



3219098

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS A.C.

**CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES PARA EL
ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE
DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON
EL DELITO CONTRA LA SALUD**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JUAN CARLOS HERNÁNDEZ LARA

ASESOR: IVAN DEL LLANO GRANADOS

COYOACAN D.F., MEXICO

2001

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EN MEMORIA DE PERSONAS MUY ESTIMADAS Y QUERIDAS

Al nacimiento de un nuevo ser, da oportunidad de conocer un mundo lleno de seres y cosas. En mí caso, Dios y la vida me dio el privilegio de conocer a bellas personas, pero, no somos eternos en cuerpo, y han partido a un lugar de luz:, recuerdo de ellos:

Abuelita Ana Pérez Rivas, hay que ser fuertes de carácter y tener de fortaleza en la vida; Tío Daniel Hernández Pérez, no desistas en tus proyectos y prepárate como persona, así como, profesional; Sobrino Consuelo de Jesús Hernández López, la vida puede ser corta, en algunas ocasiones, vive intensamente cada espacio de la misma y lucha por mantenerte vivo; Tío Félix Marques Beltrán, alegría siempre y en todo momento.

Principalmente hay que vivir, aún cuando hay quien sufre para vivir, luchando en todo momento para lograrlo, aunque se sufre con tal de vivir y quien vive para sufrir, otros quienes destruyen su vivir y viven no apreciándola, pero recuerda que es hermoso estar vivo, esto porque te da la magia de crear cosas maravillosas y de gran dimensión; perdona y no vivas en el odio, llena tú corazón de bondad, belleza y verdad. No reproche lo que te da Dios o la vida, mejor agradece que estas vivo.

TESTIMONIO AL APOYO Y ORIENTACIÓN EN LA VIDA

Para la obtención de ciertos objetivos del ser humano son logrados por su voluntad, pero además, por el apoyo y orientación de otras personas; y este es un claro ejemplo de ello, la elaboración de este estudio y lograr plasmarlo en un documento tan importante para un profesionista, es el resultado de una voluntad e inquietud por realizarlo, pero no cabe duda que no habría sido posible de llevarlo acabo —de esta manera— sin personas como el Doctor. Eduardo Bosch Trejo, Doctor Paul Octavio García Torres, Maestro Gustavo Flores Acosta, Maestro Aarón Hernández López, Doctor Augusto Sandoval, Licenciada Emilia Hernández Pérez, Elía Ramírez, entre otras.

Y de no menos importancia, pero sí de un afecto particular, a la vida misma creada por un Dios que me dio oportunidad de ser miembro de una maravillosa familia: mis padres Margarita y Francisco, pareja excepcional cuyo amor es el reflejo de mí persona; Francisco, Israel y Guadalupe, hermanos que han compartido lo maravilloso de la vida en una unión familiar; Amigos: Guadalupe Ortiz Orendain, por una amistad perdurable en el mismo tiempo de la eternidad cuyo apoyo llegó en el momento indicado, personas que se traduce en una motivación de continuar.

Un especial agradecimiento al Maestro Ernesto Delint Pérez, persona cuya amistad con él y su amable familia: Su esposa, señora Tere; sus hijos Tere y Ernesto dado la oportunidad de conocer a tan valiosas personas. Su apoyo y orientación no sólo en lo profesional, sino en la vida.

Y muy importante, es el agradecer a mi maestro, Licenciado Ivan del Llano Granados, persona cuyo conocimiento no sólo refleja la sabiduría sino más allá, en una humildad para compartir su saber. Gracias en verdad por permitirme satisfacer inquietudes en el presente trabajo, su apoyo, dirección y aceptación no sólo está en este estudio sino además en mi persona.

A todos los une un agradecimiento de respeto y admiración de mi persona por su valiosa participación en la vida de un hombre que mueve pasiones de poder servir a sus hermanos de especie y a un mundo en su armonía con las demás especies.

INDICE GENERAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

INTRODUCCIÓN.....	P. I
-------------------	------

CAPÍTULO I NOCIONES FUNDAMENTALES

SECCIÓN PRIMERA

NATURALEZA Y BASES DEL DERECHO PENAL

1.1	PRINCIPIOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO.....	p. 1
1.2	ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	p. 6
1.3	VALIDEZ, EFICACIA Y VALOR DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....	p. 17
1.4	COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	p. 20
1.5	PROBLEMA DE LAS ANTINOMIAS.....	p. 21
1.6	ESTADO DE DERECHO.....	p.23
1.7	TIPOS DE LEYES.....	p.26
1.8	DERECHO PENAL. Aspectos generales.....	p. 29

SECCIÓN SEGUNDA

LA LEY PENAL

1.9	COMPONENTES DE LA LEY PENAL.....	p. 37
1.9.1	DELITO.....	p. 42
1.9.1.1	Antecedentes y noción del término delito.....	p. 42
1.9.1.2	Concepción formal, totalizadora y analítica del delito.....	p. 44
1.9.1.3	Concepción analítica del delito. Aspectos Generales.....	p. 46
1.9.1.3.1	Teoría Bipartita del delito.....	p. 47
1.9.1.3.2	Teoría Tripartita del delito.....	p. 48
1.9.1.3.3	Teoría Cuatripartita del delito.....	p. 51
1.9.1.3.4	Teoría Pentapartita del delito.....	p. 52
1.9.1.3.5	Teoría Hexapartita del delito.....	p. 52
1.9.1.3.6	Teoría Heptapartita del delito.....	p. 53
1.9.1.4	Presupuestos del delito.....	p. 53

INDICE GENERAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

1.9.1.4.1.	Presupuestos generales del delito.	p. 54
1.9.1.4.2.	Presupuestos especiales del delito.	p. 54
1.9.1.5.	Existe Prelación lógica, prioridad lógica o prioridad temporal entre los elementos del delito.	p. 56
1.9.1.6.	Teoría Heptapartita del delito y la prelación lógica. Cuadros sinópticos.	p.58

SUBSECCIÓN: ELEMENTOS DEL DELITO

1.9.1.7.	CONDUCTA. Diferentes acepciones.	p. 64
1.9.1.7.1.	Conducta.	p. 64
1.9.1.7.2.	Hecho.	p. 68
1.9.1.7.3.	Acto.	p. 71
1.9.1.7.4.	Acontecimiento.	p. 77
1.9.1.7.5.	Acción.	p. 78
1.9.1.7.5.1.	Acción de acuerdo a Carrara.	p. 78
1.9.1.7.5.2.	Teoría causalista de la acción. Diversas teorías sobre la acción.	p. 81
1.9.1.7.5.3.	Teoría finalista de la acción.	p. 101
1.9.1.8.	TIPICIDAD.	p. 105
1.9.1.8.1.	Función Sistemática del Tipo.	p. 111
1.9.1.8.1.1.	Elementos esenciales del Tipo.	p. 120
1.9.1.8.1.1.1.	Sujeto activo primario.	p. 121
1.9.1.8.1.1.2.	Conducta externa.	p. 122
1.9.1.8.1.1.2.1.	Elementos descriptivos.	p. 123
1.9.1.8.1.1.2.2.	Elementos objetivos.	p. 124
1.9.1.8.1.1.2.3.	Elementos normativos.	p. 127
1.9.1.8.1.1.2.4.	Elementos Subjetivos.	p. 130
1.9.1.8.1.1.3.	La objetividad jurídica tutelada.	p. 136
1.9.1.8.1.2.	Tipo y antijuridicidad.	p. 141

INDICE GENERAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

1.9.1.8.1.2.1.	Tipo como tipo del injusto.....	p. 142
1.9.1.8.1.2.2.	Teoría de los tipos abiertos.....	p. 143
1.9.1.8.1.2.3.	Teoría de los tipos en blanco.....	p. 155
1.9.1.8.1.2.4.	Teoría de los elementos negativos del tipo.....	p. 157
1.9.1.8.1.2.5.	Tipo y adecuación social.....	p. 159
1.9.1.8.1.2.6.	Teoría de la imputación objetiva.....	p. 160
1.9.1.8.1.3.	Clases de tipos.....	p. 170
1.9.1.8.1.4.	Tipicidad y Corpus Delicti. De acuerdo a cada una de las sistemáticas del tipo.....	p. 216
1.9.1.8.1.5.	Función dogmática del tipo	p. 218
1.9.1.8.1.6.	Función político criminal del tipo.....	p. 223
1.9.1.9.	ANTI JURÍDICIDAD.....	p. 227
1.9.1.9.1	Antijuridicidad formal.....	p. 230
1.9.1.9.2.	Antijuridicidad material.....	p. 230
1.9.1.10.	IMPUTABILIDAD.....	p. 231
1.9.1.11.	CULPABILIDAD.....	p. 233
1.9.1.11.1.	Culpa por dolo y dolo como elemento de la Culpabilidad.....	p. 237
1.9.1.11.2	Culpa por culpa y culpa como elemento de la Culpabilidad.....	p. 244
1.9.1.12.	CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	p. 246
1.9.1.13.	PUNIBILIDAD.....	p. 246
1.9.2.	SANCIÓN. Doble vía del Derecho Penal.....	p. 249
1.9.2.1.	PENA.....	p. 252
1.9.2.2.	MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	p. 261

INDICE GENERAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO II. ANÁLISIS DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD

1. EL TIPO PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Su colocación dentro del sistema normativo jurídico en México, tomando en consideración el criterio de la teoría de las normas de Carlos Binding.....	p. 262
1. EL TIPO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD. En el ámbito de la teoría de Carlos Binding.....	p. 271
2. PRESUPUESTOS DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	p. 273
2.1 PRESUPUESTOS GENERALES DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	p. 274
2.2 PRESUPUESTOS ESPECIALES DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	p. 275
3. COLOCACIÓN DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD EN LA TEORÍA HEPTAPARTITA.....	p. 277
3.1 CONDUCTA.....	p. 277
3.1.1 ESTRUCTURA ÓNTICA-ONTOLÓGICA DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD.....	p. 278
3.2 TIPICIDAD.....	p. 285
3.2.1 Tipicidad conglobada y el delito de la delincuencia organizada.....	p. 285
3.2.2 El delito de la delincuencia organizada en el plano de la función sistemática del tipo.....	p. 287

INDICE GENERAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

3.2.2.1 Elementos esenciales del tipo de la delincuencia organizada en relación con el delito contra la salud.....	p. 287
3.2.2.1.1 Sujeto Activo del tipo penal de la delincuencia organizada.....	p. 289
3.2.2.1.2 Conducta Externa del tipo penal de la delincuencia organizada.....	p. 290
3.2.2.1.2.1 Elementos descriptivos del tipo penal de la delincuencia organizada.....	p. 331
3.2.2.1.2.2 Elementos objetivos del tipo penal de la delincuencia organizada.....	p. 332
3.2.2.1.2.3 Elementos normativos del tipo penal de la delincuencia organizada.....	p. 333
3.2.2.1.2.4 Elementos subjetivos del tipo penal de la delincuencia organizada.....	p. 334
3.2.2.1.3 Bien jurídico tutelado en el del tipo penal de la delincuencia organizada.....	p. 337
3.2.2.2 El tipo de la delincuencia organizada y su relación con la antijuridicidad. De acuerdo a las teorías del tipo y antijuridicidad:	p. 338
3.2.2.2.1 El tipo penal de la delincuencia organizada como tipo del injusto.....	p. 338
3.2.2.2.2. El tipo penal de la delincuencia organizada y la Teoría de los tipos abiertos.....	p. 339
3.2.2.2.3. El tipo penal de la delincuencia organizada y la Teoría de los tipos en blanco.....	p. 340
3.2.2.2.4. El tipo penal de la delincuencia organizada y la Teoría de los elementos negativos del tipo.....	p.341
3.2.2.2.5. El tipo penal de la delincuencia organizada y adecuación social.....	p. 344
3.2.2.2.6. El tipo penal de la delincuencia organizada y la Teoría de la imputación objetiva.....	p. 346

INDICE GENERAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

3.2.2.3 Colocación del tipo de la delincuencia organizada en la clasificación de los tipos.....	p. 346
3.2.2.3.1 De acuerdo a la parte <i>subiet</i> i del derecho penal.....	p. 347
3.2.2.3.1.1 A su ordenación metodológica; alcance y dirección de la tutela penal.....	p. 347
3.2.2.3.1.2 A la unidad o pluralidad de los bienes jurídicos tutelados.....	p. 348
3.2.2.3.1.3 Clasificación atendiendo al acto.....	p. 349
3.2.2.3.1.4 Clasificación atendiendo a los elementos subjetivos de lo injusto.....	p. 352
3.2.2.3.1.5 Atendiendo a la delimitación del círculo de posibles autores.....	p. 354
3.2.2.3.1.6 Según el grado de realización de los elementos del tipo.....	p. 356
3.2.2.3.1.7 De acuerdo a las formas básicas del comportamiento humano, actividad y pasiva.....	p. 362
3.2.2.3.2 De acuerdo a la parte <i>objecti</i> del derecho penal. Parte Especial del Código Penal Federal.....	p. 362
3.2.3 La función dogmática del tipo de la delincuencia organizada en relación con el delito contra la salud.....	p. 364
3.2.4 La función política criminal del tipo de la delincuencia organizada en relación con el delito contra la salud.....	p. 388
3.2.3 ANTIJURIDICIDAD DEL DELITO DE LA DELINCUCNCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD.....	p. 412
3.2.3.1 Antijuridicidad formal.....	p. 412
3.2.3.2 Antijuridicidad material.....	p. 413
3.2.4 IMPUTABILIDAD EN EL DELITO	

INDICE GENERAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	p. 413
3.2.5 CULPABILIDAD EN EL DELITO	
DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	p. 414
3.2.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	
EN EL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	p. 416
3.2.7 PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	p. 416
4. PENA AL MIEMBRO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	p. 417
CONCLUSIONES.....	p. 422
PROPUESTA.....	p. 425
BIBLIOGRAFÍA.....	p. 426
HEMEROGRAFÍA.....	p. 430
DICCIONARIOS.....	p. 431
CONSULTA DE TESIS PARA OBTENER EL GRADO EN DERECHO.....	p. 431
LEGISLACIÓN NACIONAL.....	p. 432
LEGISLACIÓN EXTRANJERA.....	p. 432
DOCUMENTOS OFICIALES.....	p. 433
MEDIOS INFORMÁTICOS.....	p. 433

INTRODUCCIÓN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

ESTRUCTURACIÓN DEL MODELO DE INVESTIGACIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el derecho penal, que forma parte, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan siendo el régimen penal el escudo más fuerte y firme que tiene el ciudadano para proteger sus bienes y persona de los violadores del Derecho; su arma imbatible. Último recurso del control social que tiene el Estado, debiendo acudir cuando sea preciso para librar las batallas necesarias en contra de los individuos que no acatan lo establecido por la norma jurídica, al ordenamiento jurídico que rige la conducta humana con vigor y rigor; ahora bien el Estado que es respetuoso de los derechos humanos debe de proteger la libertad física de todos los individuos, y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la Ley mediante las formalidades y requisitos que ella establece, iluminada por los principios y las reglas acuñados por la humanidad al cabo de siglos de lenta y accidentada evolución.

En la evolución delictiva la trascendencia territorial del crimen que a su vez apareja una serie de consecuencias políticas, sociales, económicas y jurídicas. Teniendo aquí otro cambio del progreso para fines legítimos y el desenvolvimiento de medios, instrumentos de objetivos ilícitos, en el que en un tiempo el crimen se contrajo a un territorio en que se enfrentaban el delincuente y el ofendido, y sus efectos no salían de este ni pasaban de ellos mismos y de su pequeño círculo de allegados, pero que con el avance tecnológico en la comunicación humana amplió aún más las relaciones entre los individuos y pueblos, pero amplió el espacio para la comisión de los delitos y la obtención de los propósitos perseguidos por los delincuentes que influyen de forma considerable en la transformación del delito.

Así del delito localizado que persiste, por supuesto se va al delito trascendente, mostrando otra forma de interdependencia y de desglobalización. Ni aquella ni esta se confinan en la vida regular; también existe una interdependencia delictiva; la globalidad se extiende y orienta las relaciones económicas, también puede proyectar relaciones delictivas con sustrato económico. Por lo que se esta en un ámbito propicio para la organización

y las penas o medidas de seguridad aplicables para mantener el orden social, salvaguardando bienes relevantes (bienes jurídicos tutelados por el derecho penal) para la comunidad; sometiendo el derecho de su verdadera función, de ser adaptado a la vida real, imprescindible para la convivencia humana.

El delito y la pena se considera por la doctrina, como los dos polos entre los cuales se mueve el derecho penal. Esta división científica tiene, pues, el valor de una dicotomía. Aunque otros sostienen la necesidad de una tricotomía compuesta por los conceptos delito, reo y pena, discutiendo si en la sistematización debe el delincuente entrar antes que el delito, o viceversa.

En la presente investigación, se adoptara la dicotomía del derecho penal, donde se analizara cada uno de sus conceptos, al delito se estudiara como Instituto-Jurídico y como acontecimiento, El primero es materia de estudio de las ciencias del deber ser, en donde se describen las conductas constitutivas del delito y se señalan los requisitos relativos a su nacimiento y extinción. Utilizando las ciencias normativas, como la dogmática Jurídico-Penal, la filosofía del derecho; el segundo de las ciencias del ser o causales explicativas, el cual se utiliza la criminología, la sociología jurídico penal, etc. .

Con relación a la pena, se estudiara la doble vía del derecho penal, considerando a la sanción en su doble modalidad: la sanción y la medida de seguridad como consecuencias de la comisión de un delito, por lo tanto, se analizara la Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito (ius puniendi).

Lo anterior para verificar si la promulgación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en relación con el delito que tipifica, es integral al marco jurídico vigente; donde el Estado debe garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, respetando lo establecido por nuestra Carta Magna, que sustenta en su parte dogmática, los derechos subjetivos públicos (garantías individuales) y la legalidad de sus actos de autoridad (principio de legalidad) para debido cumplimiento del mandato que le confiere los individuos de la sociedad a través del Estatuto Federal.

Pero los legisladores omitieron tales consideraciones, por lo que, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en particular del delito de la materia, que entro en vigor en nuestro sistema legal con el fin de combatir al crimen organizado, viola la garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos, los preceptos contenidos en la legislación penal, tanto como la sustantiva como la adjetiva, los principios rectores del Derecho Penal y principalmente las garantías individuales consagradas en la Constitución del Estado mexicano.

Para el tema de la presente investigación, se utilizara el método deductivo, donde se planteara inicialmente los temas generales como son: el Derecho, Derecho Penal, Teoría General del Delito, aspectos criminológicos relativos al delincuente, al delito como fenómeno social; esto para llegar a los aspectos concretos y específicos del análisis del delito de la delincuencia organizada en una vertiente con el delito contra la salud.

Como fuentes del conocimiento jurídico que se consultarán, son las directas tales como las mediatas e inmediatas: las primeras se refiere a las formas y a la vida del derecho, siendo esta la literatura jurídica (obras consistente en libros, revistas, ensayos, etc.); las segundas como son los hechos (conducta humana del tipo legal) y de forma, que se compone de la legislación en sentido genérico (códigos, leyes, reglamentos, etc.), además de las resoluciones judiciales (autos, decretos, sentencias, etc.). Todo llevándolo por medio de la técnica de investigación documental.

El presente trabajo pretende comprender dos partes. La primera, sobre nociones generales, que es integrado por dos secciones y a la vez de una subsección, el cual, contienen los temas como principios de Teoría del Derecho, el como se conforman los ordenamientos legales, clases de normas jurídicas que se pueden encontrar en su contenido, la coherencia que debe de existir entre ellas, al igual que el problema que existe con los antinomias dentro de un sistema jurídico, de igual forma se entrará en estudio del Derecho Penal, así como de sus conceptos fundamentales, como lo es el delito, la pena y la medida de seguridad, tomando en cuenta que el delito es el injusto determinado en sus elementos que lo conforman y establece la doctrina y la ley penal, conminado con sanción ya sea con

*Una teoría que no sirve para la práctica no es
teoría, y una práctica sin teoría es mera rutina.*

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA Y BASES DEL DERECHO PENAL

1.1 PRINCIPIOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Todos los seres, excepto el hombre, están estrechamente condicionados por el medio en que se desarrollan. Los que viven en el mundo de la naturaleza y que están limitadas por sus propias condiciones, lo que se entorna una incapacidad para lograr cambiar el rumbo de su destino, por sus propias y deliberadas acciones.

La relación entre el hombre y su medio es, por el contrario diferente, llegó a conseguir, sin embargo, una categoría privilegiada en su desarrollo, cuando tuvo conciencia del medio en que vivía y comenzó a trabajar, con la razón, en la posibilidad de su mejoramiento. Así también aprendió a conocer sus mismas creencias intelectuales, sus costumbres e instituciones, examinando su carácter, discutiendo su autoridad y formulando, por último, propósitos deliberados de cambio y progreso. Todas las instituciones sociales ofrecen, por consiguiente, en un principio, una larga etapa en que se desarrollaron de manera inconsciente; solamente el hombre, por un procedimiento gradual, contribuyó a su realización y perfeccionamiento mediante su propio esfuerzo.

El Estado constituye la institución social más universal y poderosa. Allí donde existe una sociedad se ha encontrado siempre una organización, una autoridad y la fuerza que garantice el cumplimiento de las normas fundamentales para la convivencia humana, esto en atención al principio de conservación de los hombres quienes obliga a reunirse y a someter su voluntad a determinadas leyes que comprenden normas de conductas con objeto de conseguir la paz, las cuales descubren e interpreta la razón, en cuanto limitaciones o prohibiciones de todo lo que se oponga a la conservación del orden social. Teniendo el Estado el poder social que le permite socializar una conducta individual, aun cuando los sometidos a él no reconozcan su validez intrínseca a la conducta que se pretende socializar, siendo el Derecho el instrumento de control social, el cual lo conforma un conjunto de normas, preceptos imperativos-atributivos, es decir, reglas que imponen deberes y conceden facultades.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

Pero ¿Cuál es la verdadera esencia del derecho? Como un resultado por averiguarlo surge la Filosofía del Derecho como rama de la Filosofía, disciplina jurídica que aborda temas principales: primero es el de la determinación del concepto del derecho, lo cual constituye el objeto de estudio de la teoría fundamental del Derecho; el otro se refiere a los valores que el orden jurídico positivo debe realizar, cuya tarea consiste en descubrir los valores propios del derecho, lo cual se denomina axiología jurídica. Cuyo problema primordial de la materia es la determinación de la esencia del Derecho.

Por otra parte, si, como escribe Del Vecchio " la filosofía es el conocimiento de lo universal, la del derecho tendrá que ser, ante todo, el conocimiento de lo jurídico en sus aspectos y elementos universales; o, expresando en otro giro: una aplicación, al campo del derecho, de la reflexión filosófica. Y así como ésta empieza por preguntarse qué es lo que existe, y aspira a ofrecer una visión exhaustiva de lo real, la filosofía jurídica inquiere en primer término qué es el derecho, y trata de brindarnos, acerca del mismo, la verdad "autónoma", el conocimiento último y definitivo."¹

A finales del siglo XIX algunos escritores, influidos por la ideología positivista, sostuvieron que la filosofía del derecho debía ser reemplazada por una disciplina de tipo científico, cuyos métodos coincidieron con lo de la investigación naturista. Por lo que en Alemania entre otros, hay que citar, en primer, término, a Bergbohm, Merkel y Bierling, quienes trazaron el programa de una teoría general del derecho, concebida como un conjunto de generalizaciones relativas a los fenómenos jurídicos, para establecer la definición de lo jurídico, se pensaba que se deberían de poner en práctica los procedimientos del método, estrictamente experimental.

A consecuencia de ese programa y con la finalidad de continuar con la investigación de los métodos idóneos para el desarrollo de los estudios fundamentales acerca del derecho,

¹ Del Vecchio, cit. pos., Eduardo García Maynez, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1990, p.119

Podemos distinguir dos tipos de sistemas normativos con relación con la naturaleza de la norma fundamental de una sociedad determinada: son los *estáticos* y los *dinámicos*. Dentro de un orden *estático* las normas deben de poseer una cualidad prontamente evidente que garantiza su validez, es decir tales normas tienen tal propiedad en cuanto son derivables de una norma fundamental específica¹¹; el sistema *dinámico*, la norma es la básica que sirve de fundamento a un sistema de naturaleza dinámica y las normas que componen a este sistema tienen que ser por medio de una elaboración de las normas por parte de los individuos autorizados al efecto por una norma de grado, es decir, más alta jerarquía.

Kelsen al respecto menciona " La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez. El de aserto " cualquiera persona que manufacture o venda bebidas alcohólicas será castigada, es una norma jurídica válida si pertenece a un determinado ordenamiento jurídico. Y tiene tal carácter si fue creada en una determinada forma, establecida por la norma básica de ese orden jurídico, y no ha sido derogada en la forma establecida también en último término por la propia norma básica."¹²

Por lo que respecta a la norma jurídica como elemento primordial en un ordenamiento estructural de la norma. Estudiaremos a ésta desde el punto de vista formal, prescindiendo de sus contenidos específicos para hacer una remisión exclusiva a su estructura lógica-lingüística, examinando cuál es el status que le corresponde a las normas en el universo lingüístico.

Es un hecho, que todos los ordenamientos jurídicos contienen normas que llegan a imponer obligaciones (imperativas positivas) y las que decretan prohibiciones (imperativos negativos). Pero además junto a este tipo de normas existen otras que comprenden permisos

¹¹ Sobre este punto Cfr., Kelsen Hans, *Teoría General* ... supra nota 9, p.132

¹² Kelsen Hans, *Teoría General* ..., supra nota 9, p. 133

¹³ Sobre estas normas jurídicas, el maestro García Maynez las clasifica desde un punto de vista de su cualidad, Cfr. su obra supra nota 1, p. 91

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

y estas a su vez pueden ser positivos (permiso de hacer) o negativo (permiso de no hacer); en donde el primero es la negación de una prohibición; el segundo permiso es la negación de una obligación¹³ La relación entre estos cuatro figuras deónticas - según Giuseppe Lumia - se puede esquematizar de la siguiente manera:

- " a la obligación (imperativa positivo) le corresponde la fórmula
<< A debe B >> (es decir, el sujeto A debe de realizar la acción B);

- a la prohibición (imperativo negativo) le corresponde la fórmula
<< A debe no B >> (esto es el sujeto A debe de omitir, es decir, abstenerse de realizar, la acción B);

- al permiso positivo le corresponde la fórmula << A no debe B >>
(esto es, el sujeto A puede realizar la acción B);

- al permiso negativo la corresponde la fórmula << A no debe no B
>> (es decir, el sujeto A puede omitir la acción B) "¹⁴

Existen normas jurídicas que en su ser mismo tienen un sentido pleno, en tanto que otras sólo disfrutan su acepción cuando se les relaciona con preceptos de primera talle. Por lo que se consideran que son imperativos condicionados, los cuales se encuentran las siguientes normas:

1. Declarativas;
2. Instrumentales;
3. Finales;
4. Dispositivas, e
5. Inderogables.

14 Lumia Giuseppe , *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*. Madrid, versión castellana de Alfonso Ruiz. Ed. Debate, 1993, p. 34

normativo es genérico por referirse a todos los comprendidos dentro del Instituto Jurídico-Penal que, es el delito de robo, la sentencia judicial sólo es aplicable al sujeto, individualmente determinado quien cometió el robo.

NORMAS ABSTRACTAS: Éste tipo de normas se confunden con las normas generales, pero hay que analizar que generalidad y abstracción no son sinónimas. Como resultado del significado de los dos conceptos se desprende su diferencia, por lo que:

- "Generalidad (del lat. generalitas, atis.) f. mayoría o casi totalidad de personas o cosas que componen una clase o un todo. 2 ..."¹⁹

" General. Esta " generalizada " voz en lo jurídico y en otras muchas esferas aconseja su consideración separada en dos aspectos gramaticales de adjetivo y sustantivo.

1. En su carácter adjetivo. General expresa lo común; lo esencial; lo frecuente o usual."²⁰

" Abstracción (del lat. abstractio, - onis.) ... 4 fil. enunciado genérico que prescinde de las cualidades particulares de los componentes de un grupo o clase..."²¹

" Abstracto. Lo que incluye cualidad con exclusión del sujeto. // Inmaterial. // En consideración puramente intelectual. // Con enfoque teórico tan sólo. // En la técnica jurídica, sin causa. // Carente de naturaleza corporal, pese a su reconocimiento jurídico. "²²

De lo anterior se desprende, que la generalidad hace referencia al destinatario de la norma jurídica y la abstracción al objeto de la prescripción, es decir, a la acción prescrita; lo

¹⁹ *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones del Reader's Digest*, T. 5, p. 1617

²⁰ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Vol. IV F-I

²¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Vol. I. A-B.

²² *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones del Reader's Digest*. T. I, p. 17

²³ Lumia Giuseppe, Op. Cit., supra nota 14, p. 38

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

que cabe señalar que las " NORMAS GENERALES son las que se dirigen a toda clase de los sujetos que se encuentran en la misma situación; NORMAS ABSTRACTAS son las que regulan toda clase de las acciones que tengan el mismo contenido"²³, en particular, - como señala Giuseppe Lumia - " el principio de generalidad responde a una exigencia de IGUALDAD, por lo que se exige que la ley trate del mismo modo a todos los que se encuentren en la misma situación, mientras que la abstracción expresa la exigencia de la CERTEZA del Derecho, mediante la que se exige que cada vez que se produzcan situaciones jurídicas conformes con un cierto esquema (o supuesto de hecho) les sigan las mismas consecuencias jurídicas."²⁴

NORMAS CONCRETAS son aquellas normas que regulan una acción en particular. Un ejemplo de norma legislativa concreta nos lo ofrece el Artículo Segundo transitorio de nuestra actual Constitución Política Federal, que a la letra dice:

" El encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, inmediatamente que se publique esta Constitución convocará a elecciones de Poderes Federales, procurando que éstas se efectúen de tal manera que el Congreso quede constituido en tiempo oportuno, ...".

Otro aspecto importante, relativo al tema y como resultado obtenido con la aplicación de la lógica, complementada por las técnicas de utilización de computadoras electrónicas. - Olga Islas y Elpidio Ramírez nos señalan - " El Derecho, entendido como ordenamiento jurídico, es la unión de todas sus ramas: *constitucional, administrativo, mercantil, civil, penal, etc.*

" simbólicamente:

(1) D = AUBU...UN

donde D: el derecho como ordenamiento jurídico:

A, B, ..., N: ramas del derecho.

²⁴ Ibidem, p. 39

Razonamiento: si por la unión de A y B (en símbolos, AUB) se significa el conjunto de todos los elementos que pertenecen cuando menos a uno de los conjuntos A y B, entonces con (1) se expresa el conjunto de todas las ramas jurídicas que pertenecen cuando menos a una de las ramas del derecho.

Simbólicamente:

(2) $X \in AUB$

O sea: si X es un elemento (o miembro) de AUB, entonces X pertenece ya sea a A, ya sea a B, o a ambas.

En el caso particular, X es una norma jurídica. Por tanto, X representa, simbólicamente, una abstracción genérica del concepto de norma jurídica²⁵

PRECEPTO Y SANCIÓN

Las sanciones, en su sentido específico, aparecen, dentro de los ordenes jurídicos estatales, en dos formas diferentes: como sanción penal o pena (en el sentido estricto de la palabra) y como sanción civil o ejecución forzosa de bienes; esto para provocar cierta conducta humana que él legislador considera deseable.²⁶

²⁵ *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, México, Ed. Jurídica Mexicana, 1970, p. 11

²⁶ Cfr. Sobre el tema de sanción, consultar *La Teoría Pura del Derecho*, p. 38 y s.s.; *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 58 y s.s., ambos del autor Hans Kelsen

²⁷ La estructura de la norma jurídica, se puede representar con la conocida fórmula << Si es A, debe ser B >>, advirtiendo que la relación entre el evento condicionante A y la consecuencia B, no es una relación de implicación (lógica) o de causalidad (natural), sino, en un término kelseniano, al principio de imputación; es decir tal relación, no expresa un ser (sein), sino un deber ser (sollen); no nos dice lo que ocurrirá en el caso de que se verifique el evento condicionante A, sino lo que debe hacerse. Félix Kaufmann, sostuvo que la estructura de la norma se constituía por una norma primaria, que es aquella que contiene el precepto, y la norma secundaria las que prevén la sanción para el caso de que las primeras no sean observadas. Sobre éste tema Cfr. Como fuente de conocimiento a Lumia Giuseppe, Op. Cit., supra nota 14, p. 45. Carlos Cossio transforma la "norma primaria" de Kaufmann en "endonorma" y la "norma secundaria" en "perinorma", ambas unidas mediante la "presencia necesaria de la conjunción << o >> en todo enunciado jurídico". Ésta designación de la estructura de la norma pertenece, según el maestro argentino, a la "lógica del deber ser", y,

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

El ordenamiento jurídico, se vale también, junto a la técnica disuasoria (mediante las sanciones que llamaremos NEGATIVAS, en cuanto consisten en la privación de un bien) de la técnica promocional (mediante las sanciones que llamaremos POSITIVAS, en cuanto se resuelven en la atribución de ventajas); y un examen del Estado moderno, que fundamenta la previsión de que la técnica sancionadora promociones está destinada a ganar cada vez más espacio en las legislaciones de los países respecto a la disuasoria, sobre todo como consecuencia, (del deber ser, es decir, obligación de la autoridad en aplicar la sanción previamente establecida en la norma) de la conducta desviada del hombre a lo previsto en la norma que describe la conducta debida.²⁷

Se limitara el estudio de las sanciones, y se estudiara sólo las negativas, las cuales se pueden distinguirse sobre la base de la naturaleza del bien sobre el que recae o de la función que ejercitan. Sobre la base del primero, se distinguen las SANCIONES PATRIMONIALES, que afectan precisamente al patrimonio del autor del ilícito, y de las SANCIONES PERSONALES, que recaen directamente sobre su persona y van desde la amenaza con ciertas incapacidades y desde la limitación de la libertad personal hasta la pena de muerte.²⁸

El segundo criterio se distingue en las SANCIONES RESARCITORIAS, que tienden a eliminar el daño cometido mediante el restablecimiento, si es posible, de la situación jurídica anterior a la comisión del ilícito, y, si no es posible, mediante indemnización, y las SANCIONES RETRIBUTIVAS, que se resuelven en un castigo inferido como compensación por la violación del precepto.²⁹

por lo tanto, a la "lógica jurídica formal". Sobre Cossio, Cfr. Kaufmann Armin, *Teoría de las Normas*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1977, p. 466 y s.

28 En nuestra legislación, no se encuentra contemplada por el Código Penal Federal, aunque la Carta Magna en su Artículo 22 Último párrafo la prevé como sanción para algunos delitos

29 Sobre esta clasificación de sanción, Cfr. Lumia Giuseppe, Op. Cit., supra nota 14, p. 40 y s.s.

1.3 VALIDEZ, EFICACIA Y VALOR DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Con relación a la validez y eficacia de las normas jurídicas, existen tesis que mencionan que no existe relación alguna ya que la validez del derecho es independiente de su eficacia. Otro extremo es de que la validez del derecho es idéntica a su eficacia. Pero la solución a este problema lo da Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, lo cual propone al problema lo siguiente: " así como la norma deóntica, como sentido del acto real que la implanta, no es idéntica a este acto, la validez deóntica de una norma jurídica, no es idéntica a su eficacia real; la eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son, junto con el acto de instauración normativa, condición de la validez; y la eficacia es condición en sentido de que un orden jurídico como un todo, y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida; cuando ha cesado de ser eficaz."³⁰ Lo cual, la validez es una cualidad del derecho y la eficacia es una cualidad de la conducta real de los hombres.

Como las normas jurídicas son reglas de comportamiento humano (conducta humana) y ésta se realiza en un tiempo y espacio determinado. Ambas se sintetizan con la expresión ámbitos de validez, que se entiende como el alcance, la dimensión a la esfera de las normas jurídicas ya que se manifiestan valiéndose en cierto tiempo, en determinado espacio, sobre ciertas personas y exigiendo determinada conducta.

" La validez de las normas jurídicas puede ser limitada en el tiempo, y es importante advertir que el principio, lo mismo que el fin de tal validez, encuéntrase determinados únicamente por el orden al cual las normas pertenecen. Permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine. Este es el principio de legitimidad."³¹ Ya que el fundamento de validez de una norma sólo es posible encontrarse en la validez de otra norma, sea básica o fundamental. Este fundamento de validez de otra norma es, por medio de una norma superior y ésta concluye en una norma que supondremos

30 Cfr. Kelsen Hans, *Teoría Pura* ..., supra nota 8, P. 219 y s.s.

31 Kelsen Hans, *Teoría General* ..., supra nota 9, p. 137

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

la última, la suprema. En donde la regla esencial de ésta norma, es que a partir de esta sean creadas las demás normas del sistema.

Si las normas jurídicas han sido creadas en la forma y términos establecida en último término por la norma básica, formaran parte de un sistema dinámico. " En lo que sigue sólo se considerará, por de pronto, un orden jurídico estatal, es decir, un orden jurídico cuya validez está limitada a determinado espacio: el llamado territorio del Estado, y que es tenido por soberano, es decir, como no subordinado a ningún orden jurídico superior."³² En donde encontramos que los preceptos del derecho pueden ser generales o locales. Los primeros son vigentes en todo el territorio que conforma el Estado; el segundo conjunto sólo tiene una aplicación en una parte territorial del mismo. En nuestro país existen, tres tipos de leyes, las federales, locales y municipales. (supra. 1.7)

La eficacia del derecho, se traduce en el comportamiento de los miembros de una sociedad jurídica se comportan en la forma en que, deben de comportarse de conformidad con lo establecido en las normas jurídicas, siendo una cualidad de la conducta real de los hombres³³. "La eficacia del derecho consiste en que los hombres sean llevados a observar la conducta prescrita, gracias a la representación de la norma ...es un aspecto sobre la conducta real de los individuos."³⁴

Entre la validez y eficacia, existe una relación importante. " Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo; a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma. Una norma no es válida porque es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia."³⁵

³² Kelsen Hans, *Teoría Pura ...*, supra nota 8, p.207

³³ Cfr. Sobre el tema de eficacia, se señala como nueva fuente de conocimiento a Eugenio Navarro Pablo, *La Eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

³⁴ Kelsen Hans, *Teoría General ...*, supra nota 9, p. 47

³⁵ Ibidem, p. 49

El valor de una norma jurídica, se estatuye respecto a que una conducta real realizada por un individuo corresponde o contradice, a tal norma, en donde el juicio de que esta conducta es tal como deber ser acorde a lo establecido por la norma que forma parte de un ordenamiento formalmente válido, esto es un juicio de valor; éste puede ser en dos modalidades:

- a) un juicio de valor positivo
- b) un juicio de valor negativo.

La primera forma es aquella en donde la conducta real es " buena "; la siguiente es donde tal conducta no se realiza conforme a lo prescrito por la norma válida. Existiendo un valor que consiste en la relación de un objeto (conducta humana), con el deseo o la voluntad de realizar la conducta real por parte de un hombre o de varias, puede ser denominada valor subjetivo, es decir, el valor de lo bueno y el desvalor malo sólo se da para el hombre o los hombres que desean o quieren realizar esa conducta, o su contraria. Con relación al valor objetivo la conducta tiene un enlace con una norma objetivamente válida, es decir, el juicio de que una determinada conducta humana es buena o es mala siempre será por medio de la premisa indicada en la norma objetivamente válida, por lo que el valor bueno y el disvalor malo son para los hombres cuya conducta es así juzgada, en donde su comportamiento tienen un valor positivo o negativo, no porque sea deseado realizar la conducta o su contraria sino porque ésta corresponde a una norma. Pero también el valor se designa a la relación que una conducta, tiene un fin, que puede ser valor positivo cuando tenga una adecuación con el fin y a falta de ésta sería el valor negativo.³⁶

Siendo el ordenamiento jurídico un conjunto de normas de las cuales tienen un fin en el mundo real, que motivó en su momento al legislador para realizar su promulgación y éste es la justicia; y que con relación a su valor esta puede ser justa o injusta. Ahora bien " ese orden regula la conducta de los hombres en una forma satisfactoria para todos, es decir, de tal modo que todos encuentren en él su felicidad. La aspiración a la justicia es el eterno

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

anhelo humano de felicidad. El individuo aislado no puede, en cuanto tal, encontrar la felicidad, por ello la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social. ³⁷ Pero esta justicia significa legalidad, en donde lo justo es que en su caso en concreto se aplique de forma efectiva una regla general (norma jurídica), que de acuerdo a ésta deba aplicarse.

" Obviamente, el ideal sería que validez, eficacia y valor coincidieran y que toda norma válida fuese al mismo tiempo justa y eficaz. Por esto no impide que de hecho los tres planos de valoración puedan no coincidir y que una norma válida puede ser injusta, ineficaz, o injusta e ineficaz al mismo tiempo. ³⁸

1.4 COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En un ordenamiento debe de existir una coherencia entre las normas que lo integra, ya que no tiene que ser un simple agregado de preceptos, sino debe de constituir un sistema, una totalidad, una estructura. Lo que hace ser una totalidad estructurada, " puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen. ³⁹

" Pero una estructura no es realmente tal si incluye en su seno contradicciones y sino es autosuficiente, es decir, si la totalidad que la constituye no es coherente y plena. Puesto que las modalidades deónticas fundamentales son las de lo obligatorio, lo prohibido y lo permitido, un ordenamiento normativo es PLENO si permite calificar con una de dichas

36 Cfr. Kelsen Hans, *Teoría Pura ...*, supra nota 8, p. 30 y s.s.

37 Kelsen Hans, *Teoría General del ...*, supra nota 9, p. 6

38 Lumia Giuseppe, *Op. Cit.*, supra nota 14, p. 49

39 Kelsen Hans, *Teoría Pura ...*, supra nota 8, p. 214

modalidades a cualquier comportamiento y es coherente (o unívoco) sino permite más de una calificación para cualquier comportamiento."⁴⁰

"Más como el conocimiento del derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación."⁴¹

1.5 PROBLEMA DE LAS ANTINOMIAS

Cuando se integra y se constituye un sistema normativo, no se puede negar la posibilidad existente que el poder legislativo promulgan normas que se encuentran en conflicto entre sí, es decir, que cuando dos o más preceptos incompatibles entre sí regulen la misma relación. Pero como la estructura del orden jurídico, " es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma a nivel inferior, se plantea el problema del conflicto normativo, dentro de un orden jurídico, en formas diversas, sea que se trate de un conflicto entre normas del mismo nivel, o de un conflicto entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior."⁴² Pero para que exista jurídicamente antinomia es preciso que las dos normas incompatibles formen parte al mismo ordenamientos y tenga al mismo ámbito de validez.

Es importante recordar que las normas jurídicas en ocasiones imponen una obligación, establece una prohibición o acuerda un permiso que a la vez estos últimos, puede ser un permiso positivo (o de hacer) o permiso negativo (o de no hacer). Por lo cual,

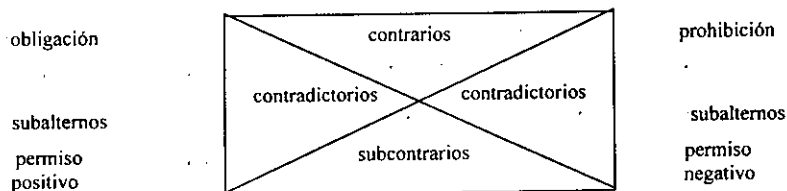
⁴⁰ Lumia Giuseppe, Op. Cit., supra nota 14, p. 76

⁴¹ Hans Kelsen, Teoría Pura ..., supra nota 8, p. 215

⁴² Ibidem, p. 215

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

son cuatro las figuras deónticas fundamentales y disponerse - como lo hace Giuseppe Lumia - a través de un cuadro lógico de las oposiciones:



Por lo que desprende del cuadro anterior, dos relaciones son compatibles, como lo es la relación que guarda una obligación y un permiso positivo, así como entre la prohibición y un permiso negativo; y precisamente para mayor claridad se manifiesta lo siguiente:

" 1. Entre una obligación y una prohibición que tengan un mismo objeto (por ejemplo, << es obligatorio fumar >> y << está prohibido fumar >>) hay una relación de CONTRARIEDAD. Las dos normas son incompatibles: si una es válida la otra es necesariamente inválida. Las dos normas no pueden ser válidas a la vez, aunque pueden ser ambas inválidas (fumar puede no ser obligatorio ni estar prohibido, sino sólo permitido).

2. Entre la obligación y un permiso negativo que tenga un mismo objeto (por ejemplo, << es obligatorio fumar >> y << está permitido no fumar >>), así como entre una prohibición y un permiso positivo que tenga un mismo objeto (por ejemplo, << está prohibido fumar >> y << está permitido fumar >>), hay una relación de CONTRARIEDAD.

Las dos normas de cada par son incompatibles: si una es válida la otra es necesariamente inválida. Las dos normas consideradas no pueden ser ni válidas ni inválidas a la vez.

3. Entre una obligación y un permiso positivo que tenga el mismo objeto (por ejemplo, << es obligatorio fumar >> y << está permitido fumar >>), así como entre una prohibición y un permiso negativo que tenga el mismo objeto (por ejemplo, << está prohibido fumar >> y << está permitido no fumar >>) hay una relación de SUBALTERNACIÓN. Las dos normas de cada par son compatibles: de la validez de la primera se deduce por implicación la validez de la segunda, pero no viceversa (sí fumar es obligatorio debe estar también permitido, pero no se dice que sí fumar está permitido, pero no se dice que sí fumar está permitido debe ser también obligatorio).

4. Entre el permiso positivo y un permiso negativo que tenga el mismo objeto (por ejemplo, << está permitido no fumar >> y << está permitido fumar >>) la relación es de SUBCONTRARIEDAD. Las dos normas pueden ser válidas a la vez, pero no pueden ser inválidas a la vez (sí fumar está permitido puede estar permitido también no fumar, pero podría igualmente no estar permitido sino ser obligatorio o estar prohibido).⁴³

1.6 ESTADO DE DERECHO

El Estado moderno nació en Florencia como un despertar de la idea de la *res publica*, dejando a un lado la situación del rey o del príncipe por la cosa de todo el pueblo, dando lugar a una obra de arte esculpida por las clases poseedoras de la tierra y riqueza para conservar su dominio sobre los sin-tierra-y-sin-riqueza, quienes éstos últimos amenazaban el quebranto debido al influjo de las corrientes liberales que despertaron del Renacimiento.^{43 bis}

⁴³ Lumia Giuseppe, Op. Cit., supra nota 14, p. 76 y s.s.

^{43 bis} La palabra estado proviene de la voz latina *status*, que significa *referencia o situación que guarda una persona o cosa*. Herausgegeben es quien explica que éste término fue ajeno a la Antigüedad, quienes utilizaban los vocablos *polis*, *res pública* e *imperium*. Teniendo la idea moderna el estado en Italia, donde Maquiavelo fue quien lo introdujo en la literatura, quien concebía al mismo como un carácter genérico que se componía de dos formas de gobierno (especies): a) República y b) Principado, que eran dos maneras de gobernar a los pueblos. Pero J. L. Klüber fue el primer tratadista quien en el s. XIX definió al Estado como una *asociación de ciudadanos constituida con un territorio determinado*. Para mayor conocimiento sobre los antecedentes y evolución del Estado Moderno Cfr. Cueva Mario de la, *La Idea del Estado*, ed. 3ª, Dirección General de Publicaciones U.N.A.M., México 1986, p. 41 y ss.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

Un Estado social es producto de una serie de hecho y a veces de las leyes, siendo de mayor frecuencia ambas cosas unidas; pero una vez que existe, se le puede considerar como la causa primera de la mayor parte de las leyes, de las costumbres y de las ideas que rigen la conducta de los Estados contemporáneos. De esta manera lo que no rinde, lo modifica de tal manera que para conocer la legislación y la costumbre de un pueblo es necesario iniciar con el estudio de su estado social.

Ahora bien, entre las principales teorías sobre el Estado se encuentra aquella que lo considera como: a) Unidad social constituidos por la acción recíproca; b) Unidad social construidos por una voluntad común o por intereses comunes; c) El Estado como organismo y d) El Estado como dominación. Por tal motivo y para el tema en cita se adoptará ésta última por considerar la más idónea.**

Esta realidad social, consiste en entender la conducta social interpretándola, la cual, tiene el significado en cuanto los individuos actuantes le otorgan un sentido, al interpretarla. Siendo la sociología la que da la interpretación de acciones que han sido ya objeto de una interpretación por los individuos actuantes. Para los juristas el Estado es un conjunto de normas, un orden, donde persiste un sistema normativo, pero en ambos criterios consideran la cualidad esencial del Estado, *la de ser una autoridad superior a los individuos que conforman el grupo social y capaz de obligarlos.**

La identidad del Estado y el sistema normativo jurídico se considera como una sociedad políticamente organizada, ya que toda organización es un orden, esto en cuanto tiene, o es, "poder", donde el Estado se sustenta del derecho, del cual deriva éste su fuerza. De esta manera, los elementos constitutivos del Estado Moderno, se justifican por su legalidad, quien al ejercer su poder tiene esta la fuerza de obligar al individuo, en tanto el legítimo.

** Para mayor consulta sobre estas teorías Cfr. Kelsen Hans. *Teoría General del ...* Op. Cit., supra nota 9, p.218 y ss.

Cfr. Kelsen Hans. *Teoría General del ...*, Op. Cit., supra nota 9, p. 224 y s.

La creación del derecho, ejecutarlo y resolverlo, son atribuciones del Estado que por medio de su división de poderes y de acuerdo a su esfera de competencia le corresponde respectivamente al Legislador, Ejecutivo y Judicial, cuyo ámbito de legitimación está definido y delimitado por el contenido por el derecho positivo mismo, el cual, los elementos constitutivos del Estado moderno, se justifica por su legalidad, es decir, el poder que le pertenece tiene la fuerza de obligar al gobernado de realizar lo establecido por la norma en el sentido de hacer o no hacer, en tanto que su investidura de autoridad es legítimo, esto de acuerdo a lo señalado por el sistema jurídico. Pero este poder no es total, en algunos casos es limitativo el actuar del órgano estatal por el mismo ordenamiento legal.

La razón de que el Estado se encuentre limitado en su poder es porque el individuo tiene frente al órgano estatal una serie de atribuciones que el derecho le confiere por la norma, atribución que en un sentido amplio le otorga el derecho de desenvolverse dentro del ámbito social dado por la ley, donde la eficacia de la norma descansa por lo tanto en el acatamiento y reconocimiento del derecho creado por la norma.

El poder que faculta al Estado que deriva de la norma, se justifica mediante a la obediencia, esto es, que el individuo obedece por algo y para algo en beneficio de la colectividad social, en tal forma que el acto público emitido por la autoridad es facultad de una legitimación objetiva que le otorga la norma; la legitimación subjetiva es la tendencia de la autoridad o potestad que tiene el órgano estatal para actuar. El particular carece de ambas legitimaciones respecto a las facultades que tiene el elemento del Estado para crear, ejecución y resolución del derecho.

De tal manera, el Estado y el derecho son términos dualistas donde la actividad estatal se divide en dos: una actividad primaria cuando el órgano estatal es cuando da resolución a los conflictos del derecho mediante la imposición de la sanción y la actividad secundaria es la jurídica. Si el Estado puede actualizar el Derecho, es por la previa existencia del mismo con la idea de mantenerlo, siendo éste su objeto primordial en favor del bien común.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

Por consiguiente, el Estado de derecho debe de imperar la ley, donde se exige la existencia y vigencia de una constitución, el cual, regula la integración del Estado, usualmente caracterizada como "ley fundamental, ley suprema, alma mater de un sistema jurídico, etc.", que forma la base de un marco jurídico nacional, la consecuencia de ésta regulación es la derivación de una jerarquía de normas jurídicas. En nuestro ordenamiento legal el contenido del artículo 133 Constitucional establece la supremacía legal y los artículos 14, 16 y 31 constitucionales, conforman a la categoría de garantía constitucional el principio de legalidad por constituir a través de ello conceptos como:

- a) Exacta aplicación de la ley penal;
- b) Correcta aplicación de la ley en las sentencias;
- c) Legalidad *in genere, lato sensu*; y
- d) Legalidad tributaria

La personalidad jurídica del Estado, es de una persona moral del mismo modo que lo son las sociedades mercantiles, los colegios de profesionistas, etcétera, cuya personalidad es como: a) ente de Derecho público es ejercicio de su soberanía y como ente de Derecho privado que atiende al ejercicio de derechos patrimoniales.

1.7 TIPOS DE LEYES

En el análisis del derecho positivo, revela el carácter dinámico del sistema normativo, el cual se encuentran preceptos jurídicos del mismo rango (coordinación) o de diverso (supraordinación o subordinación). La existencia de esta última relación entre normas legales, se encuentra una ordenación escalonada de aquellos preceptos dando al propio tiempo, el fundamento de su validez, esto es a través de que una norma que

determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera.*

El orden jerárquico normativo de cada sistema jurídico se compone de las siguientes grados:**

1. Normas Constitucionales (normas generales);
2. Normas Ordinarias (normas generales);
3. Normas Reglamentarias (normas generales); y
4. Normas Individualizadas (normas concretas).

1. *Normas Constitucionales* se les conoce como la norma fundamental, norma de normas, cuya representación es de más alta jerarquía dentro del derecho nacional, quien en una concepción material está constituida por preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales.

2. *Normas Ordinarias* son normas de carácter general establecidas por el Poder Legislativo, que representan un grado inmediata e inferior a la Constitución. Estos deben de ser aplicadas por los órganos estatales correspondientes de acuerdo a su ámbito de competencia. Algunos autores clasifican a las ordinarias en: a) de *organización* y de b) *comportamiento*, donde las primeras regulan la organización de los poderes de acuerdo a lo establecido en el contenido de la constitución y las

* En la antigüedad, el genio polígrafo de Macedonia distinguió dos clases de normas jurídicas: *la que es fundamento del Estado y las leyes simples*; siendo más tarde olvidada esta clasificación. Fue hasta Bierling quien resucitó la vieja cuestión considerando la existencia de una posibilidad de establecer una jerarquización de normas jurídicas, y considera ya, como partes constitutivas del orden jurídico, además de los preceptos en vigor, las individualizadas. Adolph Merkl, desarrolló esta concepción y creó la teoría jerárquica de las normas. Kelsen incorporó a su sistema la teoría de su colega y el profesor Verdross elaboró importantes trabajos sobre el tema. Cfr. García Maynez Eduardo, Op. Cit., supra nota 1, p. 83 y para mayor conocimiento sobre nuestra constitución consulte Trueba Alberto, *La Primera Constitución Político-Social del Mundo*, Ed. Porrúa, México 1971, p 3 y ss.

** Cfr. Kelsen Hans, *Teoría General del...*, Op. Cit., supra nota 9, p. 146 y ss. Y García Maynez Eduardo, Op. Cit., supra nota 1, p. 85 y s.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

segundas tienden a regular la conducta de los particulares, pero en algunos ordenamientos legales contienen en su cuerpo normativo los dos tipos de normas, los cuales, son denominados como *mixtos*, ejemplo de esta clasificación es la Ley Federal del Trabajo.

3. *Normas Reglamentarias* que en el caso de las ordinarias son a la Constitución, lo que las reglamentarias a las ordinarias, donde las normas generales que no son creadas por el poder legislativo, sino por otro órgano, sobre las bases de las normas generales que el Poder Legislativo ha expedido, por ejemplo, el Jefe del Estado cuando expide normas generales de acuerdo con las cuales son elaboradas determinados prescripciones de una ley
4. *Normas Individualizadas*. La doctrina considera que con la aplicación del derecho al resolver una controversia entre los particulares o condenar a un acusado a sufrir determinada sanción, el Juez aplica, una *norma general* que pertenece al derecho positivo. Pero al mismo tiempo, crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de cumplir cierto individuo. Esta norma individual puede ser referida a *normas generales* en la misma forma en que la ley es a la Constitución.

La decisión judicial al resolver una controversia, el Juez procede a realizar la siguiente secuencia:

- a) Aplica una norma general;
- b) Crea una norma individual;
- c) Impone una sanción a cierto individuo.

Este acto judicial es una etapa del proceso creador de derecho que se integra de la siguientes fuentes y etapas, en correlación y progresión de causa a efecto:

Constitución>>legislación>>costumbre>>desiciones judiciales>>ejecución de la sanción individual (de general y abstracta a lo individual y concreto)

Pero cuando un Estado se constituye en una federación, se presenta el problema del ámbito de validez entre las normas que comprenden las leyes de orden Federal y las de orden estatales, siendo el problema el de la ordenación jerárquica* de las normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, claro ejemplo de ello es nuestro orden jurídico global que de acuerdo al artículo 133 constitucional que establece dos grados superiores de la jerarquía normativa, en nuestro derecho:

1. Por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos
2. Por las leyes federales y los tratados internacionales

Las leyes ordinarias (orgánica, de comportamiento o mixtas) ocupan el siguiente grado; el que continua en la jerarquía corresponde a las normas reglamentarias y el último, las normas individualizadas.

1.8 DERECHO PENAL. Aspectos generales

La evolución de las ideas penales se han presentado diversos matices según el pueblo y época a estudio. El derecho penal ha tenido su etapa transitoria desde los tiempos más antiguos a la actualidad, como consecuencia se puede afirmar que esta ciencia (sentido amplio) es historia, esto por considerar al mundo fáctico de esta manera.

En los tiempos más remotos y colocando estos en un *Estado teológico inferior*, la idea punitiva se encontraba ubicada en un aspecto predominante religioso relacionado con sociedades primitivas y poco avanzadas en sus conceptos e instrumentos de

* Bodenheimer, considera que la Constitución General es la cúspide del triángulo de la jerarquización de las leyes, sobre la teoría de la pirámide jurídica Cfr. García Maynez Eduardo, *Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana*, Ed. Porrúa, México 1978, p. 127 y ss.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

comportamiento humano. El delito se concibe en esta época como un triunfo del mal sobre el bien; la pena como el pago por el mal cometido, ocasionando una ofensa a la divinidad y para tranquilizar a los dioses, se ofrecía en sacrificio al delincuente, que incluía el rito procesal ejercido por el rey o por los jueces que actuaban en su nombre o por las castas sacerdotales.*

En este *Estadio* deben situarse en la India las primeras manifestaciones del pensamiento filosófico y que preguntas fundamentales que después desarrollarían los griegos. Este pensamiento debe considerarse por ser demostrativa en extremo de un fenómeno que luego se repetirá más adelante en la historia por estar vinculado a la ideología del contrato social institucionalizado. El hinduismo fue tomado como una justificación de la estructura de poder de una sociedad fuertemente estratificada, donde los brahmanes o sacerdotes, debían estudiar, meditar y enseñar la religión, cuidar los templos y tutelar la pureza del culto y de las castas; los *chatrias*, guerreros cuya facultad se hallaba la justicia, la guerra y el buen orden social; la de los *vaisias* o comerciantes, artesanos y campesinos; la de los *sudras*, domésticos de las casta anteriores, bajo una organización social, moral, religiosa y educativa de acuerdo al Código de Manú, conformado por 12 libros.**

Al evolucionar el mundo primitivo, surge de igual manera la concepción de la pena, dando lugar a la *venganza privada*, donde aquel que se sentía ofendido por una pena injusta, se dirigía al autor de ella para exigirle una reparación y tener la facultad de causarle un mal de igual magnitud; surge de esta manera la *vindicta*, *ley del Talión* o *faida* y con ello una forma de graduación de la pena.

Como antecedente de la época Talional, es el *Código de Hammurabi* que data aproximadamente 2000 años a.J.C., dictada por el Rey Hammurabi de Babilonia, quien dio

* Cfr. Ojeda Velázquez Jorge. Op. Cit., supra nota 71, p. 21

** Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 199 y ss.

a su pueblo el primer código de leyes escritas. Estas leyes revelan la división de la población en clases sociales y el grado de severidad con que debían aplicárseles los castigos, refieren además a la vida privada, a la propiedad, a las relaciones domésticas, a los sueldos, contratos y honorarios, a la esclavitud y al crimen. Sancionando a este último, de acuerdo al principio de retribución de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito.*

En la antigua Grecia, los primeros filósofos -sofistas- clasifican al Derecho penal en: a) derecho penal democrático; b) derecho penal autoritario y c) derecho penal socialista. Tales como Protágoras, Calicles y Trasímaco, el primero de ellos vivió en el siglo V a.c., quien fundaba en la capacidad del hombre para intervenir en la vida pública del Estado su condición moral, que es común a todos los hombres que conforman a la sociedad, en otras palabras, es que todos los hombres pedían decidir acerca del acto humano si era benéfico o perjudicial para el Estado. Con esta idea sostiene que la sociedad surge de un contrato de hombres libres adoptando una teoría penal democrático.**

Calicles adopta una teoría del derecho penal autoritario, sostiene igual que Protágoras, un contrato social por parte de los hombres en relación con el Estado para dominar a los fuertes que son los que naturalmente deben gobernar, por considerar que el gobierno debe pertenecer al que es superior por tener la coacción de aplicar el derecho.

Según Trasímaco, el derecho penal es siempre la manifestación del poder que posee la clase dominante que impone valores que considera bueno o malo a la clase dominante, en beneficio de la sociedad.*

En general, Grecia en sus diversos períodos de la antigüedad conocieron de la venganza divina y de la venganza privada respectivamente, más tarde, cuando se

*Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 52

** Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 202

* Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 204

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

consolidan políticamente, separan el principio religioso y fundan su derecho penal como facultad del Estado de sancionar aquellas conductas que afectan a la sociedad, esto en función de su soberanía.

El pueblo romano tiene como institución más antigua a la *perduellio* que era la acción más grave, entre la forma de delitos cometidos contra el Estado. La construcción del crimen *laesae maiestatis*, encuentra su origen en los tiempos de Lucio Corneto Sila; el *Judicium perduellionis* castigó los actos realizados por el ciudadano que, como enemigo de la patria, ponía en peligro la seguridad del Estado. Su evolución dio como consecuencia al derecho penal público y privado, que estaba edificado sobre la base del deber moral en cuanto el Estado había tomado sobre sí la misión de ponerlo por obra, es decir, la ley penal era considerada como una obligación ética establecida por el Estado como obligatoria y su violación tenía como consecuencia al *delictum* que le correspondía una *poena* (pena).^{**}

ESTADIO TEOLÓGICO SUPERIOR

El concepto de la pena y su función represiva, se le dio el carácter eminentemente público, surgiendo leyes con sanciones más severas a los crímenes más graves, pero existía dentro de la administración de justicia una desigualdad de la aplicación de penas, donde a los nobles y poderosos penas más suaves, plebeyos y siervos castigos más duros. Los Jueces y Tribunales tenían la facultad de imponer a una persona penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos al momento de presentarse una conducta.

Manifestación de esta manera de sancionar se encuentra en la Edad Media con el oscurantismo como función específica de la justicia divina, donde la justicia era impartida por la iglesia cristiana por mandato de Dios. Esta idea del derecho penal autoritaria tenía su visión teológica del crimen-pecado, ejercía una tutela de la autoridad en su reclamado origen teocrático.^{*}

^{**} Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p.55

^{*} Ojeda Velázquez Jorge, Op. Cit., supra nota 71, p. 25

Las penas en esa época contenían una desproporción de la pena en relación con el delito, siendo sanciones severas y crueles como: la pena de muerte, deportación, condena a las galeras, trabajos forzados, hasta las penas corporales. Otras eran discriminatorias, la nobleza quedaba exonerada de las penas más dolorosas y degradantes. De esta manera el derecho penal encontraba en su integración y complemento en el ejercicio de un difuso control sobre la vida privada de los súbditos.

ESTADIO CONTEMPORÁNEO

En esta época el delito se concibió como una ofensa a la sociedad que a través del Estado ejecutaba la sanción correspondiente por ser su representante de su soberanía. Esto por la idea moderna de Estado y del contrato social, así pues, las sanciones formaron una especie de modeladores de la conducta humana que se aplican sólo dentro de un marco ideológico de referencia.

En Italia, algunos autores tuvieron el ingenio de separar la doctrina del derecho penal de la enseñanza general del derecho, realizándola de una manera especial. En el siglo XIII, el jurista *Gandino*, publicó un tratado particular con el título *De maleficiis*, otro autor fue *Rolundino Romaniceo* con la obra *De ordine maleficiorum*, que establecía las reglas particulares de los procedimientos criminales.^{43 ter}

El anhelo de esta época precedía al Código Leopoldino cuyo contenido eran encaminadas a la abolición desde sus raíces a la inquisición, basada en tormentos, pruebas privilegiadas, etc. Que conformaban hasta entonces todo el instrumento de la defensa pública. Procedimiento fundado sobre el inicuo principio de la sospecha y un sistema penal que tenía su base sobre el draconiano principio de la intimidación por medio de un procedimiento secreto.

^{43 ter} Sobre la evolución de la ciencia del derecho penal. Cfr. Carrara Francesco, *Derecho Penal*, Colección Clásicos del Derecho, tr. Enrique Figueroa Alfonso. Ed. Harla, México 1993, p. I

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

Las dos obras dieron fuerza a los verdaderos principios de la moderna ciencia penal, de esta manera tuvo su origen el respeto que se le debe al ciudadano que está acusado de cometer un crimen, dando paso a los derechos de defensa para disminuir el peligro de condenar a un inocente.

De igual manera, *Puccioni* quien se manifestaba en contra del método inquisitorio y por su magistratura conoció todas las iniquidades del proceso secreto, su postura de divulgar sus observaciones respecto a este procedimiento de basaba en su calidad de profesor, popularizando el deseo del procedimiento oral en los juicios penales.

Siendo hasta el año de 1507, el obispo de *Bamberger* con la cooperación de *Juan Schwarzenberg* creó un estatuto penal llamado de *Bambergerse*, al ver el margrave de *Brandeburgo* tal acontecimiento solicitó la ayuda de *Schwarzenberg* para la creación de su código penal y fue hasta 1516 cuando promulgó dicha ley.

Carlos V con sus deseos que su Imperio ganara la primacía sobre Alemania respecto a las obras legislativas de 1507 y 1516, a su vez solicitó la ayuda de *Schwarzenberg*, y otros juriconsultos para que todas las materias relativas a los delitos, penas y procedimientos penales se compilaran en un sólo código, siendo hasta el año de 1532 cuando tuvo cumplimiento, destacando por ello su filosofía y moderación.

En Francia, Francisco I, dio a su Nación y código Penal, promulgado en 1534 con el nombre Ordenanza de Villers-Cotteret, dicho ordenamiento quedó en vigor hasta la revolución por al confiar su voz al canciller Poujet de execrada memoria, se destacó de atroz severidad y por contener disposiciones de iniquidad, esta fue recordar en su época con horror.

Los primeros esbozos del esplendor de la regeneración italiana, lo vemos en el surgir del Motu proprio del 31 de mayo de 1847, que establecía:

“artículo 3.- Se instituya una Comisión para la redacción del código Penal sobre las bases de los principios y las máximas propuestas por distinguidos magistrados que antes recibieron de nosotros el cargo de hacerlo, y respecto a los cuales nos reservamos dar nuestra definitiva sanción.”

“artículo 4.- Esta comisión se compondrá del comendador Giovanni Bologna del Cav., Nicolo Lami y del abogado Francesco Antonio Mori, Profesor de Instituciones Criminales.”*

En Alemania concebían en la mayoría de los casos con el nombre de “mal hechos”, (Missetate) aparecían como, lesiones al grupo familiar, (Sippe). Ocurría esto, cuando ellos autorizaban y obligaban al grupo familiar a la venganza de la sangre (Blutrache, Fehde), que terminada con un convenio de expiación (Sühnvertrag), este tipo de procedimiento procedía cuando se demandaba la sanción reparadora (busse); donde no era necesaria la formulación de esta demanda o en el caso de la existencia de alguna ruptura de la paz de todo el pueblo, sobre el autor, recaía la pérdida de la paz y podría ser privado de la vida por cualquiera, sin necesidad de sanción reparadora.

En los siglos XV y XVI bajo la influencia de la ciencia jurídica italiana (glosadores y postglosadores), marcó nuevos rumbos sobre las leyes alemanas particulares, la ley que laboró Juan de Schwarzenberg (1507), base del Código Penal alemán Imperial, constituyendo en una de las obras más importantes de la historia jurídica alemana.

De esta manera, la Carolina de Némesis contenía derecho material y procesal, introduciendo el ordenamiento jurídico del llamada procedimiento inquisitorial. En el derecho penal material establece de forma definitiva el principio de la voluntad, castigando sólo el hecho doloso y la culpa se separa claramente del caso fortuito; se define la tentativa y en general, se sujeta a pena del mismo modo con relación a la participación aunque no de manera clara se determina.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN PRIMERA
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

En el siglo XVII, bajo la representación de Benedick Carpzov, determinó una administración de justicia alemana con un amplio manejo del derecho vigente en comentario práctico y mediante dictámenes en el Tribunal de Escabinos de Leipzig. En el siglo XVIII, con la concepción del derecho natural, el derecho penal se dedicó a investigaciones más a fondo y con la finalidad principal de la sistemática, el máximo exponente en lograr el estudio sustancialmente en las teorías generales fue J.S.F. Böhmmer.

Fue hasta que Anselmo V. Feuerbach quien ejerció una influencia decisiva en la formación de derecho penal liberal del siglo XIX, partidario de la filosofía de Kant, con ello inicia el estudio jurídico penal moderno, implantando por su sistemática estricta, precisión conceptual, determinación de las penas.

* Carrara Francesco, Op. Cit., supra nota 43 ter, p. 8 y s.

1.9 COMPONENTES DE LA LEY PENAL

El término " Derecho Penal " tiene dos acepciones: el llamado derecho penal objetivo, que significa un sistema de normas, esto es, el ordenamiento jurídico penal, y como ciencia del derecho penal como un sistema de conceptos. Por lo que el derecho penal se puede definir de dos formas: a parte obiecti (ordenamiento normativo) y a parte subiecti (ciencia).⁴⁴

Sobre el mismo tema el maestro Franz Von Liszt, define al derecho penal desde el punto de vista objetivo como el conjunto de normas jurídicas que asocia al delito, como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica.⁴⁵ Pavón Vasconcelos menciona que el derecho penal subjetivo se identifica con la facultad del Estado para crear delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes los cometen, o a los sujetos peligrosos que pueden delinquir.⁴⁶ Por lo que, el derecho penal como ciencia, " está integrado por la teoría de la ley penal, la teoría del delito y la teoría de la pena y medidas de seguridad. Como ordenamiento jurídico, se compone de una Parte General y una Especial. La primera contiene todas aquellas reglas generales que han de ser asociadas a las normas establecidas en la parte especial. En esta última, el legislador establece los tipos y la punibilidad que van relacionada con ellos."⁴⁷

Tomando la definición del derecho penal objetivo como un sistema de normas que conforma el sistema penal vigente en un Estado, siendo éste un "control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normalizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la

44 Cfr. Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, reimpresión de la 2ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 1989, p. 3 y s.s.

45 Cit. Pos., Pavón Vasconcelos Francisco *Derecho Penal Mexicano*, 9ª ed., México, Ed. Porrúa, 1990, p. 17

46 Ibidem

47 Islas Olga y Elpidio Ramírez, Op. Cit., supra nota 25, p. 20

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

actuación de los funcionarios y señala los casos y en condiciones para actuar.⁴⁸ Esta actividad comprende un ordenamiento jurídico penal, como especie del ordenamiento jurídico general cuyos elementos comunes deben de pertenecer aun sistema regulador, ya que éste pone límites a la actividad humana en sociedad para lograr una convivencia social y por otro lado, es un sistema organizador, donde estrecha los vínculos de los hombres entre sí y de todos con el Estado (Supra. 1.2 ordenamientos jurídicos).

