarán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse en una mitad más, sin exceder de los máximos previstos en el código, que en el caso de la pena privativa de libertad sería de 60 años.

Se modificó el contenido del artículo 64bis, extendiéndose su aplicación a los casos de coparticipación previstos por el artículo 13 fracciones VI, VII y VIII, conservándose el aspecto relativo a tomar en consideración las

modalidades de cada caso, con una punibilidad de hasta las tres cuartas partes del delito de que se trate.

En lo referente a los casos de reincidencia, se *modificó* el artículo 65 y en éste ahora se contempla que se tomará en cuenta la individualización de la pena, así como el otorgamiento de los beneficios o de los sustitutivos penales previstos en la ley, facultándose al juzgador a imponer en estos casos sólo la pena que corresponda al delito que se juzga en los términos del artículo 52, con esta reforma se modificó la antigua fórmula relativa a agravar la sanción para los reincidentes.

En materia de error invencible al que hace referencia la fracción VIII del artículo 15, si se trata de un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo, se impondrá la punibilidad aplicable a delitos culposos, siempre y cuando el tipo penal admita esa forma de realización, y en caso de un error invencible, éste recaiga en la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea justificada su conducta, entonces la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

Por último, en el caso del concurso real, la sanción a imponerse será la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en la ley. En el caso de que el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes sin que exceda del máximo previsto en la ley.

En el caso del delito continuado, la punibilidad prevista se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo previsto por la ley.

4. Reincidencia

Al respecto se plantea un endurecimiento de las sanciones aplicables para los sujetos reincidentes en diversas magnitudes, de tal manera que el juez queda facultado a tomarla en consideración para los efectos de la individualización de la pena.

En el caso de reincidencia tratándose de delitos dolosos, por delitos de tal naturaleza, la sanción correspondiente al delito cometido se incrementará

en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin la posibilidad de gozar de los beneficios preliberacionales.

5. Sustitución

La posibilidad de sustituir las penas impuestas al delincuente, se reelabora a la luz de lo dispuesto en el artículo 70, que al respecto plantea la posibilidad de que tratándose de pena privativa de libertad que no exceda de cuatro años, podrá sustituirse por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, o bien, por semilibertad si la pena privativa de libertad impuesta no excede de tres años, o por multa, si la pena privativa de libertad no excede de dos años.

Lo anterior, siempre y cuando el condenado no hubiese sido sentenciado con anterioridad por la comisión de un delito doloso perseguible de oficio. Tampoco se aplica a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85.

H. *Capacidad de comprensión disminuida*

En esta materia se introduce el artículo 69bis la sanción que resultará aplicable en caso de capacidad de comprensión disminuida, vinculándose la inclusión de este artículo con lo previsto en la fracción VII, artículo quince, amén de establecer una punibilidad de hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de tratamiento que refiere el artículo 67 o ambas, después de tomar en consideración el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

I. *Sustitución y conmutación de sanciones*

En esta materia se derogó el último párrafo del artículo 70 que exigía al reo satisfacer los requisitos de obligarse a residir en determinado lugar, del cual podría ausentarse sólo con permiso de la autoridad que ejerciera el cuidado y vigilancia sobre él y desempeñar en el plazo que se le fije, la profesión, arte, oficio u ocupación lícitos.

Por lo que se refiere al artículo 71, se eliminó el último párrafo, el cual ordenaba en caso de hacerse efectiva la sustitución tratándose de pena privativa de libertad, “se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el reo hubiera cumplido la sanción substitutiva”, y se sustituyó el término “delito

imprudencial” que anteriormente se utilizaba en el primer párrafo, por “delito culposo”.

J. Libertad preparatoria

En materia de libertad preparatoria, se modificó el artículo 85 prohibiéndose su otorgamiento para los sentenciados por alguno de los delitos previstos en los artículos 172bis, párrafo tercero, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo; 194, delitos contra la salud, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; por el delito de corrupción de menores o incapaces previsto en el artículo 201; violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266bis; por homicidio, previsto en los artículos 315, 315bis y 320; secuestro, artículo 366, salvo los dos últimos párrafos, y tráfico de menores, 366 ter; comercialización de objetos robados, 368ter; robo de vehículos, previsto en el artículo 376bis; robo, artículos 371, último párrafo, 372, 381, fracciones VII-XI y XV, y 318bis, además de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, artículo 400bis, así como a los habituales y a quienes hubieran incurrido en segunda reincidencia.