En donde en " un sistema global de " control social " cuyos titulares son las más variadas instituciones, como la familia, el municipio, la escuela, la iglesia, las empresas, los sindicatos y las asociaciones. La administración de Justicia penal constituye sólo una parte de tal sistema, y las sanciones preventivas o represivas empleadas son incluso intercambiables hasta cierto punto.⁴⁹

El sistema penal comprende a la ley penal, donde señala un ámbito que puede seleccionar y criminalizar personas. Por lo que se debe de analizar la Teoría de la Ley Penal, para estudiar los componentes que integra la norma jurídico penal, es decir, el tipo y la punibilidad, lo que en el modelo lógico-matemático sería $n = TUP$; donde la norma sería el resultado de la unión de sus elementos (tipo y Punibilidad).⁵⁰ Beling " En su sentido propio - dice - se entiende por la ley penal (Strafgesetz), solamente un cierto principio jurídico penal (Strafrechtssatz), que en un determinado tipo legal (tatbestand) (primera parte de la ley penal) , basa una sanción penal o conminación penal (Strafdrohung) (segunda parte de la ley penal) ... Por el tipo legal (Tatbestand) ha de entenderse la descripción de aquella violación del Derecho que debe ser hallada en la concerniente sanción. "⁵¹

48 Zaffaroni Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, tercera reimpresión, México, Ed. Cárdenas Editores, p. 30

49 Kaiser Strategien, Cit. Pos., Jescheck Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4ª ed., tr. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, España, Ed. Comares editorial, 1993. p. 2

50Cfr. Islas Olga, Op. Cit., supra nota 25, p. 20

51 Ernesto Von Beling, Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal*, vol III, 5ª ed. Buenos Aires, supra nota 51, p. 55

Pero surge la necesidad de determinar el concepto de norma penal, ya que el delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal,⁵² donde actúa precisamente conforme a lo establecido a la primera parte de la ley penal que describe la transgresión de una ley cuya acción merece una pena. " La ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente, la ley que dispone la forma de su condena. Binding llama a estas proposiciones jurídicas normas, porque el delincuente sólo puede transgredir la proposición que le prescribe el modelo de su conducta".⁵³ Ahora bien, en la codificación del derecho penal uno podría tender a buscar estas normas que viola el delincuente. " Es verdad que hay numerosas normas, es decir, imperativos que sirven como modelo de conducta humana, que están formuladas positivamente en leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, precisamente las normas más importantes para la construcción del delito no se encuentran en el derecho escrito."⁵⁴ Para su demostración, se ofrecen las siguientes vías:

- " 1) el desarrollo mediato a partir de la ley penal misma
- 2) la demostración " a partir de las necesidades de la legislación ",
- 3) la investigación de las normas del derecho escrito,
- 4) la consideración de la historia del derecho. "⁵⁵

52 Carlos Binding, Cit. Pos. , Kaufmann Armin, *Teoría de las Normas*, supra nota 27, p. 3. Kelsen al respecto, dice que el acto ilícito (delito) es la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho. Cfr. en su obra *Teoría Pura del Derecho*, supra nota 8, p. 125 y s.s. Carrancá y Trujillo señala que el delito se ha de entender, como desvalor jurídico. La conducta humana, en consecuencia, no significa oposición a la ley positiva, ya que ésta ni manda ni prohíbe, en la ley penal se encuentra el precepto y sanción que en su fondo se encuentra la norma de cultura de que la ley se nutre y con el se vivifica. Cit. Pos. Carrancá y Rivas Raúl, *El drama Penal*, Ed. Porrúa, México 1982, p 31

53 Kaufmann Armin, Op. Cit. Supra nota 27, p. 4

54 Ibídem.

55 Kaufmann Armin, Op. Cit. Supra nota 27, p. 4

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

1. Demostración mediata de la norma a partir de la ley penal.

La norma que subyace, por ejemplo, el artículo 302 del Código Penal Federal podría establecer: " ¡No debes matar! ", o " ¡ No debes de matar, so pena de castigo! ", o también " ¡ Deberás recibir la pena si has matado! ".

a) Si el último imperativo fuese correcto, entonces no existiría ninguna prohibición de la futura acción delictiva, sino tan sólo una consideración del hecho cometido con la obligación, por parte del delincuente, de recibir la pena. Como nuestro derecho positivo penal ignora esto, este imperativo no puede ser la norma buscada.

b) Si se fundamenta en el segundo imperativo, en donde surgen de forma simultanea una prohibición y una amenaza de castigo; ésta última no está condicionada por alguna prohibición, sino de la acción que luego es colocada bajo pena. Este imperativo podría ser interpretado de manera tal que el Estado, que en cierta manera, presentara a los gobernados una elección alternativa de "omitir el delito, o enfrentarse con el riesgo de la pena. Esto no sería una prohibición sino sólo el consejo de omitir el delito por consideración al Estado."⁵⁶ sería un imperativo absurdo, tanto desde el punto de vista de su forma, como de su contenido.

Por lo tanto, tampoco es posible fundamentar la norma buscada sobre la primera parte de la ley penal, agregando la segunda parte.

C) El único camino correcto, es el primer imperativo que se deriva únicamente a partir de la primera parte de la ley penal. " Tal prohibición y mandato satisfaría totalmente la exigencia de ser una norma de formas de acción... el delincuente (hace) precisamente aquello que la prohibición quiere que se omita; su acción y la conducta que le esta ordenada se hallan en oposición contradictoria. "⁵⁷

⁵⁶ Ibidem, p. 5

⁵⁷ Kaufmann Armin, Op. Cit. , supra nota 27, p. 6 y s.

2. Demostración mediata de la norma a partir de las necesidades del legislador.

Si el legislador desea formular obligaciones que los gobernados tienen que acatar de una manera propiamente personal, entonces la autoridad tiene que decirles exactamente qué es lo que de los súbditos exige y qué es lo que reclama de ellos. De aquí se desprende el contenido y la forma de las normas: su forma es la de la orden y su contenido, prohibición o mandato, acción que debe ser a la sociedad.

De esta manera, la prueba de probabilidad conduce de las necesidades a las normas que coinciden de forma plena, en su forma y contenido, con las derivadas de la ley penal.

3. Las normas del derecho escrito.

Con relación a este punto. Carlos Binding demuestra que en el derecho positivo y en especial en las leyes del Imperio Alemán, existen varias normas escritas. De forma parcial se encuentran las corrientes disposiciones penales. También una serie de tipos penales hacen referencia a prohibiciones y mandatos que se encuentran fuera de ellos. De igual forma de aquellas leyes penales que no remiten a normas construidas de una manera similar a la de otras que hacen referencia a otras normas, la conclusión inevitable - que hace Binding - es que todas las leyes penales reconocen al delito como transgresión de una norma situada fuera de la ley penal.

4. Demostración a partir de la historia del derecho.

Binding, señala que en la antigüedad de la humanidad, la mayor parte de las veces, el mandato y la prohibición (la norma), eran expresos, por ejemplo, el caso de los mandamientos del Decálogo. Posteriormente, en el derecho romano primitivo, la norma fue formulada justamente con la ley penal. Finalmente, desapareció la norma y tan sólo quedó la ley penal con sus dos partes integrantes de la misma. El mismo desarrollo - menciona el autor - puede apreciarse en la historia de la legislación romano-germánico-alemana.

De esta manera, se ha demostrado en forma cuádruple la existencia de normas.⁵⁸ "En los casos más importantes, esta norma ha de ser desarrollada mediante la transformación de la primera parte de nuestras proposiciones jurídico-penales en una orden: no realizar La acción descrita o bien actuar como se exige. Esta norma precede conceptualmente a la ley penal, pues ésta amenaza la transgresión de la norma con una pena o la declara no punible."⁵⁹

1.9.1 EL DELITO

1.9.1.1 Antecedentes y noción del término delito

El origen del término de delito data en el antiguo Derecho romano, donde el acto delictivo en general, tanto en lenguaje común como en el jurídico, los romanos utilizaban la palabra *nox*, que luego evolucionó al vocablo *noxia*, la cual tiene el significado de "daño", del cual no era utilizado para un delito en concreto y que abarcaba las dos esferas: la pública y la privada. Ésta infracción considerada por el pueblo primitivo romano en un tiempo anterior e inclusive posterior a las Doce Tablas, cuyos efectos eran la reparación y retribución.

En las fuentes romanas resaltaron dos expresiones entre otras: *delicto* o *delictum*, que ¿proviene? Del verbo *delinqui*, *delinquere*, que significa, "desviarse", "resbalar", "abandonar", "abandono de una ley", quien según Carrara, es cometer una falta y crimen, del griego *cerno*, iudio en latín que en su origen era tomado como acciones menos represibles, llegando finalmente a designar los más graves delitos. Éstas mismas se usaron de forma técnica en el derecho penal en la Edad Media y en la práctica forense. Habitualmente se utilizaba crimen el estricto significado de un delito grave, y a *delictum*, el de un delito leve.⁶⁰

⁵⁸ Cfr. Kaufmann Armin, Op. Cit., supra nota 27, p.4 y s.s.

⁵⁹ Ibidem, p.9

⁶⁰ Cfr. Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., Vol. III, supra nota 51, p. 21 y s.s.

En el derecho italiano del siglo XVIII, el Marqués de Beccaria, ubicaba al delito en "una escala de desórdenes, cuyo primer grado consiste en aquellas que destruyen inmediatamente la sociedad y el último en la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella. Entre estos extremos están comprendidas todas las acciones opuestas al bien público, que se llamarán delitos, y todas van aminorándose por grados insensibles desde el mayor al más pequeño."⁶¹ "...Cualquier acción no comprendida entre los límites señalados, no puede ser llamada delito o castigada como tal, sino por aquellas que encuentran su interés en darle este nombre."⁶² "Donde el desorden nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal; y de la interpretación de la ley."⁶³ Por su parte, el Código napolitano de 1819, adoptó el vocablo reato, palabra que deriva del griego que significa "culpa" y es utilizado para designar tanto crímenes como delitos.

En Alemania, utilizó el término Verbrechen (crimen), que significa "romper", "quebrantar" que usó de forma genérica y Vergehen (delito), que vale como "ir fuera"; el "abandono" de la ley. Pero además empleo el vocablo Verletzung (contravención o falta) cuya acepción es "pasar por encima", "transgresión" y que en un momento pudiera valer como término genérico de las infracciones punibles, finalmente los penalistas alemanes acuden a la expresión Straftat (hecho penal). La razón se debe a que con ella se abarcan las todas las expresiones: crímenes, delitos y contravenciones.⁶⁴

En México como en algunos países latinoamericanos se emplea la expresión delito. Sin embargo, con ese designio genérico los hispanohablantes utilizan las frases "infracción"⁶⁵, "acción punible", "conducta delictiva", "hecho penal", entre otras, más con

⁶¹ Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, ed. 4ª facsimilar, Ed. Porrúa, México 1990, p. 27

⁶² Beccaria. Op. Cit. Supra nota 61. p.28

⁶³ Ibidem. p. 17

⁶⁴ Cfr. Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., Tomo III. supra nota 51, p. 22 y s.s.

⁶⁵ En el orden federal, la historia de la legislación penal mexicana para el Distrito Federal y territorios Federales conoce tres Códigos: el de 1871, el de 1929 y el vigente de 1931; en el primer ordenamiento se regulaba tanto al delito como a la falta, donde se consideraba al Delito: como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe ó dejando de hacer lo que manda." Y la Falta: como "la infracción de los reglamentos ó bandos de policía y buen gobierno." Cfr. *Leyes Penales Mexicanas*, Vol. 1, INACIPE, México 1979. Sobre la evolución legislativa penal en México, Porte Petit Candaudap Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, ed. 15ª Ed. Porrúa, México 1993, p. 43 y s.s.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

el fin de evitar la repetición que con el propósito de investir un término común y comprensivo de todas las infracciones penadas por la ley.

1.9.1.2 Concepción formal, totalizadora y analítica del delito

" El delito puede definirse en sentido formal (jurídico-dogmatico) y en sentido real (ético-histórico)."Nos hallamos ante dos definiciones: una según la forma - la que la lógica llama definición nominal -; otra, según el contenido - la que la lógica llama definición real - , en cuanto mira a determinar el valor objetivo de la cosa definida, y no solamente a su significado verbal."⁶⁶

Respecto al concepto formal del delito, en nuestro país lo define el artículo 7 del Código Penal Federal - que establece -, "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...". Pero el decir que es un acto penado por la ley, supone hacer un juicio a posteriori, este término está utilizado en un sentido estricto. En donde el delincuente no viola la ley penal, sino la norma primaria tácita contenida en ésta, es decir, el ladrón no viola la ley, sino el principio que prohíbe robar, el cual, el tipo penal del delito de robo forma la premisa mayor en el juicio del ladrón; con la acción del delincuente, la premisa menor, y con la ejecutoria de la pena, la conclusión.⁶⁷

Pero cuando el Juez, el Ministerio Público y el defensor o quien fuere, se le presenta un caso en donde surge la necesidad de determinar si existe o no un delito en el caso concreto, Zaffaroni pone como ejemplo, la conducta de una persona que se apodera de una alhaja en el establecimiento de una joyería, lo primero que se debe de hacer es saber es qué carácter debe tener la conducta para ser delito. Ya que se puede argumentar que si es delito la conducta del sujeto en relación, a la adecuación al tipo penal de robo (artículo 367 Código Penal Federal), pero puede ocurrir que pese a que se adecua a ese precepto, en el caso en concreto puede resultar que tal persona hubiese tomado la alhaja por error, o que lo hubiese hecho porque en ese momento requería dinero para operar a su hijo en peligro de

⁶⁶ Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p.252 y s.s.

⁶⁷ Sobre la ley penal y la norma penal, Cfr. Binding Carlos, Die Normen Und Ihre Übertretung, Vol. I, 1916. .
⁶⁸ Cfr. Jescheck Hans-Henrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 18 y s.s.

muerte, o que la alhaja fuese de él y él creyese que era del joyero, o que la hubiese tomado para amenazar al joyero con destruirla sino le entregaba una carta comprometedora con que el joyero le extorsionaba exigiéndole entregas de dinero. En cualquier de las supuestas anteriores. ¿el sujeto cometió un delito o no cometió ningún delito?.

Para dar respuesta a lo anterior, es imprescindible tener el conocimiento que características debe de tener el delito. Por lo que la teoría del delito se ocupa de los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción. Se incluye no sólo el delito en el sentido del artículo 7 del Código Penal Federal sino todas las acciones punibles, en donde éstos presupuestos de la punibilidad, se piensa en un primer momento, de manera natural, en la Parte Especial, donde se hallan regulados los distintos tipos penales, como homicidio, robo, lesiones, entre otras. Sin embargo, la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos del delito, sino aquellos elementos del concepto del delito que son comunes a todos los hechos punibles.⁶⁸

Con relación a la teoría general del delito - Olga Islas señala en su modelo -, "es la unión del tipo y la culpabilidad (d=TUC), y tiene como objeto de estudio al delito en sus aspectos positivo y negativo"⁶⁹. Por lo cual, la teoría se debe deducir de la ley o, al menos, tratar de ser compatible con la misma. Donde la Parte General del Código Penal permite conocer la estructura del concepto del delito que le sirve de base.

De lo anterior, es necesario indicar la diferencia entre delito y teoría del delito. "El delito (a diferencia de la norma jurídico penal) es un hecho, y, como tal, es un concepto particular, concreto y temporal. Se integra con elementos fácticos adecuados a un tipo, y un específico grado de culpabilidad determinado por el ejercicio de la libertad y los reductores de éste. En cambio, la teoría del delito, por ser un capítulo de la ciencia del derecho penal, debe cumplir con las propiedades asignadas a la ciencia, o sea, universalidad y validez"⁷⁰,

69 Islas Olga, Op. Cit., supra nota 25. p.22

70 Islas Olga, Op. Cit., supra nota 25. p.22

71 Cfr. Ojeda Velázquez Jorge. *Derecho Punitivo*, teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito, Ed. Trillas, México 1993, p. 50

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

estudia al delito desde un particular campo de trabajo que comprende la generalidad, la abstracción y la permanencia del mismo. Es general, porque sus conceptos se aplican a todos los delitos; es abstracta, porque no se refiere a un caso concreto, sino a todos aquellos que se puedan realizar durante su vigencia; y permanencia, porque subsiste a pesar de su violación.⁷¹

Pero surgen dos corrientes para dar un concepto del delito; la concepción totalizadora o monolítico imposible de dividir en elementos, el delito es un todo orgánico y como tal se debe estudiar para entender su verdadera esencia; la concepción analítica o atomizadora que estudia al delito a través de los elementos constitutivos que lo conforman, además la relación existente entre ellos.⁷² Estas corrientes son lo que Zaffaroni denomina la teoría unitaria y la teoría estratificada del delito, por considerar ésta última, que el delito es estratificado, ya que el mismo está integrado con varios estratos, niveles o planos de análisis, pero esto no significa que lo estratificado sea el delito sino es el concepto que del delito obtenemos por vía de análisis.⁷³

En la concepción unitaria, el delito es un todo orgánicamente homogéneo, es irreducible en su esencia, es decir, es un acto contrario a derecho que al obrar en contra del derecho; no se puede concernir a sus componentes en particular sino a toda la unidad. Ésta se considera que lleva sustancialmente al campo de las intuiciones y a apreciaciones irracionales.

1.9.1.3 Concepción analítica del delito. Aspectos Generales

En cambio, la concepción analítica, el delito se presenta como una suma de elementos separados que cobra vida únicamente cuando éstas se suman. Visión atomista parcial y fragmentaria, en la cual el delito se degrada a una suma de elementos dispares y

⁷² Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 165 y s.s.

⁷³ Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. Cit., supra nota 48, p. 333 y s.s.

heterogéneos,⁷⁴ es decir expresa el número que constituye la concepción del delito. El número de componentes varía según la particular concepción, como la biatómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, esto de acuerdo con el criterio de los autores que realizan el concepto de delito con relación a los elementos integrantes de éste.

1.9.1.3.1 Teoría Bipartita del delito

La doctrina clásica italiana elaboró la teoría bipartita del delito que se basa en una distinción entre los elementos objetivos (fuerza física) y subjetivos (fuerza moral)⁷⁵ y que criminalistas italianos de renombre como Manzini, Floriani, Paoli, Ranieri, Antolisei, Pisapia y Nuvolone, quienes todavía continúan aceptando, el elemento objetivo conformado por la conducta o hecho, el evento o resultado y la relación de causalidad que debe de existir entre los dos primeros (causa-resultado-nexo causal)⁷⁶, además tal elemento fue utilizado como axioma de la jurisprudencia española, "el que es causa de la causa es causa del mal causado"(causa causae, causa causati)⁷⁷. Pero según la doctrina italiana, con ello no se agota el estudio del elemento objetivo, ya que además de la presencia de los elementos antes señalados y que de manera general constituyen la *fattispecie* criminosa, es necesaria la ausencia de las causas que excluyen el delito. En cambio, el elemento subjetivo, trata más que la conciencia y voluntad humana con que se llega a cometer el hecho, es decir, el grado de culpa con que obra el autor del delito, lo que en su aspecto negativo se estudia las causas que eliminan el nexo causal (*dolo* como culpa).⁷⁸

74 Cfr. Ojeda Velázquez Jorge, Op. Cit., supra nota 71, p. 50

75 Sobre los elementos objetivos y subjetivos. Cfr. Carrara Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, tr. José J. Ortega Torres y otro, Ed. Temis, Bogotá-Colombia, X Volúmenes y Carmignani Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, Tr. Del texto por Antonio Forero Otero, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1979

76 Cfr. Ojeda Velázquez Jorge, Op. Cit., p. 52; y Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, p. 182 y s.s.

77 Cfr., Díaz Palos Fernando, *La Jurisprudencia Penal ante la Dogmática Jurídica y la Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid 1991, 186 PP.

78 Ibidem

1.9.1.3.2 Teoría Tripartita del delito

Pará la teoría tripartita del delito, que surgió en Alemania a través de Beling, llega a su definición del delito en la primera edición de sus Grundzüge (principios), hecha en 1888, daba un concepto similar al que Franz Von Liszt exponía: "Acción Punible (hecho penal, delito, delito en sentido amplio), es la acción antijurídica y culpable, conminada con pena".⁷⁹ donde años más tarde afirmó, la punibilidad, ha de ser uno de los elementos del delito y no entrar en la definición para evitar una tautología. Beling cree haber conseguido una nueva fórmula: "Es delito la acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción penal adecuada y suficiente para las condiciones de la sanción penal". En este concepto incluye la tipicidad y para ser considerado como delito un acto debe de reunir ciertos requisitos: acción; descrita de forma objetiva en la ley; contraria al derecho (antijurídica); dolosa o culposa (culpabilidad); sancionada con una pena; y que se den, además, las condiciones objetivas de penalidad.

La crítica surgió en contra de Beling, especialmente por el hecho de mantener aún en ella la "conminación pena", y por la independencia de la tipicidad. Esto motivo a la censura de Max Ernesto Mayer, que comentó respecto a la fórmula, que dijo que ello era una "fórmula pleonástica" (repetición innecesaria de palabras de igual sentido). En la última edición de aquella obra, todo cambia: la tipicidad como requisito, no aparece de forma independiente, y se fórmula negativamente la condición de penalidad, para quedar como: "Acción Punible (delito en sentido amplio) es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta por una causa material de exclusión de penalidad".⁸⁰

Para Max Ernesto Mayer gran penalista alemán, el "delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable", donde a la característica de tipicidad no actúa como pieza

79 Beling, Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., Tomo III, supra nota 51, p. 55

80 Cfr. Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., Tomo III, supra nota 51, p. 56

81 Ibidem, p. 57

totalmente independiente del delito, es decir, no se fórmula referida a lo injusto en su definición.⁸¹

De lo anterior, los elementos del delito quedarían de la siguiente manera:

1. El hecho típico (tatbestand), entendido restrictivamente como el hecho material, que abarca en sí a los clásicos requisitos objetivos (conducta, evento y causalidad).

2. La antijuricidad objetiva (Rechtswidrigkeit), con la cual se pretende designar no la antijuricidad penal global, sino solamente la contrariedad del hecho material con el ordenamiento jurídico; y

3. La culpabilidad (Schuld), es decir, la voluntad reprochable en sus dos formas, de dolo y de culpa.⁸²

Otro gran jurista alemán, Edmundo Mezger, en su Grundriss de 1938, dice que "Acto penal es un hacer u omitir, de un determinado autor, antijurídico-típico, personalmente imputable y sancionado con una pena", en donde la amenaza penal se miraba por Mezger como una "consecuencia" y no como una característica o elemento del delito.⁸³

En Italia, este sistema cobra una importancia creciente aun entre insignias maestras italianas como Giuseppe Maggiore, Delitala, Petrocelli, Battaglini, Frosali y Bettiol. El primero de ellos, señala que el delito comprende tres aspectos y no elementos "en cuanto a la propiedad lingüística, más adecuada que todas parece la expresión "aspecto", que es como decir la fisonomía, las características, las señales distintivas o de identidad (lo que los alemanes llaman Merkmal [marcas]) del delito, por las cuales este se individualiza entre todos los demás entes jurídicos de su mismo género. En el "aspecto" se precisa el valor

82 Cfr., Ojeda Velázquez Jorge. Op. Cit., supra nota 71 p. 52

83 Mezger, Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit., Vol. III, supra nota 51, p. 58

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

cualitativo, así como en el "elemento", que recuerda los conceptos de fragmento y de átomo, prevalece la fase cuantitativa.

- 1) La acción (Handlung);
- 2) La antijuricidad (Rechtswidrigkeit);
- 3) La culpabilidad (Schuld)" ⁸⁴

Pero el delito no es una acción más antijuricidad más culpabilidad. Por ese motivo se dice exactamente que es acción antijurídica y culpable, es decir, "no nos encontramos ante una trisección del delito, sino más bien ante una recomposición de su totalidad por medio de una tríada".⁸⁵ Esta concepción en general se le atribuye su paternidad a la dogmática alemana.

Por su parte Julio Battaglini, define al delito como "un acto humano descrito en el modelo legal y culpable cometido, por el cual es aplicable una pena". A su juicio los elementos son: el "hecho típico", la "culpabilidad" y la "punibilidad", entendida esta última de modo muy y amplio, donde deben de encontrarse las causas de justificación. ⁸⁶

Desde una visión cuatripartita, en Alemania, E. Wolf, da un concepto en que los cuatro elementos sustanciales se destacan de forma independiente, y una diferencia con la definición de Mezger, es que no menciona la conminación de la pena, es decir de la amenaza penal, por lo que define: el "delito es una acción típica, antijurídica y culpable". ⁸⁷

Franz Von Liszt menciona que el "concepto específico de delito es el de la infracción penal (Kriminelles Unrecht): el delito es el acto culpable, contrario a derecho y sancionado con una pena.

⁸⁴ Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 270

⁸⁵ Ibidem, p. 271

⁸⁶ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., Tomo III, supra nota 51, p.59

⁸⁷ Ibidem 58

⁸⁸ Liszt Franz Von, Op. Cit., supra nota 88, p. 264

El concepto (el hecho general) del delito esta pues, constituido por cuatro caracteres esenciales; los tres primeros son caracteres genéricos del acto culpable (Delickt), el cuarto es el carácter específico del delito (Verbrechent)." ⁸⁸

1.9.1.3.3 Teoría Cuatripartita del delito

En Italia, Felipe Grisigni realiza el estudio de los elementos del delito, desde el punto de vista analítico, que es la auténticamente dogmática: "la conducta humana corresponde al tipo descrito por una norma penal, que no presenta causas de justificación y que además es psíquicamente reflexible a un sujeto". ⁸⁹

En México, Raúl Carrancá y Trujillo; y Sergio Vela Treviño, comparten esta concepción tetratómica, el primero manifiesta que " el delito es una acción antijurídica, típica culpable y punible."; El siguiente autor nos dice que el delito "es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible". ⁹⁰

Para el Maestro argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, gran jurista latinoamericano, el delito es "conducta típica, antijurídica y culpable"; quien representa por medio de un esquema a las características del delito: ⁹¹

Delito

a) Carácter genérico: conducta:	Tipicidad	caracteres del
b) Caracteres específicos	Antijuricidad	injusto penal
	Culpabilidad	

⁸⁹ Cit. Pos..Ojeda Velázquez Jorge, Op. Cit., supra nota 71, p. 53 y s.

⁹⁰ Ibidem

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

1.9.1.3.4 Teoría pentapartita del delito

Francisco Pavón Vasconcelos, afirma que el delito esta integrado por cinco elementos (teoría pentapartita o pentatómica), donde la moderna doctrina jurídico-penal considera que a cada elemento que integra el delito le corresponde un aspecto negativo, el cual en presencia de alguno de éstas, no se considera como delito.⁹²

ELEMENTOS

Conducta o hecho

Tipicidad

Antijuricidad

Culpabilidad

Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

Ausencia de conducta o hecho

Atipicidad

Causas de justificación

Inculpabilidad

Causas absolutorias

1.9.1.3.5 Teoría Hexapartita del delito

Retomando a Beling, en la 8ª edición de su obra *Grudzüge* (1925, p.19). Establece una definición del delito hexatómica (seis elementos), lo definía así: "acción punible es: 1º. Una acción; 2º. Típica; 3º. Antijurídica; 4º culpable; 5º cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y 6º. Que llena las condiciones legales de punibilidad".⁹³ Esta concepción del delito fue realizada antes de su última edición de esta obra donde cambio a la concepción a una teoría triatómica del delito.

91 Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 341

92 Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p.166 y s. s.

93 Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., T. III, supra nota 51, p.56

94 Cfr., Jiménez de Asúa Luis, *La Ley y el Delito*, ed. 3ª, Ed. Abeledo-Perrot editorial Sudamericana, Buenos Aires 1992, p. 207 y s.

1.9.1.3.6 Teoría Heptapartita del delito

Jiménez de Asúa, completando la doctrina de Guillermo Sauer, que construyó con designio filosófico, frente a la faz positiva de los elementos del delito, su aspecto negativo. Sigue la concepción Heptatómica de la siguiente manera: ⁹⁴

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
a) Actividad	a) Falta de acción
b) Tipicidad	b) Ausencia de tipo
c) Antijuricidad	c) Causas de justificación
d) Imputabilidad	d) Causas de inimputabilidad
e) Culpabilidad	e) Causas de inculpabilidad
f) Condicionalidad objetiva	f) Falta de condición objetiva
g) Punibilidad	g) Excusas absolutorias

Donde cada ausencia de los requisitos del delito crea un Instituto jurídico-penal de importancia superlativa. Los maestros, Fernando Castellanos Tena y Celestino Porte Petit Candaudap adoptan esta teoría.

1.9.1.4 Presupuestos del delito

Antes de iniciar el estudio de los elementos del delito, se debe de precisar ciertos conceptos, como lo son, los de presupuestos, prelación, prioridad lógica y prioridad temporal, empezando por el primero en la doctrina existen dos corrientes sobre este tema: una que los niega y otra que los acepta. En esta última, admiten algunos autores una clasificación de presupuestos del delito y del hecho; los que sostienen de forma única la existencia de los presupuestos del hecho, el jurista mexicano, Celestino Porte Petit se coloca en la posesión dual.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

Bettiol, menciona que por presupuestos del delito debe de entenderse aquellos "elementos, requisitos, factores que deben preexistir o ser concomitantes al hecho material para que este pueda configurarse como hecho delictuosa".⁹⁵ "En consecuencia, los presupuestos del delito, son aquellos antecedentes jurídicos, previos a la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo, y cuya existencia depende el título del delito respectivo." ⁹⁶ Los presupuestos del delito se dividen en generales y especiales.

1.9.1.4.1 Presupuestos generales del delito

La doctrina los señala como "aquellos comunes a cualquier delito". Y cuyo requisito -según Petrocelli- son los siguientes:

- "a). La norma penal comprendido el precepto y la sanción.
- b). El sujeto activo y pasivo.
- c). La imputabilidad, y
- d). El bien tutelado" ⁹⁷

En donde la falta de los presupuestos del delito generales (norma penal o de la imputabilidad) impiden la existencia del delito.

1.9.1.4.2 Presupuestos especiales del delito

Los presupuestos del delito especiales, son aquellos propios de cada delito ⁹⁸ y cuyos requisitos son:

- "a). Un elemento jurídico.
- b). Previo a la realización de la conducta o del hecho, y
- c). Necesario para la existencia del título del delito." ⁹⁹

⁹⁵ Cit. Pos., Porte Petit Candaudap Celestino, *Escritos del Doctor Celestino Porte Petit*, Revista Criminalia, revista mensual, año XXVI, México 29 de febrero de 1960, p. 61

⁹⁶ Ibidem, p. 62

⁹⁷ Petrocelli, Cit. Pos., Porte Petit Candaudap Celestino, *Escritos de...*, supra nota 95p. 62

Ahora bien, la relevancia que implica la ausencia de un presupuesto del delito especial, no es la inexistencia de éste, sino la variación del tipo delictivo *

Respecto a los presupuestos del hecho y que Celestino Porte Petit, estima que la "expresión aconsejable es: presupuestos de la conducta o del hecho, con razón de que el tipo puede describir una u otro como delito, en sus respectivos casos".¹⁰⁰ Para Manzini los presupuestos del hecho "son aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito." Maggiore añade que son "los elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia se requiere para que el hecho previsto por las normas constituya delito."¹⁰¹ Porte Petit, considera que los presupuestos del hecho "son los requisitos jurídicos o materiales, previos y necesarios para que exista la conducta o el hecho, constitutivos del delito"¹⁰²

Los presupuestos de la conducta o del hecho especiales, son de naturaleza jurídica o material, al respecto Manzini indica que los presupuestos jurídicos del hecho, "son las normas de derecho y otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista;"¹⁰³ con relación a los presupuestos materiales del hecho, el mismo autor señala, "son las condiciones reales preexistentes, en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho."¹⁰⁴ Así, para que exista el aborto (artículo 329 del Código Penal Federal), se necesita la existencia de un requisito material: el embarazo. O bien, para poder cometer el delito de bigamia (artículo 279 del ordenamiento Sustantivo

98 Cfr., Porte Petit Candaup Celestino, *Escritos del Doctor ...*, Op. Cit., supra nota 95, p. 62

99 Ibidem

* Por ejemplo, la calidad del parentesco es un presupuesto del delito de homicidio en razón del parentesco o relación (artículo 323 del Código Penal Federal), y de faltar, el hecho garantizado se adecua en el delito homicidio simple (artículo 302 con relación al 307 del Código Penal Federal).

100 *Escritos de ...*, Op. Cit, supra nota 95 p. 163

101 Ibidem, p. 63

102 Ibidem

103 Cit. Pos., Porte Petit Candaup Celestino, *Escritos del Doctor ...*, Op. Cit, supra nota 95, p. 63

104 Ibidem

105 Ibidem, p. 64

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

Penal Federal), se requiere el matrimonio. Por tanto, los requisitos del presupuesto de la conducta o del hecho son:

- "a). Un elemento jurídico o material,
- b) Previo a la realización de la conducta o del hecho, y
- c) Necesaria para la existencia de la conducta o del hecho descrito por el tipo."¹⁰⁵

"La falta de un presupuesto de la conducta o del hecho implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo", ¹⁰⁶ que vienen a constituir el elemento esencial general material, de todo delito. Señala Grispigni, el sustantivo al cual otros requisitos (la antijuricidad objetiva penal y la culpabilidad) se agregan como adjetivos, y por tanto, fundamental es el principio según el cual: *nessun reato senza una condotta umana*.

1.9.1.5 Existe prelación lógica, prioridad lógica o prioridad temporal entre los elementos del delito:

Ahora bien, es de una gran importancia para los partidarios del análisis del delito, sin perder de vista la unidad del mismo, determinar si entre los elementos del delito existe la prelación lógica o prioridad temporal. Laureano Landaburu, señala que "el conocimiento del delito debe ser efectuado en varias etapas sucesivas: primero debe examinarse el elemento acción; después la antijuricidad; luego, la imputabilidad más tarde, la culpabilidad, etc., la alteración de este orden expone a quien conoce el delito a cometer graves errores, como ser, el de absolver a un loco por falta de dolo, o el de absolver por inimputable a quien ha obrado en legítima defensa."¹⁰⁷

¹⁰⁶ Ibidem. Respecto a Felipe Grispigni, véase Porte Petit Candaup Celestino, *Apuntamientos* ..., Op. Cit. Supra nota 65, p. 230

¹⁰⁷ Cit. Pos., Porte Petit Candaup Celestino, *Escritos del Doctor* ..., Op. Cit., supra nota 95, p. 71

De lo anterior se observa que "lo importante es hacer notar que para los partidarios del método analítico entre los elementos del delito existe un orden preestablecido, encontrándose una circunstancia curiosa, pues mientras la mayoría de tales autores dicen que esa prioridad de los elementos sobre los otros es puramente lógica, en la práctica, todos ellos atribuyen a esa prioridad carácter temporal. La prioridad lógica es otra cosa muy distinta. Ella se refiere no a una relación de tiempo sino a una relación unilateral de fundamentación, en el sentido que a este término da Husserl en su tercera investigación lógica. Una parte de un todo tiene prioridad lógica con respecto a otra, cuando ambas se hallan unidas entre sí por una relación irreversible de fundamentación, es decir, cuando una parte es fúndante con respecto a la otra, pero ésta no es fúndante con respecto a la primera. Ahora bien, frente a quienes propician el método analítico para el conocimiento del delito, yo sostengo que entre los elementos del delito, tal como los entrevió con toda claridad Ramos, no hay prioridades lógicas y, con mayor razón, tampoco prioridades temporales. Las relaciones de fundamentación que pueden encontrarse entre ellos los elementos no son unilaterales, sino bilaterales, vale decir, que un elemento es fúndante con respecto a otro, pero al mismo tiempo, éste es fúndante con respecto a aquél: Hay, pues, entre los elementos una íntima compenetración que impide conocerlos por separado, a no ser que se destruya el objeto delito." ¹⁰⁸

108 Porte Petit Candaudap Celestino, *Escritos del Doctor ...*, Op. Cit., supra nota 95, p. 72

Celestino Porte Petit, expone respecto a la problemática de la prioridad temporal, prioridad y prelación lógica en el aspecto positivo del delito, elaborando cuadros sinópticos respecto al aspecto negativo de cada una de las notas esenciales del delito, para indicar cómo funciona la prelación lógica que sostiene el gran jurista mexicano, teniendo a gran interés en resolver si en el aspecto positivo del delito, hay prioridad temporal, quien piensa que, al nacer el delito, no puede existir prioridad temporal en virtud de que sus elementos, por la indisoluble unidad del mismo, concurren simultáneamente. Respecto a la prioridad lógica, aceptando el concepto que pone en juego Landaburu, Porte Petit concluye que no existe ésta en el aspecto positivo del delito, porque para que nazca el delito se necesita la existencia de determinados elementos, las que guardan entre sí un determinado orden lógico.

Así, para que exista el delito, se requiere que exista una conducta o hecho, que se encuentre en el supuesto jurídico establecido en el tipo penal. Se requiere que esa conducta o hecho sean típicos, después antijurídicos y así sucesivamente, hasta agotar los elementos del delito, y no habría caso de aludir a la culpabilidad, si la conducta o hecho no fueren típicos y antijurídicos. En consecuencia, entre los elementos del delito hay una prelación lógica y no prioridad lógica, habida cuenta que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecedente el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito ¹⁰⁹

1.9.1.6 Teoría Heptapartita del delito y la prelación lógica. Cuadros sinópticos

Para una mejor comprensión de lo anterior, se adopta la teoría heptatómica del delito, por lo que se transcriben los siguientes cuadros explicativos:

109 Ibidem, p. 73. Respecto a la prelación lógica, el penalista alemán Jescheck -nos dice-, "los elementos del concepto general del delito no pertenecen desconectados entre sí (ordenación tópica), sino que se sitúan en una relación interna (ordenación sistemática) que se configura conforme a las leyes lógicas de la anteposición y la subordinación, la regla y la excepción: Este sistema debe ser tan completo, coherente y suficientemente diferenciado, que cada pieza pueda ser colocada en su correspondiente lugar. Sin embargo, dado que continuamente surgen nuevas cuestiones y los viejos problemas cambian su aspecto con el tiempo, la tarea de la formación del sistema nunca toca a su fin." Op. Cit., supra nota 49. p. 178 y s.

AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO.

Conducta o hecho (Elemento).	Ausencia de conducta o de hecho.
Tipicidad. (Relación conceptual)	_____
Antijuricidad. (Elemento)	_____
Imputabilidad. (Presupuesto).	Existe
Culpabilidad. (Elemento)	_____
Condiciones objetivas de punibilidad. ("anexos al tipo").	_____
Punibilidad. (consecuencias del delito).	_____

"Cuando en el caso concreto falta la conducta estamos frente a su aspecto negativo: ausencia de conducta, y por tanto, es una hipótesis de no delito. En éstas condiciones, si hemos admitido una prelación lógica en el aspecto positivo, se produce como consecuencia que, al nacer un aspecto negativo del delito, no puede concurrir los restantes elementos del delito, siguientes al ausente; en apoyo a la mencionada prelación lógica, con excepción de la imputabilidad, que constituye un presupuesto general del delito." ¹¹⁰

ATIPICIDAD

Conducta o hecho (Elemento).	Existe
Tipicidad. (Relación conceptual)	Ausencia de tipicidad
Antijuricidad. (Elemento)	_____
Imputabilidad. (Presupuesto).	Existe
Culpabilidad. (Elemento)	_____
Condiciones objetivas de punibilidad. ("anexos al tipo").	_____
Punibilidad. (consecuencias del delito).	_____

¹¹⁰ Porte Petit Candaudap Celestino, *Escritos del Doctor* Op. Cit., supra nota 95, p. 73

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

"En un caso de atipicidad, es evidente que, con arreglo a la prelación lógica, tiene que concurrir la conducta o hecho y no así los restantes elementos del delito, con excepción de la imputabilidad, que constituye un presupuesto general del delito." ¹¹¹

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Conducta o hecho (Elemento).	Existe
Tipicidad. (Relación conceptual)	Existe
Antijuricidad. (Elemento)	Causas de justificación
Imputabilidad. (Presupuesto).	Existe
Culpabilidad. (Elemento)	_____
Condiciones objetivas de punibilidad.	_____
("anexos al tipo").	
Punibilidad. (consecuencias del delito).	_____

"En una hipótesis de causas de justificación, aspecto negativo de la antijuricidad, concurre la conducta, la tipicidad, y no así las siguientes notas esenciales del delito, con excepción de la imputabilidad que constituye un presupuesto general del delito." ¹¹²

INIMPUTABILIDAD

Conducta o hecho (Elemento).	_____
Tipicidad. (Relación conceptual)	_____
Antijuricidad. (Elemento)	_____
Imputabilidad. (Presupuesto).	Inimputabilidad
Culpabilidad. (Elemento)	_____
Condiciones objetivas de punibilidad.	_____
("anexos al tipo").	
Punibilidad. (consecuencias del delito).	_____

¹¹¹ Porte Petit Candaup Celestino, *Escritos del Doctor ...*, Op. Cit., supra nota 95, p. 73

¹¹² Porte Petit Candaup Celestino, *Escritos del Doctor ...*, Op. Cit., supra nota 95, p. 74

"En un caso de inimputabilidad, aspecto negativo de la imputabilidad, concurre la tipicidad y antijuricidad, si se estima que hay conducta o hecho, no concurriendo las siguientes notas esenciales del delito a la punibilidad. Ahora bien, si se sostiene que cuando hay inimputabilidad (sic) no puede haber conducta, entonces en apoyo a la prelación lógica, no hay tipicidad, porque ésta se refiere a la adecuación de una conducta o hecho, y consiguientemente no concurren las restantes notas del delito." ¹¹³

INCULPABILIDAD

Conducta o hecho (Elemento).	Existe
Tipicidad. (Relación conceptual)	Existe
Antijuricidad. (Elemento)	Existe
Imputabilidad. (Presupuesto).	Existe
Culpabilidad. (Elemento)	Inculpabilidad
Condiciones objetivas de punibilidad. ("anexos al tipo").	
Punibilidad. (consecuencias del delito).	

"Cuando estamos frente a una hipótesis de inculpabilidad, aspecto negativo de la culpabilidad, concurren la conducta o hecho, la tipicidad, antijuricidad y la imputabilidad (presupuesto general del delito y de la culpabilidad), no si la punibilidad." ¹¹⁴

¹¹³ Porte Petit Candaup Celestino, *Escritos del Doctor ...*, Op. Cit., supra nota 95, p. 74 y s

¹¹⁴ Ibidem

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SECCIÓN SEGUNDA
LA LEY PENAL

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Conducta o hecho (Elemento).	Existe
Tipicidad. (Relación conceptual)	Existe
Antijuricidad. (Elemento)	Existe
Imputabilidad. (Presupuesto).	Existe
Culpabilidad. (Elemento)	Existe
Condiciones objetivas de punibilidad. ("anexos al tipo").	Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad
Punibilidad. (consecuencias del delito).	Se suspende

"Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo que viene a conformar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito." ¹¹⁵

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Conducta o hecho (Elemento).	Existe
Tipicidad. (Relación conceptual)	Existe
Antijuricidad. (Elemento)	Existe
Imputabilidad. (Presupuesto).	Existe
Culpabilidad. (Elemento)	Existe
Condiciones objetivas de punibilidad ("anexos al tipo").	Deben de existir si la ley las exige
Punibilidad. (consecuencias del delito).	Excusas absolutorias

"En el caso de las excusas absolutorias, aspecto negativo de las punibilidad, concurre una conducta, típica, antijurídica, imputable, culpable, pero no punible por

¹¹⁵ Porte Petit Candaudap Celestino, *Escritos del Doctor ...*, Op. Cit., supra nota 95, p. 75

razones de política criminal. El análisis de cada aspecto negativo de las notas esenciales del delito, y con apoyo en la prelación lógica, nos demuestra en cada caso particular qué notas del delito existen y cuáles no, dando como consecuencia una absoluta seguridad en el señalamiento del aspecto negativo que concurre en cada caso en concreto y resolviéndose en consecuencia acertadamente el aspecto negativo del delito que concurre."¹¹⁶

¹¹⁶ Porte Petit Candaudap Celestino, *Escritos del Doctor* Op. Cit., supra nota 95, p. 75

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

1.9.1.7 CONDUCTA. Diferentes acepciones

La construcción de la doctrina del delito, se ha utilizado diversos vocablos para referirse al elemento de Conducta (Grispigni, Zaffaroni, Pavón Vasconcelos, Cavallo, etc.); como Hecho, Acto (Mezger, Battaglini, Liszt, Jiménez de Asúa, entre otros); ;Acontecimiento (Max Ernesto Mayer) Acción (Beling, Wolff, Maggiore, Carrancá y Trujillo, Vela Treviño, Welzel, Carrara, quien considera a la acción corporal como una fuerza física que comprende al elemento material del delito, etc.). Pero no ha faltado quien prefiera denominar el acto o la acción, con el nombre de conducta; para expresar el acto se han usado otros vocablos.

En la dogmática alemana imperó la voz acción y en otros países se suele emplearse por algunos penalistas el término hecho, como en Italia (fatto.), en México, es utilizado el vocablo acto de una forma genérica de la conducta humana, y de acción como parte específica de ésta.

De lo anterior, se analizara cada uno de los términos antes referidos para comprender a que refieren los autores con cada vocablo.

1.9.1.7.1 CONDUCTA.

El derecho no pretende otra cosa que ser un ordenamiento normativo regulador de conducta, cuando el derecho penal desvalora una conducta, la conoce, realiza a su respecto un acto de conocimiento para aquellos integrantes del grupo social, y el legislador se limita sólo a considerar tal conducta desvalorada, es decir, mala y dañosa para los miembros de la comunidad. Desde una posición realista, este acto legislativo no le agrega nada al "ser" de la conducta. El "ser" de la conducta es lo que se llama "estructura óntica" y el concepto que se tiene de este "ser" y que se adecua a él es el ontológico (onto, ente, óntico, lo que le

pertenece al ente), donde ésta correspondencia entendida realísticamente se habla de concepto óntico-ontológico (Welzel).¹¹⁷

Cuando el legislador ha decidido que "la conducta de matar es mala", evidenciando su decisión con una conminación penal, la conducta, de mantener queda inalterada, no pretende cambiar su "ser" ni menos crearla, sino sólo desvalorarla, ya que esta no puede alterar estará desvalorando algo distinto del objeto.¹¹⁸

El principio *nullum crimen sine conducta*, cuya paternidad se le atribuye al jurista alemán Pablo Juan Anselmo Feuerbach, es una elemental garantía jurídica. De no ser de esta forma, el delito podría ser cualquier cosa, abarcando la posibilidad de penalizar y sancionar el pensamiento, la forma de ser, las características personales, etc.

Algunos autores, tratan dar un concepto sobre la conducta. Así López Gallo sostiene: "La conducta es la actividad voluntaria o una voluntaria (o no voluntaria en los delitos culposos por olvido), que produce un resultado con violación: a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos; b) de una preceptiva en las omisiones; y c) de ambas, en los delitos de comisión por omisión".¹¹⁹

Porte Petit, estima que consiste "en un hacer voluntario o un no hacer voluntario o no voluntario (olvido)".¹²⁰ Para Ranieri, por conducta debe entenderse que "es la manifestación en el mundo exterior mediante el movimiento o inercia corpórea del

¹¹⁷ Cfr. Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 355 y s.

¹¹⁸ Ibidem, p. 356

¹¹⁹ Cit. Pos., Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit., supra nota 45, p. 185. Estas formas en que se puede producir un resultado sancionable por el derecho penal, Jescheck considera algo similar, menciona que la ciencia penal conoce "tres formas fundamentales de la acción punible: el delito doloso de comisión, el delito imprudente de comisión y el delito (doloso o imprudente) de omisión". Op. Cit., supra nota 49, p. 209. Zaffaroni menciona que existen cuatro clases de tipos penales en orden a su estructura, por los cuales se puede cometer un delito, de forma: "dolosos y culposos, activos y omisivos, las que se combinan dando lugar a tipos dolosos activos, tipos dolosos omisivos, tipos culposos activos y tipos culposos omisivos". Op. Cit., p. 417.

¹²⁰ Cit. pos., Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit., supra nota 45, p. 185

¹²¹ Cit. Pos., Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit., supra nota 45, p. 186

sujeto".¹²¹ Además de estos doctrinarios, Grisipigni, Zaffaroni, Pavón Vasconcelos, entre otros, utilizan el término conducta.

De lo anterior, se desprende que la conducta implica voluntad, que sin ésta no hay conducta. Pero surgen problemas cuando se trata de especificar el contenido de voluntad que se requiere en la conducta, el diferenciar la "voluntad" del "deseo", el "querer" del "desear".

"Voluntario" es el 'querer' activo, el querer que cambia algo, en tanto que 'desear' es algo pasivo que no se pone en movimiento para cambiar nada... El que quiere -tiene voluntad- se mueve hacia el resultado, el que 'desea', sólo espera el resultado, del que se alegrará si sobreviene".¹²² Por consiguiente queda claro que se puede tener voluntad sin deseo y deseo sin voluntad.

La voluntad implica siempre una finalidad porque no se puede concebir que exista voluntad de nada o voluntad para nada, que es un fin. Pero una acción que sea voluntaria no implica en modo alguno que sea de forma "libre" lo "querido". El enfermo que sufre de un trastorno mental (loco) puede querer matar alguien; su acción será voluntaria pero no puede decidirse que sea "libre", precisamente por su incapacidad psíquica.¹²³

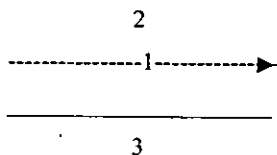
Zaffaroni, indica que la conducta tiene una estructura, la cual trata en su teoría de la anticipación bio-cibernetica, donde descarta que la conducta este formada por elementos, como si la conducta se compusiese de una suma de elementos. En ésta teoría considera que se integra por un aspecto interno y un aspecto externo.

¹²² Zaffaroni, Op. Cit., supra nota 48, p. 360

¹²³ Ibidem, p. 361

"Al aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin (1) y la selección de los medios para su obtención (2). Siempre que nos proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad para que se produzca el resultado querido. En esa selección no podemos menos que representarnos también los resultados concomitantes.

Terminada esta etapa, pasamos a la exteriorización de la conducta (aspecto externo), consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado (3)."¹²⁴



¹²⁴ Zaffaroni, Op. Cit., supra nota 48, p. 362. "La cibernética es el llamado 'puente entre las ciencias', una de sus manifestaciones es la combinación de las ciencias físicas con la biología, dando como resultado la bio-cibernética, ésta ha sostenido que a toda conducta hay una programación a partir de una anticipación del resultado, indicando etapas como las indicadas por Zaffaroni ... Welzel es el creador de la 'anticipación bio-cibernética del resultado', en lugar de hablar de 'acción final'; Que es igual tanto ontológica como jurídicamente." López Betancourt Eduardo, *Teoría del Delito*, 4ª. Ed., México, Ed. Porrúa, 1997. pp. 303. Esto es dado a que la finalidad se basa en la capacidad humana de su voluntad de prever aquellas consecuencias que puede traer la realización de su fin, es decir, que el agente tiene el pleno conocimiento que para llegar al resultado final que anhela, al desplegar su acción final llevará con ella una cadena de causas y efectos para llegar al resultado de su acción finalista. De esta manera Welzel, señala que la dirección final es integrante de la acción, el cual, se lleva a cabo en dos etapas: la primera es formadora de un aspecto interno que transcurre en la esfera del pensamiento, que a la vez es compuesta por tres fases: a) *La anticipación del fin*; b) *la selección de los medios de la acción para la consecución del fin*; c) *la consideración de los efectos concomitantes* y la segunda etapa es cuando el agente realiza la acción final con todos sus efectos causales. Para mayor conocimiento, Cfr. Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, tr. Juan Bustos Ramírez, 4ª ed. Castellana, Santiago-Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 40 y ss. Olga islas menciona que la voluntad humana en su composición de la parte subjetiva, esta integrada por una serie de elementos, obteniéndose de manera sintáctica como semántica cuatro variedades. Estas son: a= El sujeto se propone un fin; b= Es típico el fin propuesto y c= Provee a la no-producción de una lesión típica no propuesta pero producida, donde "a" es constante en la relación entre los otros elementos. Para mayor conocimiento Cfr. Islas Olga, Op. Cit., supra nota 25, p. 64 y ss.

Luis Jiménez de Asúa, no acepta el vocablo conducta, porque ésta se refiere más bien al comportamiento, a una actuación más continuada y sostenida que la del mero 'acto psicológico', que es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad.¹²⁵

1.9.1.7.2 HECHO

EL HECHO COMO DELITO Y COMO ELEMENTO DEL DELITO

En el campo del derecho penal, se identifica el término "hecho" con el delito mismo, ello por considerarse al delito un fenómeno fáctico jurídico cuya realización tiene en la sociedad, en sentido restringido se le da una connotación de elemento del delito. Así - Pavón Vasconcelos señala- por ejemplo el homicidio, "se dice que es el hecho consistente en la privación violenta de la vida, estimándolo no sólo en cuanto a su significación objetiva sino ligándolo al autor; pero ya cuando se habla en concreto del delito de homicidio, al hecho se le estima como aquel conjunto de elementos materiales que se encuentran descritas en el tipo que sanciona la privación de la vida".¹²⁶

Por tal motivo, Cavallo indica que el término hecho "tiene dos significados: uno amplio, por el cual es considerado como comprensivo de todos los elementos que realizan el tipo legal descrito por la norma y otro en sentido estricto o técnico, por el cual se refiere solamente a los elementos materiales del tipo". Pannain refiere que por hecho se entiende "al delito en el conjunto de sus elementos tanto objetivos como subjetivos".¹²⁷ El criterio anterior parece ser un punto de vista general aceptada por los autores.

¹²⁵ Cfr. *Tratado de ...*, Op. Cit. Supra nota 51, T. III, p. 333. En un delito la conducta se ubica y se estudia en el iter criminis, que comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su agotamiento. Tradicionalmente distinguese en el iter criminis (camino del delito), la fase interna de la fase externa, llamadas también subjetiva y objetiva. El delito se encuentra en su fase interna cuando aun no ha sido exteriorizado; no ha salido de la mente del autor; en tal estrado se colocan a la ideación, a la deliberación y a la resolución de delinquir.

¹²⁶ Op. Cit., supra nota 45, p. 181

¹²⁷ Autores citados por Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 181

Es menester indicar que el uso de la expresión "hecho penal" está muy lejos de ser nueva. Como sinónimo del vocablo delito se utilizó con Franz Von Liszt (t., tomo II, pág. 252) y Beling, entre otros.

Zaffaroni, dice que el "hecho" puede ser producto de seres "humanos (si participa un hombre, en cualquier forma que le haga) o de la naturaleza, en que no participa el hombre. Los que nos interesan son los hechos humanos, pero no es conducta el hecho humano en que un hombre toma parte como una mera masa mecánica. Los hechos humanos se subdividen, pues, en voluntarios e involuntarios, y los hechos humanos voluntarios son, precisamente, las conductas"¹²⁸ Por lo que el autor considera que lo correcto es utilizar el término conducta

HECHOS

DE LA NATURALEZA DEL HOMBRE INVOLUNTARIOS VOLUNTARIOS (CONDUCTAS)

Ahora bien Pavón Vasconcelos, teniendo al hecho como género en los delitos que requieren, con relación al tipo penal un resultado material, estima que son elementos del mismo: la conducta, el resultado y el nexo de causalidad existente entre el primero y el segundo, ya que la conducta como género integrante (elemento) del delito, no ha menester de resultado ni de nexo causal.¹²⁹

La conducta se puede representar por medio de la acción u omisión, lo cual representa un movimiento corporal voluntario, mientras en la omisión el agente el agente pertenece inactivo, omitiendo voluntariamente un actuar esperando y exigido por el derecho; que produce un resultado que es un cambio en el mundo exterior (respecto a los delitos de resultado material) o cuando el peligro constituye el resultado de la actividad o

¹²⁸ Op. Cit., p. 360

¹²⁹ Cfr., *Manual de Derecho penal Mexicano*, p. 185

inactividad voluntarias del sujeto: En el orden jurídico el resultado es la lesión efectiva al ordenamiento legal, pues lo que se protege es la seguridad de ciertos bienes y la sola situación de peligro en que se les coloca produce el resultado jurídico como daño efectivo a la protección penalística; el nexo de causalidad es la que existe entre el primer elemento y el segundo, la cual, es necesaria para que de su conducta como causa del resultado que se considera delictiva para el derecho penal.¹³⁰ Aquí sólo es propio hablar de nexo causal aquellas conductas productoras de un resultado material.

De lo anterior, se puede decir que Pavón Vasconcelos concuerda con lo que señala Raúl Eugenio Zaffaroni, respecto a que el hecho en sentido amplio comprende aquella conducta cuya voluntad del hombre es relevante para el derecho penal.

Jiménez de Asúa, emplea el término hecho "porque es demasiado genérico, ya que, como Binding señaló, con esta palabra se designa todo acontecimiento nazca de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito".¹³¹

En nuestra Constitución General, alude a la palabra "hecho" en los Artículos 14 ("...Nadie podrá ser privado de la vida... y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"), 16 ("...No podrá librarse..., acusación o querella de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal ..."), 20 ("...Se le hará saber en audiencia pública...el hecho punible..."). El Código Penal Federal 9 ("Obra dolosamente el que ... realización del hecho descrito por la ley..."), 15 fracción I ("El hecho se realice..."), 36 ("...según la participación en el hecho delictuoso..."), 49 ("...el hecho imputado..."), 86 fracc. II ("...según la gravedad del hecho..."), 90 fracc. I inciso b ("...y después del hecho punible...") y VIII (" los hechos que originen..."), 227 ("...ejecuten los hechos..."), además el 247 fracc. II, IV, 286, 350, 351 fracc. II, 353, 355, 356 fracc. I 357, y Artículo 2 Transitorio del mismo ordenamiento.

¹³⁰ Cfr., Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit., supra nota 45, p. 197 y s.s.

¹³¹ Op. Cit., supra nota 51, t. III, p. 332

1.9.1.7.3 ACTO. CONCEPTO

Mezger, "designa el acto concreto de voluntad -no la voluntad en general-; es decir, un acto interno anímico, por el que el agente se coloca a sí mismo como causa de la realización de un resultado que se representó." ¹³²

Jiménez de Asúa define el acto como "la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda". ¹³³ Para Franz Von Liszt, el acto "Es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo exterior". ¹³⁴

Franz Von Liszt, señala que el acto* se integra por tres elementos que son:

- 1) Manifestación de voluntad;
- 2) Resultado; y
- 3) Relación del resultado con la manifestación de la voluntad.

Jiménez de Asúa, adopta estos elementos del acto de la siguiente forma:

- a) Manifestación de la voluntad;
- b) Resultado; y
- c) Relación causal. ¹³⁵

¹³² Autor citado por Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de ...*, Op. Cit., T. III, supra nota 51, p. 336

¹³³ *Ibidem*, p. 331

¹³⁴ Op. Cit., T. II, supra nota 88, p. 297

* Carnelutti, considera al acto jurídico, igual que a un "negocio", el cual le designa tres elementos: 1. Causa; 2. Voluntad y 3. Forma. De los cuales deberán de tener los siguientes requisitos para considerar el acto en delito: lo ilícito de la causa, lo culpable de la voluntad y lo prohibido de la forma. Unos y otros son apreciados con carácter objetivo, a los que se añaden otros dos, requisitos que son de carácter subjetivos: la capacidad y la legitimación.

¹³⁵ *La Ley y...*, Op. Cit., supra nota 94, p. 214

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Donde la relación causal "puede ser considerada objetivamente y subjetivamente cuando el agente ha previsto y querido o ha podido y debido prever el resultado; es decir, cuando culpablemente ha causado o no impedirlo éste".¹³⁶

1. "Se entiende por manifestación de voluntad toda conducta voluntaria; es decir, la conducta que, libre de violencia (Zwang), física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones (Vorstellungen). La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo",¹³⁷ siendo ésta actividad externa del hombre, que necesita esclarecerse con más prolijidad

En el límite de la manifestación exterior se vincula la naturaleza liberal de las concepciones penales: el pensamiento no delinque. Cogitationis poenam nemo patitur, dijo Ulpiano, se trata de una manifestación de voluntad y con ello va a lo que se refiere a un momento de la conducta humana.¹³⁸

La voluntad de que se habla, nada tiene que ver con las creencias teológicas sobre la naturaleza moral de la imputabilidad y la exigencia del libre albedrío. Sino precisa ser consciente, espontánea y referida a cierta representación con un motivo determinado, es decir, como anillos sucesivos de una cadena, aparece en un primer momento el motivo y la representación, ocurriendo luego aquellos momentos de la voluntad puramente interna, y a seguida aquellos actos de manifestación externa. Esta exteriorización puede presentarse como movimiento corporal o como inactividad del cuerpo del agente.¹³⁹

"La idea de motivo es, por tanto, inseparable del concepto de acto. No hay actividad inmotivada. El motivo de cada una de las manifestaciones de voluntad es la representación, acompañada de un sentimiento de placer, de los cambios en el mundo externo, que trae consigo esa manifestación de voluntad. Este motivo, proveniente siempre, en último

¹³⁶ Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de ...* Op. Cit., T. III, supra nota 51, p. 335.

¹³⁷ Liszt Von Franz, Op. Cit., T. II, supra nota 88, p. 297

¹³⁸ Cfr., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de ...* Op. Cit., T. III, supra nota 51, p. 335

¹³⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de ...* Op. Cit., T. III, supra nota 51, p. 335 y s.

término, del mundo exterior constituye uno de los factores de la manifestación de voluntad. El otro factor está constituido por la naturaleza propia del agente en cuanto a su pensamiento, su sensibilidad y su voluntad; por su disposición física, estable, en parte innata y en parte adquirida, y por la reacción personal resultante.¹⁴⁰

El acto significa simplemente, el impulso de la voluntad (willensimpuls). Se le puede definir físicamente como enervación, y se le puede entender psicológicamente como aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas. En ambos casos debe de separarse totalmente la manifestación de voluntad del resultado exterior causado por ella. Por consiguiente, hablar de una volición del resultado sólo puede inducir a errores.¹⁴¹

Ahora bien, según las concepciones jurídicas actuales, el hombre es el único que puede realizar una manifestación de voluntad que trascienda al Derecho, cuyas consecuencias pueden ser imputables al agente.¹⁴²

II. RESULTADO

La voluntad del hombre debe manifestarse frente al mundo exterior, cuyo resultado exige, pues, "la aparición de *un cambio en el mundo exterior* (aunque sólo sea pasajero); es decir, en los hombres (aunque sólo sea en su vida psíquica) o en las cosas",¹⁴³

Para Jiménez de Asúa, resultado "es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no-mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta."¹⁴⁴

¹⁴⁰ Liszt Von Franz, Op. Cit., supra nota 88, T. II, p. 297

¹⁴¹ Cfr., Liszt Von Franz, Op. Cit., supra nota 88, T. II, p. 297 y s.

¹⁴² Ibidem, p. 298

¹⁴³ Cfr., Liszt Von Franz, Op. Cit., T II, supra nota 88, p. 300

¹⁴⁴ Tratado de ..., supra nota 51, T. III, p. 339

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Felipe Grisigni, alega que el cambio también puede ser en el mundo psíquico. Y concede que si ese mundo psíquico es de otra persona, de igual forma se puede afirmarse que existe un cambio en el mundo exterior.

Pero no lo habría si esa alteración se causa en la propia psique del agente, como cuando el delito consiste en venir éste en conocimiento de algo. Por ejemplo, cuando el sujeto se procura noticias referentes a la seguridad del Estado, cuando práctica el espionaje (En nuestra Legislación Penal Federal, está regulado en los Artículos 127 y 128), cuando escucha conversaciones telefónicas (Artículo 211 bis del Código Penal Federal), cuando se entera de lo dicho en la correspondencia (establecido en el Artículo 173 en su Fracción I del mismo ordenamiento), etc.; ahora bien: si se castiga esos actos como delitos, no es porque se quiera que no se entere un anónimo individuo, sino para que no se divulguen o se comuniquen a otra persona, asociación o estado que desea conocerlas. Es, por lo tanto, un delito de peligro o de mera actividad y como tal se comporta en cuanto a su resultado.

Pero la realidad, lo que le interesa jurídicamente al Estado, es que el agente entre en posesión de esos secretos en cuanto se corre el riesgo de que los divulgue. El resultado de tal delito no estará, por ende, en que el espía conozca lo que se mantiene oculto, sino en que ha quebrantado el secreto y ese cambio es una mutación en el mundo externo.¹⁴⁵

De lo anterior, el resultado no es sólo un cambio en el mundo material, (que puede causar daño o perjuicio). Si no también es resultado la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión que causa la injuria en el sujeto pasivo del delito, quien la recibe en privado o enunciado por la carta, además lo es el riesgo o el daño potencial y el peligro corrido que habla Carrara.

III NEXO CAUSAL

Liszt, incluye otro elemento del acto que conforma las diferentes partes de un todo, es decir, que debe de existir la relación del resultado con la manifestación de la voluntad (nexo causal), esta relación es existente en dos formas:

1. "Objetivamente, cuando el resultado es causado o no impedido (en contra de un deber) por la manifestación de voluntad; es decir, cuando entre ésta y aquél existe una conexión causal o una relación analógica.

2. Subjetivamente, cuando el agente en el momento de la manifestación de la voluntad, ha previsto, o pudo prever, el resultado; es decir, cuando culpable he causado o no impedido el resultado. Aquí se enlazan los conceptos de dolo y de culpa"¹⁴⁶

Pero como podemos ubicar al resultado de la conducta y el nexo causalidad que une a la conducta con el resultado dentro de la teoría del delito. Zaffaroni señala que es necesario precisar algunas distinciones para responder a tal cuestión.

a) Antes de todo se debe distinguir la previsión de la causalidad del nexo de causalidad. "La previsión de la causalidad pertenece a la conducta, y no puede separarse de ella, porque sobre ella se monta la finalidad. La previsión se refiere aquí a una causalidad futura, imaginada por el autor. En lugar, el nexo de causalidad es algo pasado, histórico, que el Juez comprueba después del hecho, al momento de juzgar.

b) Conforme esta distinción, la previsión de la causalidad pertenece a la conducta, pero el nexo de causalidad y el resultado se hallan fuera de la conducta. La acción de

¹⁴⁵ Cfr. Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., supra nota 51, T. III, p.340

¹⁴⁶ Op. Cit., T.II, supra nota 88, P: 301 y s.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

arrojar una bomba sobre Hiroshima y el resultado 'Hiroshima arrasada', son cosas diferentes. 'Hiroshima arrasada' no 'pertenece' a la acción de arrojar la bomba, sino que es sólo su resultado.

Sin embargo, a toda acción corresponde un resultado y ambos están unidos por un nexo de causalidad. Nexos de causalidad y el resultado, si bien no forman parte de la conducta, la acompañan como una sombra.

c) De toda forma, quedando claro que el resultado y el nexo causal no forman parte de la acción pero la acompañan en forma inescindible, y que los tres conceptos se pueden abarcar en el de 'pragma' (expresión de origen griego con la que varios filósofos designan precisamente a la acción que incluye lo por ella alcanzado), lo cierto es que la causalidad y el resultado en forma pre-típica no son un problema de derecho penal.

El derecho penal no ignora que toda conducta tiene un resultado, es decir, que altera algo en el mundo exterior. El problema jurídico penal no está allí, sino en la forma en que el derecho penal releva el resultado y la causalidad a los efectos de la prohibición legal de la conducta. Este -y no otro- es el problema penal y esto en modo alguno puede ser sometido que se cumpla pre-típicamente sino que es una cuestión que interesa recién en la teoría del tipo.¹⁴⁷

El Código Penal del Fuero Federal se refiere en los Artículos 7 ("Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..."), 60 ("...Cuando a consecuencia de actos u ..."), 146 fracc. III ("...pero practicando actos..."), 152 ("...o en un solo acto..."), 225 fracc. VII ("Ejecutar actos..."), 260 ("... ejecute en ella un acto sexual..."), 281 fracc. II ("...con actos de vilipendio..."), 366 fracc. I inciso b) ("...realizar un acto..."), 387 fracc. X ("...un acto o escrito judicial...").

1.9.1.7.4 ACONTECIMIENTO. CONCEPTO

Otro vocablo utilizado, es el que da Max Ernesto Mayer, aunque "trata muy extensamente de la acción (Handlung), como 'elemento del tipo legal', no es menos cierto que al definir el delito dice acontecimiento (Geschehnis), porque, a su juicio, hay delitos 'sin actuación de la voluntad' como en los casos de 'omisión no querida' (ungewollte Untätigkeit), que sin embargo puede ser 'condición de un resultado adecuado a un tipo' y que, si 'además es antijurídico y culpable, será parte integrante de un delito.' ¹⁴⁷ Este caso, tomado del Código alemán, y que figura en otros muchos de Europa y América, brinda a Mayer ejemplo de su tesis: el guardián que olvidó encerrar al preso, haciendo así posible su fuga. Incluso habla el penetrante profesor alemán de delito 'sin actuación de la voluntad y sin resultado', que a su entender se da cuando el dueño de la casa que olvida hacer limpiar oportunamente su chimenea. ¹⁴⁹

Mutación en el mundo exterior. No es aconsejable esta expresión, pues se refiere a la consecuencia de la conducta, al resultado material, que constituye uno de los elementos del hecho.

1.9.1.7.5 ACCIÓN. CONCEPTO

La dogmática puede renunciar a la creación de un particular concepto de acción e iniciar de forma directa con el elemento de la tipicidad, por no parecer posible una definición general de la acción, previa a las categorías jurídicas, o porque, en cualquier caso, habría de mantenerse en un plano tan general que carecería de todo valor sistemático. Pero la doctrina ha intentado dilucidar con carácter general, qué debe entenderse por acción en derecho penal, pues, aunque hay que conceder que los "datos de la dogmática

¹⁴⁷ Op. Cit., supra nota 48, p. 364 y s.s.

¹⁴⁸ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de ...*, T. III, supra nota 51, p. 332

¹⁴⁹ Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de ...*, T. III, supra nota 51, p.332. Según Ferrer Sama, esta terminología propuesta por Mayer, responde a su errónea concepción de delitos sin manifestación de voluntad. Cfr. *Comentarios al Código Penal*, I, p. 6. Murcia, 1946

jurídica penal" sólo caen en relación con el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, resulta necesario un concepto de acción al que puedan incorporarse como atributos estos elementos, y ello no sólo por razones gramático-constructivas.¹⁵⁰

"El concepto de acción debe de satisfacer diversas exigencias para cumplir correctamente su función en la estructura global de la teoría del delito. Esta es la razón por la que encierra tales dificultades la respuesta a la pregunta, aparentemente sencilla, de lo que sea una 'acción'. Todas las modalidades del actuar humano que de alguna manera pueden ser de importancia para el Derecho penal -el comportamiento doloso así como el imprudente, el hacer positivo así como el omitir- deben hallar cabida en el concepto de acción (concepto de clasificación). El concepto de acción ha de poseer, además, tanto contenido material que los conceptos sistemáticos jurídicopenales de tipo, antijuridicidad y culpabilidad puedan conectarse con él como aclaraciones pormenorizadas (función de definición). Aquel no debe, empero, adelantar los elementos generales del delito, porque, si no, éstos volverían a disolverse en el terreno genérico de la imputación, según fue entendida por el Derecho común (función de enlace). Por último, el concepto de acción prescinde desde un principio de aquellas formas de comportamiento que en ningún caso aparecen como merecedoras de pena (función de delimitación)."¹⁵¹

1.9.1.7.5.1 ACCIÓN DE ACUERDO A CARRARA

En la teoría bipartita del delito, elaborada por la doctrina clásica italiana -Carrara-, señala que el delito es "un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser en la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica"¹⁵² Cuya esencia consiste de forma total en una relación que requiere el concurso de aquellos

¹⁵⁰ Cfr. Jescheck Hans-Henrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 196 y s.

¹⁵¹ Jescheck Hans-Henrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 197

¹⁵² Carrara Francisco, Op. Cit., supra nota 75, Vol. I, p. 51

elementos que, al producirse el choque del hecho con lo que describe la ley penal, se origina la criminalidad de la acción realizada por el sujeto. Estos elementos -Carrara- los designa con el nombre de fuerzas (vis) del delito.¹⁵³

La teoría de las fuerzas es fundamental para la escuela que representa el gran jurista italiano, ya que "sirve para distinguir los hechos que pueden declararse delitos, de los que no pueden serlo sin incurrir en tiranía, y es luz que guía, sin fallar nunca, en la justa medida y la clasificación de los hechos particulares,"¹⁵⁴ y "como el delito consiste en el choque entre un hecho humano y un derecho, por esta razón es preciso encontrar en él el concurso de dos fuerzas. Estas dos fuerzas, que constituyen su esencia política, son ambas indispensables para que un hecho humano se le pueda reprochar a su autor como delito; son la fuerza moral y la fuerza física. Y estas dos fuerzas dadas por la naturaleza al hombre, y cuyo conjunto constituye su personalidad, deben concurrir en un hecho, para que sea humano y para que pueda llamarse delito. Estas dos fuerzas deben considerarse, ya que en su causa, o sea subjetivamente; ya en su resultado, o sea objetivamente."¹⁵⁵

Ahora bien, "La fuerza moral subjetiva del delito consiste en la voluntad inteligente del hombre que obró. Por esto se llama fuerza interna y fuerza activa. Su resultado moral (o la fuerza moral del delito considerada objetivamente) es la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en los ciudadanos, o sea el daño moral del delito."¹⁵⁶

Por lo que respecta a la fuerza física subjetiva del delito -Carrara dice- "la representa la acción corporal, con la cual en agente ejecuta el designio perverso. Por esos se llama fuerza externa, y, frente a la fuerza que proviene del ánimo, fuerza pasiva. Su

¹⁵³ Cfr. Carrara Francisco, Op. Cit., supra nota 75, Vol. I, p.63

¹⁵⁴ Cfr. Carrara Francisco, Op. Cit., supra nota 75, Vol. I, p.63

¹⁵⁵ Cfr. Carrara Francisco, Op. Cit., supra nota 75, Vol. I, p. 68 y s.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 69

¹⁵⁷ Ibidem, p.69

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

resultado (o sea la fuerza física del delito considerada objetivamente) es la ofensa del derecho agraviado, o, como algunos dicen, el daño material del delito."¹⁵⁷

De lo anterior, se desprende que "de la fuerza interna surge, en el delito, el elemento moral; de la externa, el elemento material o su esencia de hecho; de la acción del hombre no presenta conjuntamente tanto la índole moral como la índole política, no puede la autoridad perseguirla como delito,"¹⁵⁸ ya que "en los actos meramente internos se puede descubrir vicios o pecado, según que se consideren en sus relaciones con la ley moral o religiosa; pero no puede desviarse en ellos delito. Al ente jurídico que si denomina delito le es necesario, pues, un segundo elemento y una segunda fuerza, que se llama fuerza física."¹⁵⁹

Por lo que respecta a la fuerza física del delito, apreciada en su causa o subjetivamente, tiene su elemento en el acto corporal, nace de un movimiento que el ánimo les imprime a los órganos corporales (miembros), para hacerlos operar, según el perverso designio del sujeto, a la realización y ejecución del hecho culpable. En donde ésta fuerza puede ser externa, cuando se muestra a la vista de los demás; y pasiva, porque el cuerpo obedece de forma inmóvil a la orden de la voluntad, lo que viene a ser, la acción y la omisión del delito.¹⁶⁰

Siendo importante mencionar que todos los órganos corporales del hombre pueden, según la diversidad de los delitos, configurar la fuerza física subjetiva (causa) del delito; y esta puede constituir hasta en el solo uso de la palabra, como la injuria, la amenaza, la blasfemia. En algunos delitos, la palabra no es suficiente para integrar la fuerza física subjetiva del delito por ejemplo el homicidio, lesiones, robo y otros delitos de resultado material, si no le sigue el acto exterior de algún movimiento de otro órgano corporal. Más también -dice Carrara- "en estos delitos la palabra forma parte de la fuerza física subjetiva

¹⁵⁸ Ibidem, p. 63

¹⁵⁹ Ibidem, p. 89

¹⁶⁰ Cfr. Carrara Francisco, Op. Cit., supra, nota 75. Vol. I, p. 90

del delito, cuando sirve para dar impulso a otros actos externos que conducen a la ejecución material de la infracción."¹⁶¹

De lo anterior resultaría, que una acción corporal comprende una fuerza física, considerada en su ámbito subjetivo (causa) como objetivo (resultado), que puede ser de forma externa (acción) o pasiva (omisión); conformando con esto el elemento material y junto el elemento moral integran el delito, en donde la falta de la fuerza física (acción corporal) no existiría como tal, como lo demuestra la siguiente figura:

ACCIÓN	__ FUERZA __	- SUBJETIVA (causa)	__ EXTERNA __	ELEMENTO	
CORPORAL	FÍSICA	- OBJETIVA (resultado)	O	MATERIAL	
					DELITO
	FUERZA __	-SUBJETIVA (causa)	_____	ELEMENTO	
	MORAL	- OBJETIVA (resultado)		MORAL *	

*Este elemento se estudiara cuando se analice la culpabilidad.

1.9.1.7.5.2 TEORÍA CAUSALISTA DE LA ACCIÓN. Diversas teorías sobre la acción

MAGGIORE, define a la acción - en sentido técnico- en "una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior."¹⁶² Antes de proceder al análisis de esta definición en sentido técnico, conviene hacer resaltar algunos elementos esenciales implícitos en ella. Quien dice "acción, dice que obra sobre alguna cosa", siendo conveniente hacer resaltar algunos elementos esenciales implícitos en ella, los cuales son: 1) un agente; 1) una obra; 3) un paciente; y 4) un objeto de la obra.¹⁶³ Se hablará sucintamente de los mencionados elementos.

¹⁶¹ Carrara Francisco, Op. Cit., supra nota 75, Vol. I, p. 90.

¹⁶² Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 309

¹⁶³ Sobre estos elementos, Cfr. Maggiore Giuseppe. Op. Cit., supra nota 44, T.I, p. 310

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

I. Agente del delito, autor o sujeto activo, es la persona física que comete un delito, la teoría tradicional ha señalado cinco formas diferentes de intervención del sujeto en la comisión del delito: autoría material, coautoría mediata, autoría intelectual o instigador y complicidad o auxiliador.

"El autor material es el que realiza la conducta descrita en el tipo penal. Coautor es el que junto con un tercero, realiza la conducta descrita en el tipo penal. Autor mediato es el que se vale de un tercero para la realización de la conducta descrita en el tipo penal. Autor intelectual es el que instiga a un tercero a realizar la conducta descrita en el tipo penal."¹⁶⁴ (De lo anterior, se puede apreciar que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal.

El Código Penal Federal, por su parte, en el Artículo 13 señala que:

"Son autores partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinan dolosamente otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otras en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo..."¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ojeda Velázquez Jorge, Op. Cit., supra nota 71, p. 60.

¹⁶⁵ En un análisis de artículo 13, revela que algunas figuras de autores no tienen razón de ser. Olga Islas y Elpidio Ramírez, señalan que no hay más sujeto activo que el incluido en el tipo; al considerar que el "sujeto activo es toda persona que concretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos

"El sujeto activo generalmente puede ser cualquiera, pero en ciertos tipos se requieren caracteres especiales en el sujeto pasivo. Cuando cualquiera puede ser sujeto activo los tipos suelen rezar 'el que' o 'quien'. Los tipos que individualizan conductas que pueden ser cometidas por cualquiera dan lugar a los llamados 'delicta comunia', en tanto que los que requieren características especiales en el sujeto activo dan lugar a los denominados 'delicta propria'. Los delicta propria puede obedecer a características naturales (como que sea mujer la autora de auto aborto ...) o a requerimientos jurídicos (como que sea funcionario público el autor de cohecho pasivo,...)." ¹⁶⁶

Según el número de sujetos activos, existen tipos penales que sólo pueden ser cometidos por una sola persona (el autoaborto) o que, bien pueden ser cometidos por varios autores, lo que no es necesario (el robo simple). Estos se denominan tipos unisubjetivos, monosubjetivos o individuales. Cuando deben ser cometidos necesariamente por varias personas (asociación delictuosa, delincuencia organizada, adulterio, etc.) se llaman tipos plurisubjetivos, colectivos o de concurso necesario, también mal llamados de "participación necesaria" porque no son casos de participación, sino de co-autoría. ¹⁶⁷

II. Paciente del delito, o sujeto pasivo.

El sujeto pasivo no figura institución jurídica llamada delito. Éste se deduce por vía de interpretación teleológica.

Varios juristas, definen como Maggiore, que el sujeto pasivo "es la persona (singular o colectiva) sobre quien recae la acción del reo"; ¹⁶⁸ Cuello Calón menciona que por tal se conoce "al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito" ¹⁶⁹; por su parte Olga Islas y Elpidio Ramírez manifiestan que: "sujeto pasivo es

incluidos en el particular tipo típico. No pertenece a este concepto quien no satisface la propiedad indicada." Para mayor conocimiento consultar su obra *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, p. 44 y s.s.

¹⁶⁶ Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 421 y s.

¹⁶⁷ Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 422

¹⁶⁸ Op. Cit., supra nota 44, p. 311

¹⁶⁹ Cit. Pos., Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 171

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular¹⁷⁰; Ojeda Velázquez señala "que el sujeto pasivo es el titular de un bien o interés protegido por la norma penal."¹⁷¹

Con base en estas definiciones, se puede afirmar que en sentido amplio el sujeto pasivo del delito es el Estado; cualquier delito, en efecto, ofende al Estado en su interés por asegurar las condiciones de existencia en común de sus súbditos, pues de él -como titular de todo el ordenamiento jurídico- proviene todo derecho, y no sólo el de perseguir el delito. Ahora bien, existen delitos cuyo sujeto pasivo es el Estado: delitos contra la nación, contra la administración pública, contra la administración de justicia, entre otros.

En el sentido propio, frente al sujeto que lesiona los intereses sociales, siempre existe una persona, individual o colectiva, que resulta afectada por el perjuicio. Esta persona es el titular del concreto interés lesionado; o sea, quien directamente resiente el menoscabo derivado de la conducta lesiva. Dependiendo la estructura del delito, en el derecho penal puede ser sujetos activos:

A) La persona física, sin limitaciones, después de su nacimiento (homicidio, art. 302; lesiones, art. 288, etc.) y aún antes de él (aborto, art. 329, etc.) protegiéndose, además de los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal, otros como la paz y la seguridad (amenazas, art. 282, allanamiento de morada, art. 285, asalto, art. 286), la salud (delitos contra la salud, art. 193, etc.); el estado civil (delitos contra el estado civil, art. 277); el honor (difamación, art. 350), la libertad (privación ilegal de la libertad, art. 364) y el patrimonio (robo, art. 367; abuso de confianza, art. 382; fraude, art. 386; despojo, art. 395; daño en propiedad ajena, art. 397).¹⁷²

¹⁷⁰ Op. Cit., supra nota 25, p. 56

¹⁷¹ Op. Cit., supra nota 71, p. 64

¹⁷² Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit., supra nota 45, p. 171 y s.

"Se puede encontrar también una pluralidad de sujetos pasivos. Esta situación se puede verificar a causa de la titularidad múltiple que el bien jurídico posea. Por ejemplo, en el allanamiento de morada, cuantos más sean los sujetos titulares del *ius excludendi*, mayor será el número de ofendidos por el delito."¹⁷³

B) La persona jurídica o moral sobre quien puede recaer igualmente, la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio (robo, fraude, etc.) o el honor de los cuales puede ser titular.

C) El Estado, como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en virtud puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva (delitos contra la seguridad exterior de la Nación, delitos patrimoniales que afectan bienes propios, etc.).

D) La sociedad en general, como en el caso de los delitos contra la economía pública y en contra la moral pública (corrupción de menores, lenocinio, etc.).¹⁷⁴

"No pueden ser sujetos pasivos del delito los muertos y los animales. Algunos autores destacan el hecho de que ni unos ni otros son titulares de bienes jurídicos. La violación del sepulcro o la profanación de un cadáver (art. 280, etc.) constituyen atentados en los cuales el sujeto pasivo lo es la sociedad o los familiares del ofendido."¹⁷⁵

De lo precedente, se puede aseverar que el "concepto del 'sujeto pasivo' varía en función del bien tutelado; o sea, dado un bien jurídico", "éste permite identificar a su titular.

¹⁷³ Ojeda Velázquez Jorge, Op. Cit., supra nota 71, p. 64

¹⁷⁴ Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 172

¹⁷⁵ Ibidem, p. 172

* El concepto de bien jurídico está imbricado en una concepción teleológica-valorativa del derecho penal, en cuanto el valor que sirve de base para la construcción de los conceptos del derecho penal es un bien vital. "Así entendido el bien jurídico, se transforma en el instrumento más adecuado para la interpretación de los tipos legales. Sólo mediante la captación valorativa esencial del tipo mediante la correcta determinación del bien jurídico, se irradia la necesaria claridad para la comprensión del caso concreto." Y siendo el delito pluriofensivo, es decir, "que ataca una serie de bienes jurídicos distintos. Entonces hay que ver cual es el esencial en la valoración del tipo en cuestión, aunque de la protección éste se siga la de otros intereses mediatos, cuya valoración se alza prima en otros tipos distintos." Y sabiendo cual es el bien jurídico protegido

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Siendo diversa la semántica del bien, diversa también es la semántica del pasivo, misma que se sintetiza en esta problemática:

- a) Calidades específicas;
- b) Número específico.

a) La esfera del sujeto pasivo, amplia sin limitaciones en algunos tipos típicos, se halla restringida en otros. Los límites derivan de la naturaleza del bien protegido en la figura legal de que se trate, y se sintetizan, en primer término, en la denominada 'calidad del sujeto pasivo'. Esta calidad, explícitamente regulada en algunos casos, se obtiene en otros a base de una interpretación. No es la mención expresa en el tipo típico de lo que determina la calidad, sino la naturaleza del bien tutelado. Sólo puede ser sujeto pasivo quien reúne las condiciones para tener la calidad de ser titular del bien

b) Una segunda característica del sujeto pasivo consiste en la unidad o pluralidad de miembros integrantes del concepto. También en esto es decisivo el bien jurídico.¹⁷⁶

III. Objeto del delito.

El objetivo del derecho penal suele tener dos aspectos distintos, contrarios tiene por meta la seguridad jurídica; segundo, su objetivo es la protección de la sociedad expresión que suele reemplazarse por la de "defensa social".

Para los partidarios de la seguridad jurídica, la pena tiene efecto principalmente sobre la comunidad jurídica, como prevención general, es decir, la pena se dirige para unos a los que no han delinquido. Ahora bien la pena aplicada al delincuente es de carácter retribuido, donde se devuelve al delincuente el mal que éste ha causado socialmente.

por la ley penal se podrá identificar al sujeto pasivo del delito. Cfr. Díaz Palos Fernando, *La Jurisprudencia Penal* ..., supra nota 77, p.34 y s.

¹⁷⁶ Olga Islas y Elpidio Ramírez. Op. Cit., supra nota 25, p. 57

Para los partidarios de la defensa social, la pena tiene efecto sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir, esto es, como prevención especial. Para éstos la pena se dirige a los que han delinquido, para su reeducación y la resocialización le preparan para que no vuelva a reincidir en el delito.¹⁷⁷

Después de estudiar el objeto del derecho penal, veremos cual es el objeto del delito. Ésta expresión -según la doctrina- tiene dos sentidos, pues se refiere al objeto jurídico y al objeto material. La primera -Maggiore dice- "es el derecho violado o puesto en peligro por el delito"¹⁷⁸; Pavón Vasconcelos, entiende por objeto jurídico como "el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción".¹⁷⁹

El objeto material* lo define Olga Islas y Elpidio Ramírez como "el ente corpóreo sobre el que la acción típica recae"¹⁸⁰; para Pavón Vasconcelos -dice-, "es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva"¹⁸¹.

De lo anterior, se puede afirmar que "podrá haber delitos sin objeto material, pero no los hay sin objeto jurídico. Este puede ser un derecho (o bien) público o privado, individual o colectivo, patrimonial o no patrimonial, etc.. Pero en cierto sentido, asume siempre carácter público, en cuanto es tutelado penalmente. Con este fin, algún autor distingue entre el objeto sustancial genérico, formado por un bien o interés social, propio de toda la sociedad, jurídicamente organizada, y el objeto sustancial directamente agraviado por el delito (sujeto pasivo)."¹⁸²

¹⁷⁷ Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 48

¹⁷⁸ Op. Cit., supra nota 44, p. 313

¹⁷⁹ Op. Cit., supra nota 45, p. 175

* Tiempo atrás se utilizaba como sinónimo de objeto material al "objeto de la acción", quien Mezger señala que se entiende por objeto de la acción "aquel objeto corporal sobre el que la acción típicamente se realiza... El objeto de la acción es siempre una parte integrante del tipo legal". Cfr. O. Islas y E. Ramírez, Op. Cit., supra nota 25, p. 58

¹⁸⁰ Op. Cit., supra 25, p. 58

¹⁸¹ Op. Cit., supra nota 45, p. 175

¹⁸² Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 313 y s.

Examinemos y analicemos ahora el concepto técnico-jurídico de acción*. Dicho concepto implica:

I. "Una conducta o comportamiento exterior, positivo o negativo. Las determinaciones puramente internas, aunque lleguen a la mayor intensidad, no tienen valor en derecho si no se manifiestan. Pertenece a los romanos la célebre sentencia *cogitationis poenam nemo patitur* [ninguno será castigado por sus pensamientos]." ¹⁸³

La acción en su manifestación exterior, puede tomar una forma positiva o negativa:

a) "En un movimiento corpóreo, en un movimiento muscular, en un hecho, en una actividad, en el sentido estricto (comisión).

b) En una inmovilidad corporal, en una inacción muscular, en no hacer algo, en una inactividad, o como se dice de otro modo, en una omisión." ¹⁸⁴

II. Un comportamiento humano, entendiendo al hombre como persona física.

En el terreno ético-jurídico, la acción jurídicamente importante se refiere siempre al hombre; no a los animales ni a los otros seres de la naturaleza. (Ver Conducta, Hecho, etc., p.54 y ss.)

III. Un comportamiento voluntario.

"La voluntad es la libre determinación del espíritu (autodeterminación), que provoca a invasión y a movimiento, o también a detención, un músculo. El movimiento esta voluntario como la inhibición. Por esto no se puede hacer distinciones entre la conducta

* Celestino Porte Petit Candaudap, estima que los elementos de la acción son: a) La voluntad o el querer que constituye el elemento subjetivo de la acción; b) La actividad, que integra el elemento externo (objetivo) de la acción; c) Deber jurídico de abstenerse, que es un no obrar en los casos de los delitos de comisión y en los casos de omisión hay un deber jurídico de obrar. Cfr. Su obra *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, supra nota 65, p.237 y s.

¹⁸³ Maggiore Giuseppe. Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 315

¹⁸⁴ Maggiore Giuseppe. Op. Cit., supra nota 44, Vol. I p. 316

dinámica y estática, entre moverse y perseverar en una actitud, cuando la base de estos dos fenómenos es una determinación voluntaria."¹⁸⁵ Por ejemplo, no hay acción jurídicamente apreciable en el acto o movimiento llamado reflejo, o sea en ese "movimiento involuntario que sucede inmediatamente a una irritación periférica externa o interna."¹⁸⁶

IV. La acción debe producir algún cambio en el mundo exterior.

"Por efecto de una acción (u omisión), algo no existe ya en la realidad como era antes; esto es, ha intervenido un cambio, una nueva situación, de hecho o de derecho. El delito supone siempre alguna modificación del orden físico o del orden jurídico. Y son parte del mundo real, no sólo las cosas materiales, sino hasta los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad, en que la acción delictuosa produce zozobras, sufrimientos, aprensiones y alarma."¹⁸⁷

TEORÍA CAUSAL DE LA ACCIÓN

A fines del siglo pasado, penetró en la ciencia del derecho penal la teoría causal de la acción. "En un principio el concepto causalista de conducta fue apoyado sobre la base filosófica del positivismo mecanicista, heredado de las concepciones de la ilustración y, por ende, tributario de las concepciones físicas de Newton. Todo son causas y efectos, dentro de un gran mecanismo que es el universo, y, la conducta humana, como parte del mismo, también es una sucesión de causas y efectos. Esta es, en último análisis, la base filosófica del sistema sostenido por Franz Von Liszt* y por Ernst Von Beling (sistema de Liszt-Beling).

¹⁸⁵ Ibidem, p. 317

¹⁸⁶ Richet, Cit. Pos., Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 317

¹⁸⁷ Ibidem, p. 320

* referente a Franz Von Liszt, que considera al acto como elemento del delito y que se compone de tres elementos: 1) manifestación de voluntad; 2) resultado y 3) la relación existente entre éstos dos.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

El segundo momento filosófico tiene lugar cuando se desecha la filosofía positivista, lo que ocasionaba la destrucción del sistema en caso de no reemplazarse rápidamente su base filosófica de sustentación. Esta nueva base filosófica (el segundo momento filosófico del causalismo) la ofrece el neo-kantismo de Baden. Si a la primera se le llamó estructura 'clásica' del delito, a la segunda suele llamársele 'estructura neo-clásica', que fue la que desarrolló en su máxima expresión Mezger.¹⁸⁸

Para el concepto positivista de la teoría causal de la acción (sistema Liszt-Beling), ésta es una "inervación muscular", es decir, un movimiento voluntario -no reflejo-, pero en el que carece de importancia del fin a que esa voluntad va dirigida, un ejemplo de éste concepto es: había una "acción" homicida si un sujeto disparaba sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin que fuese necesario tener en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo, porque esa finalidad no pertenecía a la conducta. Dicho en otros términos: acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado. Según este mismo concepto, la omisión era "no hacer" caracterizado exteriormente por la "distensión muscular" e interiormente por la voluntad de distender los músculos.¹⁸⁹

De lo anterior, "debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de invención muscular, voluntariedad), (fase externa, subjetiva de la acción); ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer (acción positiva, ello es, un movimiento corporal, ya en un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos)."¹⁹⁰

El concepto idealista de la teoría causal de la acción, pasó a ser sostenido por el idealismo. El neokantismo, que es tributario de las teorías del conocimiento en que el conocimiento crea -o poco menos- el objeto que conoce, fue el que vino a ayudar al concepto a este concepto causal de acción que naufragaba, "cuando el positivo mecanicista

¹⁸⁸ Zaffaroni Raúl Eugenio. Op. Cit., supra nota 48, p. 369

¹⁸⁹ Con relación al concepto positivista de la teoría causal de la acción (clásica). Cfr. Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 370

¹⁹⁰ Ernesto Von Beling. Cit. Pos., Zaffaroni Raúl Eugenio. Op. Cit., supra nota 48, p. 370

de origen newtoniano en que se asentaba, comenzó a revelarse como falso. Ya el mundo era algo distinto de un conjunto infinito de causas y efectos y, ni siquiera la física pretendía conservar esa imagen. A la acción humana entendida como causación de un resultado unida a una voluntad que no era tal (por faltarle la finalidad) la habían denominado sus partidarios 'concepto naturalista de la acción', pero ya no resultaba tan natural."¹⁹¹ El concepto causal de la conducta es subsidiado por el pensamiento idealista y no puede justificarse fuera de él.

Ernesto Von Beling, señala que "par afirmar que existe una acción basta la certidumbre de que el sujeto ha actuado voluntariamente. Lo que ha querido (es decir, el contenido de su voluntad) carece por ahora de significación; el contenido del acto de voluntad tiene sólo importancia en el problema de la culpabilidad";¹⁹² Edmundo Mezger ha expresado ese punto de vista, de la siguiente forma:

1. "La teoría jurídico-penal de la acción se limita a preguntar qué es lo que ha sido causado por el querer del agente, cuál es el efecto producido por dicho querer. Todos los efectos del querer del sujeto que actúa son partes integrantes de la acción. Para la teoría jurídico-penal de la acción nada significa si estos efectos han sido también contenido de la ciencia y del querer del agente, y hasta qué extremo lo han sido.

2. Sólo la teoría de la culpabilidad suscita la cuestión respecto a si los efectos del querer han sido contenido del querer, contenido de la conciencia y del acto anímico, y hasta qué extremo lo han sido. Este problema escapa, por tanto, a la teoría del concepto de la acción e interesa sólo más adelante cuando se trate de determinar hasta qué punto la acción es 'imputable' al agente."¹⁹³

¹⁹¹ Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 370

¹⁹² Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...* supra nota 51, T.III, p. 337 y s.

¹⁹³ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...* supra nota 51, T.III, p. 337

Con esto "se pretende defender el concepto causal de la conducta, aduciendo que se sabe -y reconoce que la conducta siempre tiene una finalidad, sólo que la finalidad no se toma en consideración hasta llegar al nivel de la culpabilidad- es decir, en el último carácter específico de la teoría - y que nada cambia que se la tome en consideración allí, pues de cualquier modo no se la desconoce dentro de la estructura general de la teoría (Mezger). Este argumento es falso y evidencia -precisamente- la falencia de esta concepción, en forma que no puede ser superada fuera de un furioso idealismo. En efecto, si la conducta siempre tiene una finalidad, al no tomar en consideración la finalidad no se está tomando en consideración la conducta, sino un proceso causal. Por ende, dentro de este sistema el núcleo del injusto no será una conducta, sino un proceso causal. Esta afirmación es sumamente grave, porque contradice la esencia del derecho: lo típico y antijurídico no será conductas, sino procesos causales. El derecho no será -para esta concepción- un orden regulador de conducta, sino de procesos causales, lo que es absurdo: el derecho no regula 'hechos', sino sólo hechos humanos voluntarios, es decir conductas."¹⁹⁴

Pero como establecer el valor que se debe señalar al concepto de causa, en lo que atañe al ordenamiento jurídico, esto da lugar a tener que orientarnos entre las principales teorías expresadas en derecho sobre el principio de causalidad para llegar a una formulación satisfactoria de él, las cuales son las siguientes:

a) TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CAUSA O DE LA "CONDITIO SINE QUA NON".- Fue formulada, en el terreno criminalista, por Von Buri, tomando, tomando como base la lógica de John Stuart Mill. En Italia la defiende Civali, Rocco y Vannini. Según esta teoría causa se entiende "la suma de todas las condiciones positivas o negativas que producen el resultado y como todas las condiciones son equivalentes entre sí, por tener el mismo valor causal, cada una de ellas, a su vez, debe considerarse como causa del resultado",¹⁹⁵ es decir, que es la totalidad de las condiciones positivas y negativas que han

¹⁹⁴ Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p.372

¹⁹⁵ Como fuente de mayor conocimiento, se señala la obra de Hans Welzel, Op. Cit., supra nota 124, p.51 y ss.

¹⁹⁶ Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 213 y s.

producido un fenómeno. De la premisa de que todos los antecedentes de un fenómeno tiene igual valor, se sigue la equivalencia absoluta entre causas, concausas, condiciones y ocasiones. Por esto la teoría se llama de la equivalencia. Y como una condición *sic et simpliciter* es causa, esta teoría se llama también de la condición o de la *conditio sine qua non*, lo cual significa que la condición no puede ser suprimida de la mente, sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado.

Por ejemplo, si una persona lesionada es trasladada al hospital y muere en ese lugar a consecuencia de un incendio; no existe duda que varias condiciones han concurrido para el resultado. Pero una entre todas, es la que tiene valor de *conditio sine qua non*, y es la acción dolosa del heridor, pues sin ella ni el herido habría sido trasladado al hospital ni habría parecido. El heridor responderá de esta muerte.

Para Porte Petit, al explicarse esta teoría existe una confusión, puesto que existen dos criterios:

"a) Que toda condición es causa del resultado, y b) Que el conjunto de todas las condiciones son causas del resultado."¹⁹⁶

Seguir estrictamente uno u otro de los criterios señalados -dice Pavón Vasconcelos- es un error, pues ambos se complementan en forma necesaria. "En efecto, tan es verdad afirmar que causa es la suma de todas las condiciones, como decir que toda condición es causa del resultado, pues este último extremo sólo pretende probar el carácter causal de las condiciones, es decir, cualquiera de las que producen o intervienen en la aparición del resultado, pues suprimida hipotéticamente, el resultado no se produciría."¹⁹⁷

¹⁹⁶ Cit. Pos., Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit., supra nota 45, p. 214

¹⁹⁷ Ibídem

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

"La relación de causalidad, es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de lo misma conducta: resultado por tanto, el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir, debe comprobarse para dar por existido 'el hecho', elemento del delito (cuando el tipo así lo exija): Una conducta, resultado y relación de causalidad.

En otros términos, con el estudio del elemento 'hecho', se resuelve únicamente el problema de la causalidad material; es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro: comprobar el nexo naturalístico entre la misma conducta y resultado (consecuencia y efecto). Pero, para que un sujeto sea responsable, no basta el nexo naturalístico, es decir, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además, comprobar que existe una relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad y que constituye un elemento del delito. Así, pues, una vez que se compruebe los elementos del hecho y por tanto, la relación causal, es necesario que se comprueben los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad. Por ello, no podemos admitir la culpabilidad constituye un 'correctivo' en la teoría de la equivalencia de las condiciones; puede ser correctivo lo que es elemento, o sea aquello que es indispensable que concurra para la existencia del delito, pues en todo caso, habría la misma razón para llamar 'correctivo' a los restantes elementos del delito."¹⁹⁸

b) TEORÍA DE LA PREPONDERANCIA (theories des uebergewicht).

Formulada por Karl Binding, que parte del principio de que "todo cambio en el mundo nace de un conflicto de fuerzas y de la preponderancia de las que tienden destruir y a cambiar, sobre las que tienden a conservar el estado precedente. Por ese llama causa la condición que, a las condiciones preexistentes que se equilibran, les da 'una dirección decisiva hacia e resultado'. Mas de este modo se valora solamente la última condición, que al imprimir a las otras un impulso decisivo hacia el resultado, ejerce un peso preponderante.

¹⁹⁸ Porte Petit, Cit Pos., Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit., supra nota 45, p. 215 y s.

Y bien sabemos que muchas veces el hombre puede hacerse responsable de un resultado, realizando condiciones que no son las últimas de la serie."¹⁹⁹

c) TEORÍA DE LA CONDICIÓN MÁS EFICAZ (Die wirksamste Bedingung).

Esta teoría -Birkmeyer- se apoya en un criterio cuantitativo, según este, tendría "valor causal aquella condición que, en el conflicto entre fuerzas antagónicas, desplegara eficacia preponderante"²⁰⁰, es decir, "<<debe considerarse causa más eficaz, aquella condición que en la producción del resultado ha contribuido más."²⁰¹

Esta teoría ha sido criticada, por tratar de reducir el valor de la causa, que es cualitativa, a una expresión cuantitativa, indicando además la dificultad que en la práctica tiene el determinar el verdadero valor de cada una de las varias condiciones, este es, la contribución que de forma positiva aportan en la producción del resultado, sin que exista por ello una razón suficiente para considerar causa únicamente a la condición que más ha contribuido en la realización del efecto. Por último, de aceptarse que la causa eficaz sólo puede ser una, se tendría que suprimirse las 'causas concurrentes', con exclusión del problema de la participación de varias personas en la comisión de un acto delictivo.²⁰²

d) TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE O DE LA CUALIDAD. (Qualitätentheorie), su fundador fue Kohler y la sostuvieron Wachenfeld, Lobe, representados en Italia, por Stoppato, Manzini, entre otros.

Esta teoría, aunque se encuentra dominada por el concepto de "eficiencia causal", se diferencia de la teoría de Birkmeyer (condición más eficaz), pues se funda en un criterio

¹⁹⁹ Cit. Pos., Maggiore Giuseppe. Op. Cit., supra nota 44, Vol I, p. 324

²⁰⁰ Cit. Pos., Maggiore Gieseppe. Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 324

²⁰¹ Celestino Porte Petit Candaudap, Cit. Pos., Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit., supra nota 45, p. 217

²⁰² Cfr., Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 217 y s. Maggiore al respecto señala que "cualquiera ve que es difícil empresa traducir una causa humana con términos cuantitativos. Por otra parte, la causa más eficaz no puede ser sino una sola, Lo cual nos llevaría a suprimir el problema de las causas

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

cualitativo que cuantitativo. Para Kohler la "causa sería aquella condición que tiene fuerza decisiva sobre el resultado. ¿Pero las condiciones son menos decisivas que la causa?".²⁰³

A tal interrogante el autor da un ejemplo para su respuesta, -dice- si yo planto una semilla, sin duda han de concurrir varias condiciones, como la humedad y el calor, para que germine. Sin embargo, la siembra es la causa unida, y todos los demás antecedentes representar condiciones. Estas son decisivas para la existencia de la planta, pero la naturaleza de ellas está determinada única y exclusivamente por la semilla, de la cual depende que surja una flor, una palma o un abeto. Pero se ha observado, que la naturaleza del suelo, el grado de humedad, el aire, etc., no influye menos sobre el producto que la semilla; y que también las especies, conforme a la teoría de Darwin, se transforman según el ambiente.²⁰⁴

Stoppato, pretendió evolucionar, para cuyo efecto distinguió entre condición, causa y ocasión, tratando de dar una configuración especial a la doctrina de la causalidad eficiente. "Esta sería la fuerza o la persona, que con su acción produce un hecho. Como tal, se distinguiría de la condición, que le permite a la causa eficiente obrar quitando los obstáculos, y de la ocasión, que es solamente una circunstancia más o menos favorable, que invita a la acción. Pero el elemento de la producción es incierto y falaz, especialmente en las aplicaciones prácticas, y no se ve por qué motivo se debe negar eficacia productiva a las condiciones y a la ocasión, sin las cuales tampoco se habría producido el resultado."²⁰⁵

concurrentes, incluyendo el de la participación de varias personas en un delito." Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 324

²⁰³ Cit. Pos., Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 325

²⁰⁴ Cfr. Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 325. Mayer la sostuvo con algunas diferencias, él "le dio a esta teoría una fisonomía completamente distinta, pues dijo que entre las condiciones que determinan la realización de un fenómeno, hay unas en reposo o estáticas (rubende Bedingungen), y otras dinámicas o en movimiento (bewegende Bedingungen). Solamente la condición en movimiento sería causa en sentido propio; las otras serían condiciones puras y simples. Pero es fácil observar que el movimiento es una característica, no solo de la causa, sino de todas las condiciones: una condición en reposo absoluto, que ni mueve ni se mueve, no es causa ni tampoco es condición, es nada, con relación al resultado." Después esta teoría para seguir la de la conditio sine qua non (véase Rechtsnormen und kulturen normen, 1903) Autor citado por Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 325

²⁰⁵ Cit. Pos., Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 326. Dentro de este criterio teórico, Battaglini, define la causa como el "antecedente que vincula íntima y positivamente con el 'efecto querido', en

La crítica a esta teoría parte de su misma forma enunciativa. "La distinción entre causa y condición no deja de ser importante si no se precisa cuál es el fundamento que otorga, a una de las condiciones, el rango de eficiencia en la producción del resultado."²⁰⁶

e) TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA (Ortmann). Para esta teoría, "del conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir, la más próxima al resultado."^{206 bis} Pero "además de la dificultad de establecer cuál es la causa última de un hecho, esta doctrina niega la eficiencia de la causa 'mediata' y acepta solo la de la 'inmediata'. ¿Y cuántas veces el que es causa mediata de un hecho, no ha de tenerse como personalmente responsable de él! Se afirma que, así como la última entre cuatro unidades crea el número cuatro, así el último movimiento es la condición última que causa el efecto y por esto se convierte en causa. ¿Pero cómo la última de las cuatro unidades podría formar el número cuatro, si no preexistieran las otras tres? Y además, ¿los fenómenos pueden igualarse con los números?"²⁰⁷

A lo anterior podría agregar que la teoría, en la práctica, puede dar solución a muchos problemas, pero su aplicación no es universal y por ello entra en crisis. Otro aspecto es el que al destacar una de las condiciones y otorgarle el carácter de causa, niega la existencia de las concausas y por lo tanto no resuelve tampoco el problema de la participación, es decir, si en la serie causal son varios los actos realizados, en ejecución del delito, por varias personas, habría de tenerse por condición-cause la última de ellas (inmediata) de ellas, aun cuando todos los sujetos hubieran ejecutado el delito e intervenido en él con el carácter de coautores, dándose así una solución extravagante y alejada de la

tanto Cavallo la identifica con aquel precedente que lleva en sí la eficacia para producir el resultado, distinguiéndose de las demás condiciones en que estas carecen de la aptitud de la fuerza, en sí mismas, para llegar al evento." Autores citados por Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit., supra nota 45, p. 220

^{206 bis} Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 220 y s.

²⁰⁶ Ibidem, p. 216

²⁰⁷ Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 326

realidad a la cuestión de la responsabilidad que aunque no propia de la relación causal, encuentra, indudablemente, apoyo en el hecho, elemento objetivo del delito.²⁰⁸

f) TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA. (theorie der adequäthen Verursachung), llamada también de la causalidad típica, regular y calculable. Fue esbozada por Giandoménico Rogmanosi, formulada por Von Bar y por Von Kries, seguida por Perroni Ferrante, Florian Eugenio, Massari, Grispigni, entre otros. Esta teoría "tiene como punto de partida la distinción entre condición y causa. Considera causa solo aquella condición que produce regularmente el resultado, que es 'idóneidad en general' se funden en la regularidad estadística (id quod plerumque accidit [lo que sucede ordinariamente]). Habrá, pues, que negarles valor causal a aquellos elementos que no están en relación de regularidad estática con el resultado (causa atípica, inadecuada); y en cambio, habrá que reconocerles valor causal aquellos antecedentes que, según la probabilidad estadísticas, están anexos al efecto consiguiente (causa típica o adecuada)."²⁰⁹

De tal concepto inferimos: a) que la teoría de la adecuación o causación adecuada combate la causalidad material pretendiendo elaborar un concepto de causalidad exclusiva de lo jurídico, y b) que al destacar, dentro del conjunto de condiciones concurrentes a las producciones del resultado, sólo a la que tiene el carácter de 'apropiada', con exclusión de las 'irrelevantes', se convierte en una teoría individualizadora".²¹⁰

De lo anterior surge la pregunta, si sólo las condiciones adecuadas, por ser las probables productoras del resultado, tienen valor causal. ¿Para quién son probables? "V. KRIES se afila a la concepción subjetiva de la teoría de la adecuación, al afirmar que tal pregunta debe ser contestada desde el punto de vista del sujeto, lo cual, en criterio de

²⁰⁸ Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 216 y s.

²⁰⁹ Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 326 y ss. "Esta teoría, en principio pretendió restringir el concepto de la conexión causal al amparo del Derecho, limitado por tanto la corriente naturalista sobre el nexo causal al solo ámbito de lo jurídico. Conforme a ella, -según Mezger- 'es causa en la producción del resultado no toda condición sino aquella apropiada para producirlo'.

²¹⁰ Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 218

MEZGER, hace su posición insostenible por haber confundido de una manera inaceptable para el jurista los límites entre causalidad y culpabilidad penal.²¹¹

"Pero esto no basta. La teoría de la causa adecuada o típica lleva a negar la existencia de la relación causal, cada vez que el resultado sea producido por una causa inadecuada o atípica; cualquiera ve cómo por este camino se llega a extrañas conclusiones lógicas y éticas. Si un atleta horada un torax con el dedo, si un tirador excepcional da en el blanco con los ojos vendados, si con una leve presión se rompe un cráneo tan sutil, por alguna anomalía, como una hoja de papel, ¿habrá que decir que de estos hechos no debe responder nadie, porque nos hallamos ante una causa generalmente inadecuada? La idoneidad del acto puede servir al tratarse de la tentativa, no para establecer la relación causal."²¹²

g) TEORÍA DE LA CAUSA HUMANA EXCLUSIVA. ANTOLISEI afirma que sólo los resultados verificados dentro de la esfera del comportamiento del hombre en el cual éste se encuentra de colocarse en juego sus facultades de conocer y querer su acción, se puede considerarse como eventos producidos por una causa humana, por haberlos querido o bien porque no queriéndolos no los ha evitado cuando estaba en su mano impedirlos. Por lo tanto, aquellos resultados ubicados fuera de la esfera del hombre y no controlados por él, no podrán constituir nunca una acción atribuible al agente, por tratarse de fuerzas ciegas de la naturaleza. Por ello, el jurista italiano concluye, que para la existencia de la relación de causalidad, se requieren dos elementos: a) Uno positivo, consistente en la acción humana que da vida a una condición del resultado, es decir, cuando el hombre, con su conducta, ha producido un factor causal del resultado; y b) Uno negativo consistente en la exclusión de factores excepcionales en la producción del resultado, en otras palabras es cuando el resultado no se debe al concurso de hechos excepcionales, anormales, singularísimos.²¹³

²¹¹ Autores citados por Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit., supra nota 45, p.218

²¹² Maggiore Giuseppe. Op. Cit., supra nota 44, Vol. I, p. 328

²¹³ Cfr. Pavón Vasconcelos. Op. Cit., supra nota 45, p. 328

A esta teoría se le reprocha no haber establecido algún criterio para precisar cuándo se está en presencia de los factores excepcionales que excluyen la existencia del nexo causal, además, otro aspecto es el defecto de su amplitud, pues, en ocasiones, se consideran causales acciones humanas ajenas a la figura delictuosa.²¹⁴

h) TEORÍA DE LA CAUSALIDAD JURÍDICA. GIUSEPPE MAGGIORE -dice-. La causalidad jurídica es un principio práctico que obedece a la necesidad de individualizar, entre las varias causas que determinan en la comisión del delito, la que debe responder de él ante el ordenamiento jurídico, es decir, busca un sujeto de imputación. Un delito es efecto de una copia de causas humanas y no humanas, conocidas y desconocidas, voluntarias e involuntarias y causales. Donde el legislador elige la madeja de causas que han determinarse un fenómeno, las que tienen importancia a su modo de ver, y rechazar todas las otras. Esto es -como dice muy bien Mosca -, elige la causa responsable de un resultado antijurídico dado. El juicio jurídico funciona como un juicio de valor; y no se limita a comprobar la existencia de una u otra causa, sino que las valora, para fines de imputabilidad. No es que los precedentes restantes dejen de ser causas pero éstas desde un punto de vista natural, pero quedan fuera del ámbito del derecho, que no busca sino causas imputables.²¹⁵

De lo anterior se siguen algunos corolarios:

1) "No toda causa tiene valor en derecho penal, sino solo la jurídicamente importante, es decir, aquella que el ordenamiento jurídico une al resultado, como decisiva. El principio llamado de equivalencia de las causas es, por lo tanto, a lo menos como regla, inaplicable en derecho.

²¹⁴ Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 221

²¹⁵ Mosca, se considera como el primero que formuló esta teoría

²¹⁵ Cfr. Maggiore Giuseppe, Op. Cit., supra nota 44, Vol I, p. 330 y s.

a) Beling

Tipo Objetivo	Acción típicamente adecuada (igual al tipo stricto sensu)
	Exclusión de lo injusto
Tipo Subjetivo	Dolo o culpa
	Exclusión de la culpabilidad (presupuestos especiales de la punibilidad, por ejemplo, condiciones objetivas, etc.).

b) Finalistas:

Tipo Objetivo	Elementos objetivos (acción, resultado).
	Elementos objetivos de autoría (por ejemplo funcionario).
Tipo Subjetivo de lo injusto	Intención (Vorsatz) Elementos subjetivos de autoría (por ejemplo elemento interno trascendente [Absicht]).
Causas Eximentes	Exclusión de lo injusto Exclusión de culpabilidad Especiales exenciones (por ejemplo, causas personales que eximen de la pena, etc.) ²²²

1.9.1.8 TIPICIDAD

²²² Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...* Op. Cit., supra nota 51, V. III, p. 776

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

De acuerdo a la relación lógica y a la teoría heptatónica del delito, el elemento del delito designado con el vocablo *tipicidad*, tiene su esencia en el sustantivo tipo^{223BIS}, del Latín *TIPUS*, que en su acepción trasciende en el Derecho Penal, como símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia. El tipo es necesario, porque sin el no se podría averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta. *TÍPICO* es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella, es decir que la acción típica, es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque en algunos casos de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto, de una conducta relevante para el Derecho Penal.

Pero no hay que confundir los términos tipicidad, tipo y típica. "El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad, pertenece a la conducta. Tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal... decimos que es una conducta típica. a) Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no la presente); b) Tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo; c) Tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta"²²⁴.

^{223BIS} En la Teoría de la Institución en el campo de la ciencia del proceso, es utilizado el concepto "Tipo" institución como proceso en una forma jurídica que contiene un sistema de reglas que tienden a garantizar el interés colectivo y satisfacer el interés privado, para mayores datos característicos del "Tipo Institución". Consúltese Delint Pérez Ernesto, *ESTRUCTURA DEL PROCESO Y DERECHO POSITIVO MEXICANO*, UNAM., México, 1969, pág. 89 y SS. Jiménez de Asúa, declara que la tipicidad es rigurosamente penal, porque solo en este derecho funciona el tipo con carácter agotador, cosa que no concurre en cosa civil o comercial ya que pueden invocarse la costumbre, la analogía, los principios general del derecho, la equidad, etc., junto a la Ley que describe la figura del contrato o del testamento. Cit. Pos. Jiménez Huerta Mariano, *TIPICIDAD*, Ed. Porrúa, México, 1955. Existe un abuso de la expresión tipo, se habla de "TIPO GARANTIA", con lo que se designa el principio de legalidad en materia penal, "TIPO DE INJUSTO", para connotar la tipicidad de una conducta antijurídica; "TIPO DE DELITO" a las concepciones del delito en que se quiere abarcar con el tipo, casi todas las características: "TIPO DE CULPABILIDAD" suele llamarse al requerimiento de que la culpabilidad debe responder a la tipicidad de la conducta; "TIPO PERMISIVO", surge del precepto permisivo (causa de justificación); "TIPO FUNDAMENTADOR", o "TIPO SISTEMÁTICO", utilizado este último por Zaffaroni. Cfr. Zaffaroni Raúl Eugenio Op. Cit., supra nota 48, p. 393 y S.

²²⁴ Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 393.

La tipicidad implica antinormatividad por contrariedad a la norma que tácitamente prohíbe lo establecido por la Ley Penal (tipicidad legal). Pero el juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige la comprobación de la tipicidad conglobante: que consiste en una averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma, no considerada de forma aislada, sino conglobada en el orden normativo. Siendo el juicio de la tipicidad penal resultado de la conjunción entre la tipicidad legal y la tipicidad conglobante²²⁵.

Tipicidad Legal + Tipicidad Conglobada = Tipicidad Penal.
--

El tipo plasmado en la Ley tiene un carácter estático, pues permanece en el mismo estado a la vista de todos aquéllos que lo interpretan bien. La adecuación típica es un concepto dinámico y funcional que presupone la existencia de una conducta ajustada a un tipo legal, específico, por un nexo de personal o temporal dependencia, por lo anterior, es preciso estudiar por separado al tipo y los problemas que represente el proceso de la típica adecuación²²⁶.

Para abordar el tema del tipo, es menester ubicar en grosso modo la concepción del delito en la historia del Derecho Penal, como: una concepción clásica, neoclásica y finalista del delito, donde se refieren a la acción típica, la tipicidad y el tipo.

La concepción clásica del delito fue defendida en Alemania donde se caracterizaba por una estructura sencilla, fácil de abarcar y didácticamente ventajosa, donde la base de este sistema era el concepto de la acción, entendida por Liszt y Beling, de manera totalmente naturalística como movimiento corporal y modificación del mundo exterior, unidos ambos por el vínculo de la causalidad, que, conforme a la Teoría de la Equivalencia,

²²⁵ Cfr. Zaffaroni Raul Eugenio, Op. Cit., Supra Nota 48, p. 405 y SS. Para mayor consulta sobre la tipicidad conglobante como correctivo de la tipicidad legal. Ver misma obra capítulo XXIV, p. 493-507.

²²⁶ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, *tipicidad*, Ed. Porrúa, México, 1955, p.325.²²⁵ 225.- Cfr. Zaffaroni Raul Eugenio, Op. Cit., Supra Nota 48, p. 405 y SS. Para mayor consulta sobre la tipicidad conglobante como correctivo de la tipicidad legal. Ver misma obra capítulo XXIV, p. 493-507.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

parecía excluir todas las diferencias objetivas de la realización del tipo. El punto débil de esta perspectiva referida a lo externo se manifestaba a la omisión.

Una vez afirmada la presencia de una acción, había de examinarse seguidamente si también concurría los predicados de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, cuestión ésta en la que se distinguía tajantemente entre los componentes objetivos y subjetivos, objetiva tipicidad y antijuridicidad y la subjetiva en la culpabilidad. Este concepto del delito ha surgido a partir del pensamiento jurídico correspondiente al positivismo científico²²⁷.

El concepto neoclásico del delito alcanzó la ciencia del Derecho Penal un punto álgido de su capacidad de trabajo y prestigio internacional a tal forma que empezó a influir en Italia, España, Polonia, Portugal, Grecia, Argentina y Brasil.

La reforma a la estructura del concepto clásico del delito, se inició por el concepto de la acción que se consideró que se podía renunciar por completo a tal concepto e iniciar la estructura del delito directamente en la tipicidad. Más profundos fueron los cambios experimentados en el área de la tipicidad. La comprensión puramente descriptiva y desvalorizada del tipo, fue sacudida por el descubrimiento de los elementos normativos, que solo resultan aplicables a través del contenido valorativo que les atribuye el Juez. De igual modo, el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo puso punto final a una noción de éste exclusivamente objetiva y determinada por factores del mundo exterior.

El punto ya no aparecía más como la desvalorada descripción de un acaecer externo, sino como un ingenioso recurso del legislador para reunir los elementos del característico contenido del injusto de un hecho, en relación con el tipo de delito. El tipo se transformó así en tipo de delito. El tipo se transformó así en tipo del injusto, en el sentido de compendio de los momentos típicos de la antijuridicidad en relación con la correspondiente clase del delito, es decir, que el tipo ya no se encuentra situado ya al mismo nivel de la antijuridicidad, como era en el sistema clásico, sino que quede reducido a su misión formal

de fijar los elementos de la antijuridicidad, en la Ley Penal, mientras que los elementos materiales del delito siguen siendo ahora exclusivamente, la antijuridicidad y la culpabilidad²²⁸.

El concepto de delito del finalismo, fue laborado sobre todo por Hans Welzel, y como sus precursores a v. Weber, E. Wolf y Graf zu Dohna, quienes retoman a la acción como el verdadero ser en el concepto central de la Teoría del Delito. El pensamiento del finalismo estaba esforzado en elaborar las “estructuras lógico-objetivas” previas a toda configuración jurídica y en construir el Derecho Penal, sobre la “Naturaleza de la Cosa”. De ese modo, la doctrina de la estructura final de la acción humana descansa directamente en las observaciones de la nueva psicología, sobre la proyección de los actos psíquicos en el mundo exterior.

La estructura del delito sufrió modificaciones fundamentales en tres cuestiones básicas de la Teoría del Delito.

a) La conciencia de la antijuridicidad, tuvo que separarse del dolo, porque éste es la pura realización de la voluntad y convertirse en el factor central del concepto de culpabilidad, pues el reproche de factor central de tal concepto, pues el reproche de defectuosa formación, de la voluntad alcanza al autor, sobre todo, cuando con conocimiento de la antijuridicidad del hecho se ha decidido por el mismo.

b) A consecuencia de la separación entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad, se tuvo que distinguirse de otra forma los supuestos de error a como se había echo en el esquema anterior como el error de echo y el error de derecho. Conforme al finalismo, hay, de un lado *error de tipo*, que excluye el dolo y con él de punibilidad y de otro lado *error de prohibición*, que niega la conciencia de la antijuridicidad.

²²⁷ Cfr. Jescheck Hans- Heinrich, Op. Cit., Supra Nota 49, p. 182 y S.

²²⁸ Ibidem, p. 183 y ss.

c) Finalmente resulto que la participación en la Comisión de un Delito, sólo puede ser considerada en relación con un hecho principal doloso, Dado que, faltando el dolo, hay que negar ya el tipo de hecho principal ²²⁹.

Ahora bien, tomando en cuenta las distinciones básicas del Derecho Penal, puede ser reducido a los tres cometidos que debe de cubrir el tipo.

1.- Función Sistemática.

2.- Función Dogmática.

3.- Función Política Criminal.

Lo subsecuente, considerando al Derecho Penal, como sistemas de conceptos en donde uno de éstos es la Ley Penal, integrada por el tipo y la punibilidad y como Ordenamiento Jurídico Penal, cuya parte especial establece los tipos y punibilidad (delitos en particular) que han de estar asociadas con las reglas generales contenidas por la parte general que son antecedentes objetivos o hechos a los cuales conviene atribuir los caracteres y los efectos de todo delito, y que a la formación de la norma jurídica penal se denomina lógico-abstracto, porque el legislador elabora el delito como un esquema, una hipótesis formulada en la Ley, en un segundo momento se identifica a dicho ente (delito) como un hecho real, es decir, un hecho concreto cuya correspondencia a los caracteres esenciales de aquel esquema lógico-abstracto que es necesario establecer.

Por lo anterior se utilizará el método jurídico lógico-abstracto, para estudiar y explicar el tipo legal (función sistemática); y el método jurídico lógico-concreto, como una

²²⁹ Cfr. Jescheck Hans-Heinrich, Op. Cit., Supra Nota 49, p.188 y SS.

función aplicativa subsecuente al análisis de los elementos que aquélla contiene: El tipo abstracto del delito y de la sanción, (función dogmática) ²³⁰.

1.9.1.8.1 FUNCION SISTEMATICA DEL TIPO.

La doctrina del tipo ingresó en el campo de la ciencia del Derecho Penal, por obra de ERNESTO VON BELING, quien atribuye al principio por tal doctrina enunciando el puesto de primer orden en la jerarquía de los elementos esenciales a la noción del delito. Existen dos momentos importantes a diferenciar la Teoría del tipo de Beling, la primera y originaria formulación, el tipo “es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos”, ²³¹ este concepto se materializa en el año de 1906 con la publicación de la Obra *Die Lehre Von Verbrechen*. En 1930, hace una nueva presentación de su doctrina en la que altera y espiritualiza algunos de sus primitivos puntos relevantes, ahora, hace una separación entre el “tipo” y la “especie delictiva”, donde concibe esta última como un todo compuesto de una pluralidad de elementos que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Estos elementos son: unos de naturaleza externa y objetiva, los que caracterizan la antijuridicidad; y otros, de naturaleza subjetiva, como los que configuran la culpabilidad. Todos estos elementos se orientan hacia una “imagen unitaria” que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva ²³².

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

²³⁰ Sobre la metodología sobre la ciencia del Derecho, para su estudio. Cfr. Ojeda Velázquez Jorge, Op. Cit. Supra Nota 71, p. 44 y SS. El método jurídico-abstracto es conocido también como método jurídico, cuyo origen le atribuye a Otto Mayer, otro método conocido es el *experimental* quienes los positivistas trataron de sustituir el método lógico-abstracto. Creyendo que el derecho era susceptible de ser estudiado como las ciencias naturales o explicativas; si el derecho es una ciencia finalista, requiere por tanto un método teleológico, que se ha defendido como relación al formalismo, este método averigua la función que fue creada la ley, explorar la formación teleológica de los conceptos, esclarece el bien jurídico, desentraña el tipo penal, se vale del método sistemático logrando con ello una interpretación de la ley. Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *La Ley y el Delito*, Op. Cit., supra nota 94, p. 28 y s.

²³¹ Jiménez Huerta Mariano, *Tipicidad*, Op. Cit. Supra Nota 226, p.24.

²³² *Ibidem*. P. 27 y S.

contenido en las viejas Leyes y que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos, el concepto fue llamado en términos latinos *corpus delicti*²³³, hecho en el siglo XVIII, como de manera concluyente se establece por el artículo 133, de la Ordenanza Criminal Prusiana, de 1805, donde trato de él – Cristobal Carlos Stübel; Luden en 1840. Kärcher y Schaper 1873, que conjuntaban la totalidad de sus elementos internos y externos del cuerpo del delito²³⁴.

Es así, al definir al delito, como todas aquellas acciones opuestas al bien público, que están comprendidas entre los extremos consistentes en los desórdenes que destruyen

²³³ En tres sentidos distintos ha sido utilizado el término *corpus delicti*. Uno, como el hecho objetivo incito en la Ley Penal, cuya determinada Acción es punible abstractamente descrita en cada infracción – un incendio, un homicidio, un fraude, etc.; otras, como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetuación – un edificio incendiado, un cadáver, etc.; y en una tercera, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetuada – Un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, etc. Cfr. Jiménez Huerta Mariano, *Tipicidad*, Op. Cit. Supra Nota 226, p.37. Lo anterior se desprende de los conceptos siguientes: “El cuerpo del delito está constituido a nuestro juicio, por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito.” (Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, p.82). “...Cuerpo del delito es el contenido de un ‘delito real’; que encaja perfectamente en la descripción de algún delito hecha por el legislador, en la que muchas veces van elementos de carácter moral. En la descripción también pueden ir elementos de carácter ‘valorativo que requieren su presencia en el cuerpo del delito’ (Rivera Silva Manuel *El Procedimiento Penal*, p. 162) “...Estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas propiamente dichas sino las personas en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales como en el caso de marcas producidas por enfermedad o por violencia externa” (Bentham Jeremías, *Tratado de las Pruebas*, p. 297). “Por ‘cuerpo del delito’ debe entenderse al resultado de los daños causados por el comportamiento corporal del inculpado, es decir, a los elementos materiales u objetivos que integran en cada caso el tipo descrito por la Ley Penal, con abstracción de aquellos que puedan catalogarse como subjetivos, como son el engaño y el lucro indevido en el fraude por ejemplo, porque éstos se refieren al problema de la culpabilidad” (González Blanco Alberto, *El Procedimiento Penal Mexicano*, p. 103). “Al cuerpo del delito se le han dado tres acepciones diferentes, algunos entienden que el cuerpo del delito es el delito mismo. Otros estiman que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprende la definición legal, los terceros opinan que el cuerpo del delito consiste exclusivamente en los elementos materiales” (Borja Osorio Guillermo, *Derecho Procesal penal*, p. 246) “La tendencia moderna de la doctrina mexicana se pronuncia, de plano en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos plenarios del tipo. Distinguiendo entre los de carácter objetivo, los subjetivos y los normativos, se afirma que el cuerpo del delito existe cuando se hallan debidamente integrados, tales elementos, en los términos del tipo correspondiente” (García Ramírez Sergio *Curso de Derecho Procesal Penal*, p. 345). El concepto de *corpus delicti* vuelve a ser parte “medular en el sistema mexicano, pues sobre él descansa el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores”, Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., Supra Nota 226, p.35 y SS., esto se deriva de la reforma que sufrió la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 16 y 19, publicado por decreto en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de marzo de 1999 y el Código Federal de Procedimientos Penales, publicados en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 18 de mayo de 1999.

inmediatamente la sociedad y a la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella, derivados de la necesidad de la reunión de los hombres, y los pactos que necesariamente resultan de la oposición misma de los intereses privados; y considerar que “cualquier acción no comprendida entre los límites señalados, no puede ser llamada delito o castigada como tal, sino por aquellos que encuentran su interés en darle este nombre”, es decir, la acción desplegada por el agente que no este comprendida al cuerpo del delito, entendido como hecho objetivo, puramente y transitorio, insito en cada delito no puede ser punible o castigado.²³⁵

Otro ejemplo, en los términos anteriores, se encuentra en Carrara, que al considerar al delito como “un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica”, el cual, la base es el hecho del hombre contrario al derecho —disonancia armónica en el reino del derecho—. El hecho ataca el derecho, lo viola, lo conculca, turba, pues, la armonía del derecho. Pero frente a ese hecho, surge la ley que lo prohíbe, que lo amenaza con represiones que lo imputa como delito, con el fin de restablecer la armonía en el reino del derecho.²³⁶

De esta forma, para que una manifestación de voluntad (acción) sea sancionada debe estar en el cuerpo del delito —ente jurídico quien según Carrara que es relevante para la armonía social. El mismo criterio es utilizado por Franz von Liszt, quien llama acto de ejecución a aquella manifestación de voluntad que, en cada caso particular constituye la actividad que la ley declara punible, que se expresa por los términos empleados, comprensivos del resultado para definir cada uno de los delitos.²³⁷

De esta manera, casi todas las definiciones del delito, considerado como fenómeno abstracto y desvinculado de sus manifestaciones singulares, lo calificaba, comúnmente

²³⁴ Cfr. Jimenez Huerta Mariano, *Corpus Delicti y Tipo Penal*, Revista Criminalia, México, 1.- mayo, 1956, núm. 5, p. 238.

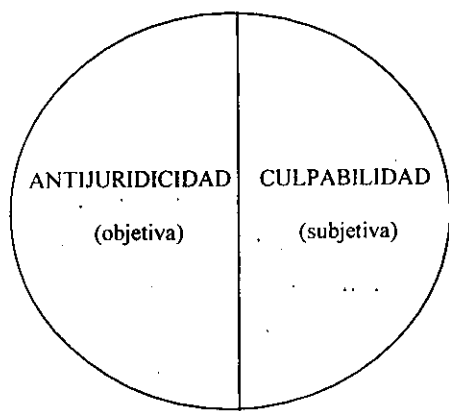
²³⁵ Cfr. Beccaria, Op. Cit., Supra nota 61, p. 27 y s.

²³⁶ Cfr. Carrara Francisco, Supra nota 75, p. 51

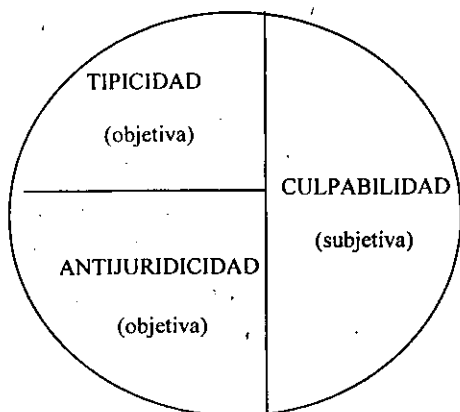
²³⁷ 237.- Cfr. Liszt Franz von, Op. Cit. T-II, Supra nota 88, p. 320

antes de 1906, como “una acción antijurídica, culpable y sancionada con una pena, esta última venía considerada más o menos como un apéndice exterior respecto al presupuesto fundamental de la acción antijurídico.”²³⁸

Lo anterior se puede representar de la siguiente forma:²³⁹



ANTES DE BELING



CON BELING (1906)

Retomando la doctrina beligniana, el tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: *nullum crimen sine tipo*. La tipicidad, como exigencia de que el acto se subordine al tipo penal, es patrimonio de los regímenes liberales. La separación de los caracteres del delito defiende la libertad humana de modo eficaz en cuanto posea función agotadora la tipicidad.

En su obra *Die Lehre vom Verbrechen* en 1906, Beling utiliza el término *tatbestand*, que significa “supuesto de hecho”,²⁴⁰ quien en sentido estricto es una suma de los

²³⁸ 238.-Cfr. Jiménez Huerta Mariano, *Corpus Delicti y Tipo Penal*, supra nota 234, p. 239. Antolisei Francisco, *El Estudio Analítico del Delito*, tr. Dr. Ricardo Franco Guzmán, Ediciones de Anales de Jurisprudencia, México, 1954, p. 52 y ss.

²³⁹ Cfr. Zaffaroni, Op. Cit., supra nota 48, p.399

elementos objetivos descritos en el tipo, es decir, en la particular disposición legal; o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente, más claramente, la acción delictuosa con las notas que la caracterizan y la realización del resultado que con ésta ligado. Quedando por tanto, fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad. El tatbestand, no es otra cosa que un medio descriptivo.²⁴¹

Para algunos, el Tatbestand es la base del conocimiento (*ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad, en su *carácter indiciario*, donde el tipo no es ya mera descripción. Mayer en su Tratado, desarrolla una doctrina en la cual pretende otorgar al tipo mayor importancia de la que le dio Beling. El tipo —dice Mayer— cumple una función más importante, pues tiene valor *indiciario* de la antijuridicidad de la conducta o del hecho, constituyendo el fundamento para conocerla. (fundamento cognocivo de lo injusto). Para otros, el tipo es *ratio essendi* de la antijuridicidad, quien Mezger refiere al tipo, como fundamento de la antijuridicidad, por considerar que quien actúa típicamente actúa también antijuridicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto.²⁴²

Analizando las teorías de Mayer y Mezger, se encuentra:

- De acuerdo con Mayer, debe existir:

²⁴⁰ Tatbestand, proviene del latín medieval (*facti species*), que significaba “figura de hecho”, por tal motivo algunos autores italianos lo traducen como *fattispecie* y se ha traducido y difundido en castellano como tipo. Hasta 1906 se usaba la palabra tatbestand, pero no como un contenido sistemático similar actualmente. Cfr. Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 399. El lenguaje jurídico emplea, la palabra “tatbestand” en otros sentidos como: caso en concreto que se debe juzgar; “tatbestand general del delito” que se entiende como la totalidad de las condiciones de la existencia de una acción punible (en lugar de concepto del delito); “tatbestand especial del delito” para referirse a la figura de delito de una clase determinada de delitos; tatbestand “objetivo” y una “subjetivo” con relación a las facies externa e interna del delito; “tatbestand de la tentativa, de la institución, de la complicidad”; 2 Tatbestand2 las características de todo concepto jurídico, por ejemplo, tatbestand de la legítima defensa, etc.; “tatbestand legal” a designar a la palabra literal y externamente textuales, con los cuales los artículos especiales de la ley establecen las condiciones para que se pueda aplicar la pena. Cfr. Beling Ernesto von, *Esquema de Derecho Penal*, tr. Dr. Sebastian Soler, Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina 1944, p. 49 y ss.

²⁴¹ 241 Cfr. Antolisei Francisco, Op. Cit., supra nota 238, p. 37 y ss. Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 62 y ss.

²⁴² Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 272 y ss.; Antolisei Francisco, Op. Cit., supra nota 238, p. 41; Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 401 y s; Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 96 y ss.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

- a) Una conducta presuntiva antijurídica,
- b) A no ser que exista una causa de justificación.

- Conforme a Mezger:

- a) Una conducta antijurídica,
- b) A no ser que exista una causa de justificación.

En resumen, se puede representar lo anterior tomando como base la Teoría del tipo avalorado —que no se sostiene actualmente— que sustenta que la tipicidad no indica nada acerca de la antijuridicidad (también llamado neutro o acromático), el siguiente cuadro:²⁴³

Teoría del tipo avalorado	Tipicidad	Antijuridicidad
---------------------------	-----------	-----------------

Teoría del tipo indiciario	Tipicidad	Antijuridicidad
----------------------------	-----------	-----------------

Teorías del tipo como ratio	Tipicidad
tipicidad	Antijuridicidad

Teoría de los elementos essendi de la antijuridicidad aplica los elementos negativos del tipo: la justificación elimina la

Teoría del tipo de injusto: la justificación elimina solo la antijuridicidad.

²⁴³ Cfr. Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 401 y s. Beling es uno de los autores que sostuvo la teoría avalorado, quien en su obra Die Lehre von Tatbestand consideró que los "delitos-tipos son de carácter puramente descriptivo y que con ellos no se contesta la cuestión de la antijuridicidad o de la licitud, a pesar de su derivación de 'lo ilícito'. La 'adecuación al delito-tipo' (tipicidad) y la 'antijuridicidad' de una acción concurren, pues como dos círculos secantes." Beling Ernesto von, Op. Cit., supra nota 240, p. 55 y s.

Porte Petit, considera que el tipo existe previamente a la realización de la conducta, e igual preexisten las hipótesis del aspecto negativo de la antijuridicidad (causas de licitud), la conducta realizada, será antijurídica o lícita, tan pronto se adecue al tipo descrito por la ley. Es decir la conducta será típicamente antijurídica o típicamente lícita, esto se desprende, que no puede negar que desde que nace el elemento objetivo y se adecua al tipo, la conducta típica puede ser lícita o ilícita.²⁴⁴

Pero con la concepción beligniana, se presentó el problema de si forman parte del tatbestand y más general de la antijuridicidad los elementos subjetivos indicados en la descripción legislativa del delito. Se trata sobre todo de los casos en que la ley exige un dolo específico y la duda nace de la consideración de que al faltar tal intención falta también la objetividad del delito.²⁴⁵

Por último, Beling en esta época, señala que el tatbestand "constituye el punto central, 'el núcleo' del concepto del delito en torno al cual se agrupan todos los demás elementos. Este núcleo da la característica real de la acción delictuosa y permite establecer el tipo del delito con el que se debe trabajar" y que de "conformidad al tipo, o tipicidad, serviría para establecer *cuáles son los actos que interesan al juez penal*, mientras que, la investigación sobre la antijuridicidad trataría de establecer si hay contraste entre el hecho realizado y el ordenamiento jurídico; la que se refiere a la culpabilidad trataría por otra parte de ver si existe conexión psíquica entre el sujeto y el hecho típico y antijurídico realizado."²⁴⁶

²⁴⁴ Cfr. Porte Petit Candaudap Celestino, *Apuntamientos de la...*, Op. Cit., supra nota , p. 339

²⁴⁵ Cfr. Antolisei Francisco, Op. Cit., supra nota 238, p. 42

²⁴⁶ Ibidem, p. 43. Con el descubrimiento de la culpabilidad normativa en 1907 y de los elementos subjetivos del tipo alrededor de 1910, como las dificultades con que chocaba la teoría objetiva del tipo, que no podía resolver aquellos casos de la causalidad, aún menos, no existía una explicación para el caso de la tentativa, los elementos subjetivos no satisfacían mucho con su ubicación, se determinó que se pensase que el dolo debía estar ubicado en el tipo, y así lo hizo Hellmuth von Weber en 1929 y en 1935; y el conde Alexander Graf Zu Dohna en 1936. Cfr. Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 339 y s

En 1930 Beling desarrolla en su obra *Die Lehre vom Tatbestand*, una ampliación de su doctrina, introduciendo nuevos términos, como son *Deliktstypus* (tipo del delito), *Typizität* (tipicidad), *tatbestandsmäßigkeit* (adecuación típica), etc., cuyo esfuerzo de Beling era establecer una necesaria relación entre el *tipo del injusto* y el *tipo de culpabilidad* con el *tatbestand* legal o *leitbild*,²⁴⁷ en estos cambios altera y espiritualiza algunos de sus puntos fundamentales. Afirma que toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos descritos por la ley penal correspondientes, previstos a veces *expressis verbis*, a veces *sub intelligenda*, para precisarse por medio de la interpretación. Esos elementos se encuentran en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna (subjética) de la acción; los primeros caracterizan el "*tipo de ilicitud*" y los internos las particularidades de la culpabilidad que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito. Todos estos elementos, se orientan hacia una "*imagen unitaria*" que viene a ser el cuadro o esquema conceptual que funda la unidad de la especie delictiva.²⁴⁸

La faz *externa* a que refiere Beling, presenta siempre, un elemento al cual debe referirse *también lo interno* del autor para que se diera la *figura delictiva* correspondiente, donde ésta representa un "esquema" rector dominante *común* para la faz objetiva y para la subjética. Pero en ciertos delitos encierran elementos, que sólo deben darse *objetivamente* sin que importe nada su vinculación con la "subjektividad" del autor. Lo mismo ocurre en ciertas figuras delictivas, el cual sólo requiere de los elementos "puramente subjetivos"²⁴⁹

El contenido de cada delito-tipo debe considerarse aisladamente para cada *figura autónoma* del delito. El delito-tipo significa sólo la *función* de los distintos contenidos como "esquema" para la figura delictiva correspondiente, por lo cual, traza fundamentalmente el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase, contando con el examen de los hechos humanos establezca si éstos corresponden a ese

²⁴⁷ Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 268

²⁴⁸ Cfr. Beling Ernesto von, Op. Cit., supra nota 240, p. 42.