En el aspecto tocante a la revocación de la libertad preparatoria, se modificó igualmente la fracción II, del artículo 86, sólo para sustituir los términos “intencional” por doloso e “imprudencial” por culposo.

K. Condena condicional

En el aspecto relativo a la condena condicional, su otorgamiento se sujetó al artículo 90 reformado, en el sentido de que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y, además, que haya evidenciado buena conducta, antes y después del hecho punible, y que la condena no sea con respecto a alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85, sustituyéndose básicamente en la fracción I, inciso b) el término “intencional” por “doloso”.

En la fracción VII del artículo 90 se modificó en término de tres años a que estaba obligado el condenado a no delinquir para seguir gozando de este beneficio, estableciéndose ahora que será por el tiempo de duración de la pena, la cual se tomará en consideración desde el momento en que la sentencia cause ejecutoria. De igual manera, se sustituyó el término inten-

cional e imprudencial, introduciendo el término “doloso” en sustitución de “intencional” y “culposo” en lugar de “imprudencial”.

L. Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo

En este rubro, se incorporó un segundo párrafo al artículo 93 en el cual se dispone la posibilidad de admitir el perdón en caso de delitos que se persiguen por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho. Además, se establece la imposibilidad de revocar el perdón judicial una vez otorgado, esto con el claro objetivo de no sujetar al liberado a la potestad del legitimado para otorgar el perdón, o bien, del ofendido e inclusive a su capricho, de esta manera, una vez otorgado, éste tiene efectos permanentes. Finalmente, se incluyó en el referido artículo que el perdón se deberá conceder ante el Ministerio Público, si no ha ejercitado acción penal, o bien ante el órgano jurisdiccional hasta antes de dictar sentencia, además de que el perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora.

M. Prescripción de la acción penal y de la sanción penal

En materia de prescripción de la acción penal, se reformaron los artículos 107, 110, 111 y 115, respectivamente. De esta manera, se modificó la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 107 para establecer que al llenarse el requisito de procedibilidad, en delitos perseguibles por querrela de parte, al transcurrir el término de un año a partir del día en que quienes puedan formular la querrela, o algún otro acto equivalente, siempre y cuando se tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres fuera de esta circunstancia, una vez llenado este requisito dentro de los plazos señalados, la prescripción operará según las reglas aplicables a los delitos perseguibles de oficio.

En el artículo 110, se incorporaron dos nuevos párrafos planteando la interrupción del término de la prescripción por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias en materia de extradición internacional, y por el requerimiento de entrega del inculpado que formule el Ministerio Público a una entidad federativa, al de otra donde

aqué se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo, o por otro delito. La interrupción se presentará por las actuaciones practicadas por la autoridad requerida, subsistiendo la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega, o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que dé motivo al aplazamiento de su entrega, siempre y cuando las actuaciones se practiquen dentro de la primera mitad del lapso necesario para la prescripción, con excepción de aquellos delitos perseguibles por querrela en donde queda subsistente el plazo de un año previsto por el artículo 107 para la presentación de la querrela, sólo siendo factible la ampliación de la prescripción penal hasta en una mitad de los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 del Código Penal Federal.

En torno a la prescripción de la sanción penal, se modificó el artículo 115 ampliándose las circunstancias de interrupción de la sanción privativa de libertad impuesta al reo, incorporándose la figura referida al requerimiento por parte del Ministerio Público de una entidad federativa al de otra en donde el reo se encuentre detenido, en este caso el requerimiento interrumpirá la prescripción de la sanción penal hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega, o desaparezca la situación legal del detenido que motive aplazar su cumplimiento.