²⁴⁹ Ibidem, p. 42 y s

cuadro, cuyos elementos se toman: a) o de una particularidad de comportamiento corporal; b) o de las circunstancias de lugar, tiempo y objeto, anteriores o concomitantes en las cuales se produjo el hecho corporal; c) o bien de la concurrencia de un evento o estado temporalmente posterior a la acción, como resultado.²⁵⁰

Pero el delito-tipo no lo identificaba con la figura delictiva correspondiente, ya que el delito-tipo “es precisa y solamente el *esquema* común para los elementos del delito un cuadro solamente ‘regulativo’ para los elementos de la figura”, el cual, *un único y mismo delito-tipo* rige comprensivamente *varias figuras de delito* al mismo tiempo, las cuales, en consecuencia, se diferencian entre sí por elementos “extra típicos”.²⁵¹

Dentro de la estructura beligniana, se debe distinguir:

- a) El *deliktstypus* (tipo del delito), que es la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera, formando un esquema legal;
- b) El *tatbestand* legal o *leitbild*, que es el primitivo *tatbestand*; constituye la figura rectora del delito específico, cuya naturaleza es puramente descriptiva y objetiva, haciendo por ello posible reunir en sí los tipos de ilicitud y de culpabilidad;
- c) El *unrechtstypus* o tipo de ilicitud, que se identifica con el hecho antijurídico referido a una determinada figura.

²⁵⁰ Cfr. Beling Ernesto von, Op. Cit., supra nota 240, p. 44 y s

²⁵¹ Ibidem, p. 52. “El tipo no es ya, pues, para Beling, el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, sino la *imagen rectora*, cuadro dominante o tipo *regens* que norma y preside cada especie delictiva. De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una ‘representación conceptual’ que no debe ser confundida con su ‘realización exterior’.” Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 26 y s.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

- d) El *tipo de culpabilidad*, el cual no es sino la *culpabilidad típica*, el dolo concreto exigido por una determinada figura y que en unión del tipo de ilicitud va adecuarse al tipo legal.
- e) El *tatbestandmäßigkeit* o *adecuación típica* constitutivo de la realización entre la acción y la figura rectora.
- f) La *tipizität* o tipicidad, es la necesidad de acuñar los delitos-tipos y no en definiciones genéricas y vagas.²⁵²

Otros autores como Mezger dice: "el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal".²⁵³ Jiménez Huerta, considera al tipo como el "injusto recogido y descrito en la ley penal".²⁵⁴

1.9.1.8.1.1 ELEMENTOS ESENCIALES DEL TIPO

De lo anterior se puede afirmar, que el tipo penal pertenece a la ley, está en la ley y es ley, de esta manera al revisar el catálogo de tipos delictivos contenidos en la Parte Especial de un Código Penal, se aprecia la existencia de requisitos elementales o comunes a todos a todos los tipos, aunque no siempre se presentan de modo similar. Tales requisitos comunes forman la estructura del tipo, reflejando la razón de su nacimiento y existencia; y si el tipo delictivo conminada con pena, tiene como finalidad evitar que el hombre social realice conductas lesivas de bien jurídicos, resulta necesario de un *sujeto activo primario*,

²⁵² Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 268 y s. Algunos autores critican la obra de Beling por su estudio del tipo, para mayor conocimiento de estos autores consulte la misma fuente.

²⁵³ Cit. Pos., Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 271

²⁵⁴ Op. Cit., supra nota 226, p. 42

de una *conducta externa* y de un *bien jurídico tutelado*, estos son los requisitos más elementales y comunes del tipo penal.²⁵⁵

1.9.1.8.1.1. SUJETO ACTIVO PRIMARIO

La conducta que contiene el tipo adopta una abstracción: “el que haga tal cosa” o “el que omita hacer tal otra”. De esta manera los tipos delictivos hacen, pues, mención expresa y directa a un sujeto activo o autor, donde no es autor todo sujeto que ha cooperado a la causación de un resultado lesivo, sino es sólo aquel que ejecuta el acto típico, el cual, se le llamara sujeto activo primario y se diferencia del sujeto secundario que es aquel que afloran en ulterior plano en virtud de un dispositivo que se ensamble el tipo penal y produce su amplificación.²⁵⁶

De esta manera, el Derecho penal exige un comportamiento humano, sea prohibida o exigida por el tipo, sólo porque el hombre es capaz de la ejecución de acciones con conciencia del fin. Welzel al respecto dice: “El ámbito de la normatividad jurídico-penal se limita al recinto de la posible actividad final humano, cuando el hombre es corporalmente causal sin que pueda dominar su movimiento corporal a través de un posible acto de voluntad –sea que obre como simple masa mecánica (como en un desmayo repentino) o que ejecute movimientos reflejos (como en los casos de calambre) puede por cierto ser considerado, si también en el futuro es peligroso socialmente como objeto de medidas

²⁵⁵ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 47. Jescheck señala que “el tipo de la acción punible nace de la conjunción de los elementos que determinen el contenido del injusto de la correspondiente clase de delito. Los pilares del tipo son el *bien jurídico*, el *objeto de la acción*, el *autor*, la *acción* y el *resultado*, incluidos en cada caso los elementos que los caracterizan con mayor precisión. Mediante la unión de estos componentes en tipos, el legislador consigue que las diversas clase de órdenes normativas puedan alcanzar en cada caso la formulación más breve.” Op. Cit., supra nota 49, p. 231. De lo anterior, existe similitud entre los requisitos elementales del tipo señalados por Jiménez Huerta, pues, encontramos que el *sujeto activo primario* viene a resultar el *autor*; *conducta exterior* a la *acción* y el *resultado*; y el *bien jurídico* con el *bien jurídico* y *objeto de la acción*. Jiménez de Asúa, partiendo del análisis del tipo normal que no deja de ser la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, por contener referencias a los sujetos y al objeto del delito, así como a las modalidades de la acción, donde en la figura típica se halla en el núcleo constituido por el verbo, referencias: al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo o la ocasión, y a los medios. Cfr. Op. Cit., Tomo III, supra nota 51, p. 801 y ss.

²⁵⁶ Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 47 y ss.

policiales preventivas; pero tales movimientos corporales quedan excluidos de las normas del Derecho penal.²⁵⁷

Dentro de la expresión descriptiva del tipo, quedan comprendidos todos aquellos que realizan de forma integral la conducta de modo singular que la ley penal establece, esto para que exista una pluralidad de sujetos activos primarios o autores que ejecutan conjuntamente la conducta descrita en el núcleo del tipo. Ante esta pluralidad se dice que existe coautoría, esta realización plural puede surgir de un previo acuerdo entre los coautores antes de dar inicio a la ejecución del delito.²⁵⁸

La coautoría puede tener dos modalidades: una llamada co-autoría causal, donde de los actos propios de cada uno, realizados en el momento de iniciarse la ejecución; o co-autoría sucesiva, que de los propios de alguno de ellos efectuados cuando ya ha sido iniciada la consumación y mientras la misma perdura, hipótesis viable en los delitos permanentes.²⁵⁹

1.9.1.8.1.1.2 CONDUCTA EXTERNA

Como se ha señalado, el delito es una forma de conducta o acto en sentido amplio, donde el legislador al captar esta conducta que es relevante para el derecho penal debe de proceder mediante esquemas, ya que al intentar recoger un comportamiento voluntario del hombre se torna imposible, por la razón que no se puede describir en la norma a todas las modalidades o combinaciones que pudiera existir. Así que la sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica que se capta en el tipo modela su estructura e integridad de sus elementos.²⁶⁰

²⁵⁷ Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 38

²⁵⁸ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 49

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Ibidem.

La estructura del tipo es diversa, cuando en él se describe el comportamiento o se acepta un resultado material y tangible, que cuando se tipifica una conducta normada por la especial situación anímica en que se halla el sujeto que actúa o por una expresa referencia a su valoración.

La ley al definir los delitos para que cumplan su función, donde el comportamiento del injusto que concretiza el tipo es especificado, unas veces, mediante la descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras mediante una expresa valoración normativa de dicha conducta; y en otras ocasiones, mediante el especial aprecio de la proyección de lo más interno del agente.²⁶¹

1.9.1.8.1.1.2.1 ELEMENTOS DESCRIPTIVOS

El tipo penal es, por naturaleza, descriptivo, en él se describe una conducta externa antijurídica, que el derecho considera relevante para su regulación en el orden jurídico-penal. De aquí se desprende que la mayoría de los tipos de la Parte Especial de un Código tenga como contenido una mera descripción objetiva de *conducta humana*, tal como sucede, por ejemplo, en los artículos 148 (la violación de cualquier inmunidad diplomática), 160 (portar, fabricar, importar, etc. armas prohibidas), 194 (producir, transportar, comerciar, etc., narcóticos). En otras, la descripción del tipo refieren, además, el efecto o *resultado material* de la acción u omisión, como sucede en los artículos 288 (lesiones), 302 (homicidio), 329 (aborto), o bien, contiene *referencias a los sujetos* artículos 123 (...al mexicano), 220 (servidor público), 323 (al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente...), a los *medios de comisión* específicamente requeridos por el tipo (engaño en el estupro, artículo 262), *modalidades de la propia acción* (apoderamiento con violencia

²⁶¹ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 225, p. 64. En esta distinción del tipo por el contenido de la conducta tipificada, son llamados tipos normales y tipos anormales. Los primeros por contener una descripción objetiva; los segundos por tener en su estructura elementos normativos o de cultura, subjetivos o ambos. Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 799 y ss. Por su parte, Welzel considera que el "tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el Derecho Penal." Cfr. Su obra citada, supra nota 124, p. 58

en el robo, artículo 372), (premeditación en el homicidio, artículo 315) que forman parte del tipo.²⁶²

Por lo anterior, se puede afirmar que los elementos descriptivos del tipo son conceptos que se pueden tomar por igual del lenguaje diario o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo fáctico y susceptibles de una *constatación fáctica*. Por esta razón pueden ser considerados como “descriptivos”, incluso si sólo mediante la referencia a una norma se llega a una mayor concreción de su contenido, y ofrecen consecuentemente un cierto grado de contenido jurídico.²⁶³ Es por ello, que surge la necesidad de realizar un estudio de los elementos que integran una descripción de una conducta considerada relevante por el derecho penal.

1.9.1.8.1.1.2.2 ELEMENTOS OBJETIVOS

Un ordenamiento jurídico penal nunca debe castigar por sí misma la mala voluntad de una persona, esto por considerar que de acuerdo al derecho penal liberal exige, además del elemento moral o subjetivo, un elemento material u objetivo. Donde lo deseado por el autor necesita siempre ser proyectado en el exterior, sea mediante una acción, o una omisión de una acción esperada. Esta manifestación externa de la voluntad (hecho) es la que describe por los elementos objetivos del tipo, constituyendo éstos el “núcleo objetivo-real de cada delito”. Sin embargo, los elementos objetivos del delito no designan sólo objetos del mundo exterior en ellos se incluye todo lo situado fuera de la esfera anímica del autor.²⁶⁴

²⁶² Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 65, p. 66 y s.

²⁶³ Cfr. Jescheck Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 243. Por tal motivo, Jescheck afirma que por esta vía se evita tener que declarar que todos los elementos del tipo son de “naturaleza normativa”, de acuerdo con el autor alemán, Erick Wolf, considera a estos elementos como de carácter normativo por formar el contenido y estar plasmado en la ley penal.

²⁶⁴ Los elementos objetivos del tipo describen la acción, el objeto de la acción, el resultado, y en su caso, las circunstancias externas del hecho y la persona del autor. Cfr. Jescheck Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 246 y s. Respecto a que el derecho penal liberal no debe sancionar voluntades, existe una excepción -ejemplo- en el derecho italiano, cuyo contenido en su ordenamiento jurídico-penal (Constitución, Código

De lo que antecede, se afirma que los tipos penales describen un comportamiento, por lo general procesos externos susceptibles de ser determinados espacial o temporalmente perceptible por los sentidos objetivos, establecidos en la ley por parte del legislador en una forma descriptiva y apreciables por el juez mediante la simple actividad del conocimiento. Pero existen tipos más detallados y concretos, que además de su contenido material, exige una relación de una conducta o de un resultado en la *forma*, con los *medios* o con las *modalidades* que la ley específicamente establece, éstas exigencias son conocidas como *modalidades o referencias de la acción*²⁶⁵, es decir, que la pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: *Matar*, en el delito de homicidio; *Apoderarse*, en el delito de robo, etc.. Es preciso reconocer que el verbo activo o núcleo reviste interpretación teleológica del tipo que oriente el camino y ministra un criterio para separar los actos preparatorios y la tentativa, así como, los actos de autoría y los de simple auxilio o ayuda al autor.²⁶⁶

Penal, Leyes Especiales, etc.) sanciona ciertas voluntades del hombre encaminadas para cometer algún o algunos delitos, es decir, las contempla como medidas de prevención de delitos.

²⁶⁵ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 67. Beling, en su obra, *Die Lehre von Verbrechen*, menciona esas referencias del tipo, pero fue hasta Max Ernest Mayer, quien formula una mejor sistemática de las modalidades, como *referencias a la acción*, que deben ser estimadas como *partes integrantes en los elementos del tipo*. Además realiza el estudio del sujeto y el objeto del tipo; pero propiamente debe de entenderse por aquéllas como el tiempo, lugar, la ocasión y los medios. Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T III, Op. Cit., supra nota 51, p. 814 y ss.

²⁶⁶ Cfr. Jiménez de Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 69. Además de contemplar que el verbo activo es recogido en el tipo penal. El pensamiento idealizado del tipo -Beling afirma- se puede deducir que el núcleo típico es el esquema rector o cuadro dominante. Jiménez de Asúa Proclama que el verbo puede no ser, por sí mismo, expresivo de la conducta indiciaria del injusto, sino de naturaleza inocente, que toma valor para el derecho penal, el medio de sujeto pasivo, ejemplo: en el delito de violación, *copular o tener acceso carnal* es una conducta que no puede constituir en sí misma indicio del injusto, para que éste indicio se produzca hay que complementar una referencia al *sujeto pasivo* -persona menor de doce años de edad (artículo 266 del Código Penal Federal)- a al *medio* -violencia física o moral realice cópula (artículo 265 C.P.F.)- que asume así, un papel decisivo. Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 69 y s. Beling, señala que "el contenido de cualquier delito-tipo traza una línea delimitativa alrededor del acontecimiento 'configurado'. Su sello característico lo recibe del *verbo* en el contenido, como 'matar', 'substraer', etc. Todo verbo típico sugiere en nosotros la representación de un antítesis cuádruple: la antítesis a) Con respecto a actos que *todavía* no pueden designarse como actos de 'matar', etc.; b) con respecto a actos que están *después* de 'matar', etc., hasta aquí, de *a a c*, actos en la zona exterior del delito-tipo; d) Con respecto a aquellos actos que nada en común tienen con lo que se llama 'matar' etc.". Esto lo considera de gran importancia para la doctrina de la correidad y la complicidad, de la ejecución, la tentativa y la preparación. Cfr. Beling Ernest von, Op. Cit., supra nota 240, p. 47 y s.

En algunos tipos, se hace mención de la persona o cosa sobre la que recae, las que de esta manera, se presentan a la consideración jurídica como *objeto de la conducta* o de la *acción*. La persona privado de la vida, en el delito de homicidio; la cosa sustraída, en el robo, se consideran como el *objeto de hecho* de cada uno de estos delitos (modo transitivo). En otros tipos, se limita a describir simplemente la conducta del sujeto activo, sin hacer referencia a la persona o cosa sobre la que su conducta recae, como en los delitos de simple o mera actividad, esto es, el delito de asociación delictuosa y de la delincuencia organizada (modo intransitivo).²⁶⁷

En las modalidades de la acción o referencias temporales y espaciales, la ocasión y os medios empleados, en algunos casos no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un tipo legal, por ejemplo, el delito de homicidio no cambia su naturaleza si el cometido en esa ciudad o en el poblado (aunque el despoblado puede agravar la pena), ni que la muerte se dé en ocasión de una fiesta o de un entierro, así como tampoco si se emplea un puñal o una arma de fuego (aunque se califica el homicidio si se utiliza veneno). Ello supone que el tiempo, el lugar, la ocasión y los medios, tengan un papel respecto en las atenuantes y agravantes. Pero en otras ocasiones, el tipo se ha compuesto conforme a *determinadas referencias al tiempo, lugar, ocasión y a los medios empleados*.²⁶⁸

De acuerdo al orden que precede, se estudiara las modalidades de la acción que son las referencias de *temporales* y de *espaciales*²⁶⁹, de tal manera, que la ausencia en el hecho

²⁶⁷ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 70 y s. En los tipos *transitivos*, la persona o cosa sobre la que recae la conducta del agente es el *objeto material de la acción*, en otras palabras, es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, so debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aun cuando en algunas ocasiones puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito; ni con el objeto jurídico que es el bien jurídico tutelado, a través, de la ley penal mediante la amenaza de sanción. Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 814 y s.

²⁶⁸ Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 814 y s.

²⁶⁹ Las referencias *temporales* y *espaciales* de la acción, no debe de confundirse con la *validez temporal* y *espacial* de la ley penal; las referencias, son con relación a los elementos descriptivos del tipo, respecto al tiempo y espacio que debe de cubrir la acción para tener la adecuación exigida por el derecho penal y la validez de la ley penal, en relación, a la aplicación de la norma en el tiempo, respecto a la retroactividad, inretroactiva, ultractividad, o la no ultractividad; la espacial se refiere al imperio de leyes en el espacio, que de acuerdo a la jerarquía debe de aplicarse a cierto acto. Para mayor conocimiento sobre la validez espacial y

de tales elementos del tipo como consecuencia la inexistencia de la tipicidad. Así ocurre, por ejemplo, en el aborto (artículo 329 C.P.F. "...cualquier momento de la preñez"), allanamiento de morada (artículo 285 C.P.F. "...departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada ..."), de la referencia de *ocasión* trata concretamente de otra descripción en el contenido del tipo, como, cuando en el delito de homicidio se comete por inundación, incendio (párrafo tercero del artículo 315 C.P.F.)^{269 bis}

La referencia a los *medios*, se estudia separadamente por hallarse contenida en su mayoría de los tipos penales. Se ha señalado que el verbo activo con que se expresa el núcleo del tipo reviste, a veces, indicio de antijuridicidad, en otras, no es así, pues requiere ponerse en relación con el medio. Por ejemplo: la copula es la función perfectamente ajena al derecho penal, si no es completamente de violencia. En otros casos, el medio agrava un delito; como el veneno en el homicidio, en éstos casos, asumen el papel de separar un tipo delictivo de otro. Pero además, una conducta suele ser *medio* para ejecutar la principal, como antecedente con la invitación a una rebelión (fracción I del artículo 135 del Código Penal Federal), se estime a veces como grado en el *iter criminis*; e incluso que llegue a ser estimada como delito *per se*.²⁷⁰

1.9.1.8.1.1.2.3 ELEMENTOS NORMATIVOS²⁷¹

temporal de la ley. Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p.109-150. Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 143-166

^{269 bis} Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 15 y s. Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 277 y s.

²⁷⁰ Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 817 y ss.

²⁷¹ En relación con los elementos normativos, Beling en su obra *Die Lehre von Tatbestand*, se pronunció que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos, ya que en ellos, no se expresa la valoración jurídica que califica lo antijurídico porque "el delito-tipo es sólo el esquema rector para la antijuridicidad que se da en su realización y que precisamente por ésta se caracteriza, y así, con la admisión de elementos jurídicos-normativos en el delito-tipo parece anticiparse la cuestión de la antijuridicidad", por tal motivo, se "se deduce que los delito-tipos son de carácter *puramente descriptivos* y que con ellos no se contesta la cuestión de la antijuridicidad o de la licitud, a pesar de su derivación de lo 'injusto'." De lo anterior y de las consideraciones que hace el autor alemán sobre este tema. Cfr. Beling Ernest von, Op. Cit., supra nota 240, p. 53-56. Pero no obstante, de los esfuerzos que realiza Beling en defensa de negar la existencia de los elementos normativos, no pudo convencer de que todos los elementos normativos, no pudo convencer de que los elementos del tipo son meramente descriptivos. "En primer término, la *fuerza* descriptiva del tipo aparece desvirtuada si se tiene en cuenta que el tipo ya contiene la valoración jurídica calificante de lo antijurídico; y en segundo lugar, aunque es exacto que algunos conceptos jurídicos contenidos en los tipos aparecen

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

En la estructura del tipo, en algunas ocasiones contienen otros elementos más complejos que los estrictamente objetivos, esto debido a exigencias de técnicas legislativa, que para tipificar una conducta se requiere en el tipo elementos que implican juicios normativos sobre el hecho, que obligan al Juez a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.^{270 bis} Donde el elemento normativo del tipo es todo aquel que para ser determinado requiere una previa valoración.^{271 bis}

Sin embargo, previamente reconoce Mezger que entre los elementos descriptivos y los puramente normativos, a los elementos del Juicio cognitivo, considerando que se trata de características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona. Esta índole normativa son para él aquellos elementos que exigen una valoración jurídica o cultural, es decir, los elementos normativos pueden ser de dos clases:²⁷²

simplemente como objetos de reglamentación jurídica —*cosa mueble ajena* (artículo 367 C.P.F.), ..., no es posible desconocer que los tipos contienen también conceptos jurídicos... —*sin derecho* (artículo 367)— que sólo pueden ser determinados a través de verdaderas valoraciones normativas." Frente a la posición negativa de Beling debe situarse a Mezger, que considera que los elementos objetivos y subjetivos se refieren aquellas partes que integran al tipo fijado por el legislador de manera descriptiva y los elementos típicos normativos, sólo se pueden determinar mediante una especial valoración de la situación de hecho por parte del juez. Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 74 y s.

^{270 bis} Grispigni, dice, que "el Juez debe desenvolver, además de una actividad cognoscitiva (comprobación), una actividad valorativa, la cual, empero, no debe ser realizada desde el punto de vista subjetivo del Juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la conciencia de la comunidad". Cit. Pos., Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 73 y s.

^{271 bis} Mezger Cit. Pos., Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 75 quien considera que los elementos típicos normativos son extraordinariamente numerosos, haciendo con esto, suya la afirmación de Erick Wolf, "de que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos, y, por tanto, conceptos valorativos teológicamente tipificados." "La presencia de elementos normativos en el hecho delictuoso —dice Bettiol—, plantea no solamente un problema de técnica legislativa, sino también de política. Con la introducción de elementos que requieren por parte del Juez una valoración normativa, se viene a ampliar considerablemente los poderes discrecionales del Juez y al hacer elástico los tipos delictuosos." Cit. Pos., Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 76, cita número 44.

²⁷² Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 77 y ss. Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 345. Estos elementos —según Jiménez Huerta— no pueden admitirse en la forma que los considera Mezger, en contrario se debería de aceptar los puntos tanto de Erik Wolf cuando afirma que todo elemento del delito tiene el carácter normativo por el sólo hecho de la inevitable transformación que sufre cualquier concepto que entra en contacto con la ley penal, como a Beling cuando niega la existencia de los

- a) Elementos con valoración jurídica
 - b) Elementos con valoración cultural
- a) Los elementos con valoración jurídica, son aquellos que hallamos atravesando en todas direcciones los tipos penales, en otras palabras, es cuando la ley dice por ejemplo “cosa ajena” (artículo 367 C.P.F.), “servidor público”(artículo 189 C.P.F.), “inmueble ajeno ... derecho real” (fracción I del artículo 395 C.P.F.), etc.
- b) Son elementos de valoración cultural, aquellos en que el proceso valorativo debe de realizar con arreglo a lo establecido en determinadas normas y concepciones actuales no pertenecientes a la esfera misma del derecho, como lo mencionado en el artículo 260 del Código Penal Federal “acto sexual”, el artículo 350 del mismo ordenamiento refiere, “deshonra, descrédito, perjuicio, ... desprecio,”

De acuerdo a Jiménez Huerta, los “verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta”, es decir, siempre que el contenido de un tipo exista una especial alusión a la antijuridicidad del acto que describe, encierra una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuridicidad halla su fundamento. Como ejemplo: *indebidamente* (artículo 173, fracciones I y II C.P.F.); *sin motivo justificado* (artículo 232 fracción II); *sin derecho* (artículo 367 C.P.F.); etc.²⁷³

elementos normativos se presentan sólo como materia descriptiva de reglamentación de una conducta. Cfr. Su obra citada en la nota 226, p. 78 ys.

²⁷³ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, op. Cit., supra nota 226, p. 79 y s. Estos elementos normativos, son llamados por Welzel, como presupuestos objetivos de la antijuridicidad de la acción, independientes del dolo. Estos presupuestos no son meras condiciones objetivas de punibilidad, como regularmente supone la práctica, puesto que su ausencia no excluye únicamente la punibilidad, sino también la antijuridicidad de la acción del autor. Para mayor conocimiento, cfr. Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 98-99 y 198-202. Hay quien advierte, que resulta superfluo incluir en el tipo estos elementos normativos, porque conforme a *sub intelligenda* sólo puede integrar su contenido aquellas conductas que se consideran antijurídicas, en otras palabras, que por el simple hecho de ser realizadas *injustamente, indebidamente, sin motivo justificado*, etc., contradicen las esencias del derecho. Las conductas realizadas en ejercicio de un derecho (*norma permisiva*) son insumibles en un tipo penal. El que *expressis verbis* en algunos tipos establecen de forma especial la calidad delictiva de la conducta que nutre su contenido queda con la condición a que la expresada conducta

Lo que sí es claro y contundente es que "un derecho penal que abusa en sus tipos de los elementos normativos, lesiona la seguridad jurídica, pues éstos —por depender de una valoración— carecían de la precisión de los elementos descriptivos,"²⁷⁴ donde el ciudadano no podría saber que conducta es sancionada por el ordenamiento jurídico penal.

1.9.1.8.1.1.2.4 ELEMENTOS SUBJETIVOS²⁷⁵

El legislador, al confeccionar los tipos penales, algunas veces, por razones técnicas, hace una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta para dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente aquella que está presidida por dicha finalidad, ejemplo, no cualquier tocamiento, palpación o manoseo constituye la *ejecución del acto erótico-sexual* a que refiere el artículo 260 del Código Penal Federal, si no sólo aquellos que están presididos por una intención lasciva. Donde la combinación de las acciones externas de los hombres con sus procesos con sus procesos psicológicos, resulta a veces de verdadero interés para el legislador. Hechos que objetivamente no interesan al derecho penal, cobran interés cuando

sea efectuada *injustamente, indebidamente, sin motivo*, etc., no tiene otra significación que la de una viciosa redundancia. Para mayor conocimiento Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 81-85

²⁷⁴ Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 422

²⁷⁵ Ernesto Beling repudia los elementos normativos al igual que los elementos subjetivos, parte de la afirmación de que la existencia de los elementos subjetivos del delito-tipo, descansan sobre la confusión del delito-tipo con la figura delictiva. "Para toda figura, la forma de la faz subjetiva es esencial (culpabilidad de determinada clase- dolo, culpa- y aún además requisitos especiales como 'premeditación', 'fin de apropiación'). Por el contrario, el delito-tipo sólo puede ser la copia de un hecho externo sin referencia a lo interno del autor. Si en el delito-tipo se incluye ya algo 'interno' debiera referirse a sí misma lo que es psicológicamente desconcertante. La doctrina de los: 'elementos subjetivos del delito-tipo' está principalmente determinada por el hecho de que en las leyes penales se encuentran, en forma puramente literal, *palabras que anuncian algo externo unido a algo interno*." Op. Cit., supra nota 240, p. 52 y ss. Otro autor asume un criterio similar al de Beling, es Hellmuth Mayer, quien rechaza en su concepción del tipo, desligando de los bienes jurídicos, y que es de antemano, objetivación de una voluntad maliciosamente, donde todo lo objetivo pertenece a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, en otras palabras, "la identificación del lado externo del acto con lo injusto objetivo, y del lado interno de la voluntad con la culpabilidad, o mejor dicho, con la responsabilidad subjetiva." Con relación a los casos de la *tentativa* y tomando como idea que ésta comparte con los delitos de tendencia interna trascendente, una supuesta necesidad de fundamentar lo antijurídico "desde el lado subjetivo", Mayer añade que a pesar de esa apariencia, también la tentativa, así como el tipo que tiene en su contenido "elementos subjetivos" de lo injusto con "tendencia interna trascendente", exige un acto que en su objetividad ha de ser antijurídico. En este caso no se incrimina por lesionar un bien jurídico, sino por sus referencias al autor y esto es lo que ha engendrado, a su juicio, la confusión y el falso nacimiento de los elementos subjetivos de lo injusto. Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 831 y s.

van acompañados de cierto estado de conciencia del autor, estos estados son *los elementos subjetivos del tipo*²⁷⁶.

Para una mayor comprensión del papel de los elementos subjetivos de lo injusto, es necesario realizar un desarrollo histórico-dogmático de dichos elementos. De esta manera en el año 1868 Merkel y von Ihering, aludieron a problemas relacionados con los elementos subjetivos de la antijuridicidad. Thon en 1878, Hertz en 1880, Löffler en 1901, Kolhrausch en 1903, von Ferneck, Dohna en 1905, Harol Fischer en 1911, Nagler en el mismo año, Hegler en 1914, Max Ernst Mayer en 1915 y Mezger en 1923 y 1925, entre los otros autores²⁷⁷.

Para el estudio de la evolución histórico-dogmática, es conveniente realizarlo a partir del trabajo de Fischer sobre la base de la "Antijuridicidad". Dejando a un lado los que se podría considerarse como precursores. Afirma Fischer que "la antijuridicidad es objetiva y que debe separarse de la culpabilidad. Incluso cuando el *fin* tiene importancia para el derecho, debe separarse de los motivos que inspiran al sujeto activo: ahora bien, a pesar de la esencia objetivo de lo antijurídico, ... a veces concurren elementos *subjetivos* a delimitar lo justo y lo injusto"²⁷⁸.

Hagler habla de lo *injusto*, estimado objetivamente, en el que se aprecia, como Fischer, elementos *subjetivos*, en consecuencia afirma que no todo lo *subjetivo*, pertenece a la *culpabilidad*, no lo *objetivo* a la *antijuridicidad*. Pero Hagler niega que esos elementos funcionan en la justificación de la conducta, pues ello equivaldría a proclamar que el fin justifica los medios²⁷⁹.

Fue en el año de 1915, cuando Max Ernst Mayer tuvo mérito de haber incrustado en una obra sistemática de conjunto los elementos subjetivos de lo injusto que como la

²⁷⁶ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 85 y ss.

²⁷⁷ Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 826

²⁷⁸ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 827

²⁷⁹ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 827

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

inmensa mayoría de los autores penalistas liberales, lo tratan en el capítulo de la antijuridicidad. Mayer inicia su estudio a partir de la concepción objetiva de la antijuridicidad, por considerar que hablar de la "antijuridicidad subjetiva" es un equívoco, pues con ese dicho se alude a la "imputabilidad" -término con que el autor denomina a la culpabilidad en sentido amplio-. Pero es muy diferente que no se pueda afirmar lo injusto de un acto sin tener en cuenta los "elementos de la culpabilidad". En síntesis el autor alemán, coloca a los elementos subjetivos de lo injusto en la antijuridicidad, por considerar tales elementos ajenos a la culpabilidad²⁸⁰.

Otro criterio, lo da Mezger en su obra de 1923, donde sostenía que los elementos subjetivos eran de exclusiva referencia a lo injusto; en el año de 1926 corrige y sostiene que "dichos elementos son a la vez *elementos de la culpabilidad*, pues en otro caso les faltaría la imputabilidad personal y por lo tanto la significación jurídico-penal; y entonces esos elementos del *Tatbestand* no podrán ser imputados al autor". Ahora bien, la determinación de lo antijurídico puede requerir, en algunos casos, de momentos subjetivos, pero "...No debe atribuirse de modo arbitrario al derecho positivo una tal fundamentación subjetiva de lo injusto: esto sólo es lícito cuando el mismo ordenamiento vigente, de manera indudable, da entender que desea se tomen en cuenta dichos elementos subjetivos".²⁸¹

En síntesis, Mezger en una primera postura da a los elementos subjetivos de lo injusto en la antijuridicidad, cierta autonomía, que sirve como enlace entre lo *injusto material* y el estudio de la *tipicidad*. En el segundo criterio, cambio por completo, señalando: una teoría de los elementos subjetivos de lo injusto forma parte del lado interno de la antijuridicidad y se ha de situar fuera de la teoría del tipo, es decir, los elementos subjetivos de lo injusto más que en inmediación con la doctrina del tipo se sitúan en la

²⁸⁰ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...* T. III, supra nota 5 1, p. 827 y s. James Goldsmith, cree que los elementos subjetivos de lo injusto son elementos de la culpabilidad, pero en el defecto que tiene el autor es el no demostrar su postura. Cfr. misma cita p. 828.

²⁸¹ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...* T. III, Op. Cit., supra nota 5 1, p. 829

teoría de la antijuridicidad, y de la teoría de la culpabilidad. Con ello el autor, va al encuentro de lo que últimamente se ha expuesto en Alemania.²⁸²

Fue en su obra de "*Moderne Wege*", donde Mezger expuso que "lo injusto" esta integrado por un aspecto externo y un aspecto interno de lo antijurídico, donde concebía a los "elementos subjetivos" en el "tipo", sin tener "carácter excepcional", Welzel afirma al respecto, que en realidad asume un valor igual e idéntica índole a los caracteres externos. Mezger ante el criterio de concebir el dolo como una parte integrante de lo injusto y, por tanto, del tipo, en lugar de considerarlo como característica de la culpabilidad, siendo una aplicación errónea de la sistemática cuyos efectos ha producido fatales efectos desde el punto lógico, nada hay que oponer de quienes equiparan el "dolo" a la "voluntad", y por ello considerar al primero como parte que integra la acción. Pero terminológicamente - indica Mezger- no se puede seguir ante tal criterio, pues el uso del lenguaje, entiende por dolo (*dolus*) una forma de la imputación personal de manera fija y segura, como característica de la culpabilidad.²⁸³

Pero los elementos subjetivos, también han sido objeto de estudio por los penalistas de Hispanoamérica, como Ricardo C. Nuñez, quien parte de una concepción de lo espiritual como parte integrante de la acción humana que determina su carácter, donde no sólo las intenciones humanas, sino también otros estados de la conciencia pueden ser tomadas en consideración por el legislador para estructurar las acciones punibles. Así determinada representación o conocimiento del autor del hecho, al igual que su estado efectivo o sentimental, son susceptibles de constituir una característica de la acción criminal, que el Juez obliga está en la obligación de comprobar para declarar que esa acción se adecue a un tipo legal²⁸⁴.

²⁸² Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., Supra nota 51, p. 829 283 Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 830

²⁸³ Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 829

²⁸⁴ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T. III, Op. Cit., supra nota 51, p. 836 Nuñez considera fundamental el aporte de la psicología para la construcción de los tipos legales, para mostrar en cada caso especial, cuál de los diversos estados de la conciencia caracteriza la acción humana.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Núñez al examinar el criterio alemán que ensambla los elementos subjetivos con lo injusto, expresa que es una verdad mientras se entienda como significado de que el elemento subjetivo del tipo representa un elemento de la acción y ésta como contradicción con el mundo normativo, es decir, que en estos elementos estaría la conformidad o la inconformidad de la conducta con los fines del derecho. Pero si esto es así, no resulta conveniente hablar de elementos subjetivos de la ilicitud o de la justificación, porque se puede tener una creencia falsa de la relevancia que estos elementos cumplen con la finalidad de determinar la licitud o ilicitud de la acción, función distinta de la que desempeñan los elementos objetivos. "En cambio -según Núñez- la tesis alemana 'es inaceptable' si se quiere decir que en el juicio de ilicitud, al hacerse en vista de la situación anímica del sujeto, 'ocurre' algo fundamentalmente distinto a cuando este juicio se determina en razón de la conducta puramente externa del agente".²⁸⁵

El autor argentino señala, el elemento subjetivo del tipo es cosa distinta de la culpabilidad del autor, como que puede existir independientemente de ella, ya que cuando la ilicitud de una acción tiene su fundamento en la existencia de ese elemento subjetivo del tipo, no puede ser fundamento al mismo tiempo de la culpabilidad del autor, sino se considera como un hecho de naturaleza psicológica que es un elemento constitutivo de la acción que concurre a estructurar la descripción legal. Por tal motivo no se debe confundirse, el elemento subjetivo, con la antijuridicidad o la culpabilidad.²⁸⁶

²⁸⁵ Cit. Pos., Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T.III, Op. Cit., supra nota 5 1, p. 837

²⁸⁶ Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...*, T.III, Op. Cit., supra nota 5 1, p. 837. Soler mantiene una idea similar a la de Núñez con relación a los elementos subjetivos del tipo, ya que los incluye como una de las referencias de la figura delictiva, junto a los elementos de carácter objetivo y a los elementos normativos. Carlos Fontán Balestra, habla de los elementos subjetivos *in genere*, y los divide en tres grupos: a) son los que atañen a la culpabilidad, por lo tanto, no son elementos subjetivos del tipo; b) son los que hacen referencia a una intención o a un propósito, por consecuencia pertenecen al tipo; c) son los que requieren un estado de ánimo o ciertas situaciones o conocimientos personales. En otra obra, sistematiza a los elementos subjetivos en ocho grupos las referencias subjetivas contenidas con las figuras de la Parte Especial del Código Penal argentino. Jiménez de Asúa, considera a los elementos subjetivos que taxativamente enuncia la ley, pertenecen al *tipo legal penal*, partiendo del *tipo especial, conceptual, de naturaleza rectora*, y no a la *figura de delito* con todas sus características o presupuestos para aplicar la pena.

De lo anterior, se requiere un deslindamiento de las esferas propias de cada uno de los criterios aludidos, demarcación que quedará clara con las siguientes consideraciones.²⁸⁷

1) Los elementos subjetivos que de modo indudable *se refieren a la culpabilidad*, como cuando el tipo exige la *voluntariedad* en el homicidio, para distinguir del que se acusa *por culpa*. En este caso se usa tal mención indebidamente, pues no es necesario establecer que el acto es intencional o doloso en cada tipo, como no debe anunciarse de forma específica que ha de ser contrario a la ley, ni la descripción en orden a la consumación y a la actividad del autor, aún más, ni siquiera se precisa que la descripción se refiera al dolo para obtener el tipo doloso al culposo. Son ejemplos característicos que vinculan al dolo o intención y se emplean para diferenciar el delito doloso de las formas culposas: *dolosamente* (art. 123 fracs. IV, VII; art. 336 bis del Código Penal Federal; art. 113 del Código Fiscal de la Federación, art. 113 frac. I de la Ley de Instituciones de Crédito); *dolosa* (art. 368 frac. I Código Penal Federal); *voluntariamente* (art. 135 frac. 111 C.P.F.); *Propósito* (art. 123 frac. I párrafo tercero, art. 149 bis C.P.F., art. 365 bis, art. 366 frac. I del C.P.F., art. 112 frac. I de la Ley de Instituciones de Crédito); *maliciosamente* (art. 205 de la Ley de Amparo).

2) Existen casos en los cuales, *el elemento subjetivo aparece con ambivalencia*, por un lado se halla referido a la culpabilidad, y por otro refluje en lo injusto. La expresión a *sabiendas* suele vincularse a la índole dolosa de la conducta para distinguirla de otras formas culposas del mismo *nomen iuris*, además parece ambivalente a lo orden a lo injusto, ejemplo, es el caso a *sabiendas* establecido por los artículos 199 bis, 231 fracs I, III, 236, 242 frac. VIII, 368 bis, 368 ter, 377 todos del Código Penal Federal; 97 de la Ley General de los Bienes Nacionales. 96 frac. I Ley Federal de Juegos y Sorteos; *intencionalmente* artículo 110 frac. III Código Fiscal de la Federación. Lo mismo acontece con el término

²⁸⁷ Sobre las consideraciones referidas, se toma de base las señaladas en el Código Penal de España y de Argentina. Cfr. Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de...* T.III, Op. Cit., supra nota 52, p. 841 y ss. Sobre los delitos señalados como ejemplo son retomados del Código Penal Federal y de algunas Leyes Especiales, estas últimas recapituladas en la Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho, sustentado por Pedro

conocimiento a que se refiere los artículos 323, y 387 frac. II del Código Penal Federal; *conociendo* artículo 112 fracs. II, IV de la Ley de Instituciones de Crédito; *sabiendo* artículo 135 frac. II inciso a).

3) En otros tipos hallamos *elementos subjetivos que se vinculan al fin* y que constituyen los *delitos de designio*, o más propiamente de *intención ulterior* o de *tendencia interna trascendente*, que suele presentarse como *representación de los elementos subjetivos de lo injusto*. Se refieren taxativamente a la *finalidad* como lo señala los artículos 123 frac. I, 194 frac. II, párrafo segundo del Código Penal Federal.

4) Son elementos de la culpabilidad los móviles que suelen consignarse en ciertos tipos delictivos para atenuar la pena o agravarla

5) Finalmente, existen en los tipos legales descritos por el Código Penal Federal y en las leyes especiales, *elementos subjetivos de lo injusto propiamente dichos*, como el *animus lucrandi* en el delito de robo, y el *animus iniuriandi*, en los delitos contra el honor.

1.9. 1. 8.1.1.3 LA OBJETIVIDAD JURÍDICA TUTELADA.²⁸⁸

"Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Veis aquí la basa sobre que el Soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: *sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de*

González Cristina, *Análisis Jurídico-Dogmático de los Delitos Previstos en Leyes Especiales E.N.E.P.-ACATLÁN, U.N.A.M.*, pp. 306

²⁸⁸ El concepto del bien jurídico no aparece en la historia dogmática hasta los inicios del siglo XIX, con una influencia de la teoría del Contrato Social, el Derecho penal de la Ilustración concibió el delito como una lesión de derechos subjetivos como objeto de Protección. Fue Birnbaum, quien creó la nueva teoría, vio en el bien jurídico un bien natural garantizado por poseer el Estado, que podía corresponder tanto al portador como a la comunidad y que fue concebido como vulnerable en sentido naturalístico. El concepto comenzó a referirse con Binding, gracias a la concepción del bien jurídico de un estado valorado por el legislador. Franz von Liszt, consideró el concepto del bien jurídico como el interés jurídicamente protegido, concepto central de la estructura del delito. En los años veinte del siglo próximo pasado condujo a un concepto del bien jurídico como un medio auxiliar de la interpretación, en abreviatura de la idea del fin, en el fin en su forma más breve. La Escuela de Kiel produjo un cambio de acento en la concepción básica del delito, de la lesión de un bien jurídico a una *lesión de un deber*.

*los particulares usurpaciones.*²⁸⁹ Este derecho de castigar es la misión del derecho penal, para proteger los valores elementales de la vida en comunidad, donde cada acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos. Puede ser valorada de acuerdo a resultado (valor de resultado o material); y de acuerdo al sentido de la actividad (valor de acto).

Estos aspectos son de suma importancia para el Derecho penal, quien busca proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), de ahí que imponga penas a su lesión al desvalor de resultado. Así como la punición del desvalor de acto. De esta manera, asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo y cuando la acción es conforme a derecho queda arraigado en la permanente conciencia jurídica que constituye el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales, por tal motivo, al castigar el derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores de acto.²⁹⁰

El legislador se interesa por aquellos entes de valoración expresando su interés en una norma jurídica, de esta manera, los hace ser considerados jurídicamente como bienes y cuando el legislador quiere tutelar por medio de una norma sancionando su violación, los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos y penalmente tutelados. Pero sobre el particular debe de existir preocupación por parte del legislador por la diferencia que debe marcar, con toda exactitud, entre *bienes jurídicos de validez absoluta* y *bienes jurídicos de validez relativa*²⁹¹, ejemplo de ello: La vida es un valor universal que en cualquier sistema jurídico civilizado merece tal garantía y protección; no así el patrimonio

²⁸⁹ Beccaria, Op. Cit., supra nota 61, p. 9

²⁹⁰ Cfr. Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 2 y s.

²⁹¹ Celestino Porte Petit Candaudap, considera que los bienes jurídicos se deben distinguir en: a) bienes individuales y bienes de la colectividad; b) bienes disponibles y bienes no disponibles. Cfr. Su obra, supra nota 65, p. 351. Jescheck afirma que hay bienes jurídicos de la persona individual (**bienes jurídicos individuales**), como la vida, la libertad y la propiedad, entre los que forman un subgrupo **bienes jurídicos personales** (la integridad corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (**bienes jurídicos universales**), como la protección de los secretos del Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero. Cfr. Su obra supra nota 49, p. 234.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

(bien jurídico relativo) en aquellos países en que se desconoce la propiedad privada. La antijuridicidad, abarcando el concepto tanto legal como material, es sin duda alguna una síntesis valorativa²⁹² ampliamente reconocido, porque es evidente que existen zonas culturales dentro de las que se ubica la antijuridicidad. ¿Cuál es, por ejemplo, la antijuridicidad que admite un código penal islámico frente al robo, que castiga con la mutilación de la mano derecha; o frente al adulterio, que sanciona con la pena capital?²⁹³

Los entes que en un sistema jurídico tutela contra aquellos comportamientos humanos que le afectan no son la "cosa en sí misma", sino la "relación de disponibilidad" del titular con la cosa, por ejemplo, en el caso del honor, es correcto decir que se trata de un bien jurídico protegido por la ley, pero propiamente no lo es, sino el derecho de disponer del propio honor, como el bien jurídico no es la propiedad, sino el derecho a disponer de los propios derechos patrimoniales. Es de esta manera, que el concepto del bien jurídico se entiende como la "relación de disponibilidad". Pero existe una crítica sobre esta disposición de derecho; y se afirma que hay bienes jurídicos que no son "disponibles", sustentando este criterio en los casos de los bienes jurídicos "vida" y "Estado", sin embargo no encuentra una base sólida de sustento.²⁹⁴

Por tal motivo, "la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares."²⁹⁵ Donde el bien jurídico cumple dos funciones relevantes que en ningún momento deben de prescindir en el mismo:

1. Una función garantizadora por considerarse al bien jurídico en un bien vital de la sociedad o del individuo, que por su concepción social debe ser protegido jurídicamente.

²⁹² Algo similar lo da Antón Oneca, al afirmar que la "teoría del bien jurídico investiga la antijuridicidad material, ahondando en el derecho positivo, buscando sus fundamentos y finalidad para la mejor interpretación." Cit. Pos., Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 350

²⁹³ Cfr. Carrancá y Rivas Raúl, *El Drama Penal*, supra nota 52, p. 25 y s.

²⁹⁴ Para mayor conocimiento, Cfr. Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 410 y ss.

De acuerdo al substrato puede aparecer de la siguiente forma:

- a) Como objeto psicofísico o espiritual-ideal, ejemplo, la vida, el honor;
- b) Como estado real, como el caso de la tranquilidad del hogar;
- c) Como relación vital, es así, el matrimonio o el parentesco;
- d) Como relación jurídica, se desprende la propiedad, el derecho de caza;
- e) Como conducta de un tercero, que es el deber de fidelidad del servidor público, bien jurídico que protege contra el soborno.

En consecuencia, el bien jurídico "es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones."²⁹⁶ En los delitos de mera actividad (formales), como los señalados en el Título Octavo del Código Penal Federal, bajo la rúbrica *delitos contra la moral pública y las buenas costumbres*, falta, en todo caso, el factor de la dañosidad social. En consecuencia, habrá de admitirse la penalización del menosprecio a las exigencias fundamentales de la moral social²⁹⁷. De esta manera, la suma de los bienes jurídicos constituye en su conjunto un orden social, el cual, debe tener conexión con el mismo orden en su totalidad.

2. Una función teleológica-sistemática, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita. De esta forma el Derecho Penal lleva a efecto la protección de bienes jurídicos sea por mandato o prohibición de acciones, circunscribiendo los deberes elementales ético-sociales (valores de acto) cumpliendo una significativa función de formación ética, el contenido de estos deberes puede ser sintetizados en el precepto: *neminem laede*, que corresponde a la naturaleza eminentemente prohibida del Derecho

²⁹⁵ Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 5

²⁹⁶ Ibidem

²⁹⁷ Jescheck Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 233. Existen criterios que consideran que desde ningún punto de vista la moral en sentido estricto puede contemplarse como bien jurídico, sino es un sentimiento de pudor, que tiene derecho a tener un individuo, pero si alguien carece de tal sentimiento, no puede obligarse a que lo tenga, aún menos exigirle que se comporte como si lo tuviese, en la medida en que no lesione el sentimiento de aquellos que lo tienen. Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. Cit., supra nota 48, p. 413

Penal: "no debes ... matar, robar, lesionar, etc." y en el caso de los mandatos (positivos) de acción se reduce a deberes elementales, ejemplo, el deber de asistencia de los padres respecto de los hijos y otros similares.²⁹⁸

Sin embargo, el concepto de bien jurídico posee un contenido de sentido real propio, anterior a la penal y concluyente en sí mismo, pues en otro caso no podría cumplir su función sistemática como conjunto de normas establecidas convencionalmente para el contenido y la delimitación del precepto penal y contrapunto de las causas de justificación en las colisiones valorativas, en otras palabras, el bien jurídico debe entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido de un orden social.

El bien jurídico es la parte central del tipo, donde han de determinarse todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos, "El tipo legal es un organismo en que la unidad de sus partes y su vida es dada por el bien jurídico tutelado por la norma y ofendido por la conducta. El bien jurídico es la razón de ser del tipo legal, el espíritu que lo hace vivir y aquel que fija sus confines."²⁹⁹

El concepto de bien jurídico está sobrepuesto bajo la concepción teleológico-valorativa del derecho penal, en cuanto que el valor ético-social sirve de base para la construcción de sus conceptos para determinar un bien vital. De esta forma, entendido el bien jurídico, se transforma en el instrumento más adecuado para la interpretación de los tipos legales, esto de acuerdo a la captación valorativa *esencial* del tipo mediante la correcta determinación del bien jurídico, se somete la necesaria claridad para la comprensión del caso concreto.³⁰⁰

²⁹⁸ Sobre las funciones del bien jurídico en el Derecho Penal. Cfr. Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 1 y ss. Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. Cit., supra nota 48. p. 414. Jescheck Hans-Heinrich. op. Cit., supra nota 49, p. 233 y s.

²⁹⁹ Crispigni, Cit. Pos., Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 92

³⁰⁰ Cfr. Díaz Palos Fernando, Op. Cit., supra nota 77. p. 34 y ss. Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226. p. 94

La cuestión del valor del bien jurídico es también del derecho penal por excelencia, porque no es suficiente una concepción realista del bien jurídico amalgamada con la de interés. La noción teleológica añade a la realidad fenoménica del interés, el valor objetivo, identificado con el fin de la ley penal. Para tal efecto, Mezger da el ejemplo en el caso de robo, donde el bien jurídico del artículo 367 del Código Penal Federal, no es la cosa mueble (objeto material del delito), sino la propiedad de la cosa y ésta última entendida, a su vez, no como un concepto jurídico formal, sino como valor económico, por lo tanto, no es la sustracción de la cosa entendida como sustancia, sino la cosa considerada en su valor esencial económico.³⁰¹

De esta manera, el delito es *pluriofensivo*, pues ataca una serie de bienes jurídicos distintos, tal situación imponer cual es el bien jurídico *esencial* en la valoración del tipo en cuestión, aún que la protección de éste se siga la de otros intereses mediatos, cuya valoración se alza prima en otros tipos distintos.³⁰² Además, como cimiento fundamental de la estructura de los tipos, el bien jurídico es decisivo criterio de clasificación para la agrupación de los tipos. Toda la ordenación de las leyes penales en la Parte Especial (orden legal) responde a la idea básica de que mediante la agrupación y graduación de los bienes jurídicos debe lograrse una clasificación y una ordenación jerárquica de los valores protegidos.

1.9.1.8.1.2 TIPO Y ANTIJURIDICIDAD

De acuerdo con la teoría de Beling, el tipo se agotaba -como se ha dicho- en la descripción de la imagen externa de una acción, donde su contenido nada indicaba sobre la antijuridicidad cuyo objeto era formulado por elementos conceptuales, donde el juicio valor debía ser extraído de las normas jurídicas en su totalidad. Esto por considerar, que el ordenamiento jurídico quiere establecer con su contenido, un orden valioso de la vida en

³⁰¹ Cfr. Díaz Palos Fernando, Op. Cit., supra nota 77, p. 34

³⁰² Ibidem, p. 35

sociedad. por lo tanto la realización del tipo es una conducta que contraría al orden valioso regulado por el derecho.

Con la *teoría teleológico del delito* (Hegler, Sauer y Mezger) abandonó la consideración formal del tipo de Beling dejando a un lado la simple descripción de un acto humano libre de valoración. El tipo se configura así en "materia de la prohibición de las disposiciones jurídicos-penales", en "descripción objetiva del comportamiento prohibido."³⁰³

1.9.1.8.1.2.1 TIPO COMO TIPO DEL INJUSTO

En un sistema jurídico existen normas que configuran un orden, estableciendo que comportamiento está prohibido, exigido o permitido, de tal manera que al no ajustarse la conducta a lo establecido por los preceptos legales, es considerado como antijurídico por ser contraria al orden jurídico; el injusto penal es el comportamiento humano que presenta los caracteres de ser penalmente típica y antijurídica, por tal motivo se considera objetiva la conducta que hace la ley una desvalorización y que el Juez traduce mediante un juicio fáctico.³⁰⁴

De lo anterior, se puede deducir que la antijuridicidad es una mera relación, lo injusto es algo sustancial: la conducta antijurídica, es decir, que mientras el primer concepto funciona como predicado, lo injusto es un sustantivo de la ley penal.

En la actualidad, se estima que debe ser acogido en el tipo todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto (sentido de la prohibición) de una clase

³⁰³ Cfr. Jescheck Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 221. En la teoría finalista de la acción sería en realidad una especial teoría del injusto, ella le basta encontrar el sustrato material (pre-jurídico) al cual enlaza el ordenamiento jurídico sus predicados de valor, es decir, la teoría final de la acción ha de "prescindir por lo pronto de la valoración jurídica, pero al mismo tiempo ha de conducir a esta valoración." Cfr. Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 49

de delito, especificando a través del legislador qué bien jurídico ha contemplado como sentido de la norma penal, qué objetos de la acción son de tener en cuenta, qué alcance debe darse a la realización del supuesto fáctico del injusto, si es necesario el dolo o basta la imprudencia y qué modalidades del comportamiento del agente han de comprenderse.

La acción que realiza el tipo de la ley penal se denomina hecho jurídico, siendo elementos del tipo penal aquellos fragmentos que faltan cuando el legislador sólo recoge una parte de tales elementos y en los restantes confía al Juez su formulación por vía del complemento del tipo, como ocurre por ejemplo en el delito por imprudencia y en lo delito impropio de omisión.

De esta manera, el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recae sólo en el aspecto objetivo o material de la acción, concibiéndose lo injusto no sólo como lesión de un bien jurídico, sino también como lesión de un deber jurídico o como conducta ético-socialmente reprochable.³⁰⁵

1.9.1.8.1.2.1.2 TEORÍA DE LOS TIPOS ABIERTOS

Partiendo de la concepción finalista de la acción y en particular de la Teoría Personal del Injusto³⁰⁶ que consiste en una comprensión de que el injusto típico no puede ser concebido sólo por la producción de un resultado reprochable o no deseado, sino que

³⁰⁴ Cfr. Welzel Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 60. Zaffaroni Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 514 y ss. Para un análisis de acuerdo al sistema funcional del derecho penal. Cfr. DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría de la Imputación Objetiva*, CRIMINALIA, año LXIII, número 2, mayo-agosto, México 1997.

³⁰⁵ En el sistema funcional del derecho penal, se da una separación del concepto de injusto penal, al considerar que el desvalor de la acción consiste en la puesta en peligro objetivo y desvalor de resultado en la imputación objetiva. Cfr. DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría de la Imputación Objetiva*. CRIMINALIA, año LXIII, número 2, mayo-agosto, México 1997, p. 67

³⁰⁶ Sólo el concepto de la acción de estudio finalista y no el concepto de la acción causal puede suministrar la *bases óntica* de la doctrina de lo injusto. El concepto personal del injusto comprende el desvalor de resultado y el desvalor de acción, donde la acción es considerada antijurídica en la medida que es obra de un autor determinado, es decir, el fin que el agente asignó al hecho, la forma en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, en conjunto esto determina lo injusto del hecho y del resultado. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto *personal*. Cfr. WELZEL Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 74 y s.

además se encuentra determinado en esencia por momentos personales del agente en su acción, siendo ésta condicionante para el concepto del dolo y su delimitación de la imprudencia.

El dolo como voluntad del agente en la realización de su acción, comprendida por las consecuencias que aparecen como efecto de la producción del fin perseguido por él; aquéllas cuya producción consideraba el sujeto que iría necesariamente unida a la consecución del fin y previstas como posibles para lograr su ejecución. La delimitación del contenido del dolo exige en algunos delitos el recurso a ulteriores criterios valorativos, ejemplo de ello, es la determinación de la relevancia de la desviación del curso causal, del error en el objeto, en la persona o de la desviación en el golpe (*aberratio ictus*).³⁰⁷

La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos se debe a su inclusión exigida por la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto que describe la abstracción de un comportamiento humano relevante para el derecho penal.³⁰⁸

La valoración positiva por parte del derecho a ciertos bienes que considera relevantes para su protección tienen el carácter de convertirse en bienes jurídicos tutelados por la ciencia penal donde se retoma aquella conducta que los afecta en una abstracción que da contenido al tipo penal. El caso de las acciones, el Derecho valora negativamente por lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos por tal, esto considerando que el Derecho no puede prohibir la simple causación de resultados, sino por el contrario son la

³⁰⁷ Welzel para determinar si la desviación del curso causal era el esencial y como consecuencia debería dar lugar a una exclusión del dolo acudiendo al criterio de la previsibilidad objetiva; en el error en el objeto o de la persona desde el punto de vista de los tipos de lo injusto en un carácter normativo. Cfr. CEREZO MIR, José, *El Finalismo*, CRIMINALIA, Op. Cit., supra nota 304, p. 85

³⁰⁸ El primer autor que postuló la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto en los delitos dolosos fue *von Weber*, aunque existe la postura de *Gimbernat* quien establecía que esta pertenencia es la consecuencia obligada de la función motivada que cumple el tipo. De esta manera, el destinatario de la norma jurídica cuya conducta es prohibida por el tipo penal y de cuya realización debe abstenerse para no ser sancionado con la pena correspondiente a la conducta desplegada. Autores citados por CEREZO MIR, José, CRIMINALIA, Op. Cit., supra nota 304, p. 88

realización de acciones que son dirigidas por la voluntad humana para la producción de un resultado sea la lesión de un bien jurídico o el peligro de dicha lesión.³⁰⁹

De esta manera, el injusto descrito en la ley penal es la materia de la prohibición de cierto comportamiento humano, esto por el principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar determinado por la ley con anterioridad a éste, no obstante en algunos casos el tipo no individualiza total y exhaustivamente por medio de elementos objetivos la conducta prohibida del tipo, como consecuencia deja al juez la obligación de completarlos al indicarle el criterio a considerar para emprender la tarea del complemento.³¹⁰

Las prohibiciones o mandatos que establecen las leyes penales, mantienen una relación fundamental del tipo con la antijuridicidad. *Welzel* presenta en forma de prescripción, siguiendo el criterio de *Binding* de que en cada ley penal existe una norma como expresión de prohibición en el caso del delito de homicidio, subyace una norma que diría: ¡No debes matar! (supra 1.9, p.39). Con tal imperativo el legislador describe la conducta que es relevante para la sociedad, la cual, debe ser prohibitiva de cometerla por algún o algunos miembros del conglomerado social. De esta forma, *Welzel* llega a la siguiente definición: *Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida*, al igual que, el tipo es la materia de la prohibición.³¹¹

Cuando esta prohibición o mandato de forma total y exhaustiva, se considera que el tipo es cerrado. Pero existen tipos en los cuales describen sólo una parte y faculta al Juez a

³⁰⁹ Cfr. CEREZO MIR, José, CRIMINALIA, Op. Cit., supra nota 304, p. 89. En un ordenamiento jurídico que es considerado como justo por una sociedad, la realización antijurídica del tipo es una conducta que va en contra de ese orden legal. Por tal motivo, se considera a la antijuridicidad como un *juicio negativo de valor* o un *juicio de desvalor* sobre la conducta típica. Cfr. WELZEL Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 60

³¹⁰ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 59 y s.

³¹¹ Cfr. ROXIN, Claus, *El Tipo Penal*: Teoría de los tipos abiertos y del deber jurídico, Tr. Dr. Enrique Bacigalupo, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1979, p. 4, WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 59 y s.

tener el criterio de emprender la tarea de complementarlo. Esta clasificación se encuentran, sobre todo, en los delitos culposos y en los delitos impropios de omisión.³¹²

En una revisión de los argumentos que dan origen al contenido de las normas jurídicas de mandato, se desprende que los deberes jurídicos correspondientes a la exigencia contenida en la ley penal de determinado delito. Dentro de la Teoría de los tipos abiertos se pueden identificar 5 grupos de delitos que reúnen dicha calidad de acuerdo a la consideración que realiza *Welzel* al respecto.³¹³

1. Las reglas generales de la antijuridicidad

Para lograr la antijuridicidad de una acción o de una omisión, se deduce a través del método racional entre la relación el de tipicidad, antinormatividad y antijuridicidad, esto; porque a existir la realización típica de una conducta es antinormativa ésta, y al no operar una norma permisiva, se resultaría que es una acción antijurídica estableciendo la antijuridicidad mediante un procedimiento exclusivamente negativo.

El método racional es aplicable a los tipos *abiertos*, donde la sola diferencia entre los tipos cerrados, es que el Juez deberá de cumplir en un primer momento complementar los elementos del tipo sobre la base del cuadro rector extraído de la ley penal; ejemplo, *posición de garante, cuidado adecuado al ámbito de relación*.³¹⁴

Pero existen tipos *abiertos* en que faltan un cuadro rector material para la complementación del tipo por parte del Juzgador, ejemplo de ello, es la coacción cuya

³¹² Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p.59. Los elementos del deber jurídico y el concepto de los tipos abiertos han sido explicados por *Welzel* en una relación de la antijuridicidad en general, de la esencia de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico. Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p.1 y ss.

³¹³ Estos grupos de elementos del deber jurídico son de acuerdo a la Teoría de *Hans Welzel*. Otro autor que realiza un estudio de estos elementos es *Armin Kaufmann* que dedica su atención a una serie de especiales elementos del deber jurídico cuya clasificación se compone en 2 grupos: *ordenes oficiales* y *elementos de la autoridad*. Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p.p.6-19. *Welzel* Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 98 y ss.

³¹⁴ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 98

descripción legal se encuentra en el artículo 282 del Código Penal Federal que establece *se aplicará sanción de tres días a un año de prisión o de 180 a 360 días multa.*

I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y

II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.

En el caso anterior, la antijuridicidad deberá ser determinada por el juicio autónomo del Juez, por consiguiente existe una incertidumbre acerca de qué conducta está prohibida, es decir, el Juzgador tiene que comprobar primeramente en forma positiva en virtud de las reglas de la antijuridicidad contenidas en la conducta abstracta contenida en el artículo antes mencionado, antes de realizar la valoración negativa en relación de una causa de justificación de la conducta desplegada por el agente.³¹⁵

2. Los elementos especiales de la antijuridicidad

La antijuridicidad no se transforma en una circunstancia de hecho, sólo porque esté señalada en la ley penal, en ocasiones de un modo *superfluo*, sino que pertenece a una valoración del tipo por no contener características del tipo, sino reglas de antijuridicidad, un momento de ésta es el deber jurídico en los delitos de omisión y en los delitos culposos.³¹⁶

Los presupuestos objetivos de la antijuridicidad de la acción desplegada por el autor, independientes del dolo, son los conceptos de *válido jurídicamente, conforme a*

³¹⁵ Ibidem. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p. 6 y s

³¹⁶ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 198 y ss. Nota 13 de la obra de ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p. 6

derecho, competente que determinan las características especiales de la antijuridicidad. En el caso del requisito de *sin estar autorizados* se debe de realizar los siguientes distinciones:

- 1) En la mayoría de las ocasiones significa *antijurídico*;
- 2) indica la posibilidad de existir causales especiales de justificación; y
- 3) se trata de una característica negativa del autor (no tener la calidad de servidor público el agente).³¹⁷

Otros términos que encontramos que contienen elementos especiales de antijuridicidad de acuerdo a esta teoría son sin lugar alguna los de *autoría* que sólo está limitado a ciertos individuos que poseen deberes especiales particulares, específicas o de mayor intensidad, tales como *funcionario, testigo, abogado, la falta de autorización de una autoridad, en el encubrimiento* que se requiere de un hecho previo considerado como delito.³¹⁸

3. La falta de adecuación social

Existen casos en que la acción se desarrolla dentro de los límites de un orden *histórico-ético-social* de la vida en comunidad y, por lo tanto, es permitida por ese orden, es

³¹⁷ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 99 y ss. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p. 8 y ss. En nuestra legislación jurídica penal federal lo encontramos en los artículos 178, 179 y 181 en relación con la desobediencia y resistencia de particulares a un mandato legítimo; 185 en relación con autoridad competente y 214 fracciones I y II que señala el caso de sin autorización para el ejercicio como servidor público.

³¹⁸ Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p. 10 y ss. Armin Kaufmann afirma que los elementos de la autoría corresponden a la antijuridicidad cuya realización del tipo no se requiere la existencia de los elementos de la autoría, sino que es suficiente su existencia objetiva. La conciencia de la propia posición de obligado son irrelevantes para el dolo, donde el error sobre los presupuestos de hecho que la fundamentan determina el *error de prohibición* y de acuerdo a la postura de Kaufmann, cuando se relaciona con las circunstancias fundamentadoras del deber será siempre disculpable y dará lugar a la impunidad del agente. Welzel manifiesta que el deber jurídico no es una circunstancia de hecho, sino un momento de antijuridicidad. Roxin al respecto afirma que el deber jurídico especial de la calidad de funcionario no depende sólo de que el autor sea funcionario en el sentido del derecho público, sino también de su representación subjetiva en el conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del deber. Afirma que los presupuestos de hecho del deber de lealtad no pertenecen al tipo penal, así como tampoco a la antijuridicidad, además de criticar a Welzel de no deducir de las circunstancias fundamentales su especial deber jurídico. Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p. 42 y ss.

decir, tales acciones son *socialmente adecuadas*. Por tal motivo, no es posible realizar por parte del Juzgador el procedimiento negativo que se requiere para comprobar mediante ésta la antijuridicidad de dicho comportamiento humano.³¹⁹

De esta manera, resulta que todos los tipos son *abiertos* en la medida en que el Juez, una vez que su realización, está obligado a comprobar si la acción cae fuera del contexto del orden históricamente desarrollado por la vida social de los hombres que la integran, aún antes de analizar la existencia de una causa que excluya la responsabilidad penal del agente.³²⁰

4. El deber jurídico en los delitos de omisión

a) Los delitos propios de omisión

En los tipos omisivos, el comportamiento real de un hombre se traduce *en un no hacer* aquello que le imponía su deber jurídico con el fin perfilado de colaboración activa a las exigencias de la organización social establecida. Por lo tanto, su conducta es contraria al Derecho, esto en razón de la existencia de una referencia a un verbo rector significativo de un omitir.³²¹

En la abstención de un cierto obrar implica el no cumplir el deber jurídico concreto por parte del agente omitente, a pesar que tal incumplimiento no va estar contenido de forma ordinaria en el tipo legal, es decir, desde un punto de vista jurídico. La omisión del deber exigido pertenece a la estructura general del hecho punible de omisión simple, pero en relación con el tipo basta con descubrir la conducta externa y objetiva que el legislador

³¹⁹ Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit. supra nota 311, p. 14 y s.

³²⁰ Ibidem, p. 15. Welzel en su teoría final de la acción, considera a la adecuación social como una causa de justificación. *Infra* 1.9.1.8.1.2.1.5

³²¹ Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina 1984, p. 45 y s.

selecciona para que sea utilizado como base a la atribución ulterior de pena, mediante un sistema complejo de valoraciones por parte del Juzgador.³²²

En relación con esta clase de delitos de omisión, *Welzel* realiza una consideración relevante en su teoría de la acción, es dar una diferencia entre *la situación generadora del deber, del deber de acción que nace de ella*. La situación generadora del deber, da origen al deber jurídico exigido por el tipo pero este no pertenece a él. ejemplo, en el caso de abandono de personas, quien ve a una persona accidentada y no le presta ayuda, obra típica y antijurídicamente en el sentido del artículo 340 del Código Penal Federal, aunque ignore el agente el deber jurídico de prestarle ayuda, por lo tanto, la antijuridicidad del deber de acción no requiere ser abarcado por el dolo.³²³

b) Los delitos impropios de omisión³²⁴

A diferencia de los delitos propios de omisión donde su esencia es transgredir un deber de obrar originado en su norma jurídica de mandato. Existen los delitos impropios de omisión que como resultado tienen la lesión de bienes jurídicos determinados en el tipo legal quedando en una violación de normas jurídicas prohibitivas destinadas a impedir dicha lesión.³²⁵

³²² Ibidem, p. 46. Existen casos en que los tipos legales emplean expresiones diversas de formas verbales como: *omitir*, como son *no ejecutar, abstenerse, no cumplir o desobedecer*. En otros casos el lenguaje admiten otros vocablos como: *retener a un detenido por más tiempo* como lo establece la fracción X del artículo 225 del Código Penal Federal; *no presentar a un menor de edad*, contenido en la fracción III del artículo 277; *abstenerse de comparecer o de prestar declaración*, indicado en el artículo 179; etc. Estos mandatos constituidos como delitos son considerados como *genuinos de omisión* que han recibido de la doctrina penal de delitos propios de omisión.

³²³ Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p. 17 y s.

³²⁴ En relación con esta clase de delito como tipo abierto Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 28, 248 y s.