En lo relativo a las demás sanciones, el segundo párrafo del referido artículo reformado establece que las demás sanciones se interrumpirán por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas, y en lo relativo a la pena de reparación del daño, o bien, tratándose de otras de carácter pecuniario, la prescripción se interrumpirá por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación realice ante la autoridad fiscal, y por las actuaciones que esa autoridad efectúe para ejecutarlas, así como por el inicio de juicio ejecutivo ante autoridad civil usando como título la sentencia condenatoria correspondiente.

3. EL NUEVO DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN

A partir del contenido de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es factible suponer la existencia de un nuevo derecho penal sólo válido para el caso de delitos cometidos bajo la esfera de la delincuencia organizada. La calificación del nuevo derecho penal alude a los principios,

fórmulas y conceptos que engloban, los cuales difieren de buena medida con la tradición jurídica mexicana.

Los alcances de la LFCDO resultaron muy ambiciosos al contemplar en el artículo primero un objeto enfocado al establecimiento de las reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, circunstancia que le atribuye a la LFCDO las características de ley penal especial, ley procesal penal especial y ley de ejecución de penas especial. El texto de la LFCDO literalmente señala:

La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

Lo cual se reitera en el contenido del artículo tercero, al poner énfasis en la materia, el cual a la letra dispone:

Los delitos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del artículo anterior, que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta ley.

En tal virtud, resultan aplicables de manera supletoria las disposiciones del Código Penal Federal, las del Código Federal de Procedimientos Penales y las de la legislación que establezca las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad, tal y como lo establece el artículo 7, que a la letra consigna:

Son aplicables supletoriamente a esta ley, las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, las del Código Federal de Procedimientos Penales y las de la legislación que establezca las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad, así como las comprendidas en las leyes especiales.

Esto nos hace pensar en el surgimiento de una legislación penal de excepción, sólo aplicable en los supuestos de delincuencia organizada, pues los asuntos restantes seguirán regidos por los principios consagrados a nivel general en el derecho penal general, procesal penal general y de ejecución

de penas general, circunstancia que a nuestro ver incrementa los márgenes de inseguridad jurídica, así como la falta de conocimiento efectivo de la LFCDO, principalmente por parte de aquellos encargados de aplicarla.

Por lo anterior, el contenido de la LFCDO, desde su primer artículo atenta seriamente contra los principios elementales que rigen al sistema jurídico penal mexicano, al generar una legislación penal especial, con principios sólo válidos para casos de delincuencia organizada, lo que resulta un serio problema que en lugar de abatir las fallas relativas a la falta de profesionalización en el personal encargado de la procuración de justicia, seguramente habrá de propiciar lo contrario.

A. El tipo penal de delincuencia organizada

En cuanto a la concepción de la delincuencia organizada se presenta un cambio por demás sorprendente, pues, introduce un tipo penal, diverso de la descripción que hasta la fecha se encontraba en el artículo 194bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual consideraba a la delincuencia organizada como “aquellos casos en los que tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos, algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos”.⁴⁵¹

Como lo hemos señalado la modalidad de delincuencia organizada implicaba la acreditación de la organización bajo las reglas de disciplina y jerarquía, para pensar en la posibilidad de su existencia, además de la necesidad de probar que dicha reunión de personas es con la finalidad de cometer algún delito.

⁴⁵¹ En este caso se introdujo al terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; piratería, previsto en los artículos 146 y 147; evasión de presos previsto en los artículos 150, con excepción de la parte primera y párrafo primero, y 152; ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo previsto en el artículo 172bis párrafo tercero; contra la salud previstos en los artículos 194, 195 párrafo primero, 196bis, 198 parte primera de su párrafo tercero; de violación, previsto en los artículos 265, 266, 266bis; asalto en carreteras o caminos previsto en el artículo 286; homicidio previsto en el artículo 302 en relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I a III exceptuándose los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado, previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381bis; y el de extorsión, previsto en el artículo 390; así como los previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; el de tráfico de indocumentados previstos en el artículo 138 de la Ley General de Población y el previsto en el artículo 115bis del Código Fiscal de la Federación.