³²⁵ Es LUDEN quien distingue por primera vez entre delitos propios e impropios de omisión, manifestando especial interés por la relación de causalidad dentro de los últimos por considerar que un hombre que esta quieto es impensable y que si él no realiza una cosa, hará otra. Surgiendo la idea de que la causa del resultado delictivo es la acción positiva del agente realizada en lugar de aquella acción exigida por la norma. Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, Op. Cit., supra nota 321, p. 10. Eugenio Raúl Zaffaroni, realiza una *estructura del tipo omisivo objetivo* quien lo coloca en una situación objetiva y subjetiva. El aspecto objetivo se encuentra en una situación típica y en otros casos es una situación en que la afectación del bien jurídico equivale a la de una estructura típica activa. Por tal motivo el tipo objetivo omisivo siempre es un tipo

En tal sentido, los delitos impropios de omisión fueron llamados delitos de comisión por omisión por constituir en una abstención de movimientos corporales que habían impedido la producción del resultado del injusto, en otras palabras, el agente no impidió la lesión de un bien jurídico que pudo ser evitado por él.³²⁶

La realización del resultado pertenece a la descripción hecha por el tipo, en cuanto observa la exteriorización fáctica y al injusto, por tal motivo, lesiona al bien jurídico protegido por el derecho penal.³²⁷

circunstanciado; En el aspecto subjetivo, además de una concreta situación típica debe darse también una voluntad que se manifieste en el mundo fáctico distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida. Cfr. su obra Op. Cit., supra nota 48, p. 483

³²⁶ Es cierto que en el tipo objetivo omisivo, la conducta diferente de la debida *no causa* el resultado típico. Pero en este tipo de delito no se requiere un nexo de causación entre la conducta prohibida (distinta de la debida) y el resultado obtenido de esa abstención, *sino un nexo de evitación*. Para mayor consulta Cfr. ZAFFARONI RAÚL, Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 483 y ss.

³²⁷ Esto significa que para presentarse una conducta omisiva que viole una norma jurídica de prohibición, es necesaria que se este ante un tipo legal de resultado y que éste no sea refractario a una realización de él por vía omisiva. Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, Op. Cit., supra nota 321, p. 120 y s. Lo anterior, implica en un ámbito sistemático de la posición de garante, saber si puede ser penado la omisión de evitar una lesión de un bien jurídico de acuerdo a una disposición penal de comisión. Se puede deducir claramente que en los tipos de comisión, por principio, todo aquel que realiza la acción típica es autor del delito señalado. Por el contrario, toda persona con poder de hecho que no evita la lesión o el resultado típico no puede ser considerada como autor de acuerdo a la descripción como delito de omisión impropio. Aquí se tendría que ver criterios acerca de la autoría y participación. Para mayor conocimiento Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 246 y ss. ISLAS, Olga considera que los intentos doctrinales de relacionar una causalidad de la omisión y el resultado o la lesión, han fracasado. La omisión no puede ser la causa del resultado por verse obligado el agente en recurrir a una serie de pensamientos tales como la acción esperada y exigida, el deber de actuar. La causalidad puede existir entre la acción esperada u ordenada y la no-producción del resultado. Cfr. Su obra, Op. Cit., supra nota 25, p. 77. Otros criterios sobre el delito de omisión consúltense a PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 201 y ss. En nuestro Código Penal Federal, vemos claramente los delitos impropios de omisión o comisión por omisión en los artículos 176 "*Al empleado de telégrafo, estación inalámbrica que conscientemente dejare de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto, o de comunicar al destinatario el que recibiere de otra oficina, si causare daño...*"; 225 "*Son delitos contra la administración de justicia, cometido por los servidores públicos los siguientes: ... VII. Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebidos;* 229 "*El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente*"; 232 fracción II "*Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño. ...*". Para los elementos del delito de comisión por omisión ver además a PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 243 y ss.

Por lo cual, significa que los tipos legales de comisión, pueden ser realizados no sólo mediante una acción positiva, sino también mediante la abstención e inclusive desde un punto de vista de una estimativa jurídica podrían ser equiparadas el resultado típico por medio de una acción o una omisión.³²⁸

Ahora bien, en la concepción de *Welzel* en razón de la posición de garante en los delitos impropios de omisión ha sufrido una transformación. Se ha mencionado con anterioridad que para la realización del tipo objetivo de un delito doloso impropio de omisión sería la evitación de un resultado o lesión de un bien jurídico. De tal manera, que el tipo subjetivo se requeriría, el conocimiento de la posibilidad de evitar y la voluntad de realización, de esta forma, el hecho será entonces antijurídico cuando el autor en la situación concreta tuvo una posición de garante que le imponía evitar el resultado.

Los delitos impropios de omisión sirvieron de ejemplo de tipos *abiertos*. La descripción no era de manera total y exhaustiva, la existencia de la adecuación típica es la *ratio essendi* de la antijuridicidad y ella tendría que ser considerada como tal, una vez de realizarse un juicio positivo por parte del Juez, estableciendo si el omitente se halló o no en posición de garante.³²⁹

5. El deber de cuidado objetivo en los delitos culposos

Con anterioridad, se ha dicho que el derecho penal individualiza el comportamiento humano que prohíbe el tipo legal, donde éste no se concibe sin voluntad, la voluntad no se concibe, a su vez, sin finalidad. En el caso de los delitos culposos tendrá una finalidad al igual que los delitos dolosos

³²⁸ Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, Op. Cit., supra nota 321, p. 121

³²⁹ *Welzel* ha renunciado esta clasificación de los delitos de omisión en su teoría de los tipos abiertos por devolver la posición de garante junto con sus propuestas al tipo objetivo y el conocimiento de la posición de garante que se diferencia del "*dolo*" como conciencia actual en el momento del hecho, pertenece al tipo subjetivo donde el deber de evitar la lesión del bien jurídico surgido de la posición de garante es conforme a la teoría actual de *Welzel*, un elemento de la antijuridicidad que no afecta para nada la realización del tipo. Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p. 15 y ss.

En los delitos culposos no individualiza el comportamiento humano por la finalidad sino la forma en que se obtiene esa finalidad de violar un deber de cuidado, es decir, que el más importante elemento que se debe tener en cuenta, es la violación de ese deber de cuidado que se requiere para evitar el resultado típico descrito en la ley penal,³³⁰ de una manera total y exhaustiva, por tal motivo, sus tipos son “*abiertos*” o “*con necesidad de complementación*” por parte del Juez para el caso concreto conforme a un criterio rector general. Este criterio rector está ubicado en el artículo 9 del Código Penal Federal: “*actúa culposamente quien en virtud de una violación aun deber de cuidado produce el resultado típico*”. El Juez debe -por consiguiente- valorar cuál es el cuidado requerido en el ámbito de relación para el agente en su situación entorno a determinar si su acción era adecuada al cuidado o no.³³¹

En todos los delitos culposos de lesión, la realización del tipo es suficiente ya de manera causal del resultado descrito por el tipo legal, en la medida en que este resultado esté relacionado de manera adecuada y previsible con la acción. La lesión del bien jurídico no puede ser todavía considerada como antijurídica porque carece de efecto indiciario de la antijuridicidad. Por este motivo el tipo de los delitos culposos es un *tipo abierto*. “El efecto indiciario de la antijuridicidad sólo tiene lugar si el agente no ha puesto en su acción ‘la

³³⁰ En nuestro sistema jurídico penal, encontramos en el artículo 9 del Código Penal Federal la consideración del delito culposo en el sentido “*que obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales*”. En el Derecho natural el delito culposo era considerado como *quasi delictum* al que se le asignaba una *poena* extraordinaria. Los hegelianos consideraban a éste tipo de delito como el comportamiento negativo de la voluntad, en lo cual, al mismo tiempo se presentaba algo positivo, esto por saber y querer la condición de la cual se originaba como consecuencia posible un resultado que lesiona al derecho. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 153 y s. Además p. 157 y s. en relación con la concepción que da sobre el tema de los tipos abiertos como la necesidad de complementación en los delitos culposos de acuerdo a su teoría.

³³¹ La propia teoría final de la acción no apreció correctamente el delito culposo. El motivo fue el considerar de forma primitiva de que el resultado era el aspecto jurídico penal esencial del hecho culposo. Dado que el resultado no era provocado finalmente sino por causación causa-ciega, creyó bajo este criterio poder y tener que ampliar el concepto de acción y que colocar junto a la finalidad actual, la finalidad potencial. Esto es el que la actividad final efectiva se desarrolló una acción en sentido amplio, la evitabilidad mediante un actuar final. La desviación de esta falsa vía fue la de sustituir, en la llamada teoría de la acción social, la evitabilidad (subjettiva) mediante un actuar final por la “*posibilidad objetiva de ponerse fines*” o “*finalidad objetiva*”. Cfr. para mayor conocimiento a WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 155 y ss.

medida de dirección final exigida en la vida social para la evitación de lesiones de bienes jurídicos'. Donde el Juez debe comprobar la lesión antes de determinar la existencia de las causas de justificación.³³²

De la visión que tiene *Welzel* sobre la teoría de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico se extrae tres características fundamentales que son las siguientes:

1) La realización y adecuación de una conducta típica con relación a un *tipo abierto* carece de efecto indiciario de la antijuridicidad.

2) La existencia de una conducta típica con relación a un *tipo abierto* determina que la antijuridicidad se encuentra por medio de una valoración en sentido negativo por parte del Juzgador.

3) Los elementos especiales de la antijuridicidad no tienen el fin de describir la conducta prohibida por el tipo legal, sino solamente de fundamentar el deber jurídico que tiene el agente.³³³

³³² Cfr. ROXIN, Cláus, Op. Cit., supra nota 311, p. 18 y s.

³³³ *Roxin* realiza una crítica a la construcción conceptual de la teoría de los tipos abiertos de *Welzel*, quien este último considera que la realización del tipo como indicio de la antijuridicidad, la acción típica es básicamente también antijurídica, por lo tanto, la carencia de función indiciaria de los tipos abiertos, la antijuridicidad no es necesaria como consecuencia de la realización del tipo. Esta afirmación de que los tipos *abiertos* tienen menor capacidad indiciaria de la antijuridicidad en relación con los *cerrados* no resulta correcta por ser en términos de tanta generalidad. En el caso del juicio de valor positivo por parte del Juez, *Roxin* postula dos objeciones: 1. En la serie de elementos del deber jurídico de *Welzel* es portadora de un carácter negativo como lo es *sin autorización*, en este caso la determinación de la antijuridicidad sólo se puede deducir mediante la comprobación del Juez de que además de la realización del tipo legal *la acción se realizó sin autorización*, no resultando claro esta concepción porque dice que la antijuridicidad debe de comprobarse estableciendo positivamente la falta de autorización. 2. La comprobación de la validez jurídica de una *orden*, *la adecuación al derecho de la acción del funcionario*, *la competencia de una autoridad*, son casos en que se requiere de un proceso de valor positivo. De esta manera no surge claramente la diferencia esencial propuesta de *Welzel* entre los tipos abiertos y cerrados porque también en aquellos tipos penales en que se ha recortado un elemento del deber jurídico, presentan la misma estructura que los tipos cerrados, es decir, describen más acciones que las alcanzadas por la prohibición, donde el Juez tendrá que determinar la antijuridicidad comprobando que no existe un caso de exclusión de responsabilidad penal, aplicando un procedimiento negativo de valoración jurídica, este resultado se apoya en la circunstancia de que en un caso el *sujeto de la proposición es el autor* (tipo cerrado), mientras que en el otro lo es el *objeto de la acción* (tipo abierto). En relación con los elementos del deber jurídico, manifiestan que no sólo determinan el deber jurídico, sino que además no pueden ser sustraídos de la descripción del hecho, para decirlo en otras palabras y retomando la

1.9.1.8.1.2.1.3 TEORÍA DE LOS TIPOS EN BLANCO

Como se ha manifestado, el tipo legal es una descripción de un comportamiento humano cuya abstracción puede ser realizada de una manera concreta en el mundo de los hechos o en la realidad. Cuanto más evoluciona el derecho penal, es importante que vaya precisando la determinación de los tipos penales. Aunque en algunas ocasiones, el tipo es indeterminado, pues, el acto que es considerado como antijurídico a que el hace referencia queda en una posición aparente de imprecisión en la ley penal, siendo necesario para lograr su determinación acudir a otras leyes o reglamentos para su complementación de los elementos descriptivos que le hacen falta para tener el carácter de individualizar la acción u omisión que es conminado con pena. A estos tipos se les conoce como tipos *en blanco*.³³⁴

Estos tipos penales, no se consideran, un problema cuando la ley que es necesaria para su complementación remite a una ley formal, promulgada por el Congreso

concepción que da von Weber. "todo elemento del tipo penal es al mismo tiempo un elemento del deber jurídico". Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p.87-100. Jescheck, considera a la teoría de los tipos abiertos deben de ser rechazada porque esta clase de tipos sólo, pueden ser imaginados como *cerrados*, de lo contrario al tipo abierto le faltaría la característica propia del tipo, es decir. que el tipo debe de contener, sin excepción, todos los elementos que configuran el contenido del injusto penal de una clase de delito y la cuestión de la antijuridicidad sólo puede formularse *negativamente* jurídico, los complementos que el Juez consigue desde los juicios generales de valor, o desde la conexión con otros elementos, constituyen éstos a su vez en elementos del tipo penal. Pero dentro de la investigación de la teoría de los tipos abiertos ha llevado a un descubrimiento importante dentro de la teoría del tipo, en el sentido que existen elementos que ciertamente, presuponen una situación fáctica individualizable, pero que al mismo tiempo se conciben como juicios generales de valor y en esa condición han recogido tanto contenido normativo que la antijuridicidad quedaría prácticamente incorporada al tipo, a no ser que se mantenga fuera de éste el juicio de valor mismo y se entienda como un elemento positivo de la antijuridicidad "*elementos valorativos globales*" que deben de descomponerse en los fundamentos del juicio de valor "*descriptivos y normativos*" y en el propio juicio de valor: los primeros forman parte del tipo y los segundos pertenecen a la antijuridicidad, donde las causas de justificación guardan relación con el juicio de valor, prescindiendo del precepto permisivo que pueda concurrir, y sólo después se ha de juzgar el hecho desde la perspectiva de la causa de justificación, colocándose los *elementos valorativos globales* integrados en el sistema del Derecho penal sin tensiones frente a los problemas del error o de la relación con las causas de justificación. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. cit., supra nota 49, p. 223 y s.

³³⁴ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 42 y s. *Welzel*, al hablar de la complementación del tipo penal, es en su teoría de los *tipos abiertos*, en relación con los elementos del deber jurídico. Cfr. su obra citada, supra nota 124, p. 28 157 y 248, supra 1.9.1.8.1.2.1.2 en este trabajo. No se debe confundir con la clasificación de los tipos complementados: privilegiados o agravados que realiza *Jiménez Huerta*, en torno a su ordenación metodológica. Cfr. su obra Op. Cit., supra nota 226, p. 96, PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 354 y ss. y PAVÓN VASCONCELOS, Op. Cit., supra nota 45, p. 284 y s. *Infra*. 1.9.1.8.1.2.2 Clases de tipos en la presente investigación para mayor consulta.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Legislativo. El problema principal es cuando el precepto jurídico no surge de otra ley en el sentido formal, sino de una ley material, sea por una Legislatura de alguna entidad federativa o del Poder Ejecutivo Federal o Local por el poder administrativo que les otorga el sistema jurídico del país. En esos casos puede correr el riesgo de que se halle ante una delegación de la atribución legislativa en materia penal que compete al Congreso de la Unión.³³⁵

En nuestro ordenamiento jurídico-penal, encontramos varios ejemplos de tipos en blanco, uno de ellos es el contenido del artículo 193 del Código Penal Federal que reprime la tenencia de narcóticos como: los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México en los términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los demás disposiciones legales aplicables en la materia. Como puede verse, la norma no puede deducirse del tipo de la ley penal, por lo tanto para determinar el contenido o descripción de los elementos del hecho se deberá de acudir a otras disposiciones de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas municipales, etc..

Es de esta manera, que en el tipo en blanco antes señalado incluye un enlistado de narcóticos, en la que el Poder Ejecutivo interviene individualizando los estupefacientes, como que es función que debe de cumplirse por la autoridad administrativa, dada la gran variedad de productos que pueden contener los estupefacientes y que es necesario que los individualice de forma permanente la autoridad administrativa encargada de vigilar los medicamentos o fármacos en beneficio y protección de su salud que deberá establecer la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo dispuesto de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por esa razón es que la ley en blanco no es inconstitucional, porque no es una delegación de facultades legislativas, sino son el resultado de la distribución constitucional

³³⁵ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Op. Cit., supra nota 48, p. 397.

de la función entre el Congreso de la Unión, las Entidades Federativas, Municipios y el Poder Ejecutivo. Donde este problema debe de resolverse dentro del mismo sistema constitucional: la ley penal en blanco no es inconstitucional en tanto que su estructura venga impuesta por la división de los Poderes del Estado Mexicano, no sólo es el Congreso de la Unión al que compete legislar en materia de policía sanitaria, sino que, dentro de la esfera de poder del Ejecutivo corresponde tomar medidas en el mismo sentido como corresponde a lo establecido por los apartados señalados en el artículo constitucional antes indicado.³³⁶

La ley formal o material que completa a la ley penal en blanco integra el tipo penal, de modo que si ésta ley remite a una ley o un reglamento que aún no existe, no tendrá vigencia hasta que se sancione y entre en vigor la que la completa.

1.9.1.8.1.2.2.1.4 TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO

De acuerdo a esta teoría, el tipo debe de abarcar tanto los elementos descriptivos contenidos en la ley penal, así como todas aquellas circunstancias que influyan y afecten a la antijuridicidad de una conducta típica delictiva, estas circunstancias se encuentran en los presupuestos de las causas de exclusión del delito que constituyen los elementos negativos del tipo porque sólo con su ausencia posibilita el juicio de valor de forma definitiva sobre la antijuridicidad del acto. Es así, que ambos elementos: el del tipo y el de las causas de justificación se reúnen en un tipo total, teniendo un en un mismo nivel dentro de la sistemática.³³⁷

³³⁶ Sería inconstitucional el tipo en blanco, si dijese será penado con ... el que cometa acciones contra el honor de las personas en los casos que el Poder Ejecutivo determine por decreto. En este caso existe una falta de competencia y de legitimidad sobre la promulgación de un precepto cuya facultad no le corresponde por disposición de la Constitución. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit., supra nota 48, p. 397 y s.

³³⁷ Es importante, señalar que en el caso de los tipos abiertos se le atribuye muy poco al tipo, en relación que sea entendido como el portador del contenido típico del injusto de acuerdo con cada clase de delito. Además de no confundir: los elementos valorativos globales que atienden de manera integral al sistema del Derecho penal sin ninguna diferencia con los problemas de las causas de justificación: con los elementos totales del

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Lo anterior, se apoya en la idea previa de que el tipo no sólo encierra la valoración abstracta de un acto que lesiona o pone en riesgo bienes jurídicos, como una oposición a la norma, sino que incluye ya el concreto *juicio de desvalor* sobre el propio acto. Por presuponer que el legislador ha contemplado también las excepciones al establecer el ordenamiento jurídico, de un modo que la prohibición del acto quede limitada desde el primer momento por las causas que excluyen el delito.³³⁸

La teoría de los elementos negativos del tipo, tiene una gran significación en el terreno de los resultados prácticos porque sirve para resolver un intrincado *problema de error*, si las causas que excluyen el delito pueden incorporarse al tipo como elementos negativos, cabe, sin más, tratar el error sobre sus presupuestos como error del tipo.³³⁹

tipo de acuerdo a la teoría de los elementos negativos del tipo. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 225

³³⁸ En nuestro Código Penal Federal contempla las causas que excluyen el delito en su artículo 15 y que de acuerdo a la teoría de los elementos negativos del tipo, tomando el contenido de los artículos 307 y 15 fracción IV tendría que decir: Al responsable de cualquier homicidio simple intencional, y que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión, salvo cuando se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se estimaría que la distinción entre estos elementos descansarían en una contradicción objetiva, pero no es así, sino que vienen condicionada por las exigencias contenidas en la descripción abstracta, de tal manera que los elementos del tipo podrían ser observados como causa que excluyen el delito, y a la inversa, estas causas, como elementos del tipo. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 225.

³³⁹ Existen criterios que la teoría de los elementos negativos del tipo debe de ser rechazada por considerar que existen normas limitadas de forma general, en un inicio, por la decisión previa atinente a la contraposición de valores, de tal manera que determinados supuestos fácticos quedan fuera del ámbito de la norma ya en el plano del tipo y pensar que dentro de los preceptos de cuyo círculo de prohibiciones se excluyen con carácter general determinados grupos de personas o también, acciones determinadas, tal es el caso, el contenido del artículo 333 del Código Penal Federal que establece: *No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.* Siendo diferente, el panorama en las causas que excluyen el delito, estas no tienen su base en excepciones generales de la norma, sino que para la solución de situaciones sociales conflictivas requieren *ponderaciones valorativas hechas caso por caso*, donde el interés en el mantenimiento, sin perjuicio, del bien jurídico protegido debe ceder en determinadas circunstancias ante el valor reconocido igual por el ordenamiento jurídico. Esta problemática de las colisión entre el tipo y las causas que excluyen el delito no puede resolverse a través de la inclusión de las causas de justificación, con signo negativo, en los tipos, porque la acción atípica no es merecedora de pena porque carece de relevancia penal, mientras que la acción típica, pero justificada, le falta el merecimiento de pena porque no contiene ningún injusto material. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 225 y s.

1.9.1.8.1.2.1.5 TIPO Y ADECUACIÓN SOCIAL

En la Parte Especial del Código Penal Federal, los tipos legales contienen una prohibición determinativa en relación con un acto, sea acción u omisión, cuyo carácter retoma un sentido social, por estar referidos a la vida social del hombre. Pero, por otra parte, son inadecuadas a una vida ordenada. Observando un contenido de naturaleza social y en un mismo momento se ubica en un tiempo histórico del Derecho Penal determinado por considerarse que ciertas conductas se apartan de una forma grave de las órdenes históricas de la vida social.³⁴⁰

Dentro de esta teoría las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino son conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de la acción social, es decir, es un estado normal de libertad social de la acción que sirve de supuesto a los tipos penales. Es por tal motivo, que quedan excluidas del tipo las acciones socialmente adecuadas, aún cuando en todos los casos que pudieran ser subsumidas en ellos, como ejemplo tenemos que existen homicidios, lesiones, privaciones de la libertad socialmente adecuadas.

Existe una diferencia entre las conductas de normal libertad social de acción de la adecuación social y de las causas de justificación porque estas últimas conciben una libertad social de carácter especial que autoriza la realización de acciones típicas socialmente inadecuadas y la adecuación social es un principio general de interpretación, cuya significación no se limita de ningún modo a la materia del Derecho penal, sino que abarca el ordenamiento jurídico general de un Estado.

En el ordenamiento jurídico global coincide con el límite permitido del deber de cuidado que corresponde de acuerdo al peligro general a que esta expuesto las personas y

³⁴⁰ Este criterio influyó para la comprensión e interpretación de la ley penal por tener una influencia de la doctrina de la acción causal que era demasiada restringida, en cuanto se veía la esencia del tipo en lesiones causales de los bienes jurídicos. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 66 y s.

cosas, aún cuando si se ha producido un resultado típico, en forma de un menoscabo de un objeto material protegido por la ley penal y si el autor a previsto como posible, el ordenamiento sólo puede prohibir un comportamiento que constituya un ataque al deber objetivo de cuidado, es así que se desprende que numerosos modos peligrosos de comportamiento, poner en peligro, antes o después, bienes jurídicos protegidos no caen bajo la norma prohibitiva, siempre y cuando la acción se coloque dentro de los límites posibles del deber de cuidado.³⁴¹

Dentro de la teoría analítica del delito, procede hablar de la exclusión de la tipicidad de una acción por razón de la adecuación social cuando hace falta el contenido típico del injusto, pero no confundir esta teoría con manifestaciones que se asemejan a esta teoría llamadas casos de colisiones de intereses que han de resolverse haciendo que el bien jurídico protegido ceda ante otro valor social, este es el caso de las causas que excluyen el delito o de justificación.

1.9.1.8.1.2.1.6 TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

En la actualidad la teoría del tipo en el Derecho penal es prácticamente hacer referencia a la teoría de la imputación objetiva en el marco de la cual se está desarrollando un creciente proceso de normatización del juicio de tipicidad, donde conforma el fruto de una línea metodológica opuesta al finalismo, por tener una fundamentación teleológico-funcional.³⁴²

³⁴¹ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit., supra nota 49, p. 227 y s. También en los delitos dolosos la imputación del resultado se puede ofender por parte del autor cuando infrinja el deber objetivo de cuidado que le incumbe. La teoría de la adecuación social, implica un correctivo de la tipicidad legal, pero muy diferente del que postula Zaffaroni por la vía de la tipicidad conglobante por remitir a la ética social. Se ha visto que el deber de cuidado en los tipos culposos debe remitir para su precisión a las pautas sociales de conducta o la determinación de la posición de garante o que en el caso de los delitos dolosos hay elementos normativos que requiere una valoración ético-sociales. Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 506 y s.

³⁴² *Liepmann* negaba el carácter causal de la adecuación por considerar que "si es verdad que sólo relaciones de causalidad adecuada al resultado justifican la responsabilidad por éste, de ahí sólo se deducirá que entonces la responsabilidad no debe ser vinculada a la mera causación, sino que exige el plus en el sentido de la adecuación." En la teoría de la imputación objetiva se creyó ver este criterio se debería de fundamentar la incorporación de la adecuación al tipo. Es en este sentido que *Larenz* intenta arrancar la adecuación de la causalidad, para ser estudiada desde un punto de vista teleológico en referencia a la doctrina del idealismo

Larenz, distingue entre imputación al hecho (*imputatio facti*) e imputación a la culpabilidad (*imputatio iuris*), la primera es lo que se conoce como la Teoría de la imputación objetiva que no es sino la adecuación: "En vez de causalidad 'adecuada', " la ciencia del Derecho debería exigir causalidad 'objetivamente imputable'. Esto si el resultado no fue objetivamente previsible por el agente porque el comportamiento de la persona que con su acción haya causado la lesión de un bien protegido por la ley penal no debe ser considerado como su propio hecho, sino como un acontecimiento causal.³⁴³

El pensamiento de Larenz, describe a la Teoría de la imputación objetiva como aquel juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto, la imputación es el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales. Cuando se señala que alguien es el causante de un determinado hecho se está afirmando que este acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad, y no un suceso accidental porque sólo ella puede ser autor, como manifiesta Kant: "persona es aquel sujeto cuyas acciones son capaces de ser imputadas".³⁴⁴

crítico y en especial, a la teoría de la imputación de Hegel. Cfr. GIMBERNAT, Ordeig Enrique, *Delitos Cualificados por el resultado y Causalidad*, Madrid, Ed. reus, 1996, p. 76. De esta manera, la teoría de la imputación objetiva esta basada en el teologismo neokantiano y neohegeliano de principios de siglo y que fue el otro polo doctrinario frente al desarrollo de la teoría de la acción finalista cuya justificación de ambas teorías, es intentar superar los problemas con los que se habían enfrentado en la construcción de la teoría del delito tanto el positivismo puro como el eclecticismo simple de yuxtaposición de positivismo y neokantismo. Cfr. BUSTOS, Ramírez Juan, y otro, *La Imputación Objetiva*, Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1989, p.3. actualmente la dogmática alemana ha expuesto las últimas consecuencias de la llamada doctrina dominante. Recordemos que la Teoría del delito ha transitado por diversas etapas, causalismo, finalismo y funcionalismo: la primera teniendo de base la Teoría neokantiana que se fundó en la esfera axiológica, el finalismo que tiene sus bases en los principios ontológicos y la tercera Teoría que teóricamente se divide en *moderado*, teniendo como su máximo exponente a Claus Roxin, y el radical por Günther Jakobs. Cfr. DAZA, Gómez Carlos, Op. Cit., supra nota 304, p.65.

³⁴³ Cfr. GIMBERNAT, Ordeig Enrique, Op. Cit., supra nota 342, p. 76 y s. esta diferencia desapareció con los hegelianos desde un momento en que ellos unieron ambos criterios al entender que para el derecho solo el hecho culpable tenía interés. Aunque de forma posterior ambos juicios volvieron a dividirse y se distinguió al hecho del hecho culpable., produciendo una mutación: la relación meramente causal. Cfr. BUSTOS, Ramírez Juan, y otro, Op. Cit., supra nota 342, p. 66

³⁴⁴ Cfr. BUSTOS, Ramírez Juan y otro, Op. Cit., supra nota 342, p. 66 y s. Un ejemplo de esto es cuando se plantea en derecho: si A envía a B al bosque con la esperanza de que le alcance un rayo, cosa que efectivamente sucede. La pregunta no es si A ha causado la muerte de B. Ello es evidente desde un punto de vista causal de las ciencias de la naturaleza. Pero la pregunta debería ser si A se le puede imputar objetivamente el hecho como propio o si, por el contrario, este debe ser visto como una consecuencia accidental de una constelación de factores. La pregunta, por consiguiente, no es una pregunta causal sino una cuestión de imputación. En donde el problema es la delimitación de las causas sino la limitación de los

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Los estudios sobre esta Teoría son seguidos por *Honig*, quien parte de que para el ordenamiento jurídico lo decisivo no es la constatación de una manera relación causal sino una relación jurídica especial entre la acción y el resultado, porque en los procesos que conducen a un resultado no se trata meramente de comprobar la causalidad existente, sino que el de valorar esta relación de causalidad.

De esta manera, la Teoría de la imputación objetiva tiene la finalidad de dar respuesta a la cuestión axiológica de la significación de la relación de causalidad para el ordenamiento jurídico, a partir de los criterios señalados desde el propio ordenamiento jurídico. Este juicio parte de la base de la existencia de una relación entre la acción humana y el resultado que de acuerdo a los hegelianos consideraban la acción como una totalidad, no sólo como una suma de causas y efectos, sino como un todo dirigido por la voluntad humana; el resultado reside en la lesión (puesta en peligro) del bien jurídico y éste tiene interés para el derecho cuando aparece vinculado a la acción de un hombre.³⁴⁵

El pensamiento de *Honig* acerca de la Teoría de la imputación objetiva era de tenerla como una función de dilucidar la significación jurídica de una relación de causalidad preexistente cuya significación para el derecho penal cuando aparece dirigida por la voluntad humana presidida por la voluntad humana cuando esta podía ser prevista (alcanzar o evitar) y de dirigir su curso.

Por tal motivo, aquel resultado producto del comportamiento humano son sólo imputables aquellos que aparecen como previsibles y dirigibles, esto es, colocados finalmente por la voluntad y con ello se consigue imputar un resultado, pero ello no nos

aspectos, es decir, que la imputación de un hecho es la relación del acontecimiento con la voluntad, por lo tanto, considerándola como un juicio sobre el hecho no es por consiguiente un juicio causal sino teleológico.

³⁴⁵ Este poder tiene límites, pero en tanto el hombre tiene capacidad prevé los efectos de determinado comportamiento. en tanto tiene capacidad dirige (realizar o evitar) estos efectos variando su comportamiento -objetivamente considerado al margen de lo que en hecho quería- puede ser visto como exteriorización final de su voluntad. De este modo puede afirmarse que son imputables aquellos resultados que

indica aún la relación psíquica, del sujeto con el resultado, por consiguiente se esta en presencia de una imputación objetiva.³⁴⁶

Claus Roxin, en los años setenta, realiza una innovación dentro del derecho penal marcando un cambio en la Teoría del delito que lo basaba en un sistema funcional fundamentado en un aspecto político-criminal partiendo de una concepción preventiva de los fines de la pena, para plantear la problemática de la dogmática jurídico-penal. Por considerar a la pena como la prevención tanto general, como especial pero en un respeto a la libertad limitada por el principio de culpabilidad.³⁴⁷

Además sostiene, que en el caso del tipo objetivo no se puede reducir a una conexión de condiciones entre el comportamiento humano y el resultado provocado por él, sino por los resultados que conforme a la Política-criminal considere pertinentes para la evitación de lesionar o poner en riesgo o en peligro ciertos bienes y valores relevantes para la sociedad para lograr un equilibrio social entre el comportamiento humano global.

Este planteamiento se desprende de la misión que tiene el derecho penal de regular los comportamientos humanos dirigiendo sus mandatos y prohibiciones a la voluntad, pues solo ésta, es motivable respecto de que algo que el agente pueda prever y dirigir (realizando o evitando) un resultado que le sea dado para tal efecto constituyendo su acción una

pueden ser pensados como colocados finalmente. Cfr. BUSTOS Ramirez Juan, y otro, Op. Cit., supra nota 342, p. 73

³⁴⁶ *Honig* a continuado con el criterio de si una autor determinado ha previsto el resultado o ha podido prever con sus aptitudes individuales, hay imputabilidad subjetiva y, con ello, culpabilidad y con la afirmación de que en una relación causal sólo, no se hace justicia a la esencia del comportamiento humano en el sentido de ser una manifestación de voluntad por parte del agente, un colocar consciente de causas un acto cuasicreador, convirtiéndose en una intervención final de la inteligencia humana en los procesos de la naturaleza y, con ello un fenómeno teleológico. Otro autor fue *Hellmuth Mayer*, quien parte de la idea de que no es posible que exista una acción cuando no hay imputación, se pone en relieve de una manera especial al concepto de acción un concepto de acción referida a la voluntad y teleológico: "A la acción se opone el simple acontecimiento de la naturaleza, es decir, el proceso causal no referido a un sentido; por lo tanto, hay relación de acción cuando hay imputación objetiva a la voluntad". Cfr. GIMBERNAT, Ordeig Enrique, Op. Cit., supra nota 342, P. 77 y s.

³⁴⁷ En el caso de la prevención general lleva en si implícita la prevención especial, de otra manera al aplicar la pena a un individuo en particular sería una pura retribución respecto a él. Para una mayor consulta sobre algunos criterios de la pena Cfr. DAZA, Gómez Carlos, Op. Cit., supra nota 304, p. 66

adecuación típica a la ley penal y como consecuencia debe ser responsable del delito en particular de que se trate.

Es por tal motivo que la base del sistema funcional se encuentra en el ámbito de la culpabilidad (imputación personal) esto para determinar por medio de ésta si el sujeto que a desplegado una acción es responsable del hecho cometido y si existen razones de prevención que justifique la imposición de la pena. Con ello existe una separación del concepto del injusto penal, al sustentar que el desvalor de la acción consistirá en la puesta en peligro objetivo y desvalor de resultado en la imputación objetiva³⁴⁸, es decir, *Roxin*, equipara la finalidad objetiva o la posibilidad de dominio a través de la voluntad humana, con la creación de un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico, cuyo principio general de imputación objetiva el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y este se haya realizado en el resultado.

Pero existe la problemática dentro de lo que son las denominadas conductas alternativas adecuadas a derecho, esto es cuando un resultado el que con seguridad, probabilidad, ese mismo resultado también se hubiese producido con el comportamiento humano conforme a derecho, donde la solución se encuentra partiendo que el resultado es consecuencia del riesgo permitido, rechazando con ello, la consideración de cursos lesivos hipotéticos. *Roxin*, ante ello, manifiesta su inconformidad por no considerar ésta como la solución político-criminal aceptable cuando existen confusiones y dudas al respecto; y propone para estos casos la *Teoría del incremento del riesgo* que tiene su base en la teoría de la adecuación.³⁴⁹

³⁴⁸ *Frisch*, otorga al dolo un concepto funcional al considerar que el objeto del dolo no es el tipo, sino el comportamiento típico basado en la creación de un riesgo. Cfr. DAZA, Gómez Carlos, Op. Cit., supra nota 304, p. 67

³⁴⁹ No confundir a la teoría del incremento del riesgo es una consecuencia de una teoría *ad hoc* para resolver un grupo de supuestos, no un criterio general que fundamenta la imputación de resultados a una persona y que la propuesta de *Roxin* que ha motivado la moderna reformulación teleológica de la tipicidad, como desarrollo de la idea de la susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad la composición argumentativa de la doctrina social de la acción. Cfr. FEIJÓO, Sánchez Bernardo, *Teoría de la Imputación Objetiva*, México. De. Angel Editor, 2000, p. 33

La solución la da bajo el sistema de “comparar una hipotética conducta que observe el riesgo permitido con la conducta realizada por el autor. Si la conducta del autor, incrementa la probabilidad de lesión con respecto a la hipotética permitida, la lesión del deber encaja en el tipo y, por tanto, tendremos un tipo imprudente consumado. Por el contrario, si se incrementa el riesgo no se puede imputar el resultado. Es decir, en caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado, éste se imputa si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido. El autor carga con la duda si no se puede probar que el resultado es realización de otro riesgo que sea irrelevante para el tipo.”³⁵⁰

El maestro alemán a fijado una serie de criterios sobre la Teoría de la imputación objetiva:

1) *Disminución de riesgo*.— Cuando existe una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido. Por tal motivo, no se puede hablarse de una acción típica, ya que “Lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto a un menoscabo de la integridad corporal.”³⁵¹

2) *Creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante*.— Para que una acción sea imputable de acuerdo a este criterio debe de crear un riesgo que sea considerado por la ley penal como relevante en razón de la relevancia de la afectación del

³⁵⁰ Ibidem, p. 34 y ss.

³⁵¹ Sobre este criterio, existe una serie de observaciones: una de ellas es planteada por un algún sector de autores en el sentido que en la actuación podría estar amparada por una causa de justificación (estado de necesidad), aunque Roxin, considera que ello supondría reconocer que la acción constituye una acción típica de lesiones; sin embargo, en este supuesto lo que aparece en un primer momento no es la realización de un riesgo para la integridad física, sino la evitación de la misma. Torio al respecto opina y cuestiona este criterio en tres consideraciones: 1) De esta forma estarían en la misma situación todas las causas de justificación en las que el agente pretenda evitar una lesión al bien jurídico; 2) si se analiza este principio para imputar objetivamente el resultado, no puede tomarse nuevamente en consideración como elemento negativo del tipo; 3) a diferencia en el caso de estado de necesidad, el principio de disminución del riesgo no exija ningún requisito adicional. En opinión de Mir, el principio de disminución de riesgo tropieza con dificultades cuando se trata de dos bienes jurídicos distintos. En estos casos, si bien disminuye el riesgo para un bien jurídico determinado (la vida), lo crea para la integridad física. Armin Kaufmann, plantea una pregunta respecto al criterio de Roxin ¿Qué sucede si el sujeto tenía la posibilidad de desviar totalmente el golpe?. Aquí se puede argumentar que la expectativa de salud no fue disminuida sino aumentada Cfr. BUSTOS, Ramírez Juan y otro, Op. Cit., supra nota 342, p. 78 y ss.

bien jurídico protegido por el derecho penal. Esta ausencia de riesgo jurídicamente relevante se explica tomando como base un juicio de adecuación, es decir, si el resultado obtenido era objetivamente previsible.³⁵²

3) *Aumento de riesgo permitido*.— cuando el agente provoca un resultado por no cumplir con lo establecido por algún reglamento. Pero se demuestra que aun cumpliendo con lo exigido en tal ordenamiento, no se habría evitado el resultado, en otras palabras, el sujeto activo en su actuar en forma incorrecta ha lesionado un bien jurídico tutelado por el derecho penal, esta lesión se hubiera producido de igual modo aun cuando el sujeto se hubiera comportado de una manera irreprochable. En estos casos operaría la imputación objetiva del resultado cuando el comportamiento del agente tiene un aumento del riesgo permitido, dando paso a un aumento del mismo.³⁵³

³⁵² Este criterio puede tratarse de una forma aceptable en los casos de *desviación de cursos causales*. Mir le denomina *riesgo típicamente relevante* por comprender que de incluirse los casos de riesgo permitido por una causa de justificación, la imputación objetiva se alejaría del ámbito del tipo. Kaufmann se cuestiona cómo se podría responder a si el riesgo está jurídicamente desaprobado ya en el aspecto objetivo del tipo, cuando solo la realización de todo tipo es un indicio de la antijuridicidad. En una segunda posición debe de observarse que la desviación de cursos causales será tratada de forma diferente en atención a si son objetivamente imprevisibles, o adecuadas. Tres hipótesis aparecen sobre el tema de qué tipo de comportamientos son los que se deben de excluirse conforme al criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante: 1) aquellas acciones *inadecuadas*, es decir, que *ex ante* no constituyen un riesgo de lesión para el bien jurídico. Mir sostiene que si en los procesos de riesgo insignificante para el derecho penal, la prevención objetiva puede estar afectada por el elemento subjetivo de la intención, afirmando, que la imputación en aquellos casos en que el riesgo aparece *ex ante* como insignificante, la acción del agente se dirige a la lesión del bien jurídico tutelado por el derecho penal; 2) En el caso de las *acciones adecuadas* donde el sujeto se vale de acciones lícitas para producir un resultado típico, quien con la aportación de Gimbernat en relación con el riesgo permitido permite dar solución a estos casos. Cfr. para mayor consulta sobre el tema a BUSTOS Ramírez, Juan y otro, Op. Cit., supra nota 342, p. 82 y ss.

³⁵³ En relación con este criterio, no basta la mera infracción de reglamentos sino que es necesario que de esta se derive un aumento del riesgo permitido. Esto se debe a afirmar la responsabilidad por el resultado teniendo como base en la mera infracción de reglamentos supondría resucitar la concepción del *versari in re illicita*. otras observaciones, es el de considerar a estos tipos de delitos como delitos de omisión, por lo que es objetado este criterio por Roxin, por considerar tal afirmación, implicaría considerar todos los delitos imprudentes como delitos de omisión; otra observación y tomando en consideración la Teoría del nexo, el resultado debe ser plasmado por una falta de cuidado, pero al llevarse el comportamiento del agente en los límites de lo fijado por el reglamento y aun se llega al resultado, es claro que la infracción de la norma de cuidado no ha sido determinante. Tal criterio es objetado porque carecería de importancia el comportamiento imprudente del agente siempre que se demuestre que el resultado continúa produciéndose. Teniendo como consecuencia la absolución en la mayoría de los casos con base en el principio *in dubio pro reo*. Para mayor consulta se señala como fuente de conocimiento. BUSTOS Ramírez, Juan y otro, Op. Cit., supra nota 342, p. 87 y ss.

Es así, que la Teoría del incremento del riesgo incurre en una concepción del *versari in re illicita*³⁵⁴ que conlleva a una expansión de la responsabilidad por imprudencia. Esto una vez que una persona se comporta de forma inadecuada ya no se puede delimitar la parte típica de su comportamiento de la parte permitida, es decir, que la globalidad de su comportamiento es desvalorada.³⁵⁵

4) *La esfera de protección de la norma como criterio de imputación.*- Roxin parte del ejemplo de: Dos ciclistas marchan sin luz en la oscuridad, uno detrás de otro, y un tercer ciclista que viene de frente choca con el primero. La marcha antirreglamentaria del segundo ciclista incrementó el peligro de modo previsible de accidente para el primer ciclista. En este caso sostiene el autor alemán, "el resultado no es imputable debido a que la esfera de protección de la norma que impone el deber de alumbrado solo se extiende a los riesgos de accidentes que procedan de la propia bicicleta." ³⁵⁶

Esta modalidad de casos ha sido denominada *consecuencias secundarias* y bajo este epígrafe la doctrina aborda el alcance de la norma prohibitiva, quien Roxin, manifiesta que es lo correcto limitar la esfera de protección de la norma a los daños directos. De lo contrario se abocaría al absurdo de que la persona que ha creado el riesgo estaría interesada en no pedir ayuda si se le hace responder por el resultado fracasado de la misma. Porque no puede afirmar que la persona se ha puesto voluntariamente en una situación de peligro

³⁵⁴ Este principio nace en el caso de que el agente, le sea imputado el resultado no querido, pero sí previsible y, por lo tanto, probablemente previsto por el autor. Cfr. LISZT, von Franz, Op. Cit., supra nota 88, T-II, p. 390. En su aplicación sería violatorio del principio *nullum crimen sine conductu* que considera autor de un delito el que, haciendo algo no permitido, por puro accidente causa un resultado antijurídico. Para mayor consulta cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 472 y ss.

³⁵⁵ Gimbernat inicia un camino, al mismo tiempo que Roxin, para dar una solución a la problemática de las conductas alternativas adecuadas a derecho. Siendo este el del fin, ámbito o campo de protección de la norma. La idea del fin o ámbito de protección de la norma superó a las tradicionales teorías del nexo de antijuridicidad o de la relación de causalidad de la infracción del deber de cuidado con sus distintas variantes. Cfr. para mayor conocimiento a FEIJÓO Sánchez, Bernardo, Op. Cit., supra nota 349, p. 43 y ss.

³⁵⁶ En un estudio complementario Roxin, da una serie de ejemplos que deben considerarse excluidos del ámbito de protección de la norma, como: la provocación de suicidios, de autolesiones y de casos de autopuesta en peligro; la puesta en peligro de un tercero aceptada por este; los daños sobrevenidos posteriormente; los casos en que se produce un segundo daño. El problema es si también estos daños secundarios pueden imputarse al causante del primer daño. Porque de ser así, la diferencia no puede estar en

(supuesto en el que el consentimiento del sujeto pasivo exoneraría de responsabilidad), debido que la ley exige en determinadas ocasiones el deber jurídico de socorrer. Este caso se debería, por lo tanto, excluir de los casos de los daños secundarios del ámbito de protección de la norma.

5) *Pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal.*

Este criterio parte cuando alguien ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico protegido y este peligro se ha realizado, la imputación del resultado debe sin embargo negarse cuando esta se opone a otros principios contemplados por el ordenamiento jurídico global. Estos criterios son un segundo nivel de imputación, y en opinión de *Roxin* no pueden reconducirse a un principio único sino que constituye un catálogo de diversos Tipos. Entre ellos destaca:

a) El principio de autonomía de la víctima. En este caso, advierte *Roxin*, que una acción que ha creado un peligro y este se ha realizado. Sin embargo el ámbito de la norma que prohíbe alguna acción. Del mismo modo deben ser tratados los casos que consisten en una autopuesta en peligro, Ejemplo: *A*, que es policía, sabe que su novia tiene intenciones de suicidarse. *A* deja olvidada una pistola en el asiento de su coche particular. Olvido que es aprovechado por su novia para ocasionarse la muerte.³⁵⁷

b) La atribución a distintos ámbitos de responsabilidad. De acuerdo con *Roxin*, cuando la responsabilidad de evitación del resultado ha sido asumida por un tercero la responsabilidad por este cae en su ámbito y no en la primera persona, quien en un primer momento tenía la responsabilidad, ejemplo de ello, es cuando *A* conduce un coche remolque, el cual carece de la adecuada iluminación. Este es parado por la policía, que acepta guiarle hasta la próxima gasolinera donde proceder a la reparación. Antes de iniciar la marcha el policía retira la linterna con la que se iluminaba el remolque mientras duraba la

el origen lícito o ilícito de la acción, pues ello se estaría hablando que su aplicación regiría bajo el rubro del *versari in re illicita*. Cfr. BUSTOS Ramírez, Juan y otro, Op. Cit., supra nota 342, p.96 y ss.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 105

conversación. Momento en el que un coche choca con el remolque, de lo cual resulta la muerte del conductor. Aquí la responsabilidad de evitación del resultado ha sido asumida por el policía, por lo tanto, la responsabilidad por este cae en su ámbito y no en el del chofer.³⁵⁸

6) *La realización del plan.*- En los criterios anteriores. *Roxin* refiere, a la imputación al aspecto objetivo del tipo. Pero además, propone un segundo nivel de ésta teoría dirigida al ámbito del dolo (aspecto subjetivo del tipo). Refiriéndose a los casos de *aberratio ictus*, pone como ejemplo: *A* quiere matar a *B*. Al disparar, la bala se desvía y lesiona a *C* -su hijo- que se encontraba también allí. *C* muere.

En el caso anterior, existe un principio de imputación objetiva al aspecto objetivo del tipo y un principio de imputación al aspecto subjetivo del tipo, y solo hablaremos de hecho doloso consumado cuando el resultado se haya desviado de forma adecuada y que exista la voluntad del autor respecto de este.³⁵⁹

Sería diferente, en el caso de si el sujeto quiere matar a un policía *A* y mata a un policía *B*; la teoría de la corrección afirmaría que este error es relevante: por presentarse la realización de acuerdo al plan del autor. Cuyo criterio se presenta como un planteamiento intermedio respecto de la teoría de la concreción (que afirmaría la relevancia del error en todo caso) y de la teoría de la igualdad de valor (partidaria de apreciar delito doloso consumado).

³⁵⁸ La problemática es similar a lo que refiere los casos de desviación causal, considerados en el ámbito de protección de la norma. Cfr. BUSTOS Ramírez Juan y otro, Op. Cit., supra nota 342, p. 105 y s.

³⁵⁹ El criterio de la doctrina dominante, considera que en el ejemplo, existe un concurso de tentativa de homicidio doloso con homicidio culposos consumado. Y de acuerdo con *Roxin*, ello es cierto porque el curso causal es adecuado, de lo contrario no sería posible plantearse la existencia de un homicidio imprudente. Ahora bien, aun cuando se presenta el aspecto objetivo del tipo y un resultado adecuado abarcado por la voluntad del autor ello no puede ser imputado al dolo, como lo afirmaría la teoría de la igualdad de valor

1.9.1.8.1.2.2 CLASES DE TIPOS

El tipo parte de la concepción que es formado por la abstracción de un supuesto de hecho, cuyo contenido es generalmente modalidades y referencias a la acción. En nuestra legislación, en la Parte Especial del Código Penal Federal, encontramos de una manera el núcleo central, el término de tipo, como contenido de aquella conducta considerada injusta para el derecho penal. Los tipos responden en base de la estructura a ciertas leyes que se desprenden de las diversas posibilidades de ordenación de los elementos descriptivos.³⁶⁰

De esta forma, surgen las clases de tipos legales que tienen un espacio propio en la significación jurídico-penal, ofreciendo interés para la clasificación e interpretación de las preceptos penales. Pero varias clasificaciones han sido hechas de los tipos penales que con frecuencia se afirma que la mayoría implican sendas clasificaciones de los delitos. Sin embargo, no es posible desconocer que muchas de éstas se originan de la estructura del tipo.

Las clasificaciones de los tipos que en este instante interesa registrar por ser su lugar propio e incluso es necesario recordar clases de ellos que ya han sido desarrolladas por la doctrina penal.

Esta clasificación se realiza de un enfoque personal, considerando la diversidad de clasificaciones de los grupos, pero al mismo momento, a una uniformidad en el contenido de las clases de los tipos. Éstos giran en torno a los siguientes fundamentos de división:³⁶¹

³⁶⁰ Se refiere al término de tipo en la legislación Penal Federal Sustantiva, de acuerdo, a la doctrina jurídico-penal de la estructura y concepción de la ley penal y no con lo que establece la ley Adjetiva Penal Federal, en relación con el concepto de cuerpo del delito contenido en diversos artículos que a partir de la reforma por Decreto de 18 de mayo de 1999 tuvo su validez.

³⁶¹ Para realizar esta clasificación se consultó a los autores: CARRARA, Francisco, Op. Cit., Parte General Vol. I, supra nota 75, p.109 y ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p.235 y ss.; JIMÉNEZ, De Asúa Luis, Op. Cit., T- III, supra nota 51, p. 908 y ss.; JIMÉNEZ, Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 95 y ss. PAVÓN, Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 283 y ss.; PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 353 y ss. Y WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, las páginas se señalarán en el desarrollo de la clasificación de los tipos penales por ser en varios apartados de su obra.

I. De acuerdo a su estructura de acuerdo a la parte *subietiva* del derecho Penal

A) A su ordenación metodológica; al alcance y dirección de la tutela penal.

- a) Básicos.
- b) Especiales.
- c) Complementados

B) A la unidad o pluralidad de los bienes jurídicos tutelados.

- a') Simples.
- b') Complejos.

C) Clasificación atendiendo al acto:

a') Tipos de formulación libre. casuísticos, alternativos o acumulativos.

b') Otras clasificaciones en orden al resultado.

c') Los delitos condicionales (que no son especies de los tipos).

d') Examen especial de los llamados "delitos de resultado cortado".

e') Delitos simples y colectivos

D) Clasificación atendiendo a los elementos subjetivos de lo injusto:

a') Por los elementos subjetivos referentes al autor.

b') Por los elementos subjetivos fuera del agente.

E) Atendiendo a la delimitación del círculo de posibles autores:

a') Delitos comunes.

b') Delitos especiales propios.

c') Delitos especiales impropios.

d') Delitos de propia mano.

F) Según el grado de realización de los elementos del tipo:

a') De consumación.

a'') Delito instantáneo

a) Delito perfecto

b) Delito perfecto agotado

c) Delito consumado pero no perfecto

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

- d) Delito consumado y perfecto pero aún no agotado
 - e) Delito consumado, perfecto y agotado
 - b'') Delito instantáneo con efectos permanentes
 - c'') Delito de hecho pasajero
 - a) Delito flagrante
 - b) Delito no flagrante
 - c) Delito cuasiflagrante
 - d) Delito en flagrancia presuntiva
 - b'') Delito permanente
 - a'') Delito necesariamente permanente
 - b'') Delito eventualmente permanente
 - c'') Delito alternativamente permanente
 - c'') Delito de simple conducta o formal y de resultado o material
 - a'') Delito formal
 - b'') Delito material
 - d'') delito de daño y de peligro
 - a'') Delito de daño
 - b'') Delito de peligro
 - a) Delito de peligro efectivo
 - b) Delito de peligro presunto
 - c) Delito de peligro individual
 - d) Delito de peligro común
 - e'') De los tipos de segundo orden o accesorios
 - a'') De la tentativa
 - b'') Instigación
 - c'') Complicidad
- G) De acuerdo a las dos formas básicas del comportamiento humano, actividad y pasiva:
- a'') Delitos de comisión.
 - b'') Delitos de omisión

II. De acuerdo a la parte *obiecti* del Derecho Penal. Parte Especial del Código Penal

Pero en la Parte Especial de nuestro Código Penal Federal existen preceptos legales que encierran determinadas *relaciones internas* que conforman una serie de grupos de tipos penales como lo son:

A') Formación de grupos de tipos

- a') Básico y variante.
- b') Cualificados y privilegiados
- c') Sui generis

A) A su ordenación metodológica; al alcance y dirección de la tutela penal.

Como se ha señalado en temas anteriores, la idea general del delito es la de una violación (o abandono) de la ley, porque ningún comportamiento hombre puede reprochársele a éste, si la ley penal no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito solo cuando choca con la ley. Porque puede un acto ser dañoso, puede ser malvado, puede ser malvado y dañoso; pero si la ley penal no lo contempla como un comportamiento prohibido, no puede ser reprocharlo como delito a quien lo ejecuta. Mas existiendo en un ordenamiento jurídico global, varias leyes que se dirigen al hombre, como la idea general del vicio (que es el abandono de la ley moral) y el pecado (que es la violación de la ley divina) se confundirían con el delito.³⁶²

³⁶² Cfr. CARRARA, Francisco, Op. Cit. Vol. I, supra nota 75, p. 45. El maestro italiano, toma en cuenta para su clasificación de los delitos, la idea que los delitos para que puedan ser imputables debe de tomarse en cuenta su debida proporción a su *cualidad, cantidad y grado*, cuando no se considera al delito en abstracto, en sus nociones y condiciones generales, y se descende a contemplarlo en sus manifestaciones particulares, encontrándose, deferencias entre sus contenidos de cada especie y especie. Porque si todos "los entes que se presentan en el mundo fáctico fueran completamente idénticos, las ideas de *cualidad, cantidad y grado* serían inconcebibles para el entendimiento humano; y si esos entes fuesen de tal modo distinto que no se descubrieran entre ellos ninguna relación de identidad, estas ideas serían, por el contrario, siempre indefinibles. Ibidem, p. 109 y s.

Del Estado, al agregar esta restricción; nos acercamos a la idea particular del delito, limitando su concepto de violación de las leyes dictadas por el hombre. Y estas leyes se encuentran ordenadas en el contenido del articulado de la Parte Especial del Código Penal Federal, por su naturaleza del bien jurídico tutelado. Esta identidad de naturaleza forja una categoría común que sirve de título para las especies delictivas (Delitos contra la vida y la integridad corporal, Delitos contra el honor, Delitos contra la libertad, Delitos contra el patrimonio, etc.).

Así dentro de un mismo Título de tipos penales se agrupan diversas especies, que si bien han de proteger a un mismo bien jurídico, contempla varios aspectos fácticos cuya observación pone en relieve que la tutela de un mismo bien jurídico, después de abarcar lo genérico, desciende en lo específico. Tomando como base en esta observación sobre la estructura externa de los tipos, pueden estos dividirse en *básicos, especiales y complementados*.³⁶³

a) Básicos.- Son aquellos que constituyen en la Parte Especial, la espina dorsal del sistema del Código Penal, en otras palabras, es aquel que no deriva de otro tipo alguno y cuya existencia se debe a su independencia, además de no contener alguna circunstancia que agrave o atenúe la penalidad, así por ejemplo, sería tipo básico o fundamental el *homicidio*, dentro del cuadro de los delitos contra la vida descrito en el artículo 302 del Código Penal Federal.³⁶⁴ Por no tener relación con otros tipos, cuya referencia de fundamento, posee absoluta autonomía.

³⁶³ Cfr. JIMÉNEZ, Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 96 y s.

³⁶⁴ Cfr. JIMÉNEZ, De Asúa Luis, Op. Cit., T-III, supra nota 51, p. 910. JIMÉNEZ, Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226. Esta clase de tipo penal es denominada por *Beling* como *genérico* o *tipo genérico*, como concepto que abarca todas las características del delito, esto por, traducirse al idioma alemán el *corpus delicti*, esta terminología ha sido utilizada por viejos autores como *Stübel*. Pero como afirma *Mezger*, es preciso desechar las viejas acepciones del tipo en la teoría general del derecho y del tipo general porque cuando hablamos de tipicidad nos referimos a los estudios realizados por *Beling* en el año de 1906 y que es la única consideración que nos interesa. Cfr. JIMÉNEZ, De Asúa Luis, *Tratado...*, Op. Cit., T-III, supra nota 51, p. 909

b) Especiales.- De una manera adyacente, a los tipos básicos aparecen en el sistema penal los tipos especiales, caracterizando el hecho de tutelar el propio bien jurídico ya protegido en un tipo básico, pero una especial relación de determinadas circunstancias que aumentan o disminuyen la intensidad antijurídica del acto que ha sido retomado por el tipo, excluyendo con esto la aplicación del tipo básico. Esta clase de tipo, se caracteriza frente a otros tipos penales que precisan de complemento, porque en ellos la figura delictiva aparece completa y no se precisa acudir a otra para darle el sentido propio.

El principio de la especialidad tiene su fórmula en el caso en que una misma materia sea regulada una conducta en dos leyes o disposiciones de ley, la ley o la disposición especial será la aplicable: *Lex specialis derogat generali*. En nuestra legislación Sustantiva Penal Federal, encontramos en el artículo 6 la validez de una ley especial:

“Artículo 6. Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en una 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 aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.”

Del precepto anterior, se dice que dos leyes o dos disposiciones legales se hallan en relación de general y especial, cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial en el que figuran además otras condiciones calificativas o atenuantes, en virtud de que la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación a la conducta desplegada por el agente. Las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma ley o de las leyes distintas.³⁶⁵

³⁶⁵ Cfr. JIMÉNEZ, De Asúa Luis. Op. Cit., T-II, supra nota 51. p. 543

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Surge el caso de que pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en época diversa, y en este último caso, puede ser posterior tanto la ley general como la especial. Pero es preciso que ambas estén vigentes contemporáneamente en el instante de su aplicación, porque, en el supuesto contrario, no sería un caso de concurso, sino que presentaría un problema en orden a la ley penal en el tiempo. El caso de especialidad es el que más normalmente se presenta en las leyes y en su aplicación judicial, donde resolver los casos de especialidad, bastaría con acudir al criterio de amplitud y contenido.³⁶⁶

De los tipos penales especiales se dividen en: *privilegiados*, con lo que el legislador ha usado más benignidad por indicar menos daño o menos peligro por parte del agente; y los hay de naturaleza calificada o agravada por representar mayor daño a la sociedad. Pero, el legislador debe de hallar las condiciones de la imputabilidad política de un hecho, por este motivo no podrá quedar a su arbitrio para imponer a un hecho del hombre *delito especial* en alguna de sus modalidades por pura inquietud, ni el imputarlo más o menos, a su antojo, para ello existen reglas racionales absolutas para delimitar ese arbitrio y subordinarlo a las diferencias de los casos concretos existentes, reglas que deben de seguirse para no apartarse la autoridad social, sin traicionar los principios de defensa o exceder los límites de la justicia.³⁶⁷

En un buen sistema jurídico-penal los tipos básicos han de prescindir la exposición de la Parte Especial de los Códigos penales modernos, puesto éstos constituyen su medula; pero generalmente no ocurre así. Deslumbrados los legisladores por el trágico fulgor de los delitos más graves, han comenzados a veces la exposición de un grupo de hechos punibles por los que llevan pena más severa.³⁶⁸

³⁶⁶ Ibidem.

³⁶⁷ Cfr. CARRARA, Francisco Op. Cit. Vol. I, supra nota 75, p. 109

³⁶⁸ Este es el caso de nuestra legislación, en relación con el delito que va contra la vida, el *homicidio* (artículo 302) debería de ser el tipo básico o fundamental; y como tipo especial agravado el delito de *homicidio en razón del parentesco o relación* (artículo 323). lo cierto es que en el Código Penal Federal aparecen en capítulos distintos y con independencia no sólo de su *nomen iuris*, sino de su trato legislativo.

Señalado con anterioridad, el delito puede presentarse en su simple modelo legal, circunscrito por sus elementos esenciales. Pero además puede presentarse rodeado por una constelación de elementos no esenciales para ser imputado un delito en debida proporción a su *cualidad, cantidad y grado*. Donde los delitos "que corresponden a un mismo *género* tienen más o menos, entre sí, caracteres *comunes* (relaciones de identidad) y caracteres *distintos* (relaciones de variedad). Y estos caracteres hacen que varios entes que, por ciertas relaciones de identidad, corresponden a un mismo *género*, se diferencien el uno del otro por ciertas relaciones de variedad, y formen así otras tantas *especies* diversas"³⁶⁹.

Estos caracteres *distintos* o circunstancias, son elementos no constitutivos, sino simplemente accesorios, del delito, que influyen en su gravedad o privilegio, dejando intacta su esencia (*accidentalium delicti*, en contraposición con los *essentialia delicti*), es así que estas condiciones aumentan o disminuyen la *cantidad política del delito*, es decir, que es aquello en virtud de lo cual entre diversas especies, comparadas entre sí, existe una relación de *más* o de *menos*. Donde el delito que contiene éstas, se denomina *circunstanciado* que sin desnaturalizar su esencia, determinan la gravedad mayor o menor, y por lo mismo, la sanción será mayor o menor, de dicho delito y el delito sin circunstancias se llama *simple*.³⁷⁰

³⁶⁹ Cfr. CARRARA, Francisco, Op. Cit., Vol. I, supra nota 75, p. 110. *Beling*, comparte esta idea al considerar que "el delito-tipo es precisa y solamente el *esquema* común para los elementos del delito, un cuadro solamente 'regulativo' para los elementos de la figura." Ya que un "único y mismo delito-tipo rige comprensiblemente *varias figuras de delito* al mismo tiempo, las cuales, en consecuencia, se diferencian entre sí por elementos 'extratípicos' " (p. ej., el delito-tipo 'matar a un hombre' rige el homicidio, el homicidio culposo, el homicidio calificado, etc.). "de modo que el catálogo de las figuras delictivas contienen más números que el 'libro de estampas' penales." Siendo diferente el catálogo de los delitos-tipos diferente al de las figuras delictivas. Cfr. BELING, von Ernesto, Op. Cit., supra nota 240, p. 51 y s.

³⁷⁰ Cfr. CARRARA, Francisco Op. Cit., Vol. I, supra nota 75, p. 110 y s. MAGGIORE, Giuseppe, Op. Cit., T. II, supra nota 44, p. 5 y ss. Estas circunstancias del delito, es llamado por *Beling*, como *elementos adicionales del tipo*, quien toma como base que todas las figuras delictivas requieren una antijuridicidad típica y una culpabilidad orientada al mismo delito-tipo. En el caso de las figuras delictivas requieren, además, algo en específico, ya sea en la faz objetiva o en la subjetiva. Es por ello, que en esos casos sólo existe acción punible, conforme a la figura de que en el caso se trata, cuando están dadas las circunstancias objetivas y subjetivas correspondientes. Cfr. BELING, Ernesto von, Op. Cit., supra nota 240, p.93 y ss. *Finzi* desarrolló un alegato histórico, quien basándose en la filiación histórica de la norma, donde "el hecho de matar al ascendente, etc., o bien el hecho de matar con alevosía, con precio, con ensañamiento, etc., no constituían circunstancias agravantes, sino distintas figuras delictivas, denominadas respectivamente: *parricidio y asesinato*". Es el mismo caso que considera que en el orden a los delitos que corrientemente se estima como homicidios privilegiados. "Con ello no quiere negar *Finzi* que haya figuras de 'delito calificado' y de 'delito

La *cualidad*, en un sentido general "es lo que hace que una cosa sea *tal cual es*. En los delitos, la *cualidad* es lo que hace que un hecho criminal constituya un delito más bien que otro; es lo que distingue un *título* criminoso de otro *título* criminoso. La *cualidad* existe en los entes por su íntima naturaleza, y se manifiesta por la simple comparación de uno de ellos con otro sin necesidad de confrontarlos con un *tercer elemento* cualquiera. Aun los hechos *no punibles* tienen en sí diversa cualidad; aun las cosas que no tienen *valor* pueden presentar *cualidades* distintas."³⁷¹

Los *grados* de los delitos, se determina de acuerdo, al número de actos que se necesiten para ir desde el primer acto ejecutivo hasta el acto consumativo. Estas frases de cada una de las fuerzas que componen el delito en su consumación o tentativa (infra inciso E de la clasificación de los tipos penales).³⁷²

Las circunstancias del delito se clasifican, de acuerdo, a dos métodos:³⁷³

1) Es el método que renuncia a seguir un sistema, limitándose a mencionar las circunstancias del delito cuando sea necesario. (circunstancias del delito generales),

privilegiado', pero entiende que esas denominaciones deben ser evitadas para designar delitos acompañados de agravantes o atenuantes, reservándolas tan sólo para indicar un 'título delictivo'." Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, Op. Cit., T-III supra nota 51, p. 912 y s.

³⁷¹ CARRARA, Francisco, Op. Cit. Vol. I, supra nota 75, p. 110 y s.

³⁷² Ibidem, p. 112 y ss. No se le llaman circunstancias los elementos que tienen valor esencial en la economía del delito, como lo son las causas que excluyen la antijuridicidad (artículo 15 del Código Penal Federal) o la imputabilidad del indiciado (edad, embriaguez, etc.). La antijuridicidad de una conducta es un elemento del delito, no susceptible de aumento (*plus*) o de disminución (*minus*). En el caso de la imputabilidad sí admite grados, pero aun cuando se la disminuye, es siempre un elemento esencial del delito, que nunca tendrá valor accesorio, por tal motivo, nunca podrá considerarse como circunstancia. Cfr. MAGGIORE, Giuseppe, Op. Cit., T-II, supra nota 44, p. 7. Porque en el caso de la imputabilidad disminuida, no varían la naturaleza del delito que se determina según el marco penal normal del delito correspondiente, ejemplo en el delito de homicidio atenuado (en riña) o agravado (en relación del parentesco), sigue siendo homicidio, es decir, que en una caso son circunstancias atenuantes y el otro circunstancias agravantes de la punibilidad. Esto tiene su base de la construcción de un nuevo tipo (delito especial) por la adición a un tipo base de circunstancias típicas especiales (objetivas y subjetivas), llamadas por el maestro alemán como "nominadas", cuya naturaleza se determina de acuerdo al nuevo tipo penal. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 20 y s.

³⁷³ Sobre los métodos utilizados para obtener la clasificación de las circunstancias del delito. Cfr. MAGGIORE, Giuseppe, Op. Cit., T-II, supra nota 44, p. 9 y s.

éstas pertenecen a la Parte General de un Código Penal y tiene su funcionamiento con respecto a todos los delitos contenidos que la admitan sea que agrave o atenúe la pena³⁷⁴

2) El método es el de sistematizar por categorías las circunstancias, enumerándolas taxativamente³⁷⁵

Un esquema de clasificación de las circunstancias, basadas en el Código Penal Federal actual, podría ser el siguiente:

I.- Con relación a los elementos esenciales del delito, pueden existir circunstancias *objetivas y subjetivas*.

Las *objetivas* pueden subdividirse en:

- a) cualitativas que son las que conciernen a la naturaleza y la especie del delito;
- b) instrumentales, tocante a los medios;
- c) materiales, concernientes al objeto;
- d) temporales, relativas en el tiempo;

³⁷⁴ En la historia de nuestra Legislación Jurídico-penal, se han reglamentado las circunstancias agravantes y atenuantes. Así el Código Penal de 1871, para el Distrito y Territorios Federales en los artículos 39 a 43 (circunstancias que agravan la pena) y 44 a 47 (circunstancias que atenúan la pena), Además de incluir un capítulo que trata de las "prevenciones comunes a las circunstancias atenuantes y agravantes" que abarcaba los artículos 35 a 38. El Código Penal de 1929, en los artículos 60 a 63 señalaban las circunstancias agravantes y en los artículos 56 a 59 las circunstancias atenuantes, conteniendo en la misma manera, un capítulo referente a "prevenciones comunes a las circunstancias atenuantes y agravantes" en los artículos 47 a 55. En el Código Penal de 1931 termina con el sistema de agravantes y atenuantes aplicado en los Códigos anteriores, sustituyéndolo por el arbitrio judicial a que aluden los artículos 51 y 52. El primero de ellos establece, que "dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente...". Y el segundo, el artículo 52 determina, que "el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados por cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente. ..." Cfr. PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 220.

³⁷⁵ Este método tiene un precedente en el proyecto de *Manzini*, del 25 de noviembre de 1876 y en el proyecto de *Ferri*, de enero de 1921 y encontró un modelo en el Código Penal de San Marino, del 15 de septiembre de 1865. Cfr. MAGGIORE, Giuseppe, Op. Cit., T. II, supra nota 44, p. 10.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

- e) espaciales, inherentes al lugar;
- f) consecuenciales, relativas al daño y al peligro consiguientes al delito;
- g) personales, en cuanto miran a las condiciones o cualidades personales del agraviado, o el llamado sujeto pasivo secundario del delito

Las *subjetivas*, a su vez, pueden subdividirse en:

- a) intencionales, que conciernen a la intensidad del dolo o de la culpa;
- b) personales, relativas a la persona del reo (imputabilidad, residencia), a su tendencia a delinquir o a sus condiciones y cualidades personales (menor edad, etc.);
- c) interpersonales, concernientes a las relaciones entre el sujeto activo o agente y el agraviado (parentesco, relaciones domésticas de oficio, cohabitación).

Esta clasificación se halla reproducida, sustancialmente, en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigente.

II.- En cuanto al afecto, pueden ser *atenuantes* o *agravantes*.³⁷⁶

III.- En cuanto a la relación cronológica, las circunstancias pueden distinguirse en *antecedentes* (como la premeditación, la prevención de resultado, en los delitos culposos), *concomitantes* (como el uso de la violencia excesiva) y *consiguientes* (como la reparación del daño antes del juicio).

IV.- En cuanto a la extensión, son *comunes* (generales) o *especiales*. Comunes son las que pueden valer indistintamente para todos los delitos (el número de las personas, la organización, la determinación de personas sujetas, por ejemplo, de menores y enfermo) o para grupos notables de delitos (como los motivos para delinquir, la provocación). Se

³⁷⁶ En Italia, en el Capítulo II de su Código Penal refiere sobre *las circunstancias del delito en su modalidad de agravar o atenuar la pena*. El artículo 61 establece las circunstancias agravantes comunes del delito, precepto que contiene once numerales y en el artículo 62 indica las circunstancias atenuantes comunes que comprenden en seis numerales.

hallan agrupadas principalmente en los artículos 51 y 52 y esparcidas en otras disposiciones de la parte general.

Las circunstancias especiales no están contempladas en la Parte General, sino previstas, caso por caso, en cada delito a que se refieren, ya en la Parte Especial del Código, y en otras leyes penales especiales.

V.- En lo que se refiere al conocimiento del agente, las circunstancias pueden ser *conocidas, desconocidas, erróneamente supuestas* (putativas).

VI.- En cuanto al número hay circunstancias *simples y singulares*, en el caso de que el delito vaya acompañado de una sola circunstancia agravante o de una sola circunstancia atenuante; *concurrente*, si se suman varias circunstancias agravantes, o varias circunstancias atenuantes, o agravantes y atenuantes juntamente; *complejas o compuestas*, cuando una circunstancia, genérica con relación a otra, comprende en todo o en parte los elementos de esta última.

c) Complementados.- llamado de igual forma como circunstanciado o subordinado, es aquel que requiere de un tipo básico para su existencia, pero con una implantación de una circunstancia, sin tener la calidad de un delito autónomo sino será dependiente al básico, en el cual, el tipo fundamental tendrá la aplicación que se ha de incorporar a aquel, esta clase se subclasifica en: *privilegiado*, el cual requiere el tipo complementado para su existencia el tipo básico, el que se le anexa una circunstancia, atenuándolo y la otra clase es el *cualificado*, donde al tipo básico se le agrega una circunstancia agravando la pena.³⁷⁷

³⁷⁷ Cfr. PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 356. Fue Paul Merkel quien en una íntima referencia realiza la subdivisión en *básicos, especiales y complementarios*. Siendo importante hacer la diferencia entre los *tipos especiales* y los *tipos complementados*, aún cuando, ambos se caracterizan en tutelar el propio bien jurídico ya protegido por el tipo *básico*, pero con una especial connotación de concretas peculiaridades que aumentan o disminuyen la penalidad de la conducta. La diferencia que existe entre estas dos clases de tipos penales, es que tanto el tipo *especial* excluye la aplicación del tipo *básico*, el tipo *complementado* no solamente no la excluye, sino que presupone su presencia, a la que se incluye como un aditamento la norma que contiene la suplementaria circunstancia. Ambos tipos pueden subdividirse en *agravantes y privilegiados* en relación con el tipo *básico*. Cfr. JIMENEZ, Huerta Mariano, Op. Cit., supra

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

B) A la unidad o pluralidad de los bienes jurídicos tutelados

El derecho penal debe de prescindir de la existencia del bien jurídico, aunque en una manifestación irracionalista por parte de un derecho penal autoritario, a intentado desconocer dicho concepto jurídico, olvidando que el tipo penal sanciona cierto comportamiento humano por no cumplir con el contenido de la norma que da contenido a la prohibición que protege un bien jurídico que es relevante para la sociedad para mantener la convivencia social.

De esta manera, el bien jurídico debe de cumplir dos funciones: 1) Una función garantizadora que impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados y 2) Una función teleológica sistemática, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita. Ambas funciones son necesarias para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno.³⁷⁸

Algunos tipos penales tutelan, no uno sino varios bienes jurídicos, tal es el caso del artículo 397 del Código Penal Federal, no solamente se tutela el patrimonio frente a los daños que puedan afectarle, sino también la seguridad pública ante los graves estragos que pueden causarse mediante incendio, inundación o explosión.

Dependiendo del número de los bienes jurídicos protegidos en el precepto penal, es la manera en que se determina la clasificación de los tipos *simples* y *compuestos*.³⁷⁹

nota 226, p. 97., JIMENEZ, De Asúa Luis, Op. Cit., T. III, supra nota 51, p. 914 y PAVÓN, Vasconcelos Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 357.

³⁷⁸ Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 413 y s.

³⁷⁹ Cfr. respecto al contenido de esta clasificación de tipos penales a JIMENEZ, Huerta Mariano, Op. Cit., supra nota 226, p. 103 y ss. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 239. Para esta clase de tipo penal, *Carrara* parte del estudio de la *cantidad* del delito, distinguiendo entre delitos *simples* y delitos *complejos*, los primeros son aquellos que lesionan *un* solo derecho, y *complejos* los que violan más de un derecho, ya sea por mera concomitancia o por conexión de medio a fin, en cuanto un delito se haya cometido para facilitar la ejecución de otro delito, pero es muy importante no confundir a este delito con el delito simultáneo, que supone diversidad de fines y de actos, aunque sean contemporáneos. Cfr. su obra, *Programa de ...*, supra nota 75, p. 61

a') tipos *simples*. - Son tipos penales que tutelan un sólo bien jurídico, donde estos, se agrupan frecuentemente en el articulado del Código Penal según su naturaleza del bien jurídico tutelado, por ejemplo el delito de homicidio, cuya colocación se encuentra en el Capítulo II del Título Decimonoveno bajo el rubro Delitos contra la vida y la integridad corporal.

b') tipos *complejos*. - Son aquellos tipos penales que tutelan dos o más bienes jurídicos que para su existencia no es posible afirmar que se fusionen dos tipos simples, sino que en su existencia conceptual se protegen dos o más bienes jurídicos, abstracción hecha de que cada uno de dichos bienes esté o no aisladamente tutelado en un tipo penal, tal es el caso, del artículo 397 del Código Penal Federal por el hecho de que no existe en algún tipo penal simple en el cual se proteja el bien jurídico de la seguridad pública del peligro por medio de incendio, inundación, explosión u otros medios capaces de ocasionar grandes estragos. La realidad es que en la construcción del tipo penal en examinación, es la pluralidad de bienes jurídicos protegidos.

C) Clasificación atendiendo al acto

a') Delitos de formulación libre y casuística, alternativa o acumulativa. - Las leyes contenidas en un Código Penal se pueden formular el tipo penal de una manera elástica, esto en un simple concepto, en que las diversas maneras de obtener un resultado se refleja en una sola abstracción que el legislador realiza al momento de promulgar la ley penal, en donde en algunas ocasiones, la figura típica queda perfectamente descrita, pero su elasticidad elimina los detalles en que se puede obtener el resultado que sanciona la ley penal, ejemplo de ello es el delito de homicidio (*formulación libre*).

También puede describirlo de una manera casuística o señalando cada una de las formas en que se puede obtener el resultado, es decir, que indica cada una de las conductas que son sancionadas por la ley. la *formulación casuística de los tipos pueden ser acumulativa y alternativa*.

La *fórmula acumulativa* es cuando falta la equivalencia y los hechos acumulativos previstos en una disposición de la ley penal tienen cada uno su autonomía funcional y responden a diferentes especies valorativas con lo que el delito se hace plural.

El tipo *casuístico alternativo*, es aquel en que las hipótesis enunciadas se prevén una u otra y son, en cuanto a su valor totalmente equivalentes. Donde cualquier hipótesis alternativa contenida en la ley penal, para que la tipicidad exista basta con que el agente realice uno de los casos previsto en el tipo penal, que normalmente se encuentran formulados con un verbo cada uno, para que la substanciación se realice conforme a lo descrito.³⁸⁰

b') Otras clasificaciones en orden al resultado.³⁸¹

Existen delitos sin acto y sin resultado como lo es el delito de sospecha o de posición de los delitos de predominante actividad y de desobediencia. Además de otras clases del tipos penales encontramos dentro de la clasificación los *delitos condicionados*, el cual, *Binding* llama de *resultado cortado*.

c') Delitos condicionales.- Aunque existen autores que sostienen que no existe esta clase de delitos, no han tomado en cuenta que para tal negación se requeriría varias excepciones que es mejor, una de ellas, son las conocidas bajo la denominación de *condiciones objetivas de punibilidad*. También puede afirmarse que los llamados *delitos preterintencionales* o los que se califican por el resultado, son delitos que dependen de que se cumpla el suceso ulterior más grave, *Finzi*, los llama los *delitos cuya punibilidad depende de la realización de un suceso*. Pero ningún caso, este orden llegan a afectar el tipo en *sensu stricto*.

³⁸⁰ Cfr. sobre esta clasificación del tipo penal a JIMENEZ, De Asúa Luis, Op. Cit., T. III, supra nota 51, p. 914 y ss.

³⁸¹ Para la clasificación en orden al resultado remitirse al apartado a de la consumación del inciso F clasificación del tipo penal según el grado de realización de los elementos del tipo.

Finzi indica que no es propiamente de una condición objetiva de punibilidad, propiamente dicha, porque el suceso no es extraño a la actividad del agente y que en el caso del suicidio es, un *elemento condicionante consecuencial*. Este acontecimiento hará imposible aplicar el artículo cuando se pruebe que no existe relación causal alguna entre el hecho del culpable y el acontecimiento, en cierta manera, opera de un modo de infracción calificada por el resultado, que para algunos autores tampoco afecta al tipo, en sentido estricto, por considerarla como una condición objetiva de punibilidad, cosa muy discutible.³⁸²

d') Delitos de resultado cortado.- Son aquellos delitos, según *Binding*, los que la impaciencia del legislador hace que la consumación del mismo se anticipe, considerando como tal actividades que de otro modo deberían entenderse como meramente preparatorias. Esta clase de delito es llamado también como de resultado anticipado que es meramente delitos de *tendencia interna trascendente* o delitos de *intención* o de *designio*³⁸³, ejemplo de esta clase de delito, es el señalado en el contenido del artículo 132 del Código Penal Federal, que establece "... a los que, no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de las armas traten de:

I. Abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; ..."

e') Delitos simples y colectivos.- Esta clasificación se realiza en base y de acuerdo al número de las acciones previstas en el tipo penal. Los delitos *simples* o individuales son aquellos que cuando la índole criminosa tiene su nacimiento en una sola acción, son por ejemplo, delito de un acto el *homicidio* y la *coacción*; y los *colectivos*, cuando la violación de la ley penal no surge sino a consecuencia de acciones repetidas o de varias acciones, que

³⁸² *Massari* pretende distinguir las *condiciones del delito* de las *condiciones de punibilidad*, mencionando entre las primeras la *fragancia* en los juegos de azar, el verificarse el suicidio, en el delito de ayudar al suicida, etc. Entre las segundas señala la querrela de parte en los delitos de instancia privada. Aunque existe el criterio de *Sabatini* que todas esas condiciones lo son de punibilidad. Cfr. JIMENEZ, De Asúa Luis, *Tratado....Op. Cit.*, T. III, supra nota 51, p.922

constituyen la *habitualidad*, como es el caso del delito de la *usura*, y la *violación*, por la coacción cualificada y la realización del yacimiento extramatrimonial. Estas dos clasificaciones del tipo son meramente conceptuales.³⁸⁴

D) Clasificación atendiendo a los elementos subjetivos de lo injusto

De la clasificación que realiza *Mezger*, respecto a los tipos penales, conforma a estos en dos clases: tipos *causales* y *finales*, los primeros son aquellos que se agotan con la mera producción objetiva del resultado que describe el tipo penal, cuya de las voluntad del agente no tiene una especial significación, tal como ocurre en el delito de *homicidio*, donde el comportamiento del agente se adecua de una manera típica a lo descrito por el tipo penal, esto por una causación de muerte de un ser humano. La segunda clase de tipos penales se le da una gran significación a la voluntad del agente, esto por tener un valor especial dentro del tipo en relación con la producción del resultado, animando el comportamiento con esa tendencia cuya voluntad entra a formar parte del tipo de una manera psicológica transformada en un juicio sobre el agente.³⁸⁵

Tomando en cuenta la base anterior de las clases de tipos penales, es *Graf zu Dohna* quien lleva más lejos esta concepción y habla sobre un *tipo objetivo* y un *tipo subjetivo*: el primero de ellos representa de una manera esencial la concepción que da *Beling* sobre el tipo penal; la segunda comprende aquellas descripciones que abarcan especiales intenciones del agente, e inclusive con la sola intención basta para estar integrada en el tipo penal y no en la culpabilidad, tal como lo estudia *Welzel* en su teoría finalista de la acción.³⁸⁶

³⁸³ Cfr. JIMENEZ, De Asúa Luis, *Tratado...*, Op. Cit., T. III, supra nota 51, p. 923

³⁸⁴ Cfr. CARRARA, Francisco, *Programa de...*, supra nota 75, p. 61. JESCHECK, guarda una posición intermedia entre los delitos de un sólo acto y los de varios, ocupando el lugar, los tipos *mixtos alternativos*, que toman en consideración, de acuerdo con la ley jurídico-penal, diversas acciones del hecho, comprendidas en la misma amenaza de pena, como sucede con el delito de la lesión corporal peligrosa, que se3 puede cometer por medio de armas, mediante el robo alevoso, por varios sujetos en común o mediante un tratamiento que ponga en peligro la vida. Cfr. su obra, supra nota 49, p. 240

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ *Ibidem*. Denomina *Welzel*, a los elementos subjetivos de la ilicitud, con el término *momentos típicos subjetivos de la acción* y los coloca en el ámbito del *tipo subjetivo de antijuridicidad* que forma parte de la estructura del delito doloso, cuyo momentos tienen íntima relación con el dolo que lo presenta en el tipo como

Es así, que tomando el criterio de la existencia del *tipo subjetivo*, se propugna el aspecto que sirve para construir *los elementos subjetivos de la antijuridicidad*, y que se utiliza como base de la clasificación de los tipos. En una mayoría de los casos aquéllos elementos subjetivos que refieren al sujeto activo, pero que en otros casos participa también la impresión que se produce en el sujeto pasivo: las clasificaciones que continúan se basan en esta división.

a') Clasificación de los tipos por los elementos subjetivos referentes al autor

De acuerdo con el criterio de Jiménez de Asúa, realiza una síntesis completa de la clasificación de los tipos penales que realizan *Mezger*, *Zimmerl* y *González López* conforme a los *elementos subjetivos de lo injusto*, siendo la siguiente:

a) Delitos de intención ulterior *sensu stricto*, son aquellos que en la voluntad del agente se presenta en la acción con el ánimo de conseguir un fin más lejano. Esta modalidad se puede manifestar en los siguientes grupos:

parte integrante de este, es decir momentos *especiales* personales-subjetivos, que indican en un determinado sentido el contenido ético-social de la acción. El maestro alemán coloca como ejemplo al delito de robo, que -indica- el apoderamiento de una cosa mueble ajena no cabe duda que es una actividad dirigida hacia un fin determinado por el dolo; pero el significado ético-social de la acción; es sin embargo, absolutamente distinto si se toma la cosa solamente para observarla, o bien con el fin de apoderarse de ella, pues sólo en este último caso existe la ilicitud de la acción del agente. *Welzel*, conforma como subgrupos de los elementos subjetivos del tipo, los siguientes: a) *la intención* como tendencia interna trascendente; b) *la especial tendencia* de la acción y c) los especiales momentos sobre los sentimientos. *Ricardo Franco Guzmán*, desarrolla una crítica al respecto, manifestando que de acuerdo a este criterio tomado por *Welzel*, "el dolo no es ya una de las formas tradicionales de la culpabilidad, sino que pertenece a la acción y es un elemento general subjetivo de la antijuridicidad. Estas afirmaciones no encuentran una base seria en la más autorizada doctrina penal la cual concibe adecuadamente el dolo como la forma más pura de culpabilidad." Cfr. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo IV, abril-junio 1954, Núm. 14, México, D.F., p. 121 y ss. *Zaffaroni* desarrolla un estudio sobre los *elementos subjetivos del tipo distintos del dolo*, cuyo contenido, va en contra del criterio de *Franco Guzmán*, esto partiendo de la estructura del los tipos penales: de los tipos simétricos, en que su aspecto subjetivo se agota en el dolo y tipos asimétricos, que tienen elementos o requerimientos subjetivos que exceden del dolo. Estos requerimientos pueden ser de dos maneras: unos son ultraintenciones, particulares direcciones de la voluntad que van más allá del mero querer el resultado que el tipo penal exige en su contenido objetivo, como por ejemplo, el propósito de evitar la deshonra, que debe acompañar al dolo de homicidio en el tipo subjetivo del aborto atenuado que refiere el artículo 332 del Código Penal Federal; otros son particulares disposiciones internas del agente, como es en el caso de la calificativa de alevosía que requiere que la muerte sea llevada a cabo aprovechando la indefensión de la víctima, artículo 318 del Código Penal Federal. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Op. Cit., supra nota 48, p. 447 y ss.

a') Delitos en los que en el primer acto intencional se cumple el propósito, como en la traición consistente en el entendimiento secretamente con el enemigo para declarar la guerra al país del agente, tal como lo establece el contenido de las fracciones I, II, III, V, VI IX, X y XI del artículo 123 del Código Penal Federal.

b') Delitos en que el fin que el ánimo persigue precisa un nuevo acto, como en la adquisición de moneda falsa para extenderla luego como legítima, como lo establece el párrafo Segundo del artículo 234 del Código Penal Federal

b) Delitos de tendencia (que en su sentido amplio pueden ser incluidos en los *delitos de intención*), son aquellos delitos que se les exige un impulso subjetivo, subclasificados así por Leopoldo Zimmerl de la siguiente manera:

a') Delitos de lucro o egoísmo, como aquellos que van contra la propiedad y exigen el *animus lucrandi*

b') Delitos maliciosos en cuanto al perjuicio, como los daños

c') Delitos de impulso sexual o lascivos, como el abuso deshonesto, lo establecido por el artículo 259 bis del Código Penal Federal

d') Delitos de deshonor, descrédito o menosprecio, como la injuria, difamación y la calumnia artículos 350 y 356 del Código Penal Federal, que se desprende del hecho que todo hombre, por poco culto sea, siente en su alma ese hecho de tener en grande estima su honor y reacciona enérgicamente contra quien los ultraja y por ser motivo, de encontrarse una clase especialmente destinada a los delitos contra el honor cuya patente pertenece a los delitos *naturales*.³⁸⁷

³⁸⁷ La idea del Honor se puede vincularse tres conceptos secundarios: 1) *el sentimiento de la propia dignidad* 2) la estima o *buena opinión* que los demás tienen de nosotros; y 3) el poder que tiene una buena reputación de procurar ciertas *ventajas materiales*. En la doctrina y en algunas legislaciones contemporáneas se desarrollo una división de los delitos de injuria en tres especies: la *difamación*, la *contumelia*, y el *libelo infamatorio*. para mayor conocimiento Cfr. MAGGIORE, Guiseppe. Op. Cit.. T. II, supra nota 44, p.p 1-49

e') Delitos o faltas personales, como la mendicidad, la vagancia, la embriaguez, etc. artículos 255 y 256 del Código Penal Federal³⁸⁸

c) Delitos de expresión, son aquellos delitos que se presentan como revelación de un proceso anímico en el agente. *Mezger*, es quien defiende la existencia de estas clases de delitos, brinda, como, ejemplo, en el juramento llamado de convicción, el perjurio correspondiente, que se halla penado en el artículo 247 del Código Penal Federal.

b') Por los elementos subjetivos fuera del agente.- esta clasificación es diferente a la anterior, ya que en ellos se contemplan el *animus* del agente que tanto se ha debatido en orden a su vínculo con la antijuridicidad o con la culpabilidad. Siendo esta clasificación en estudio, se desprende a través del interno elemento subjetivo, pero *fuera del agente* y que operan en la propia víctima o en el ánimo de terceros, se subclasifica en dos grupos tal criterio:

a') *Delitos de impresión*, son aquellos delitos constituidos por una emoción o efecto determinado en la persona contra quien el acto se dirige (sujeto pasivo del delito) y que considerando al viejo criterio de la diferencia de las facultades anímicas se podrían subdividir de la siguiente manera:

a) Delitos de *inteligencia*, que son aquellos que se apoyan en un engaño, como el delito de estafa o el de fraude como lo contempla el artículo 386 del Código Penal Federal

³⁸⁸ El contenido de ambos preceptos son antes de la reforma, que en su contenido establecían: artículo 255 "se aplicará sanción de dos años a cinco años de prisión a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tenga malos antecedentes.

Se estimarán malos antecedentes para los efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, taur o mendigo simulador o sin licencia." Y artículo 256 expresaba que "A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos, durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía"

b) Delitos de *sentimiento*, que son aquellos que afectan a la facultad emocional produciendo, por ejemplo, enojo, como en la injuria (que es ante todo un delito de tendencia en el que marca su decisivo acento el *animus iniuriandi*).

c) Delitos de *voluntad*, como la coacción o amenaza.

b') Delitos de *sentido objetivo*, en los que la impresión se dirige a terceros, por lo tanto, el sentido que se le da al tipo no lo es el acto ni la víctima, sino que se le da a la acción. El más característico de los delitos es sin duda alguna el de *terrorismo*, ya que en el se propone el agente, como tendencia o ánimo, es el de infundir miedo a las gentes, para lograr derrocar el régimen político o social, pero la *impresión de terror* no se causa en la víctima, sino en los habitantes de la sociedad que pertenece a un determinado Estado, figura delictiva que contiene el artículo 139 del Código Penal Federal

E) Atendiendo a la delimitación del círculo de posibles autores.- El comportamiento que contiene la descripción del tipo penal correspondiente para un delito, se encuentran elementos esenciales como lo son: *sujeto activo, conducta externa y el bien jurídico* (supra 1.9.1.8.1.1), respecto al sujeto activo que despliega un comportamiento en el mundo exterior cuyo resultado -material o formal-, lesionando un bien jurídico tutelado por el derecho penal. La conducta exigida por el tipo penal puede tener la particularidad de poder ser cometido por cualquier persona que tenga la capacidad física y psíquica o que deba de tener cierta calidad el sujeto activo o sea determinada por alguna situación exterior que influya en la conducta del agente. Así, que de acuerdo a lo anterior, se determina una subclasificación de esta clase de tipos penales:

a') *Delitos comunes*.- En esta clase de delitos cualquiera puede ser autor, como lo es en el caso de la mayoría del contenido de los preceptos del Código Penal.

b') *Delitos especiales propios*.- Estos delitos por el contrario, sólo se incluye en el tipo penal, como posibles autores, algunas personas con una especial característica,

ejemplo de este delito es el cometido por los funcionarios contenidos en los preceptos del Título Décimo del Código Penal Federal bajo el rubro "Delitos cometidos por los servidores públicos".

c') *Delitos especiales impropios*.- son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona, pero por lo que respecta a la autoría de las personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena. Tal es el caso del contenido de la fracción II inciso b del artículo 366 del Código Penal Federal, que describe el delito de privación ilegal de la libertad, en relación, de cuando el autor sea un funcionario de alguna institución de seguridad pública, en este caso se agrava la pena por tener esa calidad. También es el caso del delito de la delincuencia organizada, cuando el miembro de ésta sea un funcionario público, estipulado en la fracción I del artículo 5 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

d') *Delitos de propia mano*.- Existen delitos en los cuales existe el injusto determinado por una ejecución corporal de un acto reprobable como tal desde un punto de vista ético-social. De esta manera, que sólo el autor es el que efectúa corporalmente ese acto. El tipo penal presupone un acto de ejecución corporal o, al menos, personal que debe realizar el propio, porque al no ser de esta forma, faltaría el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito. Esta clase de delito se subdivide en dos grupos: 1) los que exigen la propia intervención corporal del autor en el hecho, como lo es el caso de la huida del lugar del accidente, sin autorización, expresado por el artículo 341 del Código Penal Federal; 2) El segundo grupo son los tipos penales que no requieren una actuación corporal, pero si personal, ejemplo es el delito de bigamia, artículo 279, la difamación, artículo 350 del Código Penal Federal.³⁸⁹

³⁸⁹ En relación con la autoría en los delitos especiales propios y los delitos de propia mano sólo pueden ser autores mediatos las personas cualificadas, es decir, en los casos que actúan corporal o personalmente. Pero la participación (*inducción y complicidad*) carece de efecto, en cambio, de limitaciones. En el caso de los delitos especiales impropios el partípe no cualificado es castigado por el delito básico y en el caso de los *propios* la pena se atenúa según el caso. Cfr. JESCHECK, Hans- Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p.241.

En la teoría predominante ha restringido de una forma considerable estos principios, en la medida que fueron interpretado los conceptos *condiciones o cualidades personales* sólo como momentos de condición permanente junto a los momentos objetivos de autor, deben de considerarse sólo la profesionalidad y habitualidad, la residencia y la cualidad de delincuente habitual peligroso, mientras que las intenciones, tendencias y otros motivos *transitorios* deben de excluirse.³⁹⁰

F) Según el grado de realización de los elementos del tipo.

Las acciones que corresponden a un tipo delictivo subordinado son también *acciones punibles* porque la voluntad del legislador es construir esta clase de figuras delictivas con la finalidad de establecer, por medio de ellas, la penalidad de ciertas acciones que *no son* "homicidio", "robo", etc., y que de ser de esta manera, quedarían impunes desde el punto de vista de la figura delictiva autónoma.

Es así, que en los elementos que caracterizan la acción punible conformada a una *forma accesoria* deben de ser diferentes a las especies delictivas mismas conformando ciertas acciones punibles de *segundo orden* que se caracterizan de no haber *realización culpable del delito*. Porque el Legislador ha elevado cierto comportamiento en una figura delictiva autónoma con elementos específicos objetivos y subjetivos.³⁹¹

Es por tal motivo, que en algunos tipos penales existen sanción para el emprendimiento de un hecho conforme al artículo 12 del Código Penal Federal, su tentativa y su consumación. Es así que la tentativa y la consumación se encuentran equiparadas en este precepto penal (*delitos de emprendimiento propios*), cuya importancia radica en que desaparece la posibilidad de atenuación de pena para la tentativa y decae el privilegio del desistimiento, lo que conlleva un adelantamiento de la penalidad total a la fase de tentativa.

³⁹⁰ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 128 y s.

³⁹¹ Cfr. BELING, Ernesto von, Op. Cit., supra nota 240, p.96 y s.

Es de esta manera, que el delito tentado (*tentative, Versuch*) no se puede comprender sino en función del delito consumado, pues todos sus elementos son comunes, menos la consumación, es decir, se trata de un delito no consumado.

a'') De consumación.- Es llamado esta clase de delito *consumado* o *perfecto* cuando en él se llevan a cabo todos y cada uno de sus elementos esenciales puestos por la ley para acriminar un comportamiento humano, es decir, que el delito es perfecto "cuando el hecho ha alcanzado su objeto jurídico, vale decir, cuando ha violado el derecho protegido por la ley penal que constituye la esencia del delito respectivo."³⁹²

En relación con la consumación del delito, existen dos modalidades: delito *instantáneo* y el delito *permanente*, esto de acuerdo con la clasificación en orden al resultado del delito, es decir, que el comportamiento humano puede infringir el imperativo de la norma penal en forma instantánea o permanente.

a'') Delito instantáneo.- En relación con este delito los autores parten de dos premisas para definir el concepto jurídico del delito instantáneo:

I.- Fundándose en la instantaneidad de la consumación.- Esta premisa determina la instantaneidad del delito, dando la imposibilidad que la lesión del bien jurídico pueda perdurar en el tiempo.³⁹³

Es así que en el delito instantáneo, encontramos dos requisitos:

- A) Una conducta, y
- B) Una consumación y agotamiento de la misma, instantáneos.

³⁹² CARRARA, Francisco, *Programa* Vol. I. supra nota 75, p. 57 y s.

³⁹³ En nuestra legislación jurídico-penal Federal, en la fracción I del artículo 7. define al delito instantáneo: "cuando la consumación se agota con el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos"

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

2.- Basándose en la naturaleza del bien jurídico lesionado, esta premisa parte de la base de la naturaleza del bien jurídico lesionado, ya sea destructible, disminuible o comprimible.³⁹⁴

Lo anterior se puede resumir en que la forma instantánea de consumirse un delito, ocurre cuando el comportamiento humano, al mismo tiempo que infringe la norma imperativa penal, destruye, disminuye o comprime el bien jurídico que la norma penal protege, o que pone en marcha las condiciones que después producen la destrucción, disminución o comprimen el bien jurídico, sin que dada la naturaleza de éste resulte posible prolongarle la conducta.³⁹⁵

Dentro de los delitos de consumación, se encuentra dos modalidades que son: 1.- *consumación formal* y 2.- *consumación material*; la primera modalidad, se determina en relación con el contenido del tipo penal que indica el momento en considerar que un delito a llegado a su consumación, esto por darse un total cumplimiento a lo señalado en el tipo penal en todos los elementos constitutivos del mismo. La ley establece que la consumación se da con relación a la producción el resultado. La segunda modalidad, se produce sólo con la obtención de la intención del agente del delito. La *consumación material* es relevante para el problema de la participación, para el concurso ideal y para la prescripción del delito.³⁹⁶

³⁹⁴ Existen autores que refieren que para determinar y diferenciar un delito instantáneo de un delito permanente parte de la naturaleza del bien jurídico protegido por ellos. Así, en los delitos instantáneos, por lo general, tiene por objeto jurídico proteger bienes destructibles. Maggiore no comparte este criterio, al considerar que no faltan ejemplos de delitos permanentes que se refieren a bienes destructibles, tal es el caso, del delito de contrabando, sino porque no se entiende cómo puede decirse que la fe pública se destruye en el delito de falsedad, y que no destruye la libertad en el secuestro. Cfr. PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 298 y s. La fracción II del artículo 7 del Código Penal Federal, define que el delito es permanente o continuo es "cuando la consumación se prolonga en el tiempo".

³⁹⁵ Cfr. JIMENEZ Huerta, Mariano, *Panorama del Delito, nullum crimen sine conducta*, Ed. Imprenta Universitaria, México, 1950, p. 58 y s.

³⁹⁶ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 222 y s.

a) *Delito perfecto*. - Es cuando el hecho ha alcanzado su objeto jurídico, es decir, que es cuando ha transgredido el derecho protegido por el derecho penal que constituye la esencia del delito respectivo.

b) *delito perfecto agotado*. - no sólo es necesario producir todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tendía el agente, de tal manera, que este no pueda ya impedir los efectos producidos por su comportamiento delictivo. Un ejemplo de ello, es que en el caso de la fabricación de moneda falsa, el delito que queda *perfeccionado* tan pronto como la falsa moneda es acuñada, pero que sólo queda *agotado* cuando la moneda es puesta en circulación, porque el falsificador mismo, arrepentido, puede destruirla.³⁹⁷

c) *Delito consumado pero no perfecto*³⁹⁸. - Este delito se representa por el delito frustrado, en el cual se prepara anticipadamente por el ánimo del agente, para el fin determinado de completar la *consumación objetiva*, aunque no pueda llamarse *perfecto*, porque le falta la *consumación objetiva*³⁹⁹.

d) *Delito consumado y perfecto pero aún no agotado*. - Parte de la idea de cuando el delito, si bien a llegado a su *perfección*, por haberse producido la violación del derecho, puede sufrir, sin embargo, ulteriores modificaciones en sus aspectos, las cuales pueden ser traducidas en una disminución, cuando las consecuencias sean reparables, o en un *aumento*, cuando, en cambio, pueda llevarse el delito a consecuencias ulteriores⁴⁰⁰.

³⁹⁷ En otros casos, la perfección del delito es un puro contenido del *ente jurídico*. Su agotamiento se refiere también al delito como *ente de hecho*. Cfr. CARRARA, Francisco, *Programa ...*, Op. Cit., Vol. I, supra nota 75, p. 59

³⁹⁸ Esta clasificación de tipo penal, junto con la del delito consumado y perfecto pero aún no agotado; y el delito consumado, perfecto y agotado, son tres figuras sustancialmente distintas que se desprende de un análisis minucioso y completo que se coloca en oposición al delito tentado. Cfr. para mayor conocimiento a CARRARA, Francisco, *Programa ...*, Op. Cit., Vol. I, supra nota 75, p.59

³⁹⁹ Cfr. CARRARA, Francisco, *Programa ...*, Op. Cit., Vol. I, supra nota 75, p.59

⁴⁰⁰ *Ibidem*

e) *Delito consumado, perfecto y agotado.*- En esta clase de delito no es posible que exista la hipótesis anterior por considerar al delito además de ser *consumado* y *perfecto*, está también *agotado*, Tal es el caso del Código Toscano, al definir el favorecimiento, eliminó de este título aquellos hechos que, aunque ocurridos después de la perfección del delito, lo llevan a consecuencias ulteriores.⁴⁰¹

b'') Delito instantáneo con efectos permanentes.- son aquellos delitos que se debe de entender como una vez tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos, en el cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las consecuencias nocivas de éste.

Pero no se debe de confundir la conducta permanente (delitos que de acuerdo a la clasificación en relación con el resultado se denomina permanentes), con el de efectos permanentes que produce el comportamiento del agente que ha lesionado el bien jurídico tutelado por el derecho penal. Un ejemplo de ello, es el delito de homicidio, cuya clasificación se coloca como de naturaleza instantánea, no obstante que el efecto que produce es la privación de la vida, siendo ésta, un efecto permanente⁴⁰²

Esta clase de delitos tiene como elementos constitutivos en su estructura los siguientes:

- A) Una conducta,
- B) Una consumación y agotamiento instantáneos, y
- C) Perdurabilidad del efecto producido

⁴⁰¹ Ibidem

⁴⁰² Cfr. JIMENEZ Huerta, Mariano. *Panorama ...*, Op. Cit., supra nota 395, p. 60 y s. La doctrina adopta una segunda posición acerca de esta clase de delito, sosteniendo que esta clasificación no tiene importancia por constituir una distinción infecunda, esto por no tener casi nunca una relevancia jurídico penal. Cfr. PORTE PETIT Candaudap, Celestino, Op. cit., supra nota 65, p. 300 y s. CARRARA denomina a esta clase de tipo penal, como delitos de *hecho permanente* Cfr. su obra *Programa ...*, vol. I. Op. Cit., supra nota 75, p. 60

c'') Delito de hecho pasajero.- Son aquellos delitos que no dejan algún vestigio después de su comisión.⁴⁰³

a) Delito flagrante.- El autor debe ser sorprendido *in fraganti*, es decir, durante o inmediatamente después del hecho para que pueda llevarse acabo la detención provisoria de quien ha sido sorprendido en delito flagrante⁴⁰⁴.

El presupuesto de la detención provisoria tiene su base en un hecho típicamente antijurídico, no es necesario también la imputabilidad del autor, ya que a los inimputables a causa de sus actos típicos se les pueden imponer medidas de seguridad de modo forzoso.⁴⁰⁵

a) Delito no flagrante.- Es cuando al cometerse un delito, no es posible que el agente sea aprehendido al momento o en su persecución material e inmediata después de ser ejecutado el delito. Siendo posible su detención posterior al hecho delictivo, en base de los resultados que se desprendan de las investigaciones, siempre y cuando se obtenga la identidad del delincuente.

c) Delito cuasiflagrante.- En este delito es cuando el agente es perseguido por el clamor público, esta persecución posterior al delito, es conforme a derecho siempre que sea sospechoso de querer fugarse o que su identidad no puede ser establecida inmediatamente⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Cfr. CARRARA, Francisco, *Programa ...*, vol. I, Op. Cit., supra nota 75, p. 60

⁴⁰⁴ En nuestra legislación Jurídico-penal, tenemos en el artículo 267, la definición de la flagrancia, esto en su parte correspondiente que establece: "se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo ...". Y en la fracción primera del artículo 193 que menciona: "Se entiende que existe flagrancia cuando: ... I. El inculpaado es detenido en el momento de esta cometiendo el delito".

⁴⁰⁵ Encontramos a los menores infractores, como claro ejemplo del caso de la inimputabilidad, que en nuestro sistema jurídico, esta bajo el Título Quinto con el nombre: DEL DIAGNOSTICO Y DE LAS MEDIDAS DE ORIENTACIÓN, DE PROTECCIÓN Y DE TRATAMIENTO EXTERNO E INTERNO, de la Ley para el Tratamiento de Menores infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que permite a las autoridades correspondientes de imponer medidas de orientación y de protección de una manera forzosa.

⁴⁰⁶ En Roma daba lugar a la *quiritatio*(invocación de auxilio); llamada así por la fórmula *adeste quirites* (¡auxilio, quirites!). Estas distinciones entre la *flagrancia*, *no flagrancia* y *cuasiflagrancia*, son útiles en la teoría del *procedimiento* y de la *prueba*. Cfr. CARRARA, Francisco, *Programa ...* Vol. I, Op. Cit., supra nota

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

d) Delito en flagrancia presuntiva.- Este delito se coloca en esta clasificación entorno a lo que establece la ley Adjetiva Federal Penal, así como la del Distrito Federal en sus artículos 193 y 267 respectivamente.

El primero de ellos en su fracción tercera señala: "Se entiende que existe flagrancia cuando: ... III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien que aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiere interrumpido la persecución del delito."

El segundo indica en su párrafo segundo lo siguiente: "Se equipará la existencia del delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos. se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito."

75, p. 60. Además de WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 112 y s. En nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su Artículo 267.- " Se equipará la existencia del delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectivamente y no se hubiese interrumpido la persecución del delito. ...". Y en el Código Federal de Procedimientos Penales en su fracción II del artículo 193 establece: "Se entiende que existe flagrancia cuando: ... II Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente..."

En ambos preceptos jurídicos, se encuentra una similitud en su contenido, pero un alejamiento de lo que es la figura jurídico-penal de la flagrancia o cuasiflagrancia del delito, creando una tercera concepción de la primera, es decir, una equiparación que se fundamenta en una presunción de la identidad del agente del hecho delictivo por parte de alguno de los casos señalados por ambos articulados.

b') Delito permanente.- son aquellos delitos que consisten en una violación del imperativo de la norma que se prolonga sin solución de continuidad por un determinado plazo de tiempo, merced a la conducta ininterrumpida del sujeto, durante el cual se lesiona, sin destruir o disminuir, el bien jurídico en ella protegido Pero no todos los delitos está al arbitrio del agente de prolongar su conducta.⁴⁰⁷

Determinando la instantaneidad la imposibilidad de que la lesión del bien jurídico pueda perdurar en el tiempo, que en relación de los delitos instantáneos que tienen como objeto jurídico bienes destructibles. Ejemplo de ello, es cuando una conducta que ofende el bien jurídico de la libertad, puede, dada la naturaleza inmaterial e indestructible de dicho bien jurídico, prolongarse sin ninguna solución de continuidad y renovar en cada instante la ofensa, forjando un estado antijurídico como secuela del ininterrumpido actuar.⁴⁰⁸

De esta manera, es la conducta la que se prolonga sin solución de continuidad por voluntad del agente, estando en su mano el hacerla cesar. Y en cada instante en que perdura, renueva la ofensa del bien protegido por la ley penal, es decir, que el "delito

⁴⁰⁷ Cfr. PORTE PETIT, Candaudap Celestino, *Apuntamientos ...* Op. Cit., supra nota 65, p. 59 y s.

⁴⁰⁸ En el caso de la conducta que ofende el bien jurídico de la vida no puede prolongarse, pues como aquí la ofensa implica destrucción del bien, por lo tanto, resulta imposible seguir ofendiendo lo que ya no existe, es por ello que hay bienes jurídicos insusceptibles de ser ofendidos en forma permanente, dado que por su naturaleza propia el daño destruye o disminuye su propia esencia. Sólo puede prolongarse la conducta de aquellos delitos en que la naturaleza del bien jurídico que el imperativo de la norma protege, hace posible que pueda prolongarse ininterrumpidamente la acción o la omisión que constituye el elemento fáctico del delito, habida cuenta de que los bienes jurídicos ofendidos reviven en su plenitud cuando la conducta cesa. La cesación de la conducta puede producirse tanto por la voluntad del agente, como por el acacamiento de un hecho que imposibilita su prosecución o permanencia. Cfr. PORTE PETIT Candaudap Celestino. *Apuntamientos ...*, Op. Cit., supra nota 65, p. 60 y ss.

permanente es aquel en el cual la realización del tipo resulta un estado antijurídico durable.⁴⁰⁹

a'') Delito necesariamente permanente.- Se ha mencionado e insistido en que la denominación de este delito, depende de la permanencia o continuidad, estos implican una persistencia en el resultado del delito durante la cual mantiene su actuación la voluntad criminal⁴¹⁰

Con relación a la determinación de que un delito sea permanente hay dos teorías: cuando la consumación perdura, o bien porque el bien es indestructible o inmaterial, o sea, que el bien es comprimible.

Lo cierto es que existe un delito permanente cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada. Tal es el caso, de la fracción II del artículo 7 del código Penal Federal, que establece, el delito "es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo"

De lo anterior, se puede afirmar que el delito permanente gira en torno de dos requisitos que son:

- a) Una conducta o hecho
- b) Una consumación más o menos duradera

Pero dentro de lo que son las fases del *delito permanente*, surge una problemática consistente en resolver si existen una comisiva, o una omisiva, o bien, una comisiva y una

⁴⁰⁹ Esta definición es la que da el maestro alemán sobre la base de su clasificación del delito-tipo que lo conforma en grupos y de una clasificación de ellos. BELING, Ernesto. von. Op. Cit., supra nota 240, p.47

⁴¹⁰ La terminología utilizada como sinónimo es equívoca, de acuerdo al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sostiene en ejecutoria, que "no deben de confundirse los delitos continuos con los llamados permanentes, en que la prolongación más o menos amplia de la actividad criminal deriva de la propia esencia legal del tipo, como en el rapto, en que el delito permanece prolongado en el tiempo, mientras dura la retención de la mujer." Cfr. PORTE PETIT Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 301. En relación con el delito continuado. Cfr. PAVÓN, Vasconcelos Francisco, Op. ,Cit., supra nota 45, p. 520 y ss. WELZEL, Hans. Op. Cit., supra nota 124, p. 268 y ss.

omisiva; en el *primer criterio* se habla de una concepción monofásica que puede basarse en una sola conducta comisiva, o bien, en una omisiva.⁴¹¹

La *conducta comisiva permanente* parte de la idea que el agente exterioriza una conducta positiva, porque de esta manera, el delito existe en tanto la conducta positiva sigue violando el bien protegido por la ley penal, y por tal motivo hay permanencia de la acción

La *conducta negativa permanente*, en este criterio existe una fase omisiva, o negativa cuya conducta tiene las siguientes características: ser *criminosa, continuada, uniforme y homogénea* desde el primer momento, desde la actividad hasta que cesa esta, es decir, se tiene un precepto que impone realizar tal conducta y una correspondiente obligación duradera y no perentoria determinada en el tiempo.

En el *segundo criterio* de la problemática del delito permanente, parte de la concepción que cuando una conducta es comisiva, existen dos fases: 1.- que esta formada por una acción; y 2.- por una omisión, en otras palabras, existe una conducta positiva que infringe una ley penal que prohíbe un hacer, y otra, que consiste en un no hacer que constituye una conducta negativa con la primera conducta, se obtiene la comprensión del bien jurídico tutelado por el derecho penal y con la negativa, la no remoción del estado antijurídico creado por la conducta positiva (*concepción bifásica*).

b'') Delito eventualmente permanente.- Este delito -consideran algunos autores- tiene relación con el instantáneo cuando en ocasiones se puede prolongarse su consumación.⁴¹²

⁴¹¹ Para mayor conocimiento de los criterios sobre la problemática del delito permanente. Cfr. PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Op. Cit., supra nota 65, p. 304 y ss.

⁴¹² Cfr. PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p.308

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

c'') Delito alternativamente permanente.- Esta clase es de carácter eventual, si el delito típico es instantáneo se prolonga de una manera indefinida en algunas circunstancias. Por tal motivo, se le denomina delito alternativamente permanente.⁴¹³

c') Delito de simple conducta o formal y de resultado o material.

En algunos casos, los tipos no permiten que exista un cambio o mutación en el mundo fáctico, es decir, que no se requiera de un resultado material, esto se desprende que las conductas relevantes para el Derecho Penal se integran de dos formas: a) mediante un simple comportamiento externo; b) mediante un simple comportamiento externo y un resultado material. De esta manera encontramos los delitos que requieren de un resultado y otros que no es necesario por prescripción legal, girando esta clasificación en la relación entre la conducta y el objeto de la misma.⁴¹⁴

a'') Delito formal.- Son aquellos delitos que requieren para su consumación una simple *acción* del hombre, que basta por sí sola para violar la ley, independientemente de los efectos que cause en el mundo fáctico. Estos pueden ser de comisión o de omisión.⁴¹⁵

Lo anterior, no quiere decir que en esta clase de tipo no existe ninguna mutación material, *Bettiol*, afirma que se puede producir una serie de cambios en el mundo exterior.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 308 y s.

⁴¹⁴ Cfr. JIMÉNEZ, Huerta Mariano, *Panorama del ...* Op. Cit., supra nota 395, p. 73. La distinción entre estos delitos, tiene relevancia no indiferente en materia de tentativa, ya que la estructura del delito formal que excluye por su propia naturaleza la hipótesis del delito frustrado, la cual es siempre admisible en los delitos materiales que se encuentra también una aplicación de no escaso interés en relación al concepto del dolo. Cfr. *Ibidem*, p. 76

⁴¹⁵ Cfr. CARRARA, Francisco, *Programa ...* Vol. I, Op. Cit., supra nota 75, p. 60. Un ejemplo del delito formal por comisión es el establecido por el artículo 180 que constituye el delito de resistencia de particulares, como el comportamiento omisivo consistente en la denegación de auxilio o socorro que describe el artículo 340, ambos del Código Penal Federal. *Guarneri* señala que en el caso de los delitos de omisión son delitos formales o de mera conducta; su esencia radica en un incumplimiento del mandato que exige al agente un comportamiento, siendo el caso que por la falta de este no se efectúa algún resultado, pero jamás consecuencias materiales jurídicamente relevantes. Cfr. de igual manera respecto a esta clase de tipos penales a JIMÉNEZ, Huerta Mariano, *Programa del ...* Op. Cit., supra nota 395, p. 77

Tal es el caso del delito de difamación que produce un daño de una honesta persona cuyo efecto produce en ella una pasión de ánimo, una neurastenia. Pero en este caso, al derecho penal no le interesa los efectos naturales que el comportamiento del agente puede producir en el mundo fáctico, es decir, son excluidos del ámbito de la figura delictiva, careciendo con ello de relevancia jurídico-penal.⁴¹⁶

b'') Delito material.- La función de esta clase de delito, es presuponer en su tipo la producción en el objeto del comportamiento del agente de un efecto diferenciado y separado en el tiempo y en el espacio. Es verdad que la conducta misma puede considerarse una forma de resultado, por ser un efecto del impulso de la voluntad del autor y para ser consumados, tienen necesidad de que se produzca determinado resultado, que es lo único en que se advierte la infracción de la ley.⁴¹⁷

Ahora bien, en los delitos contenidos en el Código Penal Federal, exigen, como acontece en la mayoría de los delitos de comisión y en la totalidad de los de comisión por omisión. además de una conducta, un determinado resultado, como efecto del comportamiento que, en cada caso concreto, se sanciona en un tipo penal. Si el resultado es una consecuencia de la conducta, es obvio que ésta se coloca en una posición de causa que implica, por tanto, un factor causal. El resultado, es, pues, el efecto natural de la acción relevante para el Derecho.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Jescheck respecto a este punto afirma, que en el delito de actividad puede configurarse por el mero hacer cuyo efecto tenga la afectación del objeto de la acción. Tal es el caso del delito del allanamiento de morada, aunque ese menoscabo se conciba como resultado típico. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 237

⁴¹⁷ Cfr. CARRARA Francisco, *Programa de ...* Op. Cit., supra nota 75, p. 60. El resultado se puede distinguirse entre un concepto en sentido estricto y otro en sentido amplio. No obstante, sólo el concepto de resultado en sentido estricto tiene importancia para la dogmática porque únicamente en él se plantea el problema de la relación causal. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 235. Aunque existen autores que defienden su postura de considerar un concepto de resultado estrictamente naturalístico y despojado de toda consideración valorativa. Binding, considera que el resultado es integrado por los cambios externos jurídicamente trascendentes. Para mayor conocimiento sobre las concepciones del resultado Cfr. JIMÉNEZ Huerta Mariano, *Panorama del ...* Op. Cit., supra nota 395, p. 82 y s. en su cita 134

⁴¹⁸ Cfr. JIMÉNEZ Huerta Mariano, *Panorama del ...* Op. Cit., supra nota 395, p. 81 y s.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

El concepto del resultado se integra, por lo tanto, de dos elementos que se unen en un todo: uno, exclusivamente naturalístico, representado por una mutación del mundo exterior; otro inequívocamente teleológico, en cuanto sin la consideración del tipo legal no es posible elegir de todo el complejo de consecuencias naturales de una conducta, aquella que es relevante para la singular figura del delito en particular.

d') Delito de daño y de peligro.- La función teleológica del derecho penal es tutelar en los tipos penales, ciertos valores y bienes sociales que se transforman estos en bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento jurídico-penal. Teniendo un doble alcance y alcance de esta función: unas veces, el tipo penal tutela el bien jurídico frente al daño consistente en su destrucción o disminución; y en otras, el tipo penal protege de una manera especial el bien jurídico del peligro que pueda amenazarle.

a'') Delito de daño.- En el caso de esta clase de delito, un ejemplo es el delito de homicidio, pues el bien jurídico de la vida protegido por el derecho penal es destruido por la conducta del agente. Por tal motivo, son de daño aquellos delitos para cuya perfección jurídica es necesario que el bien tutelado sea destruido (es el caso de la vida) o disminuido (es el caso de la integridad física) según corresponda la naturaleza del bien protegido.

En la concepción del delito según *Carrara*, la palabra no es suficiente para integrar la fuerza física subjetiva de la infracción si no le sigue el acto externo de algún otro órgano corporal. Pero también en estos casos la palabra forma parte de la fuerza física subjetiva del delito, cuando sirve para dar impulso a otros actos externos que conducen a la ejecución material del delito.⁴¹⁹

El resultado de un delito, consiste en el daño causado por la comisión de un delito. Este daño puede ser *efectivo* o *potencial*; es efectivo cuando realmente ha ocurrido la pérdida del bien agraviado; es potencial cuando, aunque esa pérdida no se haya producido

del todo, hay en el resultado del acto externo la posibilidad de producirla, por ello se verifica la completa violación de un derecho y la punibilidad de la conducta.

El daño *potencial* tiene su naturaleza en el peligro que puede tener un bien jurídico tutelado por el derecho penal. Este puede ser de dos especies:

1) *Peligro temido*, es aquel que nunca presenta un estado de hecho que haga inminente la violación del derecho, por ejemplo, las malas cualidades y tendencias de un hombre, su enemistad, etc.;

2) *Peligro corrido* es el que nace de un estado de hecho determinado por un momento que hace inminente aquella violación.

En el caso del derecho penal liberal, "*Nadie puede ser castigado en razón de un peligro o daño futuro, sino solamente en razón de un peligro o daño ocasionado por su hecho y que amenace o perjudique a los ciudadanos, a sus bienes o al Estado; y siempre que tal peligro o daño pueda atribuirse a la voluntad del reo.*"⁴¹⁹

En el delito formal hay daño efectivo en cuanto se ofende el derecho abstracto, y daño meramente potencial en cuanto al derecho concreto, esto es, al goce del bien material que se quería arrebatar. La acción puede estar incompleta en su exteriorización, porque el agente puede no haber alcanzado el bien que pretendía; pero el delito es completo en sus relaciones con el correspondiente objeto jurídico, esto es, con el derecho abstracto violado. "Por lo que es necesario entender siempre esta distinción, relacionando la potencialidad con el bien material amenazado, porque, con respecto al derecho abstracto, también el daño potencial tiene siempre en sí la efectividad de la lesión. Así, el que injuria puede no haber creído nadie en la injuria, y por esto, el daño, con relación al bien material, permanece solamente en potencia; sin embargo, el delito es completo, porque, con la expresión

⁴¹⁹ Cfr. CARRARA, Francisco, *Programa* ..., Vol. I, Op. Cit., supra nota 75, p. 90

⁴²⁰ Evertsen de Jonge, Cit. Pos., CARRARA, Francisco, *Programa* ..., Vol. I, Op. Cit., supra nota 75, p. 91

injuriosa, dotada de la potencialidad de quitar el honor, se ha realizado la violación efectiva del derecho.”⁴²¹

En el delito material exige siempre, para su consumación, la privación real del bien al cual el derecho atacado se refiere, es decir, la conducta debe ser efectiva para lograr la violación del derecho abstracto, como la privación del bien concreto para que la violación del derecho tenga su efecto en su objeto, esto es, que haya sido suprimido el bien que constituye el objeto del derecho.

Pero no todos los actos externos procedentes de una intención de delinquir pueden ser elevados a la categoría de delitos, sino sólo aquellos que causen daño a los derechos ajenos o que tengan aptitud de causarlo, o aquellos que, en su desarrollo, pongan al derecho en peligro actual. Esto parte del principio de que la sociedad dispone del derecho de sancionar ciertos comportamientos humanos tan solo para asegurar el mantenimiento del orden social. Pero se deduce que cesa en ella el derecho de ejercer una injusticia que sea externamente dañosa para la sociedad, cuando en un caso concreto el principio de justicia exija la represión, pero al mismo tiempo su aplicación produzca en el orden perturbaciones mayores que las que podrían ocasionarle sin aplicarlo.⁴²²

El considerar al delito como la reunión de dos fuerzas -según *Carrara* -, el daño se divide en daño *inmediato* o *directo* y daño *mediato* o *reflejo*.

El daño *inmediato* “es el mal sensible que el delito produce al violar el derecho atacado, ya sea que este permanezca a un individuo o a muchos individuos, o a todos los miembros de la agrupación, o hasta a la agrupación social misma, considerada como persona autónoma.” Y el daño *directo* porque consiste en la lesión del derecho perjudicado directamente por la acción delictiva.⁴²³

⁴²¹ CARRARA, Francisco, *Programa* Vol. I. Op. Cit., supra nota 75. p. 91 y s.

⁴²² Ibidem. p. 93

⁴²³ Ibidem. p. 94

El daño *mediato* es el que el delito ocasiona a todos los demás ciudadanos que no fueron directamente afectados por la acción; y se llama daño *reflejo*, porque quien lo sufre es alcanzado por reflejo y como de rebote los efectos de la comisión de un delito.⁴²⁴

b'') Delito de peligro.- Son aquellos en los que basta para la realización típica que se haga correr un riesgo al objeto protegido como bien o interés jurídico por el derecho penal. A través de una significación, estructura y alcance específico que reviste esta distinción, la tutela penal protege de una manera general los bienes jurídicos, tanto de las lesiones efectivas como de las potenciales que pueden afectarles.

La política criminal con el propósito de reforzar la protección jurídica de ciertos bienes, obliga frecuentemente al legislador a crear algunos tipos con contenido de peligro, en orden a algunos bienes jurídicos que son fundamentales para la vida social y permanencia de la misma, esto con relación a su vulnerabilidad puesta de relieve por la potencial intensidad o extensibilidad lesiva de los medios que pueden atacarlos, hace necesario o conveniente protegerlos específicamente frente a estos riesgos o amenazas.⁴²⁵

De acuerdo, al peligro que representa la comisión de un delito se pueden clasificar en las siguientes clases:⁴²⁶

a) Delito de peligro *efectivo*.- En esta clase de delito la realidad del peligro debe presentarse y demostrarse en cada caso enjuiciado, ejemplo de este delito, es el de contagio venéreo contenido en el artículo 199 bis del Código Penal Federal, ya que en su caso debe ser probado que el sujeto activo tenía el conocimiento, que al tener relaciones sexuales con otra persona, puso en peligro de contagio la salud de ésta por tener una enfermedad venérea

⁴²⁴ Ibidem

⁴²⁵ Cfr. JIMÉNEZ, Huerta Mariano, *Tipicida*. Op. Cit., supra nota 226, p. 101

⁴²⁶ Cfr. para mayor conocimiento de estas clases de delitos de peligro a JIMÉNEZ, Huerta Mariano, *Tipicida*, Op. Cit., supra nota 226, p. 101 y ss.

b) Delito de peligro *presunto*.— El peligro se considera presuntivamente supuesto en la conducta descrita en el tipo, sin que se admita en ningún caso prueba en contrario sobre su existencia, ejemplo de ello es el delito de abandono de niños o enfermos establecido por el artículo 335 del Código Penal Federal, pues el peligro se presume ínsito en el abandono, sin que se admita alegación o prueba alguna tendiente a demostrar que ningún peligro corrió el niño o el enfermo abandonado.

c) Delito de peligro *individual*.— Aquí el peligro amenaza únicamente a la persona contra la que se dirige la conducta o a una pluralidad de personas bien determinadas en el tipo. Tal es el caso, el contenido del tipo de disparo de arma de fuego descrito en la fracción del artículo 306, pues el peligro aparece, en éste último artículo, individualizando en los hijos y en el cónyuge.⁴²⁷

d) Delito de peligro *común*.— El círculo de las personas o cosas amenazadas no está limitado individualmente, pues la conducta típica es susceptible de afectar a una generalidad indeterminada de personas. Sirva de ejemplo, el tipo delictivo de ataque a las vías de comunicación sancionado en la fracción I del artículo 167 del Código Penal Federal.

G) De acuerdo a las formas básicas del comportamiento humano, actividad y pasiva.

Se ha referido con antelación, que el comportamiento humano adquiere especial observación por el derecho penal cuando contradice una norma imperativa del *deber ser*, cuya forma o modo en que la conducta humana se puede adecuar al contenido de la ley penal, sea de prohibición o por medio de mandato por medio de una actividad corporal o una inactividad humana, es decir, por comisión o por omisión.

⁴²⁷ El contenido de la fracción del artículo señalado como ejemplo está derogado en la actualidad, pero se puede verificar en el Código Penal Federal editado en el año de 1991 por Editorial Porrúa, 48a. edición, México.

a') Delitos de comisión.- En la valoración normativa el comportamiento se presenta como *comisiva* cuando transgrede una violación de prohibición por la ley penal que se integra por un sólo acto como un proceso de movimientos corporales, el cual, a cada uno de esos movimientos se le denomina *acto* y cuyo conjunto de actos constituye a la acción del agente.

Los modos comisivos de un delito no son sólo movimientos musculares por parte del agente, puede consistir también en una actividad corporal de otra persona que actúa como un mero instrumento material al servicio de aquel. Y aunque es la misma persona la que determina en su interior el deseo de querer un resultado por medio de un comportamiento a través de sus propios músculos para materializar su voluntad; pero no quedan con esto agotadas las formas y medios de manifestar externamente la voluntad; ésta también se puede exteriorizarse en la actividad corporal de otra persona que, en virtud de un influjo psíquico que sobre de ella se ejerce actúa como instrumento ciego al servicio de quien posee la voluntad delictiva.⁴²⁸

b') Delitos de omisión.- En esta clase de delitos, la parte medular es el de la existencia de una inactividad o un no hacer por parte del agente, el cual, el precepto legal le ordena una actividad o un hacer para mantener un bien jurídico protegido por el derecho penal, hay en esta clase de delito de omisión dos rubros: delito de *omisión impropio* y delito de *omisión propio*. el primero de ellos consiste en no impedir la producción del resultado pese al deber del garante; el segundo radica en la inactividad misma frente a la orden normativa de un precepto de mandato.

II.- De acuerdo a la parte *objecti* del derecho penal. Parte Especial del Código Penal

En los preceptos penales contenidos en un Código Penal en su Parte Especial no se encuentran, por lo general, un tipo penal junto a otro sin conexión alguna, es decir,

encierran determinadas relaciones internas entre unos y otros. en esta manera se encuentran en estrecha relación los delitos *básicos* y los delitos *variantes* y con ello los delitos *cualificados* y los delitos *privilegiados*; y de una clase de delito que no se encuentra en relación, con los anteriores es el *sui generis*.

a') Básico y variante.- en el primero es el tipo de partida para la creación de otro tipo penal (*variante*) cuya variante se encuentra en la adición de elementos complementarios.

b') *Cualificados y privilegiados*.- Los elementos complementarios pueden describir una conducta abstracta que agrave o atenúe el contenido del injusto penal, cuando en el marco de las variantes sufridas en un tipo penal básico concurren elementos del tipo calificativo y atenuantes deben de estarse siempre a las consecuencias jurídicas del precepto penal cualificado y del privilegiado que se excluyan entre sí, al **efecto bloqueador del tipo más leve**, aplicándose en otro caso acumulativamente las consecuencias jurídicas.⁴²⁹

c') *Sui generis*.- esta clase de delito no se da ninguna relación con un delito básico, aunque en su aspecto teleológico jurídico protege un bien y en su descripción del comportamiento humano abstracto revelan cierto parentesco. Tal es el caso que de la creación de un nuevo tipo penal se separa de la conexidad de su grupo de delitos y constituye, por lo tanto, en un precepto penal autónomo con su propio contenido de desvalor, ejemplo de ello, es el delito de robo que en su estructura medular contiene elementos de la coacción realizada por el agente, cuya función cumple con una ordenación *sui generis*, sin que se pueda extraer de él consecuencias dogmáticas.⁴³⁰

⁴²⁸ Cfr. JIMÉNEZ Huerta Mariano, *Panorama del...* Op. Cit., supra nota 395, p. 32 y s.

⁴²⁹ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 243

⁴³⁰ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 243

1.9.1.8.1.2.3 Sistemática causalista del tipo

La conducta es querer y realizar un comportamiento humano que trae como consecuencia un cambio en el mundo exterior por lo que se considera a la acción, como cualquier fenómeno natural, como un mero proceso causal, equiparable a cualquier otro fenómeno de la naturaleza y para su comprobación, habrá que determinar aquellos elementos que se dan en los fenómenos naturales, como: la existencia de una causa, la existencia de un efecto y una relación de causalidad. Por ello la acción, dentro de esta sistemática, se estructura únicamente de esos componentes externos, propios del fenómeno natural. causa efecto y relación de causalidad.

Ahora bien se entiende a esta sistemática causalista del tipo penal, como la descripción de la parte objetiva de la acción, sin que se ocupe de describir la parte subjetiva del agente, pues ella, se analiza en el ámbito de la culpabilidad, en un primer momento, va a considerar como contenido de aquél única y exclusivamente a los elementos objetivos, y esos elementos objetivos, a su vez, son únicamente la parte objetiva de la acción por tal motivo se trata de elementos que se puede constatar por medio de los sentidos.

En la teoría causalista, el tipo penal se encuentra ciertos elementos que son: a) una conducta, sea por comisión u omisión; b) un resultado material o formal con su nexo causal; c) medios de comisión del delito; d) referencia temporal; e) referencia espacial; f) sujeto activo con calidad específica y/o pluralidad específica; g) sujeto pasivo con calidad específica y/o pluralidad específica; h) objeto jurídico; y) objeto material; j) elementos normativos o valorativos; k) elementos subjetivos específicos; y l) antijuridicidad específica.

1.9.1.8.1.2.4 Sistemática finalista del tipo

De acuerdo a esta sistemática, los tipos penales obtienen nuevos elementos, es así que para los finalistas, el dolo a pasado a formar parte del tipo, es decir, se reúne la

voluntad en forma integral en la conducta humana, misma en la que se dan dos fases. una interna, que acontece en el pensamiento, en la inteligencia y que se puede llamar fase finalista y una segunda fase ya se da fuera de la inteligencia, a la que se puede llamar fase causalista. Es así, que el dolo está en la conducta y se considera como un dolo neutro, libre de toda valoración, un dolo natural, que no requiere del conocimiento de la ilicitud del hecho.

Por lo tanto, si el tipo penal es descripción de conducta, el dolo ésta en el tipo, es decir, si el delito es una conducta humana, la conducta delictuosa debe llenar ese modelo. El dolo, pues, debe ser la finalidad tipificada. Con esto refutaban los finalistas el concepto de conducta planteado por la teoría causalista, por lo tanto, los elementos del tipo son: los elementos objetivos, así como los elementos ligados con la acción. Además los sujetos activos y pasivo con sus calidades y número, los elementos normativos

1.9.1.8.1.2.5 Sistemática lógico-matemática del tipo⁴³¹

Esta sistemática, se inició en México, en el año de 1965, con una aplicación de la lógica y las computadoras, se desarrolló una investigación, concebida por el Dr. Alfonso Quiroz Cuarón, por Olga Islas y Elpidio Ramírez, partiendo de dos áreas principales: la conceptual y la estructural; en la primera se considera que el tipo cumple, entre otras, dos funciones fundamentales:

- a) Una función de garantía: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"; y
- b) Una función fundamentadora: toda la construcción dogmática debe tener como base al tipo penal. Funciones que se satisfacen en la estructura del derecho penal.

Pero la concepción se da en relación de tres niveles de estimar el tipo, que son:

- a) El tipo;
- b) El tipo de tipo;
- c) El tipo típico.

a) El tipo es considerado como uno de los tres predicados invariantes del derecho penal, funcionalmente, el tipo es una clase de subconjuntos, necesarios y suficientes, que garantizan al bien jurídico. Estructuralmente, el tipo es una clase definida en el derecho penal, identificando los siguientes subconjuntos en él:

- 1) El deber jurídico penal;
- 2) El bien jurídico;
- 3) El sujeto activo;
- 4) El sujeto pasivo;
- 5) El objeto material;
- 6) El kernel;
- 7) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico;
- 8) La violación del deber jurídico penal.

Estos subconjuntos son considerados como universales en todo tipo penal y cuyo elementos se pueden expresar de la siguiente manera:

Subconjunto a:	EL DEBER JURÍDICO PENAL
Elemento:	N= Deber jurídico penal
Subconjunto b:	EL BIEN JURÍDICO
Elemento:	B= Bien jurídico
Subconjunto c:	EL SUJETO ACTIVO
Elemento:	A1= Sujeto activo-calidad.

⁴⁵¹ Cfr. sobre esta sistemática a ISLAS. Olga. Op. Cit., supra nota 25, p.29-35

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Elemento:	A2= Sujeto activo-número
Subconjunto d:	EL SUJETO PASIVO
Elemento:	P1= Sujeto pasivo-calidad
Elemento:	P2= Sujeto pasivo-número
Subconjunto e:	EL OBJETO MATERIAL
Elemento:	M= Objeto material
Subconjunto f:	EL KERNEL
Elemento:	J1= Voluntad dolosa
Elemento:	J2= Voluntad culposa
Elemento:	I1= Actividad
Elemento:	I2= Inactividad
Elemento:	R= Resultado material
Elemento:	E= Medios
Elemento:	G= Referencias temporales
Elemento:	S= Referencias espaciales
Elemento:	F= Referencias de ocasión
Subconjunto g:	LA LESIÓN O PUESTA EN
PELIGRO	DEL BIEN JURÍDICO
Elemento:	W1= Lesión del bien jurídico
Elemento	W2= Puesta en peligro del bien
jurídico	
Subconjunto h:	LA VIOLACIÓN DEL DEBER
	JURÍDICO PENAL

Elemento: V= Violación del deber jurídico
penal

Con los elementos mencionados, se conforma el tipo penal de la siguiente manera:

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

b) El tipo de tipo es un concepto del derecho penal que corresponde a cada una de las estructuras derivadas del tipo, que deben de incluir todos los subconjuntos mencionados, aunque, por definición, dichos subconjuntos sean diferentes de uno a otro tipo de tipo, como pueden ser: la calidad en los sujetos, modalidades en el kernel, etc.

c) El tipo típico es la figura descrita por el legislador cuyas propiedades, tanto estructurales como funcionales, no son sino especificaciones de segundo nivel respecto de las propiedades genéricas del tipo

Ahora bien de los elementos descritos, algunos son sólo descriptivos, y otros son a la vez descriptivos y valorativos; los elementos puramente descriptivos constituyen el objeto sobre el cual recae la valoración dada típicamente por el legislador. Los valorativos contienen una valoración legal de ese objeto.

Los descriptivos u objetivos, son:

- a) El bien jurídico;
- b) El sujeto activo;
- c) El sujeto pasivo
- d) El objeto material
- e) El kernel. integrado por:
 - aa) La voluntad dolosa;
 - bb) La voluntad culposa;

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

- cc) La actividad o la inactividad;
- dd) El resultado material (por tanto, también, el nexo causal);
- ee) Las referencias temporales;
- ff) Las referencias espaciales;
- hh) Las referencias de ocasión;
- f) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Los valorativos o subjetivos, son:

- a) El deber jurídico penal;
- b) La violación del deber jurídico penal

La forma y la estructura de la teoría del tipo están dadas por las características constitutivas de la expresión humana, matizada por la valoración que realiza el legislador por medio de la norma jurídico penal.

1.9.1.8.1.4. TIPICIDAD Y CORPUS DELICTI. De acuerdo a cada una de las sistemáticas

SISTEMA CAUSALISTA

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal y este se entiende como la mera descripción de la parte objetiva de la acción. Esto es, a) acción como simple movimiento corporal que produce un cambio en el mundo externo; b) resultado material en su caso la puesta en peligro del bien jurídico protegido por el derecho penal. Y se va complementando con aquellos elementos que están unidos en la acción, como los son las modalidades de la conducta como son: medios de la comisión del delito, referencias de: tiempo, lugar y ocasión. Así como del objeto material, los elementos normativos y los subjetivos específicos

SISTEMA FINALISTA

La tipicidad es la realización o concretación de los elementos del tipo penal que incluye en una relación de un suceso relevante para el derecho penal, el resultado con las formas de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, así como también el dolo en los delitos dolosos y a la culpa en los delitos culposos.

SISTEMÁTICA LÓGICO-MATEMÁTICA DEL TIPO

En este caso la tipicidad será correspondiente biunívoca uno a uno entre los elementos del tipo penal y los contenidos del delito. Además de los elementos mencionados del tipo en esta sistemática.

TIPICIDAD Y CUERPO DEL DELITO

Se encuentra una posición definida en cuanto a la relación entre los conceptos del tipo penal y cuerpo del delito. Una, que considerando al cuerpo del delito como integrante de los elementos objetivos, materiales, contenidos en la definición legal de cada acto ilícito penal, son los que se hace necesario fijar cuáles son aquellos elementos. (Franco Sodi).

En el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que establece que el cuerpo del delito se entiende 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 de que la descripción típica lo requiera...". En este caso no queda agotado el análisis del concepto del cuerpo del delito en función del tipo pues faltan estudiar los elementos subjetivos del mismo y que son necesarios comprobarlos para acreditar el cuerpo del delito, es decir, que está constituido por todos los elementos del tipo y nada más por ellos.

En el caso de la sistemática causalista el cuerpo del delito tiene los siguientes elementos: conducta, resultado material o de puesta en peligro, los medios de ejecución, referencias de ocasión, las calidades y número de los sujetos y pasivo, los elementos normativos y los subjetivos. Para los finalistas, contiene los elementos anteriores, además el dolo o la culpa en el tipo. Y en el modelo lógico-matemático, el cuerpo del delito se integra por los elementos del tipo descritos en su sistemática, cuya diferencia con las otras sistemáticas es la inclusión del deber jurídico penal.

1.9.1.8.1.3 FUNCIÓN DOGMÁTICA DEL TIPO

La dogmática jurídica es la ciencia cuyo objeto es conocer el sistema de normas que existen en un ordenamiento jurídico de un Estado. Esta afirmación lleva a la necesidad de demostrar, en un primer momento, la naturaleza científica de la dogmática y, luego, el objeto de conocimiento de ésta, es decir, que se sostiene la idea que la reconstrucción del derecho vigente tiene una base científica que tiene la función de facilitar la interpretación de los preceptos dispositivos, la construcción de las instituciones jurídicas y su reducción a un sistema de normas jurídicas.⁴³²

Al estudiar la dogmática se aprecia la norma jurídica tal como es, es decir, se toma a manera de dogma, de allí su denominación; y, además para el estudio del Derecho Penal, se requiere la existencia de un ley y esta necesidad se deriva del principio de legalidad de los delitos vigente en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución General, además del artículo 7 del Código Penal Federal.