Por lo que, más que un tipo penal, constituía una modalidad en la concreción de ciertos tipos penales, pues no era dable su existencia por sí sola, situación distinta de lo que sucede en la actual concepción, pues ahora se le concibe como un tipo penal abierto, con la siguiente descripción

serán aquellos en los que tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionados por ese sólo hecho como miembros de la delincuencia organizada.

Cuadro 3. Relación comparativa de los delitos contemplados en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y el Código Penal Federal.

La LFCDO	El CFPP
Terrorismo previsto en el artículo 139, párrafo primero.	Terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero.
Contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero.	Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195 párrafo primero, 196bis, 198 parte primera de su párrafo tercero.
Falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237.	Falsificación o alteración de moneda previstos en los artículos 234, 236 y 237.
Operaciones con recursos de procedencia ilícita previsto en el artículo 400bis.	El previsto en los artículos 104 fracciones II y III, último párrafo, 105 fracción IV y 115bis y del Código Fiscal de la Federación.
Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.	Los previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.
Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población.	Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población.
Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462bis de la Ley General de Salud.	—
Asalto, previsto en los artículos 286 y 287.	Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286.
Secuestro, previsto en el artículo 366.	Secuestro, previsto en el artículo 366 fracciones I a VI exceptuándose los párrafos antepenúltimo y penúltimo.
Trafico de menores, previsto en el artículo 366ter.	
Robo de vehículos, previsto en el artículo 381bis del CPF o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.	Robo calificado, previsto en el artículo 370, párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381bis.

	Sabotaje, previsto en el artículo 140 párrafo primero.
	Piratería, previsto en los artículos 146 y 147.
	Evasión de presos previstos en los artículos 150, con excepción de la parte primera y párrafo primero, y 152.
	Ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170.
	Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo previsto en el artículo 172bis párrafo tercero.
	Trata de personas, previsto en el artículo 205 párrafo segundo.
	Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 286.
	Violación, previsto en los artículos 265, 266, 266bis.
	Homicidio previsto en el artículo 302 en relación al 307, 315 y 320.
	Extorsión, previsto en el artículo 390.
	Los previstos en los artículos 83, fracción III, 83bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas.
	Tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Ahora bien, las reglas para su procesamiento se establecen en dos supuestos, tratándose de los que son de competencia federal, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de la LFCDO, y para el caso de los delitos de asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos, sólo será aplicable a LFCDO, en los casos de que además de cometerse por un miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación ejercite la facultad de atracción tal y como lo establece el artículo 3o. de la LFCDO y 10o. del CFPP.

B. Punibilidad

En materia de punibilidad aplicable a los responsables de la comisión de delitos en el supuesto de delincuencia organizada, se establece en el artículo cuarto de la LFCDO un sistema de punibilidades, con independencia de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán adicionalmente:

I. En los caso de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2o. de la LFCDO:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa.

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

II. En los demás delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta ley.

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa.

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

Además, se prevé el decomiso de los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

De igual manera, se desprende de la posibilidad incorporada en el artículo 35, fracción I, el cual establece los supuestos bajo los cuales un miembro de la delincuencia organizada preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir como beneficio, cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona.

Por otra parte, el propio artículo 35 establece la posibilidad de que cuando un miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

- Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes.
- Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la

pena que le correspondería a los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad.

- Por otra parte, el artículo 36, reitera la fórmula de beneficios atenuantes para los colaboradores, al establecer que en caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

El último párrafo del artículo 35 de la LFCDO establece las reglas para la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

Las fórmulas anteriores, se traducen en que el Estado de derecho, específicamente la legislación en materia de delincuencia organizada, en caso de ser aprobada, estará sujeta a la potestad del Ministerio Público federal para su aplicación. En términos textuales, la iniciativa nos propone en el artículo 35 que,

cuando alguna persona colabore de manera eficaz con la autoridad competente para la desarticulación o el procesamiento de miembros o colaboradores de la delincuencia organizada, se autoinculpen o proporcionen otras pruebas que se deriven de su autoinculpación, no podrán ser procesadas con las pruebas que hubieren aportado por dicha colaboración.