Es así que una acción o una omisión, para que se considere como delito, han de estar comprendidas en un tipo de lo injusto del Código Sustantivo Federal o de una ley especial. De acuerdo al artículo 7 del Código establece: "delito es el acto u omisión que sancionan

⁴³² La dogmática jurídica debe de servirse en su labor, de otras ciencias y disciplinas auxiliares para conocer integralmente el fenómeno de referencia y poder hablar, así, de una sola interpretación que debería ser la teleológica, que busca la voluntad de la ley creada por el legislador. Cfr MADRAZO, Carlos a, *La Reforma Penal*, Ed. Porrúa, 1989, p. 44 y ss.

las leyes penales...” pero una conducta típica puede no ser antijurídica si existe una causa que justifique la misma. La tipicidad o adecuación de la conducta humana a un tipo legal es un elemento esencial del delito, que tiene su diferencia netamente de la antijuridicidad, que se determina por la infracción de las normas en su conjunto pertenecientes en el ordenamiento jurídico general del Estado.

Aunque existen criterios en contra de esta idea, hay quien considera que la tipicidad es antijuridicidad material tipificada, tomando en cuenta que el tipo es un tipo del injusto y, por tal motivo, es el propio portador de la valoración Jurídico-penal en el ámbito de la delimitación entre derecho e injusto penal ⁴³³

En la dogmática jurídico-penal, sería la teoría de los elementos negativos del tipo donde quedan fusionadas éstos conceptos -la tipicidad y la antijuridicidad- por señalar que al tipo penal pertenecen no sólo las circunstancias que fundamentan lo injusto de una figura delictiva, sino además, como los elementos negativos, es decir, que exista una causa de exclusión de responsabilidad que determina la licitud o ilicitud de la conducta. ⁴³⁴

En favor de ésta teoría se afirma que no existe una diferencia material, sustancial, entre los elementos positivos, que fundamentan lo injusto de un comportamiento criminal y los elementos negativos que sirven de base a las causas de justificación. Estos elementos están reguladas en la Parte General del Código Penal Federal por razones de técnica legislativa y aunque sus requisitos podrían ser incluidos en las figuras delictivas de la Parte Especial del Código, pero este argumento no ha convencido porque de ser así bastaría con

⁴³³ Otro criterio es el considerar al tipo penal como el fundamento o la *ratio essendi* de la antijuridicidad porque el legislador refleja las formas del injusto que tiene relevancia por el derecho penal y en algunas ocasiones el fundamento de la antijuridicidad de la acción se encuentra en la misma ley, por no tratarse de comportamientos humanos que no estaban previamente prohibidos en otras materias del ordenamiento jurídico y al concurrir una causa de justificación, la conducta no se considera como antijurídica a pesar de su adecuación típica, por tal motivo, el tipo penal le pertenecen todos aquellos elementos que le da fundamento al injusto de un comportamiento criminal. Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, parte general II, Teoría jurídica del delito, 5ª ed., Madrid, De. Tecnos, p. 79

⁴³⁴ Los autores que sostienen la teoría de los elementos negativos del tipo distinguen junto al tipo de lo injusto, un *tipo de garantía* o un *tipo de delito*, que comprende todas aquellas circunstancias a las que hace referencia el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Cfr. *Ibidem*, p. 80

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

que concurriese un solo requisito de una causa de justificación para que la conducta dejara de ser típica.

Lo anterior, es porque en un tipo de la causa que excluye la responsabilidad de carácter independiente se trata de un tipo *permisivo*, mientras que los elementos positivos que fundamentan lo injusto de un comportamiento humano considerada como delito integra el tipo de una norma de cultura de: un *mandato* o una *prohibición* de carácter general. Otra diferencia sustancial, material, es en relación con el dolo, ya que en la teoría de los elementos negativos del tipo, para que se lleve el dolo, el agente ha de actuar con conciencia y voluntad actuales de que concurren los elementos que fundamentan el injusto de la conducta. La teoría de los elementos negativos del tipo ejerce una gran influencia en las consideraciones sobre la distinción y tratamiento del error sobre un elemento del tipo penal y el error de prohibición.

Esta equiparación entre el error sobre las circunstancias que sirven para una causa de justificación y el error sobre la antijuridicidad no es tan aceptada por algunos doctrinarios, pues en el primer caso la idea que tiene el agente sobre lo lícito y lo ilícito coincide con lo que establece el derecho. Es así el caso de cuando el autor de una conducta cree que concurren realmente las circunstancias necesarias que sirven de base a una causa de justificación, tal es el caso de la legítima defensa en el delito de homicidio, la conducta sería lícita. Se trataría de un error sobre los elementos negativos del tipo penal que excluye el dolo y puede dar lugar, si es vencible, una responsabilidad por imprudencia (delito culposos).

Lo que antecede, se corrobora dentro de nuestro sistema jurídico-penal en el contenido de los artículos 15 y 66 del Código Penal Federal que establecen lo siguiente:

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

I. ...

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, o
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.”

“Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trate admite forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha infracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.”

Pero el argumento no siempre es exacto, pues, por ejemplo, como sea señalado en el caso de la legítima defensa, si el agredido cree equivocadamente que la agresión de que es víctima es ilegítima, si la idea de lo lícito o de lo ilícito no coincide con la del ordenamiento jurídico. Por otra parte, no parece que el caso anterior sea justa la equiparación del error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación y del error sobre un elemento (positivo) del tipo. Si el autor actúa con conciencia y voluntad de la realización de los elementos que fundamentan lo injusto de una conducta delictiva, esto debe servirle de estímulo para cerciorarse de la concurrencia real de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación.⁴³⁵

⁴³⁵ En favor de la teoría de los elementos negativos del tipo, se ha aducido también la moderna evolución de la teoría de lo injusto con base en la doctrina de la acción finalista, que distingue un desvalor de la acción y un desvalor del resultado. En los delitos dolosos el desvalor de la acción estaría integrado fundamental por el dolo (conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo). Si el sujeto cree erróneamente que concurren las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación debería quedar excluido el dolo, es decir, el desvalor de la acción. Esta tesis sólo sería admisible, sin embargo, si se considera que el dolo comprende, no la conciencia de la antijuridicidad de la conducta (de su contradicción con el ordenamiento jurídico), pero sí la conciencia de su desvalor ético-social o de lo injusto material. Esto llevaría, sin embargo, a negar el dolo siempre que el sujeto no tuviera conciencia de lo injusto material (es lo que llama Weizel como injusto personal) y sólo podría incurrir en responsabilidad a título de imprudencia. La conciencia de lo injusto material puede faltar en aquel caso en que se trate de conductas irrelevantes desde el

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Conforme a lo anterior y resumiendo se puede afirmar que en todos los tipos penales en su contenido, existen elementos objetivos, así como elementos subjetivos, sean estos de acción o de omisión, consumados o tentados, dolosos o culposos; que hay que considerar en los primeros elementos señalados: la actividad de la voluntad, el resultado, el nexo causal, el objeto de la acción, el bien jurídico, especiales medios o formas de realización, modalidades de lugar, de tiempo o de ocasión; en relación con los sujetos habrá que considerar el número y la calidad de los mismos. Por lo que hace a los elementos subjetivos, y de acuerdo con la concepción moderna, en la estructura del tipo debe analizarse: el dolo, la culpa y los especiales elementos subjetivos en el autor. El dolo es el principal elemento subjetivo de los tipos dolosos y la culpa de los tipos culposos. En algunos casos en los delitos dolosos, a su vez, requieren también otros elementos subjetivos diferentes al dolo, como son: intenciones, propósitos, deseos, entre otros.⁴³⁶

De acuerdo a la dogmática de la legislación mexicana, encontramos en el artículo 7 del Código Penal Federal que el delito es: *Instantáneo, permanente y continuado*. Una clasificación secundaria de delitos que se deriva de la consideración de la forma en que se encuentran redactados los tipos penales, de donde se desprende simplemente que el legislador en unos casos incriminan la conducta, en la medida en que materialmente lesiona o pone en peligro al bien jurídico, es decir delitos de resultado material y delitos de mera conducta.⁴³⁷

De acuerdo a la dogmática de la legislación mexicana, encontramos en el artículo 7 del Código Penal Federal que el delito es: *Instantáneo, permanente y continuado*. Una clasificación secundaria de delitos que se deriva de la consideración de la forma en que se encuentran redactados los tipos penales, de donde se desprende simplemente que el

punto de vista de la ética social, o de una relevancia escasa, pero que suponen una grave infracción del orden político o económico de la sociedad. Cfr. CERESO MIR, José. Op. Cit., supra nota 432, p. 82

⁴³⁶ Cfr. MADRAZO, Carlos A. Op. Cit., supra nota 431, p. 98

⁴³⁷ Por lo que hace al aspecto dogmático, esta distinción tiene algunas implicaciones en relación al problema de la causalidad, al de la tentativa y al de la autoría y participación criminal, entre otros.

legislador en unos casos incriminan la conducta, en la medida en que materialmente lesiona o pone en peligro al bien jurídico, es decir delitos de *resultado material* y delitos de *mera conducta*.

1.9.1.8.1.6 FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DEL TIPO

Partiendo de la idea que el derecho tiene una naturaleza de orden triple: *normativo, ético y social*. Donde la moral y el derecho son dos regulaciones que se dirigen siempre en relación de la conducta humana, siendo ésta un acto del Estado que es considerada, reflejada, y además, calificada como tal por una norma jurídica dentro de un ordenamiento jurídico observado como justo en su concepción ética de una sociedad determinada.⁴³⁸

Es así, que la Ética tiene en su contexto los problemas fundamentales del comportamiento práctico, es de esta manera, que habrá de ocuparse no sólo de la moral, sino también del derecho. Pero lo que ocurre es que, aún siendo éticos los valores hacia los que apunta el derecho y de los cuales debe éste inspirarse, tales valores orientadores de lo jurídico, son diversos de los valores pura y estrictamente morales.

Por lo tanto, se puede afirmar que la ley penal y la norma moral son similares, es decir, corren de manera paralela, aunque la esencia del auténtico derecho penal criminal concuerda con los diez mandamientos. Es un hecho que no se discute que las normas el derecho penal no deben de infringir normas morales, porque de ser así, existiría una sociedad que para su convivencia ha establecido tipos penales en función de normas de cultura contrarias a la ley moral, no sería ésta, una comunidad socio-jurídica, sino una

⁴³⁸ Para mayor conocimiento consúltese a LAVEAGA, Gerardo. *La Cultura de la Legalidad*, Ed. U.N.A.M-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, 1a reimpresión, México, p 26 y ss. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 3a ed., Ed. Porrúa, 1965, México, p. 171 y ss. Es así, que "los elementos sociales determinan el "orden normativo" a través del lenguaje y condicionan el "orden ético", de acuerdo con los valores que promueve cada comunidad. Estos elementos sociales son los que delimitan el "ars boni et aequi" que defendía Celso y el "conjunto de normas jurídicas" que prefería Kelsen." Cfr. LAVEAGA, Gerardo. Op. Cit., supra nota 438, p.29. Hay autores que no se explica el concepto del derecho sin la sociedad y la cultura. "Ha sido preciso mucho tiempo para que el convencimiento de que el Derecho es

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

cuadrilla de ladrones. Quien en un núcleo social ordena la muerte de personas determinadas, no fija un derecho, sino que comete una injusticia y una desvalorización ético-histórico-social, por lo que no puede existir un orden socialmente correcto y moralmente reprochable.⁴³⁹

De tal manera, la ciencia jurídica y la concepción general del hombre y de la sociedad se hallan estrechamente unidas, aún, cuando en sus respectivas concepciones sean profundamente diversas, en ambas situaciones nos encontramos en presencia de una ideología de la defensa social como nudo teórico y político fundamental del sistema científico.⁴⁴⁰

un producto de la cultura se convirtiese en una trivialidad para la Filosofía del Derecho." MAYER, Max Ernst, Cit. Pos., CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Op. Cit., supra 52, P. 26

⁴³⁹ Esto lo demuestra la historia de los derechos penales arcaicos y la comparación con el derecho penal de las castas primitivas, la norma penal y la norma moral-religiosa, originalmente no existía diferencia alguna, es decir, se imponían preceptos divinos, morales y penales. Cfr. BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1981, p. 2 y ss. Esto porque en la antigüedad, estaba por encima de la normatividad del Estado se hallaba la ley dada por Dios. El origen de este pensamiento se reflejaba en ciertas expresiones <<sacras>> de la lengua latina: *scelus, nefas, probrum, flagitium, peccatum, maleficium y facinus*; Quien cometía un delito se hacía merecedor no sólo de una pena, sino también reo de un pecado, al cual remite el juez todavía hoy en los países anglosajones, se exige el juramento: debido a que para muchos el pecado produce consecuencias que superan a las puramente delictivas. Esta idea antigua se refería a la entrega del reo a una divinidad, la *sacratio*. Cfr. HENTIG, Hans von, *El Delito*, T-I, Madrid, De. Espasa-Calpe S.A., 1971, p.43

⁴⁴⁰ La ideología de la defensa social nació junto al nacimiento de la revolución burguesa, y mientras la ciencia y la codificación jurídico-penal se imponían como elemento esencial del sistema jurídico burgués, ella tomaba el predominio ideológico del sector penal. Cfr. BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Tr. Alvaro Búnster, 6a de.. México, Ed. Siglo XXI, 2000, p. 35. porque partiendo de la conciencia real del individuo que forma parte de una sociedad, es la *relación determinada del yo, con un objeto* en un conocimiento aparente de los entes que constituyen el universo y es que el hombre como un ser bio-psico-social e histórico, que al estar en contacto con su medio y con la interacción con otros hombres, se lleva a cabo una estructura en función de una relación entre sujeto-objeto, que la lleva a una certeza sensible individual constituyendo con ello una *conciencia de lo real particular*, pero implicando para el sujeto su realidad como totalidad dentro de un grupo de hombres donde haya solidaridad y no dominación, las ideas que coinciden respecto de aquella conciencia adquiere la categoría de verdades que se institucionalizan y se hacen obligatorias para todos los miembros de la sociedad. Pero cuando no existe coincidencia entre la conciencia individual de algunos hombres, surge la intervención de *poder*, éste visto como la fuerza de la voluntad de un sujeto particular o colectivo capaz de imponer su decisión a otros mediante la amenaza a bienes comunes o privados si no se someten a ella, es así que en las sociedades de organización vertical el poder es anterior y superior al conocimiento, a la realidad y a las normas que conforman el orden jurídico que se transmiten de generación a generación como resultado de la experiencia histórico-social y que se convierte en un orden social establecido. Es por ello, que en los grupos humanos, la norma no tiene un origen social sino particular, y en el mejor de los casos es producto de una mayoría y nunca de la totalidad social, por ello, al seleccionarse las reglas de inclusión, se genera una violencia, contra aquellas personas no susceptibles de ser incluidos y para quienes no existe otra alternativa de comportamiento, bajo esta idea las normas se crean

Pero la conciencia del hombre como un ser bio-psíco-social e histórico esta en contacto en su ámbito y con los hombres en una interacción, en esta relación, se estructura su relación en sujeto-objeto que lo lleva a una certeza sensitiva individual constituyendo con ello su conciencia de lo real particular

La actitud del Estado frente al delito, debe ser valorativa, es decir, debe adoptar una postura político criminal frente al hecho ilícito. Para ello, el legislador debe tomar en cuenta el marco cultural general y las condiciones socio-políticas en que se encuentra el sustento de la sociedad. En este aspecto ha de remarcarse la necesidad de aclarar el concepto de delito con relación al orden social de referencia, para poder hacer la valoración por el orden legislativo, y determinar cuál es la norma adecuada para la sociedad.⁴⁴¹

Esta actitud o necesidad valorativa del legislador, se desprende del requerimiento, como requisito primario, de considerar la importancia de los valores ético-sociales que deben ser salvaguardados, así como la protección que deba dársele por convenir a los intereses generales y fundamentales de la colectividad. El mantenimiento de los valores y la supervivencia de la sociedad es el objeto central del orden jurídico; éste sería la motivación criminal que obligaría al órgano legislativo a calificar como delictivas ciertas conductas que atente contra ellos, pero moviéndose dentro del marco que establece la norma suprema constitucional, aunque debe admitirse la existencia de cierta potestad legislativa dentro de ese marco jurídico creado por la constitución.

Haciendo a un lado los aspectos ideológicos comentados, se debe de tomar en consideración otros elementos que aconsejan un nuevo enfoque de la legislación penal,

para reprimir a los no conformes, a los que quedan excluidos; por tal motivo, la inclusión normativa provoca una agresión de una voluntad de decisión imperativa que se considera como única razón, creando un mundo que fuera de él sólo es exclusión, persecución y represión. Para mayor conocimiento Cfr. a SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Construcción "particular" de la Realidad: de la premodernidad a la posmodernidad*. GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, *La Teoría de Sistemas y la Seguridad Pública*. Ambos trabajos publicados en la Revista Iter Criminis, publicada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, Núm. 1. México, 1998, 235 pp.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

tanto por lo que respecta a la política criminal como a la dogmática. Existen cifras que son manejadas por instituciones de análisis científico, que demostraban un incremento en la delincuencia, ponían, y ponen, en duda, la eficacia de las penas, cuestionando seriamente la legislación de manera total, y desde luego, su contenido. La aparición de nuevas formas delictivas, presentaba otro aspecto imposible de dejar de considerar, que agravaba el cuadro de ineficacia del Código Penal Federal, tal es el caso de la organización criminal acusándose la impresión de que el ordenamiento, a medida que transcurrían los años, iba perdiendo actualidad y vigencia, apartándose de una realidad a la que debería regir, siendo de esta manera, motivo, para que se promulga Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Ahora bien, dentro de la actividad del legislador por promulgar leyes penales, encontramos delitos que según el grado de realización de los elementos constitutivos del tipo penal, se distingue entre delito consumado y delito tentado. Esta clasificación se deriva tanto de la consideración de las disposiciones contenidas en la Parte General como de las que se encuentran en la Parte Especial de dicho Código.

Por un lado, del análisis del lenguaje que utiliza el legislador en cada uno de los tipos penales de la Parte Especial, se desprende que, en principio, éstos se refieren al delito consumado; la punibilidad prevista para cada uno de ellos corresponde en principio al hecho consumado. Pero la consideración de disposiciones de la Parte General, se desprende que dicha punibilidad prevista para el delito consumado también se hace extensiva a los casos en que llega a la consumación, pero se ha llegado a un desarrollo de la actividad en que ya se pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma; tal es el caso de la tentativa, cuya regulación la contiene el artículo 12 del Código Penal Federal.

La razón político-criminal de esta distinción, parte de la idea que el legislador considera que es punible tanto la consumación como la tentativa, partiendo de la base de que el derecho penal tienen la función de proteger bienes jurídicos de fundamental

⁴⁴¹ Cfr. MADRAZO, Carlos A., Op. Cit., supra nota 431, p. 81

importancia para la sociedad. Al darse origen a los tipos penales, en donde se describe la materia de la prohibición o del mandato, se señalan también las correspondientes sanciones; éstas se establecen, en principio, para los casos en que dichas conductas lesionan el bien jurídico considerado en cada uno de los tipos.

Sin embargo, se plantea la cuestión de si todas aquellas conductas que están encaminadas a la producción de la lesión del bien jurídico y que, por alguna razón, no llega a la consumación, deben quedar impunes. Al respecto se ha considerado que las normas penales no sólo protegen a los bienes jurídicos contra las conductas que los lesionan, sino también contra aquellos que los pone en peligro, pues sólo así el derecho penal puede ser un instrumento adecuado para la convivencia social.

1.9.1.9 ANTIJURIDICIDAD⁴⁴²

El delito entendido como un disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que ésta, como se dijo anteriormente, ni manda ni prohíbe ya que en el Código Penal Federal no encontramos preceptos y sanciones; no órdenes ni prohibiciones. En el caso del artículo 302 del ordenamiento mencionado, no prohíbe ni ordena un comportamiento humano determinado, sino la conducta causal de un homicidio infringe la norma de cultura “no matarás”; y esto es lo que hace posible la antijuridicidad.

Se entiende, entonces, que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas en una sociedad se le denomina también con el vocablo de “ilicitud”, que

⁴⁴² La raíz antijuridicidad, proviene del vocablo *juridicus-a-um*, que a su vez viene de *jus, dico*, o sea, digo o declaro el derecho; esto es jurídico, lo que es según las leyes o la justicia al decir de Plinio el viejo. Es lo concierne al ejercicio de la justicia; así tenemos *juridicus dies* que es el día de audiencia *juridicus conventus* que son las audiencias, tribunales de justicia. Se deriva pues de un adjetivo latino, terminando en el sentido de que antijuridicidad, es la palabra que suprime la sílaba *di* y que como tal, no figura en ningún diccionario de la lengua latina, siendo de conformidad con lo antes expuesto, la palabra correcta es: *antijuridicidad*. Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino Op. Cit., supra nota 65, p. 373. porque el sustantivo debe ser “antijuridicidad” y no “antijuricidad”, habida cuenta que hablamos de lo “antijurídico” y no de lo “antijurico”,

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

comprende el ámbito de la ética; "ilegalidad", término que tiene una restricta referencia a la ley; "entuerto", expresión puesta en circulación por los tratadistas italianos y que en español constituye una voz anticuada; e "injusto", preferida por los autores alemanes para significar lo contrario al derecho, equivalente a lo antijurídico.⁴⁴³

En nuestro derecho penal, la antijuridicidad se presupone por el sólo hecho de tipificarlas y de sancionarlas; así, toda acción típica y punible, según el artículo 7 del Código Penal Federal, es antijurídica; y no será antijurídica una acción que por ella no esté tipificada y sancionada. Esto mismo se consagra en nuestra Constitución Federal al prescribir en el artículo 14: que nadie podrá ser privado de sus derechos, si no es por la ley expedida con anterioridad al hecho y exactamente aplicable al delito de que se trata, por lo tanto, no puede imponerse pena alguna.

De esta manera, los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal Federal y en las Leyes Especiales constituyen lo antijurídico penal, una conducta típica también es, por regla general, antijurídica, es decir, que la realización del tipo penal es un indicio de la antijuridicidad, ya que antes de afirmar la existencia de la antijuridicidad debe examinarse si la conducta del autor no puede justificarse recurriendo a las normas especiales de excepción como lo son las causas de exclusión del delito.

La idea que antecede, procede según el principio de la regla-excepción, en otras palabras, establece un ordenamiento jurídico siempre en forma generalizadora normas y contra normas, de cuyo concurso se deduce el verdadero sentido del precepto de la conducta.⁴⁴⁴

esta estructura varía según el concepto que se tenga o que se admita. Cfr. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, Op. Cit., supra nota 52, p. 23

⁴⁴³ Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Tomo I 7a. de., De. Antigua Librería Robredo, México 1965, p. 213

⁴⁴⁴ Cfr. BAUMANN, Jürgen, Op. Cit., supra nota 439, p. 156 y s. Porte Petit, considera que la aspiración que se debe de tener, es la de lograr un concepto de la antijuridicidad en forma positiva y terminar por tanto, con

El tipo penal se convierte así, en un separador de conductas penalmente relevantes de las que no lo son y después son objeto de examen penal para estudiar la antijuridicidad de las mismas. Pero el principio de regla-excepción como un ente abstracto y también numérico en muchos tipos penales se presenta y en otros no; es una relación complementaria entre el tipo-típico y la norma de exclusión de lo antijurídico.

Es así, que las normas jurídicas conforman un orden jurídico que se integra también con las normas permisivas y las prohibitivas, por lo tanto la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo un orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por una norma permisiva.

En relación con la antijuridicidad, existen varias tesis que determina que ésta es:

- a) La que afirma que constituye un carácter del delito.
- b) La que sostiene que es un elemento del delito.
- c) Que constituye un aspecto del delito, y
- d) Que es el delito en sí.

En el presente trabajo, se adopta la tesis que considera que la antijuridicidad es un elemento que integra al delito.⁴⁴⁵

Se habla de una antijuridicidad objetiva y de una antijuridicidad subjetiva. El criterio que la considera como *objetividad*, afirma que la antijuridicidad recae sobre la conducta o hecho, con relación al orden social jurídico por ligar el acto con el Estado, no siendo importante el dolo, sino el deber jurídico de no violar las normas de cultura expresadas de una manera tácita en el tipo penal, porque éstas se conciben como una

el procedimiento de "excepción-regla". Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 377

⁴⁴⁵ Para el conocimiento de la otras tesis. Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 374 y ss.

ordenación objetiva de vida y el injusto, como consecuencia de la lesión de dicho ordenamiento en su manifestación de *normas objetivas de valoración*.⁴⁴⁶

El criterio de la *subjetividad* de la antijuridicidad, parte de la idea de encontrar la esencia de lo antijurídico en una especie de contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma de cultura. Por estar presentado por los imperativistas como voluntad que se impone a la voluntad del sujeto, motivada de una manera que el sujeto debe de acatar lo mismo que la violación que son necesariamente procesos de voluntad de donde resulta que la acción, para ser ilícita, debe de provenir de un sujeto imputable y por ello culpable.⁴⁴⁷

Se le debe a Franz von Liszt el estudio y desarrollo de una estructura *dualista* de la antijuridicidad en una visión *objetiva*, en la cual, establece la *formal* y la *material*.

1.9.1.9.1 Antijuridicidad formal.

Al considerar que el comportamiento humano es antijurídico por contravenir la norma de cultura y de adecuarse a la descripción del tipo penal, contrariando el mandato o a la prohibición de una manera formal⁴⁴⁸.

1.9.1.9.2 Antijuridicidad material.

El comportamiento humano debe de considerarse substancialmente antijurídico, cuando lesiona intereses sociales tutelados para dicha norma de cultura, en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por el derecho penal, es decir, la antijuridicidad material es considerada como dañoso que no puede ser relevada sino

⁴⁴⁶ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 296

⁴⁴⁷ Esta referencia entre el autor de la conducta y la norma de cultura -estiman algunos autores- es materia de estudio en el elemento del delito de la culpabilidad. Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 298 y s.

⁴⁴⁸ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. Cit., supra nota 65, p. 376

pasando previamente por la antijuridicidad formal o legal porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho.⁴⁴⁹

Por lo tanto, es tarea importante del penalista tener en cuenta un conocimiento general del conjunto de las normas jurídicas y de las contra normas (permisivas) distribuidas en todos los ámbitos del derecho; porque esta visión permite observar el alcance total de la protección del derecho penal. El penalista, ante esta situación, enfrenta una serie de dificultades y problemas de coordinación, ya que el legislador elabora las leyes o normas jurídicas en una manera rápida y en el mayor de los casos incompleta, surgiendo así, vacíos y contradicciones en su contenido en relación con otras normas jurídicas. En esta medida es tarea del jurista crear, de la multiplicidad de las leyes y reglamentaciones legales, el edificio del derecho de por sí cerrado y no contradictorio, recurriendo a la sistematización, a la interpretación rectificadora y al complemento⁴⁵⁰

1.9.1.10 IMPUTABILIDAD

Este elemento, se le ha denominado como un *presupuesto general del delito*, o bien como *presupuesto de la culpabilidad*, en el presente estudio lo trataremos como elemento integral del delito porque para que una acción sea inculpinable, además de ser antijurídica y típica ha de ser culpable. Por lo tanto, sólo puede ser culpable el agente que sea imputable. Considerando que imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien; y para el derecho penal sólo es alguien aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad bajo dos principios: del libre albedrío y de la responsabilidad moral por mantener, por considerar que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de tal suerte que ésta no puede existir sin aquella.

⁴⁴⁹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS. Francisco. Op. Cit., supra nota 45. p. 301 y ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Op. Cit., supra nota 48, p. 512

⁴⁵⁰ La antijuridicidad de la conducta del agente no debe sólo recurrirse únicamente a las normas jurídicas de todos los ámbitos del derecho, sino además debe ser del total orden jurídico. De esta manera, que la causa de justificación de una conducta también puede deducirse del derecho consuetudinario y, si admitimos un derecho superpositivo, de principios generales del derecho natural. Así, la causa de justificación del "estado

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

La imputabilidad tiene su base en el concurso de la inteligencia y de la libre voluntad humana, así, cuando en una consecuencia, donde faltara el libre albedrío o libertad de elección, no habría aplicación de penal alguna.⁴⁵¹

Es de esta manera, que la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, capacidad de autor que se integra de dos momentos del agente:

- a) de comprender la ilicitud del hecho, y
- b) de determinar la voluntad conforme a esta comprensión.

Por lo tanto, la capacidad de culpabilidad tiene un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo) y que la conjunción de ambos momentos constituyen ésta, cuando a causa de falta de madurez de un joven (menor de 18 años) o a consecuencia de estado mentales anormales no se da aunque sea sólo uno de estos momentos, el autor no tiene la capacidad de culpabilidad.⁴⁵²

Es así, que la capacidad de la culpabilidad presupone un determinado desarrollo de la madurez del hombre y resulta disminuida o excluida en ciertos casos de estados mentales anormales, en otras palabras existen grados de capacidad⁴⁵³ de un reproche penal, como lo son:

de necesidad suprallegal" de la fracción V del artículo 15 del Código Penal Federal. Cfr. BAUMANN, Jürgen, Op. Cit., supra nota 439, p. 171

⁴⁵¹ Esta concepción sobre la imputabilidad es negada por las escuelas deterministas con el fundamento es que el querer es el motor de la conducta, a su vez está determinado por otros motivos de la naturaleza, sociales e individuales. En consecuencia, la imputabilidad tiene su base en la determinabilidad normal o facultad normal de determinarse ante el motivo. Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Op. Cit., supra nota 443, p. 227 y s. Con relación al libre albedrío se encuentran tres aspectos diferentes: 1) *antropológico*; 2) *caracterológico*; 3) *categorial*. Sobre estos aspectos Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 170 y ss.

⁴⁵² Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 182

⁴⁵³ Sobre los grados de la capacidad de la culpabilidad. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 183. No confundirlos con los grados de culpabilidad: *dolo* y *culpa*; a que refiere Carrancá. Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Op. Cit., supra nota 443, p. 237

a) *El incapaz de culpabilidad* es el niño hasta los 11 años a causa de inmadurez mental y social regulada por la ley.

b) *Capacidad eventual de culpabilidad* tiene al joven de 11 años cumplidos hasta los 18 años cumplidos; capacidad de culpabilidad depende de su grado de madurez y ha de constatarse frente a cada caso en particular. Si es capaz de culpabilidad, se le hace responsable en conformidad a su minoridad de edad, es decir, se la sanciona con una medida de orientación⁴⁵⁴ o una medida de protección⁴⁵⁵ en el caso de menores infractores

c) *Capaz eventual de culpabilidad* es el sordo mudo que a causa de su incapacidad es retardo mental. También en este caso tiene lugar la comprobación en el caso en particular; si la capacidad de culpabilidad está disminuida, entonces procede atenuación de la penal.⁴⁵⁶

d) *En principio, son plenamente capaces de culpabilidad de las personas mayores de 18 años.* En relación con ellas la capacidad de culpabilidad sólo será comprobada cuando surjan dudas.

1.9.1.11 CULPABILIDAD

Como se ha señalado anteriormente, el hombre como ser determinado a la propia responsabilidad, tiene la capacidad de autodeterminarse conforme al sentido y además con la comprensión de la estructura categorial de esta forma de determinación se ha dado

⁴⁵⁴ Estas medidas de orientación están establecidas en el artículo 97 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal

⁴⁵⁵ Las medidas de protección están reguladas en el artículo 103 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal

⁴⁵⁶ Tal es el caso del artículo 69 bis en relación con la fracción VII del artículo 15, ambos del Código Penal Federal

ciertamente una determinación general de la propia naturaleza del hombre y de su libertad.⁴⁵⁷

El fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en que determinada conducta es producida, es decir, una vez que existe la adecuación típica y las condiciones que demuestren que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por el agente y por lo tanto, amerita un juicio de reproche.

El reproche de culpabilidad de la conducta del agente presupone que éste habría podido motivarse de acuerdo a la norma de cultura, estructurando su voluntad en base a dicha norma. este reproche tiene dos premisas:

a) Que el agente es capaz, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, el motivarse de acuerdo a lo que establece la norma de cultura (presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad)

b) Que el agente este en una situación de motivarse de acuerdo a la norma de cultura en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo prohibido u ordenado por la ley penal).⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Hay quien afirma que una constatación de que el hombre posee realmente, en la situación concreta, capacidad de autodeterminación conforme a sentido, no es un juicio categorial general, sino un juicio existencial del hombre basándose en una afirmación sobre la realidad individual. Cfr. WELZEL, Hans, Op. cit., supra nota 124, p. 181

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 169 y s. Un ejemplo de ello, sería si A, que tiene 11 años, es persona inestable y voluble. Sus padres son bebedores. Nunca ha disfrutado de una educación sensata. A se suma a una banda de jóvenes que roban automóviles. Ante el consejero de menores (juez en materia del menor infractor), A declara que es determinista y que robó movido por impulsos irrefrenables. Aquí se debe de examinar en primer término si A es imputable. Esto podría ser un problema en razón de su edad y también por la estructura psíquicamente anormal que presenta. Si falta el presupuesto de la imputabilidad, el examen penal termina y no existe un hecho punible. En cambio, si está comprobada la imputabilidad de A. Se examina si ha cometido el robo con dolo. Si el dolo falta, no existe un hecho punible por falta de culpabilidad, si hay dolo, también se da, en general, la culpabilidad. También aquí, la ley sigue el principio de la regla y excepción en relación de sí existe

Es por tal motivo, que la culpabilidad, en un sentido amplio, es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica y en un sentido estricto, la culpabilidad es reprochabilidad, calidad necesaria específica de desvalor que convierte el comportamiento humano voluntario en un acto culpable.⁴⁵⁹

En el ámbito penal y con la finalidad de estructurar un concepto de la culpabilidad, la doctrina se debate, en dos posiciones: la *psicológica* y la *normativa*.

a) *Teoría psicológica* que considera a la culpabilidad que es la posición subjetiva del agente frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa, a partir de un nexo psíquico entre el agente y el acto exterior desarrollado en un ámbito psicológico frente a él.⁴⁶⁰

b) *Teoría normativa* presupone la existencia de un comportamiento humano adecuada a la descripción de un tipo penal y considerada como antijurídica por no existir una causa de justificación. Dicho comportamiento es culpable porque el agente no omitió su actuar antijurídico, a pesar de haber tenido la posibilidad, en consecuencia será reprochable su acto por el derecho penal.⁴⁶¹

En la evolución de la *Teoría Normativa* de la culpabilidad, distingue, dentro del concepto, elementos que integran a la culpabilidad, que son los siguientes:⁴⁶²

una causa de justificación. Este ejemplo fue adecuado a nuestra legislación y tomado de Baumann. Cfr. su obra. supra nota 439, p. 205 y 208.

⁴⁵⁹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 361

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 364

⁴⁶¹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 365

⁴⁶² Sobre estos elementos. Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., supra nota 45, p. 369. También llamados como grados de la culpabilidad, atendiendo a la causalidad psíquica del resultado y al juicio de valor que se traduce en un reproche que se puede presentar en dos grados diversos: dolo y culpa. Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit., supra nota 443, p. 237. Baumann los denomina en otras palabras los mismos elementos-, como el *dolo* o la *culpa* y el de *reprochabilidad*. Presupuesto -u otro elemento- de la culpabilidad es la capacidad de la culpabilidad (imputabilidad) que es donde comienza el examen corriente de la culpabilidad y después los otros elementos. Cfr. BAUMANN, Jürgen. Op. Cit., supra nota 439, p. 207 y ss.

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

I.- La *imputabilidad* del agente.

II.- Las *formas de culpabilidad*, en su modalidad de dolo o culpa.

III.- La *ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad*.

Pero hay que diferenciar claramente el juicio simplemente valorativo de culpabilidad y la culpabilidad.

Como juicio de culpabilidad es una valoración de la conducta del autor confrontando la relación existente entre el autor y el hecho cometido por él con las exigencias de las normas jurídicas, es decir, se estudia si el agente estaba en condiciones, por las circunstancias personales, aptitud, situación económica, etc., de comportarse en una forma adecuada con el orden jurídico total. Si el agente debía determinarse observando las normas del derecho, ha actuado culpablemente. En cambio, si no tuvo esa oportunidad porque le faltó, la capacidad de comprensión o porque habría sido humanamente excesivo exigirle que se comportara de otro modo.⁴⁶³

En cambio, la culpabilidad valora la relación existente entre el agente y el resultado que ha cometido, la que no debe entenderse como una simple relación psicológica y tampoco como una simple relación de conocimiento. También pertenece a la culpabilidad la capacidad del agente para tener y realizar una relación ante su resultado y al orden jurídico total. De esta manera, el agente tendrá oportunidad de ajustar de una manera especial su comportamiento a los preceptos del orden jurídico total y podrá reconocer lo que debe hacer y determinar su acción de acuerdo con este reconocimiento.⁴⁶⁴

De tal manera, el comportamiento humano -acción u omisión- ha de contener uno u otra para hacer un juicio de reproche de culpabilidad para constituir delito. La posibilidad de incriminación dentro de nuestra legislación jurídico-penal, se considera en dos especies de la culpabilidad al establecer en su artículo 8 del Código Penal Federal: "Las acciones u

⁴⁶³ Cfr. BAUMANN, Jügen. Op. Cit., supra nota 439, p.212

⁴⁶⁴ Ibidem. p. 313

omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.” Por lo tanto, una acción u omisión pueden ser realizadas de una manera de *dolo* o *culpa*.

1.9.1.11.1 Culpabilidad por dolo y dolo como elemento de la culpabilidad⁴⁶⁵

El concepto de dolo⁴⁶⁶ se emplea con frecuencia para designar la *culpabilidad por dolo* en una forma normal de la culpabilidad, donde la pena señalada en cada tipo de la Parte Especial del Código Penal, sólo se aplica para hechos dolosos. Si también ha de ser punible una comisión culposa del hecho, es necesario que sea contemplado por un tipo especial u otra indicación especial, porque el fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en que determinada conducta es producida, existiendo una adecuación al tipo penal con las condiciones que demuestren que el resultado mismo es atribuible al sujeto, fue querido por éste y amerita un juicio de reproche.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Sobre este tema. Cfr. BAUMANN, Jürgen, Op. Cit., supra nota 439, p.232 y ss. Esta distinción, parte de la idea sustentada en la colocación del dolo, por un lado, en la conducta descrita en el tipo penal y por otro, a un nivel de concretización, se encuentra situado en la conducta típica, integrante del delito, es decir, que en uno se encuentra en el mundo normativo y en el otro en el mundo fáctico. Esto lleva, que el dolo se encuentra en el tipo penal y en el delito; el primero, de una manera específica de la conducta general y abstracta descrita normativamente y en el segundo como particular y concreta realizada en el mundo fenoménico. ISLAS OLGA, Cit. Pos., Enrique Díaz-Aranda, *Dolo*, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México, 3a edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 63

⁴⁶⁶ Respecto a la concepción del dolo, los criminalistas lo retoman en dos ámbitos. Unos (criminalistas antiguos) lo ven en la *intención*: otros (criminalistas modernos) en la *conciencia*, donde ésta última prevaleció. La conciencia en los hechos culpables esta constituida por la *previsión* de los efectos que derivaron de los actos ejecutados, y por el *conocimiento* de que estos efectos violaban la ley. Esta concepción fue criticada porque al considerar al dolo como una conciencia, se define el predicado en vez de definir el sujeto. La verdadera esencia del dolo esta en la voluntad por ser -según Carrara- “la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley”. Cfr. CARRARA, Francisco, Op. Cit., supra nota 43 ter. p. 107 y ss.

⁴⁶⁷ -La concepción psicológica de la culpabilidad identificaba el dolo con la culpabilidad y que en la actualidad se sigue empleando con frecuencia el concepto de dolo para designar la culpabilidad por dolo. Ibidem, p. 232 y s. El dolo en el sistema clásico del delito y de acuerdo a la división entre los elementos objetivos y elementos subjetivos del delito, el concepto de la acción debía construirse con datos objetivos verificándose a través del concepto-lógico causal de la *conditio sine qua non*, es decir, el acto de voluntad es causal respecto de lo causado; y los elementos subjetivos serían analizados en la culpabilidad determinando si el comportamiento humano del agente fue dolosa o culposamente culpable, es así, que la corriente naturalística condujo al desarrollo del concepto psicológico de culpabilidad. En el sistema neoclásico del delito surgió para superar las críticas realizadas al sistema clásico, pero además, por influencia filosófica de la época, se abandonó al naturalismo positivista para darle paso a la filosofía neokantiana, dando una concepción objetivo-valorativo del tipo penal necesaria por el descubrimiento de los elementos normativos y los elementos anímicos subjetivos específicos del delito. De esta suerte el sustento de la culpabilidad era mixto: psicológico-normativo. Por tal motivo, el dolo, cuyo contenido psicológico, pasaba a ser sólo uno de sus

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

Dentro de la dogmática jurídico-penal, la culpabilidad tiene su base en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal: el primer precepto jurídico dispone que, dentro de los límites fijados por la ley, las sanciones se aplicarán teniendo en cuenta, las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente; y el segundo que en consecuencia, en la aplicación de dichas sanciones deberá tenerse en cuenta la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño causado y del peligro corrido; la edad, la educación, ilustración, costumbres y conducta precedente del sujeto, motivos que lo impulsaron a delinquir y sus condiciones económicas; las condiciones especiales en que se encontraba y los demás antecedentes y condiciones que puedan comprobarse y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestran su mayor o menor temibilidad; por último, que el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.

El dolo como elemento de la culpabilidad, es integrado por el conocimiento y la voluntad de las circunstancias del tipo penal. El párrafo primero del artículo 9 del Código Penal Federal confirma legalmente este concepto. "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

El conocimiento del agente debe de extenderse a todas las circunstancias del hecho del tipo penal, objetivas o subjetivas o normativas; objetivas y subjetivas; objetivas y normativas; objetivas, subjetivas y normativas. no actúa con dolo quien no tiene conocimiento de una sola circunstancia contenida en la descripción de un delito en particular. de ahí que en la mayoría de los casos de falta de conocimiento sean casos de representación falsa o llamado casos de error tanto del tipo como de prohibición.

elementos. En la teoría final de la acción, inspirada en la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana, partiendo de una estructura lógica-objetiva de la acción, tomando como base la realidad objetiva ontológica, donde una sola parte interesa al derecho penal. Esta teoría coloca al dolo den el tipo penal cuya valoración es neutra. Cfr DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. Cit., supra nota 465, p. 3 y ss.

Pero es importante que el conocimiento debe unirse siempre la voluntad del autor de realizar la circunstancia de hecho. Quien tiene el conocimiento que al actuar de una manera comete la muerte de un hombre, pero este no quiere matar, no actúa dolosamente. Tal es el caso, si un obrero de la construcción advierte que ya no puede sostener la pesada barra de hierro y que ésta caerá y dará muerte a V, sabe que mata, pero no lo quiere. Por consiguiente, dolo es siempre conocimiento y voluntad.⁴⁶⁸

Para un mejor entendimiento del dolo se requiere de una revisión histórico-sistemática de la teoría del delito para llegar a comprender el porque el dolo se considera como culpabilidad y como elemento de la culpabilidad, dando un recorrido a cada una de las sistemáticas del delito: *sistemática clásica*, *sistemática neoclásica*, *el finalismo* y *el funcionalismo*, analizando las corrientes filosóficas que han influido en el pensamiento dogmático, así, como sus críticas de cada una de las sistemáticas.

El dolo en el *sistema clásico del delito* parte de la división de los elementos objetivos y elementos subjetivos del delito, es así, que Liszt en el año de 1884, sostenía esta distinción, los primeros eran contemplados en la antijuridicidad y los segundos en la culpabilidad que encontraba su fundamento en la doctrina de la acción causal, que separaba de una manera tajante a la acción, como un proceso causal externo y respecto del contenido subjetivo de la voluntad del agente.⁴⁶⁹

De esta manera, la teoría del delito sufrió una transformación por la introducción del concepto del tipo penal, el cual se tenía dos características: *es objetivo* y *libre de valor*. y sólo el tipo es objeto de valoración en un plano de la antijuridicidad, en relación con una acción externa que se adecue a la descripción del precepto penal y los elementos subjetivos junto con todos los procesos intraanímicos se valoraba en la culpabilidad.

⁴⁶⁸ Cfr. BAUMANN, Jürgen, Op. Cit., supra nota 439, p.237

⁴⁶⁹ Cfr. a WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 72 y ss. a DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 5 y ss.

La tendencia de la corriente filosófica naturalista influyó en la concepción psicológica de la culpabilidad, que colocaba al dolo como una forma de culpabilidad y no sólo un elemento de la culpabilidad, en donde se concebía de dos formas a ésta: culpabilidad *dolosa* y culpabilidad *culposa*. . Donde se requería de una relación de causalidad Psíquica, también llamado nexo psicológico, entre el autor y la producción antijurídica del resultado para considerar a un sujeto culpable fincándole un juicio de reproche.⁴⁷⁰

El sistema clásico llamó al dolo como *dolus malus*, cuyos elementos eran. a) el conocimiento y la voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica.

La crítica a ésta sistemática fue en relación con los delitos de omisión, donde no existía un nexo causal entre una acción y un resultado; y además con la figura amplificadora del delito como: la tentativa y la participación del delito.⁴⁷¹

En el *sistema neoclásico del delito*, existieron cambios conceptuales para superar las críticas realizadas a la sistemática clásica, pero además, por la influencia filosófica de la época que imperaba, ésta fue la filosofía del neokantismo, centrando su análisis en la comprensión del significado valorativo de los conceptos jurídicos.

El sistema neoclásico continuo con la teoría causal de la acción como base de análisis del comportamiento humano en el ámbito del derecho penal; basada en una conexión causal adecuada para fundamentar la responsabilidad criminal. Partiendo que en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá ser sancionable al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante para el orden jurídico.

⁴⁷⁰ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 9

⁴⁷¹ Para mayor consulta sobre esta crítica. Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 14 y ss.

Pero aún la teoría de la acción y la teoría de la culpabilidad descansaban en el querer del agente, es decir, la acción pertenece todo lo que es efecto del querer y a la culpabilidad sólo corresponde el efecto de querer. Así el tipo penal pasó de ser considerado puramente objetivo a una concepción positivo-valorativo, en el cual correspondía una pena no sólo por ser considerado como una lesión causal de un interés sino porque esa acción sigue una tendencia de daño que altera el orden social de la comunidad más que un beneficio.

Con el descubrimiento de los elementos normativos y elementos subjetivos distintos del dolo en el tipo penal. La conformación de la culpabilidad era mixto: psicológico-normativo, por tal motivo, el dolo, junto con su contenido psicológico pasaba a formar parte de la culpabilidad como un elemento para fincar un juicio de reproche por la realización de un hecho antijurídico en condiciones normales para exigir el comportamiento conforme a derecho.

Con esta concepción, la teoría normativo-psicológica de la culpabilidad pudo resolver los problemas acerca de la culpa inconsciente a partir del reproche por la inobservancia de un deber de cuidado y lo único que pasaba a determinar el nexo psicológico entre el agente y el resultado era si se estaba ante una culpa consciente o una inconsciente.⁴⁷²

La crítica de ésta sistemática fue en relación con la figura amplificadora del delito como lo es la tentativa, ya que el juicio puramente causal no es suficiente para determinar el tipo que se debe de ampliar a través de la fórmula de la tentativa e inclusive de si la conducta debiese de quedar impune. También en el caso del delito de omisión se mantuvo la problemática -al igual que la sistemática clásica del delito- por no existir un nexo causal entre el comportamiento humano (omitir cierta conducta) y el resultado.⁴⁷³

⁴⁷² Cfr. para mayor conocimiento a DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 30 y s.

⁴⁷³ *Alexander Graf Zu Dohna* realizó un estudio acerca de la culpabilidad que constituyó una crítica metodológica al sistema neoclásico que sirvió más adelante para el desarrollo de la teoría final de la acción. Él sustentaba que la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos Psicológicos como el dolo, pues dichos elementos se pudieran dar o no y por lo tanto su estudio se debería de determinar en un momento

CAPÍTULO I
NOCIONES FUNDAMENTALES
SUBSECCIÓN
ELEMENTOS DEL DELITO

En la *sistemática de la teoría final de la acción*, el tipo penal era conformado no sólo de elementos objetivos-descriptivos y excepcionalmente elementos subjetivos distintos del dolo, sino, además, de un tipo subjetivo que se conforma por el dolo, en su caso, por la culpa, es decir, que el tipo penal queda conformado por un *tipo objetivo*⁴⁷⁴ y por un *tipo subjetivo*⁴⁷⁵.

El dolo es integrado por la acción consciente conducida por la decisión y por el momento volitivo, dando como factor el dolo tipo, es decir, la acción objetiva en la ejecución adecuada del dolo y aún cuando pudiera quedar esta ejecución detenida en sus inicios: en la tentativa, en este caso el dolo va más allá de lo que el agente logra alcanzar.⁴⁷⁶

*El dolo como mera resolución del deseo de una persona es penalmente irrelevante, ya que para el derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo, sino, sólo en los casos en que el hombre se conduzca su realización a un hecho real y lo gobierne, pasa, así, a ser penalmente relevante. De esta manera, el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: una conciencia del hecho y una resolución al hecho.*⁴⁷⁷

Respecto a la culpabilidad, la teoría final de la acción la considera como un juicio puramente normativo que exigía una doble relación entre: 1) la acción del autor no es exigida por el derecho y, 2) el autor pudo comportarse conforme a lo dispuesto por la norma. Por tal motivo, se habla de un juicio de reproche personal contra el autor, quien no se comportó conforme a lo exigido por la norma de cultura reflejada por el tipo penal pese a haber estado en condiciones de hacerlo.⁴⁷⁸

anterior e independiente de la culpabilidad, sólo en esa situación se determinará si esos nexos son o no reprochables. Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 42 y s.

⁴⁷⁴ Para mayor conocimiento sobre el tipo objetivo. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota. 124, p. 75 y s.

⁴⁷⁵ Para el tipo subjetivo. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota. 124, p. 77 y ss.

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 77

⁴⁷⁷ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 77

⁴⁷⁸ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 59 y s.

Ahora bien, respecto a la conciencia de la antijuridicidad, desde ésta sistemática, que coloca al dolo en el tipo penal, éste no podía incluir entre sus elementos a la conciencia de la antijuridicidad, cuyo momento de análisis es posterior al del tipo por ser presupuesto del estudio de éste elemento del delito, de ahí que el contenido del dolo pasa a conformar un dolo neutro o, también llamado, natural, por ser suficiente para su constatación con el conocimiento y la voluntad de los hechos contenidos en el tipo penal.⁴⁷⁹

En la *sistemática de la teoría funcional* parte de los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano y los desarrolla sistemáticamente bajo las bases de la moderna teoría de los fines de la pena para superar las críticas en torno a la culpa y de la omisión hechas al sistema final de la acción.

Así, el sistema funcionalista concibe la idea que la formación del sistema jurídico-penal se guía por las finalidades del derecho penal, por lo tanto no se podía vincularse a realidades ontológicas previas, como: la acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc., que son sustentadas por la teoría final de la acción.

De esta manera, "la unidad de la acción es definida por la identidad del aspecto voluntario: Un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un 'hacer' o 'dejar de hacer' y con ello de 'una manifestación de la personalidad' ".⁴⁸⁰

Es de esta manera, que la atribución no es causal ni final sino puramente normativo y, por tal motivo, la acción tendrá una concepción normativa pero delimitada por la realidad social de la vida social y la evolución de los conocimientos empíricos de la época. Por ello, la acción que es relevante para el derecho penal todo lo que se pueda atribuir al ser humano

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 61 y ss. Sobre esta colocación del dolo en el tipo penal y sobre la teoría finalista de la acción surgen críticas respecto a su sistemática. Para mayor conocimiento. Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 64 y ss.

⁴⁸⁰ DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 81 y s.

como centro anímico-espiritual de acción, por considerarse como una manifestación de la voluntad materializada en una conducta que contraviene a una expectativa social.

La conducta como manifestación de la personalidad sirve para excluir del ámbito penal conductas animales o de personas jurídicas, así como los *meros pensamientos o actitudes internas* del ser humano y de igual forma los supuestos en los cuales el cuerpo humano funciona como una masa mecánica.

Por tal motivo, la teoría funcionalista realiza una interpretación las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular, y no sustentado en la personalidad del agente en concreto o de la concreta situación de la actuación. Y así, el sujeto se guía su conducta hacia la no realización de la conducta prohibida (delitos de acción) o bien hacia la conducta ordenada para salvaguardar un bien jurídico en peligro (delitos de omisión).⁴⁸¹

Respecto al dolo, ésta teoría lo ubica en dos modalidades: 1) En el tipo y no en la culpabilidad, lo cual implica la exclusión de la conciencia de la antijuridicidad y, por ende, el concepto del dolo debe ser avalorado: *dolo neutro* y; 2) Un *dolo típico* que se conforma con el conocimiento y la voluntad del autor de realizar una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado.⁴⁸²

1.1.1.11.2 Culpabilidad por culpa y culpa como elemento de la culpabilidad.⁴⁸³

La diferencia que existe entre los elementos de la culpabilidad por culpa con los de la culpabilidad por dolo, son la faltan del conocimiento y la voluntad del agente de realizar el resultado exigido por el tipo penal. La relación psíquica del autor frente a las circunstancias de hecho es no saber o no querer el resultado y frente al orden jurídico total

⁴⁸¹ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op. Cit., supra nota 465, p. 82 y s.

⁴⁸² Para mayor consulta en el tema del dolo en la sistemática de la teoría funcional. Cfr. Ibídem, p. 113

⁴⁸³ Sobre este tema. Cfr. BAUMANN, Jürgen, Op. Cit., supra nota 439, p 264 y ss.

consiste en ser indiferente respecto de sus exigencias, esto es, el violar un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.⁴⁸⁴

Ahora bien, según el grado de conocimiento y de indiferencia del agente, se distinguen diversas formas de culpa, y junto con la forma de la culpa tienen un significado importante respecto a la graduación de la pena. En consecuencia, el grado entre la culpabilidad por culpa y culpabilidad por dolo es extraordinariamente amplio, y no se le puede comparar con los grados entre las distintas formas de dolo y de culpa.

De acuerdo al grado de conocimiento se puede distinguir: la *culpa consciente* o con representación (*luxuria*) y *culpa inconsciente* o sin representación (*neglegentia*). En el primer grado de culpa, el agente sabe que su comportamiento puede producir una lesión del bien jurídico tutelado por el derecho penal, pero espera que no se producirá, ésta es muy semejante al *dolus eventualis*, pero se diferencia sólo por la voluntad, es decir, que en éste decide el egoísmo y en la culpa consciente decide la ligereza.⁴⁸⁵

En el caso del grado de *indiferencia* se distingue entre culpa leve (*culpa levis*) y culpa grave (*culpa lata*). Clase de culpa que son relevantes para la dogmática jurídico-penal para la graduación de la pena y que en nuestro Código Penal Federal se encuentra mencionado en el artículo 60, donde deja al prudente arbitrio del juez, para lo que deberá tomar en cuenta, especialmente, la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño, entre otras.

⁴⁸⁴ Cuando se quiere hablar de un elemento especial de culpabilidad por culpa, se debe de tener presente que la comparación claudica en relación con el elemento de culpabilidad por dolo, porque en la culpabilidad por dolo y en el dolo se, presenta una relación psíquica del autor frente al hecho y en el caso de la culpabilidad por culpa esta relación falta, por lo regular, casi siempre. Cfr. BAUMANN, Jürgen, Op. Cit., supra nota 439, p 266

1.9.1.12 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

La acción típica, antijurídica, imputable y culpable para que sea inculpada ha de estar conminada con la amenaza de una pena, esto se debe, a que la ley sin pena es considerada como campana sin badajo. En nuestra legislación, el artículo 7 del Código Penal Federal define el concepto de delito que se integra con el elemento "acción" como presupuesto del elemento "punibilidad" que es su predicado.⁴⁸⁶

Pero se ha considerado que la noción del delito no se integra con la pena aplicada o en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o con la conminación de punibilidad, ajeno de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. Es así, que la punibilidad no forma parte del delito como elemento esencial de su noción jurídica.

En la mayoría de los casos la ley penal exige para que exista punibilidad de la acción un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos penales, pero en algunas ocasiones también determina otras condiciones objetivas.⁴⁸⁷

1.9.1.13 PUNIBILIDAD

No existe un criterio uniforme respecto a que si la punibilidad es o no un elemento del delito. Y si bien se considera ésta como una consecuencia de la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas

⁴⁸⁵ Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Op. Cit., supra nota 443, p. 255

⁴⁸⁶ Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Op. Cit., supra nota 443, p. 218 y s.

⁴⁸⁷ Tal es el caso de la persona que delinque que haya cometido un delito en el extranjero y que deba ser sancionado en el país, para lo cual es necesario, como requisito, que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó. Cfr. Ibídem, p. 219. Otro ejemplo y de acuerdo a los elementos especiales del deber jurídico, en el caso del ejercicio del cargo conforme a derecho, según la concepción del Reichsgerichts, en Alemania, establece en jurisprudencia que un error relativo a la adecuación al derecho de la acción de la autoridad constituye sólo una condición objetiva de punibilidad, de tal manera que un error inevitable sobre ésta adecuación, no incide en la punibilidad. Cfr. ROXIN, Claus, Op. Cit., supra nota 311, p. 36, 38 y 40., y sobre otros ejemplos de las condiciones objetivas de punibilidad. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 25, 70 y s., y 86.

para garantizar la permanencia del orden social, es decir, la punibilidad es el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Respecto a la concepción anterior de punibilidad, existe -para algunos autores- un error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido. Si algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos, para que, cuando los elementos concurran, la pena pueda o deba aplicarse.

De esta manera, se considera que la punibilidad no forma parte de los elementos del delito, bien se le estime como merecimiento como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena. Sobre este criterio, existe un error de metodología aplicada en la ciencia del derecho penal y en particular sobre la punibilidad en el ámbito existencial de su ser en el mundo jurídico de conceptos, esto por las siguientes consideraciones.⁴⁸⁸

La errada concepción metodológica a que se alude y en la cual han incurrido algunos tratadistas de la materia es porque dan un manejo inadecuado a los conceptos que pertenecen al mundo de lo abstracto y de lo concreto, es decir, del mundo del ser y del deber ser; y para dar claridad sobre de ello, es menester señalar, que el derecho penal al tener dos acepciones: 1) como sistemas de normas que tienen su existencia en un mundo concreto del ordenamiento jurídico penal y, 2) como sistema de conceptos que tiene su existencia en el mundo abstracto de la ciencia jurídica-penal (supra 1.9).

Es de esta manera, que en el derecho penal, considerado como un sistema de normas jurídicas, tiene una existencia en el mundo concreto y particular en donde el delito es considerado como un hecho en concreto, que es perceptible por los sentidos humanos en una realidad social, en el cual, es una función derivada de aplicación, subsecuente al

⁴⁸⁸ En México, Castellanos Tena considera que la punibilidad no forma parte del delito como elemento. Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. Op. Cit., supra nota 45, p. 455

institucionalizada del estado por medio de la punición y que el juez coloca la particular y concreta privación de bienes (libertad, patrimonio, etc.) al autor del delito, tomando en consideración la magnitud de su culpabilidad en el hecho por el cual es responsabilizado. Para mayor claridad, se esquematiza lo señalado.⁴⁸⁹

EN EL MUNDO ABSTRACTO SE COLOCA EL DELITO DE LA SIGUIENTE MANERA:

Delito (institución jurídica) = Norma penal

Norma penal = Tipo + Punibilidad

Delito (institución jurídica) = Tipo + Punibilidad

EN EL MUNDO CONCRETO EL DELITO SE COLOCA DE LA SIGUIENTE MANERA

Delito (hecho concreto):----- Responsabilidad penal

(Tipicidad + antijuridicidad) (culpabilidad)

Responsabilidad penal -----Punición

Delito (hecho concreto) -----Punición

1.9.2 SANCIÓN. Doble vía del Derecho penal

La misión del derecho penal es la de proteger valores considerados como fundamentales en la vida social de una determinada comunidad de hombres, cumpliendo de una forma directa una función preventiva de la comisión de delitos. Ahora bien, cuando se ha cometido infringido la observancia de lo que prohíbe u ordena la ley penal por medio de la norma de cultura, al castigar el derecho la efectiva inobservancia de los valores de la

⁴⁸⁹ Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Op. Cit., supra nota 71, p. 77

medida de seguridad (doble vía); la primera sustentada en la culpabilidad y la otra en la personalidad del delincuente reflejada en su peligrosidad ante la sociedad. En donde la medida de seguridad no se aleja de la esencia del derecho penal por tener como presupuesto la existencia de un hecho antijurídico.

Las dos modalidades de la sanción -pena y medida de seguridad- por lo general se ubican en un complemento de una resolución penal en un proceso rodeado de todas las garantías jurídicas. El peligro que corre la aplicación de alguna medida de seguridad es porque se encuentra desvinculada del principio de la culpabilidad del agente, además, de sus condicionamientos excesivamente amplios, de la aproximación del cumplimiento de la medidas privativas de libertad al de la pena carcelaria, de la inseguridad de los pronósticos y de la indeterminación de su duración.⁴⁹¹

Gracias a la doble vía del derecho penal se evita el recargo de la pena con misión preventiva que sólo podría cumplir su función renunciando al principio de culpabilidad. Esto abre la posibilidad de realizar el tratamiento preventivo del criminal peligroso utilizando medios médicos y terapéuticos de los que no cabe disponerse en la ejecución penitenciaria.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 7

⁴⁹¹ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. Cit., supra nota 49, p. 5 y s. son medidas de privación de la libertad el internamiento en un hospital psiquiátrico y en un centro de desintoxicación, así como la custodia de seguridad.

⁴⁹² En la doble vía del derecho penal la medida de seguridad al igual que la pena tiene que ajustarse a las exigencias de la Justicia cuya base se encuentra en la Constitución Política que determina la idea de la libertad que debe poseer el ciudadano vinculada a la comunidad y quien no posee la facultad del ámbito dentro de la comunidad sin poner en grave riesgo a los demás integrantes de la comunidad, ha de soportar las necesarias limitaciones de su libertad en interés de la seguridad de todos. Pero la doble vía presenta una serie de dificultades dentro de la ciencia del derecho penal, pues, en las medidas privativas de libertad anulan parcialmente la protección que el principio de la culpabilidad otorga al delincuente fijado en el límite superior de la pena, porque no conecta con la culpabilidad sino con la peligrosidad del agente. Otra dificultad es la que representa que la medida de privación de la libertad que no se cumple en un hospital, sino que se sujeta a las circunstancias de la ejecución penitenciaria, apenas pueden distinguirse de las penas privativas de libertad, dadas las condiciones igualitarias que presiden la convivencia de todos aquellos que no son los libres. Pero dichas objeciones desaparecen en su mayoría con el sistema del intercambio entre pena y medida de seguridad a nivel de ejecución, computándose el tiempo de ésta al de aquella y con la posibilidad de que la medida se

en la imagen del criminal ejecutaban todas las penas al uso: colgar, decapitar, enrodar, incluso marcar a fuego y azotar.⁴⁹⁵

En los años entre 1120 y 1741 se estableció la comparecencia, ante los Tribunales franceses y en otros lugares, de animales para su castigo (*pena para animales*) a través de procesos sumarios. Entre los animales sometidos a procedimiento judicial por asesinato, así, el verdugo del municipio medieval le correspondía, como una especie de *lacero*, ejecutar periódicamente a los animales que se volvían molestos y peligrosos.⁴⁹⁶

Otra forma de castigo era *la pena impuesta a cosas sin vida*, donde las cosas culpables no sólo son destruidas a modo de pena, sino que eran desterradas, es decir, llevadas más allá de las fronteras y además en algunas ocasiones eran castigados estos objetos también quitándoles el nombre. Esta sanción se basaba en la idea y creencias de esa época, era creencia de los sumerios y de los primeros babilonios que todo objeto, animado o inanimado -como decimos hoy en día- tenían espíritu o *zi*⁴⁹⁷. El hombre no conocía ninguna otra fuerza que le declarase la vida más que el movimiento, éste era signo y fenómeno de la vida. La flecha que cazaba en el aire, o el bloque de rocas que discurre por la pendiente, lo hace porque posee vida o porque la fuerza motriz de la vida está en algún modo tras ellos.

En la época moderna de la humanidad y de acuerdo a su desarrollo histórico se fue transformando la esencia de la pena. En tiempos de la Santa Inquisición, fue utilizado la pena de muerte, mutilaciones de miembros, tormentos, etc.; todo bajo la influencia de la

⁴⁹⁵ El castigo de efígie representó un importante papel en el proceso inquisitorial español. En España condenó a muerte entre los años de 1481 y 1809 a 31,912 personas de las cuales fueron ejecutadas en efígie. Cfr. HENTIG, Hans von, Op. Cit., T.-I, supra nota 493, p. 48.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 76

⁴⁹⁷ El autor traduce *iz* como espíritu, pero parece que su primer significado fue el de la *vida*. Era de esta manera, que según PAUSANIAS, Dracón promulgó una ley en Atenas para que las cosas sin vida que cayeran sobre un hombre y lo mataba fueran proscrita. Otro tipo de castigo lo sabemos por DEMÓSTENES, si una piedra o un pedazo de madera o hierro alcanzaba a un hombre y le priva de la vida, y el hombre que arrojó el objeto es desconocido, pero el objeto que causó la muerte estaba a mano, el objeto era llevado ante el Pritaneo para ser juzgado. Para mayor conocimiento. Cfr. HENTIG, Hans von, Op. Cit., T.-I, supra nota 493, p. 39 y s.

general sólo como *mal*, se puede, ciertamente, juzgar como irracional *querer un mal* meramente *porque ya existe otro mal*.⁵⁰¹

De esta manera, en la diversidad de concepción de la pena a través de sus diferentes teorías, se presupone el *mal* como un elemento principal: teoría de la *prevención*, de la *intimidación*, del *escarmiento*, de la *corrección*, etcétera. Pero no se trata meramente ni de mal, ni del bien, sino sólo de lo que es Injusto y la Justicia, en donde el punto de vista superficial, la consideración objetiva de la justicia, que es el punto primero y sustancial de la conformación del delito, es dejada de lado y, como consecuencia, se hace lo esencial de la consideración moral y el aspecto subjetivo del delito, mezclado con triviales representaciones psicológicas sobre los estímulos y la intensidad de los resorte sensibles contra la razón, sobre la confrontación psicológica y la influencia sobre la representación.

Lo cierto es que en cada una de las consideraciones que correspondan a la pena como una apariencia y a su relación con la conciencia particular y que tiene, en cuenta las consecuencias sobre la representación (intimidar, mejorar, etcétera), a su vez de una manera particular, sólo respecto a la *modalidad de la pena*, son ciertamente de esencial consideración; pero, presuponen la fundamentación de que el imponerla es justo en sí y por sí.⁵⁰²

Este hecho, que pone en manos del Estado el *ius puniendi*, debe ser sometido a investigación, empezando por su pretendida legítima no es suficiente afirmar que se trata de un derecho subjetivo del Estado; es fundamental penetrar en su bases a pesar de quienes consideran que la investigación filosófica es repudiada por superflua y aun dañina para el

⁵⁰¹ Ibidem, p. 107. La pena como un mal que se impone al delincuente por la comisión de un delito de una forma culpable se basa en el postulado de la retribución justa, que "cada uno sufra lo que sus hechos valen", en relación con la armonía entre el merecimiento de felicidad y felicidad, merecimiento de pena y sufrimiento de pena y que resulta que el reo sufra en la misma medida de acuerdo al grado de su culpabilidad. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 281

⁵⁰² Cfr. HEGEL, Guillermo Federico, Op. Cit., supra nota 500, p. 107

A) *Las teorías absolutas de la pena* consideran a la pena como una función para lograr los fines o de los valores *absolutos* tales como la realización de la Justicia o el imperio del derecho. Estas teorías afirman que la necesidad ética de la pena garantiza también su realidad, sea en virtud de la identidad de razón y realidad (Hegel) o de un imperativo categórico (Kant) o una causa de una necesidad religiosa (Stahl).⁵⁰⁶ Kant fundamenta su criterio en que el Estado no castiga a fin de que exista justicia en el mundo, sino para que haya juridicidad en la vida de la comunidad (validez y observancia de su orden jurídico)

Esta teoría, considera que con la aplicación de la pena en una compensación justa, en ese momento de agota la imposición de la misma. Y todos los efectos, intimidación, corrección, son efectos concomitantes favorables que nada tiene que ver con la naturaleza misma de la pena.⁵⁰⁷

Las teorías absolutas de la pena conocen dos versiones fundamentales:

1.- La *teoría de la retribución moral* se funda en el principio de la culpabilidad, considera -en su sentido clásico-, que la libertad de voluntad o de libre albedrío porque el hombre al ser libre y al hacer mal uso de esa libertad por cometer un delito, se hace culpable y por lo tanto acreedor, en justicia, del mal de la pena porque *debe ser*, porque debe imperar la justicia, en consecuencia, la pena justa es la adecuada a la que merece el autor en pago al mal uso de su libertad.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 283 y LISZT, Franz von, *La Idea del Fin del Derecho Penal*, Ed. Granada, 1995, p. 12

⁵⁰⁷ Pero tomando en cuenta el criterio de Kant, Welzel afirma que si la misión de la justicia penal del Estado no consiste en la realización de la justicia en cuanto tal, sino en dar lugar a la juridicidad, entonces la función real de la pena pertenece a su naturaleza: no sólo en cuanto influencia sobre el estrado personal del hombre, sino, además, como influencia sobre los estratos profundos (mediante intimidación y corrección). Así como el hombre es un ser unitario, la pena le afecta también como persona integral. Cfr. WELZEL, Hans, Op. Cit., supra nota 124, p. 284

⁵⁰⁸ Cfr. LISZT, Franz von, Op. Cit., supra nota 505, p. 12 y OJEDA, VELÁZQUEZ, Jorge, Op. Cit., supra nota 71, p. 70

evitar que sigan cometiéndose delito dentro de una sociedad determinada y por ello tiene la legitimación el Estado de imponerla.⁵¹¹

Existen dos tendencias sobre estas teorías relativas: la teoría de prevención general de la pena y la teoría de la prevención especial de la pena.

1.- la *prevención general* (negativa) se llega a cabo por medio de la amenaza de un pena por la realización de un conducta consideradas como delito que se orienta a la generalidad de los miembros de la comunidad que aún no han cometido algún delito con la finalidad de que lo hagan. Esta teoría es llamada por los italianos como de la *prevención primaria* cuya necesidad de observar dos principios fundamentales del derecho penal clásico, es su base, estos son: el de legalidad (*nullum crimen nulla poena*) y el de la certeza del derecho, por considerar que toda coacción psicológica puede tener aplicación efectiva si los ciudadanos conocen de antemano cuáles son las acciones calificadas como delitos por la ley y cuáles son las penas que se aplicarán a esa violación de la ley penal (*nulla poena sine lege*). Mediante esta teoría, se pretende que al individuo que ha cometido un delito se le aplique una pena, y que la eficacia de la misma tenga efecto para los demás gobernados de la comunidad.⁵¹²

2.- La *prevención especial* (o individual) es mediante la aplicación de la pena, de una manera específica e individual, a la persona que a cometido un delito para que evite que lo vuelva a delinquir. En Italia es llamada por los clásicos como *prevención secundaria* que busca tener la readaptación del delincuente por medio de la pena para que no vuelva a

⁵¹¹ LISZ, Franz von. Op. Cit., supra nota 505, p. 15. La prevención del delito esta relacionado con la intimidación, en tal caso esta la pena en la función de prevención. El derecho punitivo tiene su base, según esta teoría, en la necesidad o utilidad de la defensa social. Los principales autores que representan este criterio son Giandomenico Romagnosi y Anselmo Feuerbach. La escuela italiana distingue tres formas de prevención penal: *prevención primaria* que parte de la idea de intimidar de una manera general a los gobernados, la *prevención secundaria* pretende que el individuo que ha cometido un delito se le aplique una pena para que no vuelva a violar la ley penal, y la *prevención especial* es con el fin de que al agente de un delito que demuestre inclinaciones delictivas se le aplique la pena, se corrija y readapte al mundo social para evitar, con ello, su reincidencia. Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Op. Cit., supra nota 71, p. 71 y s.