De donde resulta, que ante un acuerdo de dichas características, tendremos a narcotraficantes, terroristas, falsificadores de moneda, traficantes de indocumentados, secuestradores, personas involucradas en el robo de vehículos, entre otros, individuos que libremente podrán reintegrarse a la sociedad a pesar de estar inmiscuidos en la delincuencia organizada y que

por haber colaborado con el Ministerio Público Federal se transformarán en ciudadanos honestos que empezarán a convivir en la sociedad de una manera sana y normal y dejarán de formar parte de ese grupo de sujetos que de manera grave afectan directa o indirectamente el bienestar de los mexicanos. Estos sujetos por algún compromiso moral elaborado ante la autoridad, serán, en su caso, premiados no obstante haber cometido crímenes atroces.

Esta figura se utiliza en algunos países, empero sólo se aplica para el caso de delitos menores y no a los miembros del crimen organizado, pues entonces se caería en absurdos.

Autoriza la concesión de beneficios como la libertad preparatoria y la condena condicional, cuando colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.

C. Presunción de culpabilidad

Los artículos 4o., último párrafo, 29 y 30, establecen lo que definimos como la presunción de culpabilidad respecto de la procedencia ilícita de bienes que tenga en su poder, o bien, respecto de los cuales se conduzca como dueño, al señalar el artículo 4o., último párrafo: en todos los casos a que éste artículo se refiere, además se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

La misma situación se presenta en el caso de los artículos 29 y 30 los cuales a la letra establecen:

Artículo 29.- Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación podrá disponer, previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquellos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento.

Artículo 30.- Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que hay bienes que son propiedad de un miembro de la delincuencia organizada, o de que éste se conduce como dueño, podrán asegurarse con autorización judicial previa. Si se acredita su legítima procedencia, deberá ordenarse levantar el aseguramiento.

D. *Agravantes*

De igual manera, el artículo 5o. prevé agravantes de las penas previstas en el artículo 4o., aumentándose en una mitad en los siguientes supuestos:

- Cuando se trate de cualquier servidor público que participe en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada. Además, se impondrá a dicho servidor público, destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos.
- Cuando se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualquiera de los delitos a que se refiere la LFCDO.

La LFCDO de nueva cuenta cae en lo absurdo al reiterar circunstancias derivadas del grado de coparticipación en la comisión del delito a nivel de coautores, siendo insubsistente la prescripción señalada a nivel de agravación de las penas, en atención a las disposiciones contenidas en el Código Penal así como por la magnitud de la punibilidad prevista en cada delito, las cuales con la simple acumulación de delitos llega hasta el límite máximo de 60 años que puede durar la pena de prisión, con excepción del tipo previsto en el artículo 366, que será de 70 años.

E. *Reglas en materia de prescripción*

En materia de prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, el artículo 6o. plantea la posibilidad de duplicar los plazos respecto de los delitos contemplados como delincuencia organizada, lo cual provoca la posibilidad de que los plazos de prescripción puedan llegar en delitos tales como el narcotráfico, en donde el responsable se encuentre fuera del territorio nacional hasta los setenta años. Para confirmar lo anterior basta analizar lo dispuesto por el artículo 101, párrafo segundo, del CPF, el cual establece: “los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción”.

F. *Responsabilidad penal en materia de intervención de comunicaciones*

En los artículos 26 y 27 se introducen dos tipos penales referidos a los servidores públicos que intervengan comunicaciones privadas sin autoriza-

ción judicial, así como a los que revelen, divulguen o utilicen en forma indebida en perjuicio de otro la información o imágenes obtenidas en el curso de una intervención de comunicaciones privadas, o bien, a las personas que con motivo de su empleo, cargo comisión públicos tengan conocimiento de la existencia de una solicitud o autorización de intervención de comunicaciones privadas y revelen su existencia o contenido. La punibilidad que se contempla consiste por un lado en la pena privativa de la libertad con una duración de 6 a 12 años, la multa de quinientos a mil días multa y la destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos por el mismo plazo de la pena de prisión impuesta.

Lo anterior se vincula con los tipos penales previstos en los artículos 177 y 211bis del CPF, en su texto reformado en 1996, los cuales disponen sanciones de que van de los seis a los doce años de prisión para aquellos que intervengan comunicaciones privadas o que revelen, divulguen o utilicen indebidamente o en perjuicio de otro información o imágenes obtenidas en una intervención.

Como se puede apreciar, el contenido de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada plantea el surgimiento de un derecho penal de excepción que viene a modificar una serie de principios, fórmulas, conceptos, procedimientos, instituciones y derechos fundamentales de las personas.

Resulta extremadamente peligroso permitir la negociación del Estado de derecho a la luz de las facultades otorgadas al agente del Ministerio Público para que pueda dispensar la aplicación de penas a los delincuentes de letal capacidad como el propio gobierno federal los califica, introduciendo un trato desproporcional para el resto de los delincuentes, es decir mientras que para los delincuentes organizados se les otorga una serie de premios y recompensas al resto de los delincuentes, los desorganizados, se encuentran al margen total de esta posibilidad.

G. *Recompensas*

Al respecto, el artículo 37 de la LFCDO establece que cuando se gire orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxiliaren eficientemente para su localización y aprehensión, en los términos y condiciones que, por acuerdo específico, el procurador general determine.

H. *Delación anónima y colaboración*

Al respecto el artículo 38, plantea los casos en que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas, interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información, por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso.

Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general*, 8ª ed., trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redin, Bogotá, Temis, 1988.
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, Madrid, Akal, 1986.
- y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. I., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949.
- ARIGABAY MOLINA, José, *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1972.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hamurabi, 1987.
- , *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1983.
- , *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- BELING, Ernst von, *Esquema de derecho penal, la doctrina del delito-tipo*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale. Parte generale*, 10ª ed., Padova, Cedam, 1978.
- BRICOLA, Francesco, *Il Problema della società commerciale nel diritto italiano*, Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Messina, s/f.
- CANCINO, Antonio José, “El cuerpo del delito, conceptos generales. Su aplicación al derecho colombiano”, *La Justicia*, t. XXVI, núm. 450, noviembre 1967, México.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 7ª ed., México, Antigua Librería Robredo, 1965.
- y CARRANCÁ y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 16ª ed., México, Porrúa, 1991.

- CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, trad. de Sebastián Soler de la 11ª edición italiana, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 2ª ed., México, Jurídica Mexicana, 1963.
- , *Lineamientos elementales de derecho penal*, 12ª ed., México, Porrúa, 1978.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1981.
- CONDE-PUMPIDO, Ferreiro Cándido, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Colex, 1990.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1951.
- , *La moderna penología*, Barcelona, Bosch, 1974.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia, *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*, México, UNAM, 1993.
- FERREIRA D., Francisco José, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1988.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1981.
- FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Manual de introducción a las ciencias penales*, México, Inacipe, 1976.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Derecho penal”, *El derecho en México. Una visión de conjunto*, México, UNAM, 1991.
- , *Justicia penal (estudios)*, México, Porrúa, 1982.
- GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 1943.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*, 10ª ed., México, Porrúa, 1991.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1958.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 1991.

- GONZÁLEZ MENDÍVIL, Óscar, “La Reforma constitucional y los elementos del tipo penal”, *Revista Jurídica de Posgrado*, año 1, núm. 2, abril, mayo, junio, 1995.
- GUTIÉRREZ CRUZ, Juan Wilfrido, “El cuerpo del delito”, *Revista Michoacana de Derecho Penal*, núms. 26 y 27, 1992.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, 2ª ed., México, Trillas, 1985.
- y RAMÍREZ, Elpidio, *La lógica del tipo en el derecho penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1970.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, trad. Santiago Mir Puig, 1978.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Caracas, Andrés Bello, 1945.
- , *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., Buenos Aires, Losada, 1964.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 3ª ed., México, Porrúa, 1980.
- KAFKA, Franz, *El castillo*, trad. D. J. Vogelmann, Buenos Aires, Emecé, 1962.
- KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- KERENYI, Karl, *La pena de Prometeo*, Caracas, Monte Ávila, 1970.
- LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., trad. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1929.
- MACEDO, Miguel, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, México, Cultura, 1931.
- MADRAZO, Carlos, *La reforma penal (1983-1985)*, México, Porrúa, 1989.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1954.
- , *Derecho penal. El delito*, 2ª ed., trad. José Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1989.
- MANN, Thomas, *Las tablas de la ley*, trad. Raúl Schiaffino, Buenos Aires, Siglo XX, 1952.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, Milán, Fratelli Bocca Editori, 1920.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal. Parte general*, México, Trillas, 1986
- , *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, 1992.

- MARTÍNEZ CERDA, Nicolás, *Teoría del delito y doctrina penal de Javier Alba Muñoz*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Ricardo Couto, A. C., 1993.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.
- MEZGER, *Strafrecht*, Berlín, Cverlag von Duncker, 1949.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990.
- , *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.
- MIRANDA GALLINO, Rafael, *Delitos contra el orden económico*, Buenos Aires, Pannedille, 1970.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1990.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, San José, Juricentro, 1980.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, México, Trillas, 1993.
- ORTEGO COSTALES, José, *Teoría de la parte especial del derecho penal*, Salamanca, Dykinson, 1988.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1981.
- , *Manual de derecho penal mexicano*, 5ª ed., México, Porrúa, 1982.
- PÉREZ, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1956.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, México, UNAM, 1995.
- , *La jurisprudencia*, México, Mc Graw-Hill, 1997.
- , “El cuerpo del delito y los elementos del tipo penal”, *Revista jurídica*, núm. 3, nueva época, septiembre 1995, Villahermosa, Tabasco.
- PORTE-PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 4ª ed., México, Porrúa, 1978.
- , *Programa de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., México, Trillas, 1990.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado, 1976.
- , *Derecho penal*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1990.
- , *Culpabilidad*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1991.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981.

- ROSAL, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, Madrid, Villena, 1978.
- ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981.
- , *Teoría del tipo penal*, trad. Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- RUBIANES, Carlos, *Manual de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- SCHUNEMANN, Bern, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, trad. Enrique Bacigalupo, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Tipográfica Argentina, 1956.
- TULIO RUIZ, Servio, *La estructura del delito*, Bogotá, Temis, 1978.
- VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, México, Trillas, 1983.
- VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1990.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973.

ÍNDICE

Abreviaturas usadas	9
Introducción	11
I. La teoría del delito	15
1. Sentido	15
2. El derecho penal y la ciencia del derecho penal	19
3. Ubicación de la teoría del delito en las ciencias penales	26
4. Categorías fundamentales en la teoría del delito o elementos del delito	26
II. Fases de desarrollo de la teoría del delito	35
1. La concepción clásica	36
2. La concepción neoclásica	38
3. La concepción del finalismo	39
4. El modelo lógico matemático	42
III. El comportamiento humano	47
1. Formas que puede revestir el comportamiento humano de relevancia penal	47
A. La acción	51
B. La omisión	58
C. Los delitos impropios de omisión	62
2. El sujeto activo del delito	70
A. Las personas jurídicas	71

B. Personas físicas	80
IV. La tipicidad	85
1. El cuerpo del delito	85
2. El tipo penal	90
3. Clasificación de los tipos penales	99
4. Elementos del tipo penal	101
A. Elementos normativos	103
B. Elementos subjetivos	105
C. Elementos objetivos	106
D. Elementos descriptivos	107
5. Causas de atipicidad	107
A. Ausencia de alguno de los elementos básicos del tipo	109
B. Error de tipo	109
V. El dolo y la culpa	113
1. Evolución de la teoría del dolo	114
2. Clases de dolo	115
A. El dolo directo de primer grado o intención	116
B. Dolo directo o dolo de segundo grado	116
C. Dolo eventual	117
3. Elementos del dolo	118
A. El conocimiento	118
B. Querer	119
4. El error de tipo	120
5. La culpa	122
A. Clases de culpa	124
B. Estructura de la culpa	124
6. La punibilidad en los delitos culposos	125
VI. La antijuridicidad	131
1. La antijuridicidad y lo antijurídico	131

2. Injusto y antijuridicidad	132
3. Los presupuestos y elementos de la antijuridicidad	134
4. Antijuridicidad formal y material	134
5. Causas de exclusión de la antijuridicidad	135
6. Causas de justificación	139
A. Legítima defensa	140
B. Estado de necesidad	147
C. Cumplimiento de un deber	151
D. Consentimiento del ofendido	152
E. Ejercicio de un derecho	154
7. Exceso en las causas de justificación	156
VII. La culpabilidad	157
1. La culpabilidad como categoría de la teoría del delito	157
2. Evolución de la categoría de culpabilidad en la teoría del delito	159
A. Teoría sicologista	162
B. La teoría normativista	164
C. La teoría normativa ante el finalismo	165
3. Presupuestos y elementos de la culpabilidad	167
4. El fundamento de la exigencia de culpabilidad	167
A. El principio de culpabilidad y la libertad de voluntad	167
B. La necesidad de la pena	169
C. La motivación como fundamento de la culpabilidad	170
5. La culpabilidad material y la culpabilidad formal	172
6. Causas de inculpabilidad	173
A. Error de prohibición	173
B. No exigibilidad de otra conducta	175
C. Error sobre las causas de inculpabilidad	175
VIII. Las consecuencias jurídicas del delito	177
1. La pena, la punición y la punibilidad	177
A. Clasificación de las penas	182

B. Clasificación legal	187
C. Etapas por las que ha transitado la concepción sobre la pena	191
D. Teorías sobre los fines de la pena	198
2. Las medidas de seguridad	200
A. Noción de medidas de seguridad	200
B. Clasificación de las medidas de seguridad	206
IX. La autoría y la participación	209
1. La autoría	210
A. La concepción unitaria	210
B. La concepción restrictiva	211
C. La concepción extensiva	212
D. La teoría del dominio del hecho	212
2. La autoría mediata	213
3. La coautoría	217
4. La participación	218
A. Inducción	221
B. Complicidad	223
C. Encubrimiento	224
X. Unidad y pluralidad de delitos	227
1. Pluralidad de acciones y unidad de delitos	227
2. El concurso ideal	229
3. El concurso real	232
4. La distinción entre el concurso ideal y el concurso real	235
5. La solución del concurso	236
A. El principio de alternatividad	237
B. El principio de especialidad	237
C. El principio de subsidiariedad	238
D. El principio de consunción	239
XI. La tendencia de las leyes penales a finales del siglo XX	241
1. La justicia penal constitucional	241

A. La seguridad pública	242
B. Extradición interna e internacional	243
C. El aseguramiento y decomiso de bienes	244
D. La función de legalidad del tipo penal y la intervención de comunicaciones privadas	248
E. La libertad provisional bajo caución y las garantías del inculgado en el proceso	255
2. Los nuevos contenidos del Código Penal	261
A. El delito	262
B. El dolo y la culpa	262
C. La tentativa punible	264
D. Personas responsables del delito	264
E. Causas de exclusión del delito.	264
F. Consecuencias jurídicas del delito	265
G. Aplicación de sanciones	267
H. Capacidad de comprensión disminuida	272
I. Sustitución y conmutación de sanciones	272
J. Libertad preparatoria	273
K. Condena condicional	273
L. Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo	274
M. Prescripción de la acción penal y de la sanción penal	274
3. El nuevo derecho penal de excepción	275
A. El tipo penal de delincuencia organizada	277
B. Punibilidad	279
C. Presunción de culpabilidad	282
D. Agravantes	283
E. Reglas en materia de prescripción	283
F. Responsabilidad penal en materia de intervención de comunicaciones	283
G. Recompensas	284
H. Delación anónima y colaboración	285
Bibliografía	287

Teoría del delito, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de octubre de 2000 en Formación Gráfica, S. A. de C. V. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kg. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kg. para los forros, y consta de 1,000 ejemplares.