⁵¹² Cfr. LISZ, Franz von. Op. Cit., supra nota 505, p. 16 y OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Op. Cit., supra nota 71, p. 71 y s.

1.9.2.2 MEDIDAS DE SEGURIDAD⁵¹⁵

La medida de seguridad es aplicada en su esfera física y en la psíquica, en cuanto lo coloca en un manicomio. Estas medidas fueron el centro de debate entre la escuela clásica y la escuela positiva del derecho penal. La positiva negó el criterio del libre albedrío porque "el hombre socialmente peligroso se le tratara como un enfermo, al cual el Juez, como médico social, debería aplicarle, para contrarrestar aquel estado natural de peligrosidad, la medicina llamada medida de seguridad."⁵¹⁶

⁵¹⁵ En el sistema penal mexicano contemplaba en el Código Penal de 1871 a la pena como la única sanción, en el de 1929 se contemplaba a la pena y a la medida de seguridad pero de una manera conceptual monista en su imposición. Sin embargo, fue el Código Penal de 1931, el que introdujo *il doppio binario*, es decir, la doble vía como sistema complejo de la sanción. Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Op. Cit., supra nota 71, p. 174

⁵¹⁶ Para mayor conocimiento sobre el tema de medidas de seguridad. Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, Op. Cit., supra nota 71, p. 208 y s.s.

CAPÍTULO II
ANÁLISIS DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA
SALUD

CAPÍTULO II
ANÁLISIS DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA
SALUD

I.- EL TIPO PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Su colocación dentro del sistema normativo jurídico en México, tomando en consideración el criterio de la teoría de las normas de Carlos Binding.

Como se ha señalado, en un Estado de derecho existe un sistema de normas jurídicas que tiende a regular el comportamiento humano para lograr una convivencia entre sus habitantes, sus propiedades, derechos y deberes. En este orden jurídico existe una variedad de clases de normas jurídicas, unas que imponen obligaciones y otras que expresan prohibiciones. Pero además, algunas normas que comprenden de permisos sean: de hacer o de no hacer.

Pero en el derecho penal no prevé ninguna prohibición o mandato en el contenido de los artículos de la Parte Especial del Código Penal Federal, sino que encontramos la descripción del comportamiento humano que es sancionado como delito, es por ello, que el delincuente no contraviene a lo descrito por la ley o tipo penal, sino realiza la conducta descrita por ella, por lo tanto, es claro que existe una diferencia entre el contenido sustancial de la norma jurídica civil a la de carácter criminal.

Es por tal motivo, que en el tipo penal, se describe un comportamiento humano, que por su propia naturaleza, puede ser de prohibición o de mandato que es considerada por el legislador como un comportamiento incorrecto por no estar dentro del ámbito de lo considerado como justo en una sociedad determinada para mantener su convivencia y armonía entre los gobernados.

De esta manera, en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada⁵¹⁷, que establece:

⁵¹⁷ Publicada el 7 de noviembre del año de 1996 en el Diario Oficial de la Federación

“Artículo 2. Cuando 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 sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. 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 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y

V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las

I.- EL TIPO PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Su colocación dentro del sistema normativo jurídico en México, tomando en consideración el criterio de la teoría de las normas de Carlos Binding.

Como se ha señalado, en un Estado de derecho existe un sistema de normas jurídicas que tiende a regular el comportamiento humano para lograr una convivencia entre sus habitantes, sus propiedades, derechos y deberes. En este orden jurídico existe una variedad de clases de normas jurídicas, unas que imponen obligaciones y otras que expresan prohibiciones. Pero además, algunas normas que comprenden de permisos sean: de hacer o de no hacer.

Pero en el derecho penal no prevé ninguna prohibición o mandato en el contenido de los artículos de la Parte Especial del Código Penal Federal, sino que encontramos la descripción del comportamiento humano que es sancionado como delito, es por ello, que el delincuente no contraviene a lo descrito por la ley o tipo penal, sino realiza la conducta descrita por ella, por lo tanto, es claro que existe una diferencia entre el contenido sustancial de la norma jurídica civil a la de carácter criminal.

Es por tal motivo, que en el tipo penal, se describe un comportamiento humano, que por su propia naturaleza, puede ser de prohibición o de mandato que es considerada por el legislador como un comportamiento incorrecto por no estar dentro del ámbito de lo considerado como justo en una sociedad determinada para mantener su convivencia y armonía entre los gobernados.

De esta manera, en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada⁵¹⁷, que establece:

⁵¹⁷ Publicada el 7 de noviembre del año de 1996 en el Diario Oficial de la Federación

disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.”

Encontramos -según el criterio de *Binding*- una norma que precede de una manera conceptual al tipo penal de la delincuencia organizada y que sería de la siguiente manera la prohibición que ella encontraría:

Ningún grupo de personas de tres o más deben de acordar organizarse o realizar actos de organización 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 de terrorismo, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos, o serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

En esta forma y tomando la clasificación de tipos de normas en un orden jurídico, la prohibición que establece el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se colocaría de la siguiente manera:

A la prohibición (imperativo positivo) le corresponde la fórmula <<A debe no B>> (esto es los sujetos A, B, C, ... deben de omitir, es decir, abstenerse de realizar, la acción B), en otras palabras, los sujetos A, B, C, ... no deben de acordar organizarse o realizar actos de organización 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 de terrorismo, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos, o serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

De acuerdo a las normas imperativas condicionadas, el texto contenido en el artículo 2 de la multicitada Ley es una norma *declarativa*, porque en ella encontramos la definición de lo que se considera de manera legal como delincuencia organizada, de acuerdo al precepto mencionado, contiene en un carácter estipulativo el significado que utilizó el legislador para denominarla como tal y cuando aparece tal expresión en la ley, debe ser entendida de la manera señalada en una interpretación auténtica.

Es además, una norma *inderogable* por ser necesaria para mantener el orden social cuya función sea para combatir la delincuencia organizada en el país, en esta medida, el delito se mantiene en una forma estática, en tanto que el legislador no declare una alteración a su contenido por alguna promulgación, sea en su modalidad de: derogación o abrogación. Y por estar dirigida a toda la población de una comunidad se clasifica en una norma *general*.

Por su contenido, se coloca en una norma *abstracta* por establecer el objeto de la prescripción, dando como resultado la certeza del derecho, mediante la cual se le exige que cada vez que se produzca la situación jurídica prescrita se le debe de seguir la consecuencia jurídica correspondiente a lo descrito.

Ahora bien, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada debe de tener una coherencia dentro del ordenamiento jurídico global del País, ya que no puede ser un puro agregado de preceptos, puesto que la norma fundante básica es la fuente de validez de todas

disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.”

Encontramos -según el criterio de *Binding*- una norma que precede de una manera conceptual al tipo penal de la delincuencia organizada y que sería de la siguiente manera la prohibición que ella encontraría:

Ningún grupo de personas de tres o más deben de acordar organizarse o realizar actos de organización 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 de terrorismo, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos, o serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

En esta forma y tomando la clasificación de tipos de normas en un orden jurídico, la prohibición que establece el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se colocaría de la siguiente manera:

A la prohibición (imperativo positivo) le corresponde la fórmula <<A debe no B>> (esto es los sujetos A, B, C, ... deben de omitir, es decir, abstenerse de realizar, la acción B), en otras palabras, los sujetos A, B, C, ... no deben de acordar organizarse o realizar actos de organización 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

las normas jurídicas pertenecientes a un mismo orden jurídico. De esta manera, para la promulgación de la ley el legislador tuvo que observar los artículos 14, 16, y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contienen los principios de legalidad, certeza del derecho y seguridad jurídica en nuestro marco jurídico.

Tal aseveración, parte de las siguientes argumentaciones:

A) De acuerdo con el párrafo Tercero del artículo 14 que expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." En tal contenido encontramos el principio de legalidad y de certeza del derecho en el ordenamiento jurídico, en el caso del derecho penal encontramos el principio de *nullum crimen sine lege*, es decir, para que un comportamiento humano sea considerado como delito debe de estar previamente descrito en una ley penal (tipo penal) y que ésta sea promulgada con anterioridad a ese comportamiento. Pero, no cualquier descripción retomada por el legislador puede ser considerada como delito, ya que éste debe de partir de la idea de qué es delito, ya no en la doctrina del derecho penal, pero si en el ordenamiento jurídico-penal en el caso de nuestra legislación no lo encontramos en la Constitución Federal⁵¹⁸. La definición se encuentra en el artículo 7 del Código Penal Federal que establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." En tal medida, el legislador no retoma esta consideración y sanciona en un primer momento una simple manifestación del pensamiento humano reflejado por una idea u opinión de un acuerdo entre tres personas. Este estudio del porqué de esta aseveración se vera más adelante de una manera sistemática en el subtema tipicidad en cuanto el análisis de los elementos esenciales del tipo penal de la delincuencia organizada (infra 3.2.2.1)

⁵¹⁸ En el caso de la legislación española, encontramos la definición de delito en la Constitución Política en su artículo 25 que establece: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito. ...". A *contrario sensu* encontramos que puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse constituya delito. es así, que encontramos que delito es una acción u omisión que sanciona la ley como tal.

B) En el caso del artículo 16, que en su contenido sustancial menciona que nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito por la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Y en relación con la delincuencia organizada el contenido de dicho artículo fue adicionado en un párrafo que habla sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas⁵¹⁹, salvo caso que la Autoridad Judicial Federal dé autorización de intervención a petición de la autoridad que faculte la ley para ello.

Tradicionalmente las Constituciones se dividen en una parte dogmática y otra orgánica, formándose la primera con las normas que se ocupan de los derechos de los gobernados. En nuestro país el Estado de Derecho se funda en la Constitución que en ella se consigna un catálogo de derechos humanos o garantías individuales. Se dice que son 80, distribuidos básicamente en sus primeros 29 artículos y que son la base del sistema jurídico del país mediante el régimen de seguridad jurídica que, por principio de legalidad, se extiende a otras normas constitucionales.

Cuando se habla de garantías constitucionales nos referimos al marco de libertad, seguridad y protección, que se conforma por el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, ya sea que a ésta se le vea como integrante de algún sector o grupo necesitado de asistencia o tutela por el Poder público.

En la situación, de que se autorice la intervención de las comunicaciones privadas y tomando en cuenta el principio de autoridad -que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados se han encargado de emitir el concepto de autoridad en términos reales y no formales, pues si bien genéricamente el acto de autoridad es unilateral, imperativo y coercitivo porque su acatamiento puede imponerse forzosamente. *Pero lo que importa, esencialmente, es proteger a los gobernados contra la actuación de los órganos que usando facultades que la ley les concede o atribuyéndoselas sin que jurídicamente les correspondan y aun sin disponer del uso de la fuerza pública, violan garantías en perjuicio*

⁵¹⁹ Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de julio de 1996

las normas jurídicas pertenecientes a un mismo orden jurídico. De esta manera, para la promulgación de la ley el legislador tuvo que observar los artículos 14, 16, y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contienen los principios de legalidad, certeza del derecho y seguridad jurídica en nuestro marco jurídico.

Tal aseveración, parte de las siguientes argumentaciones:

A) De acuerdo con el párrafo Tercero del artículo 14 que expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." En tal contenido encontramos el principio de legalidad y de certeza del derecho en el ordenamiento jurídico, en el caso del derecho penal encontramos el principio de *nullum crimen sine lege*, es decir, para que un comportamiento humano sea considerado como delito debe de estar previamente descrito en una ley penal (tipo penal) y que ésta sea promulgada con anterioridad a ese comportamiento. Pero, no cualquier descripción retomada por el legislador puede ser considerada como delito, ya que éste debe de partir de la idea de qué es delito, ya no en la doctrina del derecho penal, pero si en el ordenamiento jurídico-penal en el caso de nuestra legislación no lo encontramos en la Constitución Federal⁵¹⁸. La definición se encuentra en el artículo 7 del Código Penal Federal que establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." En tal medida, el legislador no retoma esta consideración y sanciona en un primer momento una simple manifestación del pensamiento humano reflejado por una idea u opinión de un acuerdo entre tres personas. Este estudio del porqué de esta aseveración se vera más adelante de una manera sistemática en el subtema tipicidad en cuanto el análisis de los elementos esenciales del tipo penal de la delincuencia organizada (infra 3.2.2.1)

⁵¹⁸ En el caso de la legislación española, encontramos la definición de delito en la Constitución Política en su artículo 25 que establece: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito. ...". A *contrario sensu* encontramos que puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse constituya delito, es así, que encontramos que delito es una acción u omisión que sanciona la ley como tal.

de quienes no pueden eludir la trascendencia de la actuación inconstitucional, de ahí que, para los efectos del amparo, quepa tener como autoridades responsables a órganos no estatales y a funcionarios de hecho.- Debe la autoridad competente de fundar y motivar el acto de molestia en su modalidad de solicitud a la autoridad judicial, la autorización de la intervención de comunicación privada de uno o varios individuos que se les realice alguna investigación y existan indicios de la probable participación en la delincuencia organizada.

Hay que recordar que la naturaleza política del amparo se define, de acuerdo al pasaje de Moreno Cora, de la siguiente manera:

Es una "institución de carácter político, que tiene por objeto proteger, bajo las formas tutelares de un procedimiento judicial las garantías que la Constitución otorga, o mantener y conservar el equilibrio entre los diversos poderes que gobiernan la nación, en cuanto por causa de las ambiciones de éstos se ven ofendidos o agraviados los derechos de los individuos."⁵²⁰

El medio de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad es el Juicio de Amparo y que tiene su naturaleza jurídica en los artículos 103 de la Constitución Federal y el 1 de la Ley de Amparo, que establecen en similar contenido lo siguiente:

Artículo 103 Constitucional: "Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales; ..."

El artículo 1 de la Ley de Amparo: "El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; ..."

⁵²⁰ Cfr. TRUEBA URBINA, Alberto, *La Primera Constitución Político- Social del Mundo*, Ed. Porrúa, México 1971, p. 55.

Es así que la autoridad tiene la facultad de modificar las obligaciones existentes o limitando los derechos de los gobernados, a través del procedimiento exigido por la Constitución y por las leyes correspondientes a la naturaleza del acto desplegado por la autoridad, donde pone en conocimiento al individuo de tal situación para que tenga oportunidad, éste, de saber la orden que manifiesta la autoridad en contenido y forma por ejercer actos públicos, por el hecho de ser autoridad y por disponer de su fuerza pública a que disponen; y si no es de acuerdo a lo exigido por la ley, tiene como medio de defensa constitucional el Juicio de Amparo, como último medio de protección de sus derechos constitucionales o garantías individuales. Tal situación es corroborada por los siguientes criterios:

“ACTOS DE AUTORIDAD. Tanto en la Constitución Federal como en la Ley de Amparo, el juicio de garantías se establece como *una defensa del particular contra actos de autoridad* y por éstos, debe entenderse la actuación de funcionarios o empleados, de organismos estatales o desconcentrados que: imponga unilateralmente obligaciones a los particulares con motivo de funciones oficiales, *ya sea modificando las obligaciones existentes o limitando derechos*; es decir, cuando actúan con el imperio propio de sus funciones.”

Informe de labores de 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, página 187.

“AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.- El término ‘*autoridades*’ para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad

de quienes no pueden eludir la trascendencia de la actuación inconstitucional, de ahí que, para los efectos del amparo, quepa tener como autoridades responsables a órganos no estatales y a funcionarios de hecho.- Debe la autoridad competente de fundar y motivar el acto de molestia en su modalidad de solicitud a la autoridad judicial, la autorización de la intervención de comunicación privada de uno o varios individuos que se les realice alguna investigación y existan indicios de la probable participación en la delincuencia organizada.

Hay que recordar que la naturaleza política del amparo se define, de acuerdo al pasaje de Moreno Cora, de la siguiente manera:

*Es una "institución de carácter político, que tiene por objeto proteger, bajo las formas tutelares de un procedimiento judicial las garantías que la Constitución otorga, o mantener y conservar el equilibrio entre los diversos poderes que gobiernan la nación, en cuanto por causa de las ambiciones de éstos se ven ofendidos o agraviados los derechos de los individuos."*⁵²⁰

El medio de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad es el Juicio de Amparo y que tiene su naturaleza jurídica en los artículos 103 de la Constitución Federal y el 1 de la Ley de Amparo, que establecen en similar contenido lo siguiente:

Artículo 103 Constitucional: "Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales; ..."

El artículo 1 de la Ley de Amparo: "El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; ..."

⁵²⁰ Cfr. TRUEBA URBINA, Alberto, *La Primera Constitución Político- Social del Mundo*, Ed. Porrúa, México 1971, p. 55.

esos delitos mencionados, porque si llegaren a cometer alguno de los señalados, aún cuando estén organizados para cometerlo, se trataría de otro delito diferente a la delincuencia. Ya que ésta requiere de un resultado formal o legal que exige el tipo penal en un carácter de prevención de los delitos indicados. Esto en lo personal implicaría problemas, entre otros que serán señalados en el punto 3.1 Conducta, para el Ministerio Público de la Federación como al Juez.

1. EL TIPO PENAL DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD. En el plano del sistema jurídico mexicano, de acuerdo con la teoría de las normas de Carlos Binding

La norma que precede en el tipo penal de la Delincuencia Organizada en relación con los delitos contra la salud, de acuerdo con la teoría de Binding, sería:

Ningún grupo de personas de tres o más deben de acordar organizarse o realizar actos de organización para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar aun gratuitamente, prescribir, introducir o extraer del país, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito algún estupefaciente, psicotrópico y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en materia de narcóticos, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud; aportar recursos económicos o de cualquier especie, o colaborar de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de

material de obrar como individuos *que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública su fuerza de que disponen.*"

Jurisprudencia 75. Apéndice 1917-1985, Octava Parte, pág. 122.

Jurisprudencia 300. Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, pág. 519.

Tal es el caso, que en el contenido del artículo 16 de la Constitución y de los artículos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada⁵²¹, sobre la solicitud y autorización de la intervención de alguna comunicación privada, no existe acto de autoridad que sea de manera pública por parte de quien la solicita, así como la que resuelve tal solicitud. Por tal motivo, el gobernado quien sufre de ese acto de molestia por parte de la autoridad, lo dejan sin posibilidad de conocer el contenido de la solicitud y en su caso de la autorización de la intervención; y por lo tanto, lo dejan en un estado de inseguridad jurídica por no tener el conocimiento de si la solicitud o la orden, tienen el fundamento y la motivación necesaria y exigida por la ley. *Lo anterior, pareciera que es un acto secreto entre la autoridad solicitante y la autoridad ordenadora.*

C) En relación con el artículo 19 de la Constitución Federal, referente a la parte que señala: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente." Y por lo señalado en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, donde se encuentra un catálogo de delitos por el cual sólo será posible considerar alguna persona como miembro de una organización criminal, siempre y cuando, las tres o más personas tengan, en general, un acuerdo o desplieguen conductas encaminadas en preparar alguno de

⁵²¹ Los artículos de dicha ley son los contemplados en el Capítulo IV bajo el rubro "De las órdenes de cateo y de intervención de comunicación privadas", del artículo 16 al 28 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

alguno de los delitos contra la salud o realizar actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias prohibidas; porque serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

En esta forma y tomando la clasificación de tipos de normas en un orden jurídico, la prohibición que establece el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en relación con los delitos contra la salud, se colocaría de la siguiente manera:

A la prohibición (imperativo positivo) le corresponde la fórmula <<A debe no B>> (esto es los sujetos A, B, C,... deben de omitir, es decir, abstenerse de realizar, la acción B), en otras palabras, los sujetos A, B, C, ... Ningún grupo de personas de tres o más deben de acordar organizarse o realizar actos de organización para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar aun gratuitamente, prescribir, introducir o extraer del país, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito algún estupefaciente, psicotrópico y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en materia de narcóticos, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud; aportar recursos económicos o de cualquier especie, o colaborar de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de

alguno de los delitos contra la salud o realizar actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias prohibidas; porque serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

De acuerdo a las normas imperativas condicionadas, el texto contenido en el artículo 2 de la Ley en materia en relación con los delitos contra la salud, es una norma *declarativa*, porque en ella encontramos la definición de lo que se considera de manera legal como delincuencia organizada en relación con los delitos contra la salud, de acuerdo al precepto mencionado, contiene en un carácter estipulativo.

Es además, una norma *inderogable, general y abstracta* por las argumentaciones anteriormente expuestas en el punto anterior, al igual que la exposición en relación con la coherencia jurídica que debe de tener y que en los siguientes temas a desarrollar se estudiarán más a fondo.

2. PRESUPUESTOS DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Como se ha indicado, la escuela italiana del derecho penal sostiene la presencia de los presupuestos del delito (supra 1.9.1.4) por ser aquellos elementos que deben de preexistir al hecho material para que de esa manera pueda considerarse como hecho delictivo. Y esto sirve como antecedente jurídico, previo a la realización del comportamiento humano descrito por el tipo penal, para designar el título del delito correspondiente.

En el delito de la delincuencia organizada encontramos el siguiente problema: si bien el derecho en general tiene como fin el regular el comportamiento humano por medio de normas jurídicas. El derecho penal no se aleja de este fin y tiende a sancionar la conducta humana. Pero en una apreciación muy personal, existe un supuesto jurídico en la

descripción típica de la delincuencia organizada que sanciona un mero acuerdo que es la manifestación del pensamiento humano reflejado en una idea, esta idea será atendida en el punto 3.1, en un estudio más completo.

2.1 PRESUPUESTOS GENERALES DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Estos elementos son comunes a cualquier delito, incluyendo el de la delincuencia organizada, y que se integra por los siguientes elementos:

a) La norma penal comprendida en el precepto y la sanción.- Que en el caso del delito de la delincuencia organizada tiende a comprender al tipo penal que describe de manera abstracta un comportamiento humano que afecta bienes particulares o colectivos de la sociedad, descrito por el artículo 2 y la pena que le corresponde al agente de esa conducta, de acuerdo, a su calidad dentro de la organización criminal, contenidas en los artículos 4 y 5, todos de la ley en materia. Y que más adelante se estudiarán a fondo los elementos de precepto y sanción de la delincuencia organizada.

b) El sujeto activo y pasivo. En toda descripción de una conducta por medio de la ley penal, debe de tener, un sujeto que actúa o despliega la conducta considerada como delito (sujeto activo. supra 1.9.1.8.1.1.1) y un sujeto que es afectado en su bien o bienes, sea particular o colectivo (sujeto pasivo). Esto es retomado por parte del legislador, de acuerdo a los acontecimientos que surgen en la realidad social, en el caso de la delincuencia organizada se considera las conductas desarrolladas por ésta y se unifica en una sola para abarcar cada una de esas manifestaciones de comportamiento.

c) La imputabilidad. Que exista en la ley penal la descripción de un comportamiento humano que es considerado, por la propia ley, como delito y que puede ser imputado al quien despliegue la conducta señalada en la abstracción del tipo penal (supra 1.9.1.10).

d) El bien jurídico. Una de las bases de la construcción de un delito es considerar, por parte del legislador, que una conducta lesiona o pone en peligro algún o algunos de los valores éticos de la sociedad que son fundamentales para tener una armonía entre sus habitantes. En el caso del delito de la delincuencia organizada, en general, el bien jurídico tutelado es el de la seguridad nacional y en lo particular depende en que modalidad es considerada esa organización delictiva, de acuerdo, al catálogo de delitos que enumera el artículo 2 de la ley en materia, su análisis será estudiado con mayor profundidad en el punto 3.2.2.1.3.

2.2 PRESUPUESTOS ESPECIALES DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

El delito la delincuencia organizada -según la escuela italiana- para tener esa calidad, debe de cumplir con los presupuestos especiales del delito y sus requisitos que son propios de cada delito, los cuales son los siguientes:

a) Un elemento jurídico que consiste, en el caso del delito de la delincuencia organizada, que cuando 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 señalados en el artículo 2 de la multicitada ley, como puede ser el de terrorismo, contra la salud, etc.. En el caso que sea delito distinto, no se podría pensar en una delincuencia organizada, claro dentro del un plano jurídico, en esta medida el elemento jurídico necesario para la existencia de una organización criminal, es sin duda alguna, la descripción de cada delito exigido por el tipo penal en comento, es decir, que para saber en que consiste el delito contra salud debe uno trasladarse y consultar los artículos 194 y 195 del Código Penal Federal; y además a la Ley General de Salud, sin estos elementos no puede complementarse el tipo penal contenido en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

b) Previo a la realización de la conducta o del hecho de algún o algunas personas para considerarse como miembros de la delincuencia organizada, éste debe de estar contemplado previamente descrito en algún tipo y para el caso particular esta en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

c) Necesario para la existencia del título del delito, de otra manera, no se podría calificar una conducta bajo el rubro de delincuencia organizada. Y tal vez, pudiera ser retomada por la descripción del tipo penal de asociación delictuosa a falta de los elementos de los delitos complementarios del artículo 2 de la ley en materia.

Ahora bien, continuando con el criterio de la escuela italiana, el delito de la delincuencia organizada debe de reunir ciertos elementos de la conducta necesarios para constituir delito, llamados presupuestos de la conducta y cuyos requisitos son:

Un elemento jurídico y material que debe de existir previo a la realización de la conducta necesaria para la existencia del delito de la delincuencia organizada. En el caso del primer elemento mencionado, es necesario para que se configure el delito, el requisito que exige el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada porque no sólo es cuando 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 delitos, sino que estos, deben ser como: Terrorismo; contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, y robo de vehículos, en otras palabras, si el acuerdo de tres o más personas para organizarse o se organizan éstas para cometer cualquier delito diferente al especificado en el catálogo del artículo mencionado (presupuesto jurídico), no puede existir el delito de la delincuencia organizada.

El presupuesto material de la delincuencia organizada sólo es exigible en el supuesto de que tres o más personas *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 delitos, sino que estos, deben ser como: Terrorismo; contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, y robo de vehículos, porque en el proceso de organización de esas tres o más personas se materializa, a través de la red de medios preparatorios que pudieran ser -en el caso del delito contra la salud-: *buscar* al campesino que cultiva las plantas prohibidas por la ley; el transporte, sea terrestre, marítimo o aéreo; la persona que realiza el financiamiento del programa delictivo; el proveedor de los insumos, los laboratoristas; los vendedores, etc..

3. COLOCACIÓN DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD EN LA TEORÍA HEPTAPARTITA

De acuerdo a la teoría analítica del delito dentro del ámbito de la ciencia del derecho penal, encontramos que éste se encuentra integrado por ciertos elementos constitutivos que aparecen en cualquier especie de delito. El desarrollo de estos elementos han variado a la época, a sus expositores y a la evolución de conceptos del derecho penal, es por lo tanto, que en el presente estudio y análisis se adopta la teoría heptapartita, trasladándose el delito de la delincuencia organizada al plano de sus elementos y conceptos de esta teoría.

3.1 CONDUCTA

En las diferentes acepciones que a tenido el primer elemento constitutivo del delito, una de ellas es la conducta, que parte de la idea que el derecho en general pretende ser un ordenamiento normativo regulador de conducta y es el derecho penal quien al realizar la desvalorización de dicha conducta lo considera como delito. Desde este punto de vista, el legislador no debe de agregar ningún elemento al "ser" de la conducta y al concepto que se tiene de ese "ser" (supra 1.9.1.7.1. p. 66), es decir, toda conducta se desarrolla en una realidad social y en base de esta realidad se debe de retomar la conducta que se considera

que es nociva a la sociedad por dañar o poner en peligro valores fundamentales de la misma y que son necesarios para la armonía entre sus habitantes.

3.1.1 ESTRUCTURA ÓNTICA-ONTOLÓGICO DE LA CONDUCTA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Aspectos jurídico y criminológico, a través de la realidad social de la cultura mexicana.

La delincuencia organizada se a manifestado de una manera relevante en nuestra sociedad, pues involucra a cientos o miles de delinquentes que trabajan dentro de *estructuras tan complejas, ordenadas y disciplinadas como las de cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con gran rigidez*⁵²².

Pero además, requiere de una permanencia, necesaria para que la delincuencia organizada opere en una dimensión permanente en la comisión de un o varios delitos, es decir, tengan una acción constante como forma para lograr esa satisfacción buscada, se reúnen y se estructuran asociándose con una permanencia para cometer delitos en una serie de acciones continua y repetida..⁵²³

De esta manera, la concepción que se tiene de la delincuencia organizada en nuestro país, -desde un punto muy personal- es: *la corporación de personas que se encuentran en una estructura, tanto vertical como horizontal entre sus integrantes, que cometen delitos en una persistencia en el tiempo como grupo y como miembros de dicha organización*. Como -considera el maestro Álvaro Búnster⁵²⁴-: "la reiteración de acciones delictivas enderezadas a lucrar con la apertura, mantenimiento y explotación de mercados de bienes y servicios,

⁵²² Cfr. Diario de debates de la cámara de senadores en la sesión del 19 de marzo de 1996, p. 20

⁵²³ Esta agrupación se diferencia, por lo tanto, de aquel grupo de personas que se forma para cometer un delito de manera circunstancial u ocasional. Tal es el ejemplo de la violación tumultuaria, que supone la acción de un grupo de personas que deciden, en un momento dado, la realización del acto delictivo y consumarlo, pero esa naturaleza colectiva o asociada del fenómeno si no tiene la finalidad de permanecer y de convertirse en un sistema para realizar constantemente delitos, no presenta el elemento de *permanencia* que parece indispensable para considerar al fenómeno delictivo como organizado. Cfr. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado*, México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., 1997, p. 14 y s.

⁵²⁴ *La procuración de Justicia*. P.G.R., 1994, México, p. 387

efectuadas por grupos de personas dispuestas en una estructura jerárquica, dotada al efecto de recursos materiales y de redes espacialmente ilimitadas de operación.”

Es claro, que en la realidad social encontramos diversas definiciones de lo que se puede llamar delincuencia organizada. Pero no sólo en México ocurre esta situación, como lo veremos enseguida: En Estados Unidos de Norteamérica para los propósitos de la orden que dio origen al Consejo contra el Crimen Organizado, la define como: “asociaciones de individuos o de grupos que tienen una disciplina, una estructura y un carácter permanente para el propósito de obtener ganancias o beneficios monetarios o comerciales, empleando de manera parcial o total medios ilegales y que protegen sus actividades mediante la aplicación sistemática de prácticas corruptas.”⁵²⁵

En Italia respecto al pensamiento jurídico y de acuerdo al problema creado por estos grupos criminales se elaboró el concepto de *asociación de tipo mafiosa* que ingresaron en su Código Penal a partir de 1992, que lo define “en función de quienes formen parte de ella se valgan de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo o de la condición de sujeción o secrecía que deriva de la comisión de delitos para delinquir, de modo directo o indirecto, la gestión o el control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones para prestar servicios públicos o para obtener provechos o ventajas injustas para sí o para otro o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procura votos para sí o para otro con motivo de un proceso electoral.”⁵²⁶

En el caso de España y con el objeto de elaborar los informes que requiere la Unión Europea -en un ámbito administrativo-, ha considerado como indicadores mínimos para estimar que existe *delincuencia organizada* con la: “1) Concurrencia de más de dos personas para la comisión de delitos, 2) Ámbito geográfico de actuación internacional o interprovincial, 3) Sospecha de que el grupo pudiera cometer o hubiera llevado a cabo delitos que por sí solos o de forma global sean de importancia considerable, 4) Actuación

⁵²⁵ Cfr. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, Op. Cit., supra nota 523, p. 57

⁵²⁶ Ibidem, p. 104.

por un periodo de tiempo prolongado, 5) Búsqueda de beneficios o de poder, y 6) Reparto de tareas.”⁵²⁷

En la Unión Europea, por medio del grupo denominado Drogas y Criminalidad Organizada del Consejo de Europa recogió y analizó datos por medio de la aplicación de cuestionarios, llegando a un consenso en cuanto a que si bien *parecía prácticamente imposible redactar un texto en el que se definiera el concepto de criminalidad organizada*, sí resultaba factible enlistar una serie de características que de una u otra manera se atribuyen a dicho fenómeno en diferentes países, estos son: “1) Colaboración de más de dos personas, 2) Tareas repartidas, 3) Actuación por un período de tiempo prolongado o indefinido, 4) Utilización de alguna forma de disciplina o control, 5) Sospecha de comisión de delitos que por sí solos o de forma global sean de importancia considerable, 6) Operatividad a nivel internacional, 7) Empleo de la violencia o de otros medios idóneos para intimidar, 8) Uso de estructuras comerciales o de negocios, 9) Actividades de lavado de dinero, 10) Ejercicio de la influencia en política, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales y económicas, y 11) Búsqueda de beneficios o de poder.”⁵²⁸

En México, se presentó, dentro del ámbito legislativo, la iniciativa de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en donde el constituyente permanente tomo en consideración la experiencia en el ámbito internacional sobre esta materia, destacando ciertos elementos y rasgos que identifican a las organizaciones delictivas, como las siguientes: a) No tiene metas ideológicas. Sus metas son el dinero y el poder sin connotaciones políticas (salvo en caso de terrorismo); b) Tiene una estructura jerárquica vertical y rígida con dos o tres rangos máximos y permanentes de autoridad; c) Limitación o exclusividad de membresía con diferentes criterios de aptitud y proceso de selección rigurosa; d) Permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; e) Uso de violencias y corrupción como recursos reconocidos y aceptados para el cumplimiento de los

⁵²⁷ Ibidem, p. 122

⁵²⁸ Cfr. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, Op. Cit., supra nota 523, p. 139 y s.

objetivos; f) Operan bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores. g) Siempre pretende ejercer hegemonía sobre determinada área geográfica o sobre determinada "industria" (legítima o ilegítima), y h) Reglamentación interna oral o escrita que los miembros están obligados a seguir, entre otros.⁵²⁹

Pero qué elementos tomar en cuenta para una definición legal que englobe a todas las actividades y factores de la delincuencia organizada. Entre los juristas mexicanos, encontramos a Fernando Gómez Mont quien considera que la definición legal debe contener ciertos criterios, como tener: 1) El carácter permanente de sus actividades delictivas, 2) Su carácter lucrativo, el grado de complejidad en su organización, 3) Que su finalidad asociativa consiste en cometer delitos que afecten bienes jurídicos fundamentales de los individuos y la colectividad y que a su vez alteren seriamente la salud o la seguridad pública.⁵³⁰

Jesús Zamora Pierce, sugiere que la definición legal debe tener los siguientes criterios: A) La unión de varios delinquentes dentro de un grupo permanente, B) Jerárquicamente estructurado, C) Con finalidades de lucro, D) Mediante la comisión de delitos afecten bienes fundamentales de los individuos y de la colectividad, y E) Que, a su vez, alteren seriamente la salud o seguridad pública.⁵³¹

En México, el concepto de delincuencia organizada se introdujo legalmente en el año de 1993 con la reforma que la Constitución Política Federal experimentó en su artículo 16, al disponer en el párrafo séptimo que el plazo de la retención de 48 horas, para los casos de flagrancia y urgencia, "podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada". A raíz de esta reforma, el 1 de febrero de 1994 entraron en vigor

⁵²⁹ Iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, p. Diario de Debates del Senado de fecha 19 de marzo de 1996, p. 21

⁵³⁰ Cfr. *La procuración de Justicia*, P.G.R., 1994, México, p. 405

⁵³¹ El autor considera que con estos elementos permitirán distinguir el tipo de delincuencia organizada de la asociación delictuosa, el cual, sólo requiere, el formar parte de una asociación de tres o más personas con el propósito de delinquir. Cfr. *La procuración de Justicia*, P.G.R., 1994, México, p. 412

las reformas al Código Penal Federal y a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, en los que también se hace mención de la "delincuencia organizada". En el Artículo 196 bis del Código Sustantivo Federal el problema se vincula directamente al de narcotráfico, estableciendo una penalidad de 20 a 40 años de prisión y de 500 a 10000 días multa, además de decomiso, "a quien por sí, a través de tercero o a nombre de otros, dirija, administre o supervise cualquier tipo de asociación delictuosa constituida con el propósito de practicar cualquiera de las actividades a que se refiere este capítulo".

El Código Federal de Procedimientos Penales, por su parte, hace referencia a la delincuencia organizada en el artículo 194 bis, únicamente para el efecto de duplicar el plazo de retención de 48 horas en los casos de delitos flagrantes o en los casos urgentes, que establece que la delincuencia organizada: serán aquellos "en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantes lucrativos alguno de los delitos legalmente previstos en los siguientes artículos del Código Penal: ..."

"Es importante indicar que, al encontrarse definida la delincuencia organizada en los códigos penales, se identifica sólo para efectos de considerar plazos más amplios de retención por el Ministerio Público sobre presuntos responsables y no para otros fines. Tampoco se le considera como un delito por sí mismo; por lo que, en nuestro país no se puede procesar a alguien sólo por pertenecer a una organización criminal con las características señaladas, sino que sólo se le puede procesar cuando cometa un delito de los previstos como tal en la legislación penal."

Pero aun así, el 7 de noviembre de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, donde en el artículo 2 encontramos la definición legal de la materia que establece:

“Artículo 2. Cuando 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 solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. 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 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y

V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las

disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.”

Retomando la idea del concepto ontico-ontológico, vemos que la definición legal de la delincuencia organizada como “ser” no corresponde a la estructura de la conducta que integraría a la organización misma que delinque y que no se adecua a su ámbito ontológico, existiendo un choque conceptual entre la realidad social y la realidad jurídica con la definición.

Un ejemplo de ello, es como decir, que el delito de homicidio es toda lesión que comprende “no solamente las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa” (artículo 288 C.P.F. que describe el delito de lesiones). Otro es, homicidio es cuando una persona acuerda matar a un hombre, lo cual no es posible considerarlo de esa manera, y aún cuando el agente muestre actos encaminados para llevar a cabo su finalidad (comprar un arma de fuego, planear la forma de realización, etc.), quedando sólo en medios preparatorios no puede ser punible su comportamiento por el delito de homicidio. Ahora bien, cuando se exterioriza actos ejecutivos para privar de la vida a otro, será sancionada la conducta por el delito de homicidio en grado de tentativa, más no por homicidio. Porque cada concepto tiene su significado y proyección en la vida social, no se puede dar sentido a las palabras y conceptos en un sentido fuera de la realidad social.

Porque no se puede llamar delincuencia organizada a un grupo de tres personas que acuerdan organizarse o que realizan actos preparatorios para llegar a constituir la sin que tengan un plano externo en el mundo factio de que estén constituidos plenamente como una organización, si no es así, menos se concibe la idea que pudiera delinquir como tal, es decir,

sino existe organización, no puede existir un delito cometido por dicha organización, aun menos, de los mencionados en el catálogo que señala el artículo 2 de la materia.⁵³²

3.2 TIPICIDAD

Sí un comportamiento humano es adecuada a la descripción abstracta del tipo penal de la delincuencia organizada se puede afirmar que existe tipicidad entre la manifestación de la conducta en el mundo fáctico y la descrita en el mundo abstracto, por lo tanto, y, de acuerdo al Párrafo Tercero artículo 14 de la Constitución Política Federal y de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se puede considerar por parte del Juez como delito y sancionarla de acuerdo a lo establecido por el orden jurídico mexicano.

3.2.1 TIPICIDAD CONGLOBADA Y EL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Partiendo de la idea que la tipicidad implica antinormatividad por contrariedad de la norma que prohíbe o manda una cierta conducta exigida por el tipo penal que exige la comprobación conglobada en el orden normativo. Siendo el juicio de la tipicidad penal el resultado entre la tipicidad legal y la tipicidad conglobante. Esto es que aún cuando exista - en el supuesto del delito en materia en relación con el delito contra la salud:-

El acuerdo de tres o más personas para organizarse o se organicen forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar aun gratuitamente, prescribir, introducir o extraer del país, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito algún

⁵³² Para mayor explicación de este criterio ir al punto 3.2.2.1 Elementos esenciales del tipo de la delincuencia organizada

estupefaciente, psicotrópico y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en materia de narcóticos, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud; aportar recursos económicos o de cualquier especie, o colaborar de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos contra la salud o realizar actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias prohibidas.

Puede esa conducta estar bajo una causa que excluya su responsabilidad penal, es decir, que tengan permiso por parte de la Secretaría de Salud, como es el permitir a las empresas y laboratorios encargadas de la investigación y producción de medicamentos, o exista algún Convenio Internacional que permita esa situación como lo es el caso -entre otros casos- del "Decreto promulgatorio del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes." Publicado el 24 de enero de 1991 en el Diario Oficial de la Federación, que en su artículo 5 establece:

"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; ..."

Y que de acuerdo con algunos núcleos de población indígena, es necesario la utilización del *peyote* -especie prohibida por la Ley General de Salud- para llevar a cabo sus rituales religiosos, es así, que el gobierno mexicano permite que se utilice ese tubérculo por los indígenas. Lo anterior, es por lo establecido por el artículo 8 del Convenio en mención, que señala:

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos...”

3.2.2 EL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD EN EL PLANO DE LA SISTEMÁTICA DEL TIPO.

La tipicidad, como una exigencia de que la manifestación de la voluntad humana se subordine al tipo penal, es un patrimonio que deben de cuidar los regímenes liberales respecto al derecho penal moderno. Así el tipo penal del delito de la delincuencia organizada pertenece a la ley cuya existencia jurídica y dentro del ámbito de la doctrina jurídico-penal debe de cumplir ciertos requisitos comunes que forman la estructura de cualquier tipo del delito en particular que se trate, reflejando su nacimiento y existencia con la finalidad de evitar que el hombre social realice la conducta descrita por el artículo 2 de la Ley en materia, esto por la conminación de pena contenida en la ley.

3.2.2.1 ELEMENTOS ESENCIALES DEL TIPO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD.

En México, la delincuencia organizada es un problema que ha existido, pero que ha sido de reciente ingreso en la agenda del Gobierno Federal. Así en la campaña electoral de 1994 un aspecto relevante para los candidatos políticos a la Presidencia de la República en ese año y cuya organización criminal, ya no era un fenómeno aislado u ocasional, sino como una realidad manifiesta, dotada de organización, aumentando su peligrosidad para la sociedad.

En el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, presentado por el Presidente de la República, Ernesto Zedillo Ponce de León el 31 de mayo de 1995, manifiesta su preocupación por la delincuencia organizada al mencionar el requerimiento de programas "que permita una mayor especialización de los cuerpos policiales encargados de esta tarea, a efecto de preparar a sus miembros con los conocimientos, equipo y capacidad para luchar contra organizaciones criminales que destinan una cantidad muy elevada de sus recursos para armar y preparar a sus integrantes."⁵³³

El modelo de control social como cultura criminológica, ha sido capaz de dar cuenta de una criminalidad reprimida, como aquella otra que en términos generales puede incluirse en el rubro de la impunidad que circunscribe a la criminalidad no convencional, una de las cuales se manifiesta en mayor medida -en nuestros días- como criminalidad organizada, de la cual existen múltiples ejemplos en el campo de los tráfico ilegales, como son los casos de especies en extinción o amenazadas; de piezas y arqueológicas; de armas; de menores y órganos; y el caso más difundido relativo a las convencionalmente mencionadas como drogas controladas y/o prohibidas.⁵³⁴

De esta manera, se tenía que crear nuevos instrumentos jurídicos para combatir a la delincuencia organizada, es por ello, que se promulgó la ley de la materia, y donde encontramos en su artículo 2, el tipo penal que describe a la delincuencia en mención;

⁵³³ Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000. México. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 1995, p. 29

⁵³⁴ Cfr. TENORIO TAGLE, Fernando. *El Prohibicionismo de las Drogas, su incorporación a la Crisis y Propuestas de Legalización*. ITER CRIMINIS. Revista de Derecho y Ciencias Penales, No. 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1998, p. 185 y s.

relacionado con ciertos delitos que por su importancia y manifestación consideró el legislador como relevantes para contemplarlos en el catálogo e involucrarlos con la actividad de los grupos criminales organizados. Pero, para ello, el Constituyente Permanente, tenía que considerar ciertos elementos que la doctrina considera esenciales en la construcción de cualquier tipo penal (delito), como el *sujeto activo*, la *conducta externa* y el *bien jurídico*.

La doctrina los considera como esenciales porque en la realidad social existe un ser humano con capacidad para entender y desarrollar mediante la voluntad un comportamiento, consistente en una conducta que se manifiesta en el mundo de los hechos y que es perceptible por los sentidos humanos; que lesiona o pone en peligro algún o algunos valores éticos-sociales considerados por los habitantes de ese núcleo social relevante para mantener la armonía y convivencia entre sus miembros.

Por tal motivo, se analizara el tipo penal de la delincuencia organizada en relación con el delito contra la salud -por su trascendencia en la actualidad del país y del mundo-, por medio de estos elementos esenciales en la doctrina y en la realidad jurídico-penal con aplicación de la ley en materia en el plano de la actividad y dinamismo social.

3.2.2.1.1 SUJETO ACTIVO DEL TIPO PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD

En efecto, en los tipos penales contemplados en la Parte Especial del Código Penal Federal, cuando se describe el sujeto activo primario (supra 1.9.1.8.1.1.2) del delito, en la mayoría de las veces se menciona de un sujeto activo singular utilizando la expresión "el que", llamado delito *monosubjetivo*; pero en otras ocasiones, dicho agente o sujeto activo es requerido en el tipo penal en una forma plural o colectiva, llamado delito *plurisubjetivo*, en cuanto a que la conducta descrita solo pueden realizarla varios sujetos, quienes deben de participar de una manera indispensable para su comisión, como en el caso del delito

contemplado en el artículo 132 rebelión, 141 conspiración, 146 piratería, todos del Código Penal Federal.

En el caso del delito de delincuencia organizada, el tipo penal contenido en el artículo 2 de la materia, exige que el sujeto activo primario sea de carácter *plurisubjetivo*, por exigir, la descripción del tipo penal en análisis, que sean tres o más personas las idóneas para cometer el delito. Pero es cuestionable el número mínimo de personas que se requiere como base para considerar una organización delictiva de acuerdo a la ley.

3.2.2.1.2 CONDUCTA EXTERNA DEL TIPO PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD

La descripción del contenido de un tipo penal contempla siempre un comportamiento humano por medio de un hacer o dejar de hacer (comisión u omisión), donde la sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica se capta en el modelo de su estructura e integridad de sus elementos que lo componen. Es tal, que en el derecho penal actual existe el principio de *nullum crimen sine conducta* (no hay delito sin conducta).

En el tipo penal de la delincuencia organizada, contiene los siguientes elementos:

“Artículo 2. Cuando 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 sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. 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 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y

V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter; y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.”

De los elementos que preceden, se deduce que en virtud de que el tipo penal del delito de delincuencia organizada describen no sólo una conducta, sino varias, cuya hipótesis se mencionan, a bien, para realizar el análisis del delito en mención, los supuestos que se desprenden, respecto a su tipo penal, son las siguientes:

1.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como fin cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

2.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como fin cometer **algunos** de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

3.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como **resultado** cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

4.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como **resultado** cometer **algunos** de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

5.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma permanente, conductas que **unidas a otras**, tienen como fin cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

6.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma permanente, conductas que **unidas a otras**, tienen como fin cometer **algunos** de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

7.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma permanente, conductas que **unidas a otras por sí**, tienen como **resultado** cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

8.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como resultado cometer algunos de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

9.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como fin cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

10.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como fin cometer algunos de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

11.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como resultado cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

12.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como resultado cometer algunos de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

13.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como fin cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

14.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como fin cometer algunos de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

15.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como resultado cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

16.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como resultado cometer algunos de los siguientes delitos, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

En los supuestos que preceden, encontramos un factor en común, que es la parte conducente: *Cuando tres o más personas acuerdan organizarse*. Donde observamos en su estructura gramatical, bajo las reglas de la ortografía y sintaxis; un sujeto, un verbo y un predicado que se encuentra de la siguiente manera:

A. Sujeto: *Tres o más personas*.

B. Verbos:

1) *acuerdan*.

2) *organizarse*.

C. Predicado: *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*.

Es así que la conducta externa debe consistir en que *tres personas o más tengan la resolución en común de una manera premeditada de querer organizarse* 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 mencionados en el catálogo del artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Es notorio que la multicitada ley sanciona la *finalidad abstracta* de tres o más personas, considerando la legislación jurídico-penal, tal conducta como un delito completo, formal, de simple peligro, sancionable aun cuando no se consumen alguno o algunos de los delitos deseados y mencionados en el artículo de referencia.

Es claro que en este supuesto queda fuera del contexto, de acuerdo -a la doctrina del derecho penal y nuestra legislación penal- a lo que se debe de entender como delito: la primera define al delito desde una concepción analítica (dependiendo de los elementos y la teoría) del mismo que es la *conducta* típica, antijurídica y culpable o de la definición legal que establece el artículo 7 del Código Penal Federal: "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", lo cierto es que de acuerdo al principio de *nullum crimen sine conducta*, es necesario -en ambos criterios- que exista una manifestación del comportamiento humano de un manera voluntaria en el mundo exterior y es el caso del tipo penal de la delincuencia organizada que no sanciona propiamente una conducta sino un pensamiento reflejada en una opinión o manifestación de ideas.

Montesquieu sentó en su famoso "Espíritu de las leyes" que el pensamiento no delinque. Pero, hay excepciones al aforismo. A veces el pensamiento o la opinión, delinque, cae bajo la sanción del contenido del articulado de los Códigos. Por vía de ejemplo, encontramos algunos casos: la calumnia, la injuria, la instigación a cometer delitos, el desacato, la apología del crimen, son delitos, toda vez que la sociedad debe defenderse de las personas peligrosas que la afectan. Y la peligrosidad de algunos ciudadanos, sirve de fundamento a la técnica de las leyes modernas. Todos los códigos contemplan y castigan estos delitos en los cuales surge con claridad la opinión o *ánimus delictuoso*. Más, no ocurre lo mismo con el castigado *delito de opinión*, que escapa a las figuras delictivas, pero que resulta el más común y perseguido en los regímenes despóticos.⁵³⁵

De aquí surge esta paradoja irritante: el castigo de un delincuente que no es tal, por un delito inexistente en el mundo fáctico y por un poder que no es poder, porque ha usurpado la soberanía del pueblo alzándose con todas las libertades y garantías individuales inherentes a la personalidad humana, esto es: propias del hombre como ser pensante y libre, garantías y libertades que le pertenecen por derecho natural, *anterior y superior* a toda

⁵³⁵ Cfr. ETCHEGOYEN E., Félix, *Delito de Opinión*, Monografías jurídicas, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1958. p. 13 y s. En nuestro país existe la libertad y limitación del derecho de opinión contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política Federal y que en relación con el delito de delincuencia organizada

legislación positiva, y de las cuales no abdicó Juan Jacobo Rousseau en su obra "El contrato social".⁵³⁶

La libertad de pensamiento tiene su logro con la Revolución francesa. El artículo 10 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano: "Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, con tal que su manifestación no trastorne el orden público establecido por la ley." Y el 11: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones, es uno de los derechos más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede hablar, escribir o imprimir libremente; pero debe responder del abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley."⁵³⁷ ¿Qué orden público se trastorna con el acordar organizarse para cometer ciertos delitos? Considero que hasta ciertos límites ninguno.

Analizando el *acuerdo* de una forma separada, encontramos que proviene: "Del latín *ad cordis*, que alude a la idea de unidad. Es sinónimo, en un sentido general, de convenio, contrato, pacto, tratado, en cuanto alude a la idea común del concierto y de la conformidad de las voluntades que concurren a concretar un objeto jurídico determinado.

En el ámbito del Derecho y como una acepción general y amplia se aplica a la idea de la resolución de un cuerpo colegiado, con jurisdicción y competencia: tribunal, asamblea, consejo, sociedad, etc.

En sentido estricto legal significa la resolución dictada por un cuerpo colegiado que tiene la jurisdicción y el imperio para hacerla cumplir.

En otro sentido se aplica al concierto de dos voluntades para un fin jurídico común.⁵³⁸

se tocara este punto en el tema de "La función dogmática del tipo de la delincuencia organizada en relación con el delito contra la salud". 3.2.3

⁵³⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 14

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 16

⁵³⁸ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ed. Driskill S.A., Buenos Aires, 197 * 2 *, p. 447, T-I

En un aspecto del derecho penal el acuerdo delictivo es relacionado con la participación en el delito, el cual "es cooperación, colaboración, ayuda, motivación, movilización diríamos, porque en definitiva es por sobre todas las cosas este último, desde el momento que producirlo un resultado dañoso y penalmente reprochable, es participar en un delito.

Adviértase que estamos tratando de determinar la naturaleza más íntima de la imagen lingüística y que esta animación del fenómeno hombre, es lo que le permite ser participe, pues su conducta no es determinada por ninguna ley de la naturaleza, sino sólo por una sola voluntad que es suya o de la de un prójimo que le utiliza como instrumento en excepcionales casos. Así pues, podemos concluir que la definición más general que encuadra con la palabra participación es movilización animadamente dirigida a intervenir en un evento que producirá un resultado que previsto por la sociedad como delito, se califica de criminal como específica distinción de lo que pueda ser otro tipo de interacción irreprochable, o sea no punible..."⁵³⁹

En el caso de la participación y la asociación criminal. "En ambas hay una finalidad: cometer delitos y un acuerdo o confluencia de voluntades hacia ese objetivo; más en una, esa convergencia intencional es accidental, premeditada o no, y en la otra es permanente, o por lo menos guarda una estrecha y más o menos extensa relación temporal entre los sucesivos hechos criminosos y los que en ellas intervienen."⁵⁴⁰

Lo anterior, se contempla en la fracción I del artículo 13 del Código Penal Federal que establece:

"Artículo 13. Son autores partícipes del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización"

⁵³⁹ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Ed. Driskill S.A., Buenos Aires. 1978, T-XXI, p. 528 y ss.

⁵⁴⁰ Ibidem

En este caso, es sancionada aquella o aquellas personas que acuerdan o preparan la comisión de un delito. Pero este, en un enfoque fáctico, es decir, que ha existido la manifestación de una conducta voluntaria por otra u otras personas que ponen en peligro o lesionan el bien jurídico que protege el tipo penal. Así no se sanciona el mero acuerdo o su preparación de manera aislada, sino en base de la comisión del delito mismo. Por las razones antes expuestas en México no existe en su sistema jurídico la formula para sancionar de manera aislada los supuestos antes referidos.

En ese sentido se ha manifestado el siguiente criterio por parte del órgano del Poder Judicial de la Federación, en los siguientes términos:

Novena	Época
Instancia	Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo:	III, Junio de 1996
Tesis:	II, 2o.P.A. 30 P
Página:	815

DELINCUENCIA ORGANIZADA, INEXISTENCIA
DEL DELITO DE CUANDO LA FINALIDAD DEL
ILÍCITO ES ABSTRACTA O INDETERMINADA

Como de autos se desprende que las reuniones que se verificaban, eran como un **fin determinado**, como lo es la **planeación del robo**, esto es, existía un acuerdo previo, que forma parte del iter criminis para un delito en particular, lo cual encuadra dentro de la hipótesis que prevé el artículo 11 del Código Penal para el Estado de México, referente a la participación del sujeto activo en la comisión de un ilícito, por lo que la circunstancia de que *el quejoso se haya reunido en varias ocasiones con un grupo de sujetos*, no implica que precisamente se trate de una

autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, y además, que por sí o por interpósita persona adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el propósito de 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 serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

41.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

42.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, y además, que por sí o por interpósita persona adquiera,

enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el propósito de 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 serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

43.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como resultado producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

44.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como resultado producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, y además, que por sí o por interpósita persona adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el propósito de 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 serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

45.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

46.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, y además, que por sí o por interpósita persona adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el propósito de 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 serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

47.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como resultado producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

48.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como resultado producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, y además, que por sí o por interpósita persona adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el

propósito de 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 serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

49.- Cuando tres o más personas se organicen para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

50.- Cuando tres o más personas se organicen para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán y además, que por sí o por interpósita persona adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el propósito de 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 sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

51.- *Cuando tres o más personas se organicen para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como resultado producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.*

52.- *Cuando tres o más personas se organicen para realizar en forma permanente, conductas que por sí, tienen como resultado producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, y además, que por sí o por interpósita persona adquiriera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el propósito de 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 serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

53.- Cuando tres o más personas se organicen para realizar en forma permanente, conductas que unidas a otras, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

54.- Cuando tres o más personas se organicen para realizar en forma permanente, conductas que unidas a otras, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán y además, que por sí o por interpósita persona adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el propósito de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alejar alguna actividad ilícita sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.

60.- *Cuando tres o más personas se organicen para realizar en forma reiterada, conductas que por sí, tienen como resultado producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud, y además, que por sí o por interpósita persona adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé 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 la actividad ilícita, con el propósito de 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 serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la Delincuencia Organizada.*

61.- *Cuando tres o más personas se organicen para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como fin producir alguno de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, sin la autorización correspondiente a que refiere la Ley General de Salud,*

porque en ellos la figura delictiva aparece completa y no se precisa acudir a otra para darle el sentido propio.

Para que en realidad tenga el carácter de tipo especial debería de contener -como ejemplo- cada uno de los elementos que describe cada uno de los artículos 194 y 195 del C.P.F. y aumentar una circunstancia que agrave la pena. De esta manera sería independiente o autónomo con el tipo básico, pero no es así, el tipo de la delincuencia organizada no contiene ningún elemento de los delitos señalados en las fracciones del artículo 2 de la LFCDO

3.2.2.3.1.2 A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

El tipo penal de la delincuencia organizada debe de prescindir de la existencia del bien jurídico, que es relevante para la sociedad para mantener la convivencia social.

De esta manera, el bien jurídico protegido por el tipo penal de la delincuencia organizada cumple las funciones: 1) Garantizadora que impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados y 2) Teleológica sistemática, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita.

En el caso del artículo 2 de la LFCDO no solamente se tutela la seguridad nacional frente a los daños que puedan afectarle, sino también la salud pública, en el delito contra la salud, es por ello, que se considera *compuesto* por tutelar dos o más bienes jurídicos que para su existencia no es posible afirmar que se fusionen dos tipos simples, sino que en su existencia conceptual se protegen dos o más bienes jurídicos.

Esta situación implica una gravedad para los ciudadanos, pues no sólo rompe con los principios rectores del derecho penal sino también con la dogmática jurídico-penal, porque no existe conducta alguna por parte del nuevo procesado que establezca el contenido del artículo 41 de la LFCDO, porque sólo será necesario probar una sola vinculación y esta no implica una conducta. Entonces porque considerarlo como delincuencia organizada una simple vinculación, porque existiría la aberrante hipótesis en relación con el artículo 2 de la misma ley: Cuando una persona tenga un vínculo con tres o más personas que acordaron organizarse o se organizaron para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tuvieron como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala

De esta forma existe la posibilidad que una persona sea sancionada penalmente por el delito de delincuencia organizada, no porque exista la reproducción de la descripción típica de "cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organice para realizar, en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes. ..."; sino que tenga la vinculación con los que acordaron organizarse...*

En el caso del delito de la delincuencia organizada en relación con el delito contra la salud, el nuevo procesado puede ser condenado No por acordar junto con dos o más personas organizarse o que se organizaron... De acuerdo al artículo 2 de la LFCDO. Sino, por tener una vinculación con aquellas tres o más personas que acordaron artículo 41 de la LFCDO

En esta medida la punibilidad depende de la *vinculación* (o de la acreditación de la delincuencia organizada) del nuevo procesado y la delincuencia organizada acreditada ante un Juez competente, pero en ningún caso, el orden llega a afectar el tipo en *sensu stricto* contenido del artículo 41 de la LFCDO, es decir, que no existe un *elemento condicionante consecuencial*. Este acontecimiento hará imposible aplicar el artículo 2 de la materia, aun cuando se demuestre la delincuencia organizada en los términos de tal precepto.

descripciones que abarcan especiales intenciones de las tres o más personas, e inclusive con la sola intención basta para estar integrada en el tipo penal y no en la culpabilidad, tal como lo estudia *Welzel* en su teoría finalista de la acción.

Así que tomando el criterio de la existencia del *tipo subjetivo* en la descripción del delito de delincuencia organizada, se propugna el aspecto que sirve para construir los *elementos subjetivos de la antijuridicidad*, y que se utiliza como la base del delito.

a') Clasificación de los tipos por los elementos subjetivos referentes al autor

De acuerdo con el criterio de Jiménez de Asúa, realiza una síntesis completa de la clasificación de los tipos penales que realizan *Mezger*, *Zimmerl* y *González López* conforme a los *elementos subjetivos de lo injusto*, siendo la siguiente:

a) Delitos de intención ulterior *sensu stricto*, es el tipo penal de la delincuencia organizada porque en ella, lleva la voluntad de las tres o más personas presente en la acción con el ánimo de conseguir un fin más lejano. Esta modalidad se puede manifestar en los siguientes grupos:

a') Delitos en los que en el primer acto intencional se cumple el propósito, como es el caso del supuesto de cuando tres o más personas se organicen para realizar..., consistente en tener todo en orden para cometer alguno de los delitos señalados en el artículo 2 de la LFCDO. En el primer supuesto, cuando tres o más personas acuerdan organizarse..., no existe acto alguno, por las consideraciones antes expuestas, por lo tanto, no entra en esta clasificación

b') Delitos en donde el fin que el ánimo persigue precisa un nuevo acto, como en el supuesto de cuando tres o más personas se organicen para realizar... el delito contra la salud en su modalidad de producción, pero estas deciden, además, de organizarse

para extraer del país narcóticos, esto por lo establecido por el artículo 2 de la LFCDO en relación con el artículo 194 del C.P.F.

b) Los delitos de tendencia (que en su sentido amplio pueden ser incluidos en los *delitos de intención*), son aquellos delitos que se les exige un impulso subjetivo, subclasificados así por *Leopoldo Zimmerl*, el tipo de la delincuencia organizada se coloca de la siguiente manera:

a') Delitos de lucro o egoísmo, porque la organización criminal tiene por objeto obtener ganancias por motivo de su actividad y no importa por lo que tengan que pasar; ellos lo consiguen por medio de la corrupción

b') Delitos maliciosos en cuanto al perjuicio, como los daños que pudieran causar si cometen alguno o algunos de los delito señalados por las fracciones del artículo 2 de la LFCDO, ejemplo de los delitos contra la salud, sería la salud pública.

c) Delitos de expresión, son aquellos delitos que se presentan como revelación de un proceso anímico en el agente. *Mezger*, como, ejemplo, esta el supuesto de cuando tres o más personas acuerdan organizarse para realizar..., porque sólo es necesario la expresión de su voluntad para que sea considerado y sancionarlos como miembros de la delincuencia organizada.

3.2.2.3.1.5 ATENDIENDO A LA DELIMITACIÓN DEL CÍRCULO DE POSIBLES AUTORES.- El comportamiento humano exigido por el tipo penal de la delincuencia organizada puede tener la particularidad de poder ser cometido por cualquier persona que tenga la capacidad física y psíquica o que deba de tener cierta calidad el sujeto activo, como es el caso del servidor público a que refiere el artículo 5 de la LFCDO. Es así que de acuerdo a la subclasificación de esta clase de tipos penales, el tipo penal en estudio se coloca de la siguiente manera:

a') En los *delitos comunes*.- Tiene lugar el tipo penal de la delincuencia organizada porque en su descripción enuncia que *cuando tres o más personas*, en esta situación no exige alguna calidad del sujeto activo. En esta clase de delitos cualquiera puede ser autor.

b') *Delitos especiales propios*.- En esta clasificación podría tener cabida el tipo penal de la delincuencia organizada en relación con el artículo 5 de la LFCDO, que señala: "las penas a que se refieren el artículo anterior aumentarán hasta en una mitad, cuando:

I. Se trate de cualquier servidor público que participe en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada..."

Aunque esto rompe con la sistemática de la formación de los tipos penales, porque para agravar o atenuar una pena, es necesario que exista una descripción con los elementos esenciales del tipo básico y complementarla con alguna circunstancia agravante o atenuante de la sanción. Además, esta situación debería estar en los "delitos cometidos por los servidores públicos" del Título Décimo del Libro Primero del Código Penal Federal, con una descripción, tal vez, cuando un servidor público junto con dos o más personas para acordar organizarse o se organicen para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos ... Esto de acuerdo con la descripción del artículo 2 de la LFCDO.

Estos delitos por el contrario, sólo se incluye en el tipo penal, como posibles autores, algunas personas con una especial característica, ejemplo de este delito es el cometido por los funcionarios contenidos en los preceptos del Título Décimo del Código Penal Federal bajo el rubro "Delitos cometidos por los servidores públicos".

c') *Delitos especiales impropios*.- son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona, pero por lo que respecta a la autoría de las personas cualificadas

constituye una causa de agravación de la pena. Tal es el caso estipulado en la fracción I del artículo 5 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

d') *Delitos de propia mano.*- En esta clasificación se necesita que el autor debe efectuar la ejecución corporal o personal, esto de acuerdo al tipo penal, porque al no ser de esta forma, faltaría el específico injusto de la acción de la correspondiente la clase de delito. El tipo penal de la delincuencia organizada tiene lugar en esta subdivisión: 1) los que exigen la propia intervención corporal del autor en el hecho, como lo describe el supuesto de cuando tres o más personas se organicen para realizar..., donde se encuentra la ejecución corporal de organización; 2) El segundo grupo son los tipos penales que no requieren una actuación corporal, pero sí personal, ejemplo es el supuesto de cuando tres o más personas acuerdan organizarse para realizar... .

Una crítica a esta clase de delitos, es la que realiza la teoría predominante que ha restringido de una forma considerable estos principios, en la medida que fueron interpretado los conceptos *condiciones o cualidades personales* sólo como momentos de condición permanente junto a los momentos objetivos de autor, deben de considerarse sólo la profesionalidad y habitualidad, la residencia y la cualidad de delincuente habitual peligroso, mientras que las intenciones, tendencias y otros motivos *transitorios* deben de excluirse y en el caso del tipo penal de la delincuencia organizada se sanciona la *intención* de tres o más personas.

3.2.2.3.1.6 SEGÚN EL GRADO DE REALIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

a') De consumación.- El tipo penal de la delincuencia organizada para que sea *consumado o perfecto* se deben de llevar a cabo todos y cada uno de sus elementos esenciales puestos por la ley para acriminar un comportamiento humano, como delincuencia organizada es decir, que el comportamiento de los sujetos será el mismo que describe el artículo 2 de la LFCDO.

a'') Delito instantáneo.- En relación con este delito los autores parten de dos premisas para definir el concepto jurídico del delito instantáneo. Fundándose en la instantaneidad de la consumación.- Esta premisa determina la instantaneidad del delito, dando la imposibilidad que la lesión del bien jurídico pueda perdurar en el tiempo. En el caso del tipo penal de la delincuencia organizada no cumple tal función.

Dentro de los delitos de consumación, se encuentra dos modalidades que son: 1.- *consumación formal* y 2.- *consumación material*; la primera modalidad, se determina en relación con el contenido del tipo penal que indica el momento en considerar que un delito a llegado a su consumación, esto por darse un total cumplimiento a lo señalado en el tipo penal en todos los elementos constitutivos del mismo. La ley establece que la consumación se da con relación a la producción del resultado. Aquí se encuentra el tipo penal de la delincuencia organizada, porque es un delito de mera actividad que pone en peligro el bien jurídico tutelado por el derecho penal

a) *Delito perfecto*.- Es cuando el comportamiento de las tres o más personas han alcanzado el objeto jurídico del artículo 2 de la LFCDO, es decir, que es cuando ha transgredido el derecho protegido por el derecho penal que constituye la esencia del delito de la delincuencia organizada.

b) *Delito consumado y perfecto pero aún no agotado*.- Parte de la idea de cuando el delito, si bien a llegado a su *perfección*, por haberse producido la violación del derecho o de la norma de cultura, puede sufrir, sin embargo, ulteriores modificaciones el delito de la delincuencia organizada en sus aspectos, las cuales pueden ser traducidas en una disminución, como es el caso del artículo 35 de la LFCDO que establece:

“Artículo 35. El 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:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa 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;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador este 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;

III. 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 por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta...”

Y consiste en un *aumento*, cuando, en cambio, pueda llevarse el delito a consecuencias ulteriores como es el caso que exista la comisión de un delito señalado en las fracciones señaladas en el artículo 2 de la LFCDO. Tal es el caso del artículo 4 de la misma ley, que establece:

“Artículo 4. Sin perjuicio de las penas que corresponden por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes...”

Es así, que si las tres o más personas han cometido el delito contra la salud de una manera organizada la pena será acumulable. Por ejemplo si éstas fueron condenados por el traficar narcóticos a 10 años, y, si uno de ellos tenía funciones de administración se le sanciona por 20 años, así sería un total de 30 de prisión.

c) *Delito consumado, perfecto y agotado.*- Es el mismo caso del artículo 4 de la LFCDO, porque, aunque ocurridos después de la *perfección* del delito, *lo llevan a consecuencias ulteriores*, respecto a las consideraciones expuestas en el punto anterior.

b'') Delito instantáneo con efectos permanentes.- son aquellos delitos que se debe de entender como una vez tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos, en el cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las consecuencias nocivas de éste.

En esta clasificación, no tendría cabida el delito de la delincuencia organizada, porque es un tipo penal de mera conducta, es decir, que sólo pone en riesgo el bien jurídico tutelado por el derecho penal, y por lo tanto no exige un resultado material.

c'') Delito de hecho pasajero.- Aquí encuentra el delito de la delincuencia organizada un lugar, porque después de su comisión no dejan algún vestigio por tratarse de un delito de mera conducta, es decir, que el sólo hecho del supuesto que señala *Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por si o unidas a otras, tienen como fin o resultado el cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...*, no existirá vestigio alguno de la manifestación de la voluntad de las tres o más personas (salvo que lo plasmaran en un documento, pero esto sería un ficción en la realidad).

a) Delito flagrante.- Necesariamente el delito de la delincuencia organizada debe ser sorprendido *in fraganti*, es decir, durante o inmediatamente después de 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 el cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...*, para que pueda llevarse a cabo la detención provisoria de quien ha sido sorprendido en delito flagrante

El presupuesto de la detención provisoria tiene su base en un hecho típicamente antijurídico del delito de la delincuencia organizada, porque no es necesario también la imputabilidad de los autores, ya que a los inimputables (menores de edad) a causa de sus actos típicos se les pueden imponer medidas de seguridad de modo forzoso, por medio de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal..

b') Delito permanente.- El tipo penal de la delincuencia organizada es un delito permanente por consistir en una violación del imperativo de la norma que se prolonga sin solución de continuidad por un determinado plazo de tiempo, merced a la conducta ininterrumpida de los sujetos, que consiste en el acuerdo para organizarse o aquel proceso de organización para cometer delitos, durante el cual se lesiona el objeto jurídico del artículo 2 de la LFCDO, cuya función es de prevención de la comisión de los delitos señalados en las fracciones del precepto jurídico indicado.

De esta manera, es el comportamiento de las tres o más personas la que se prolonga sin solución de continuidad por voluntad del agente, estando en su mano el hacerla cesar cuando acuerdan no organizarse para cometer delitos o dejan de organizarse o disuelven la organización. Pero en cada instante en que perdura, renueva la ofensa del bien protegido por la ley penal cuya prevención es fundamental para dicho precepto, es decir, que el delito de delincuencia organizada resulta un estado antijurídico durable mientras no se cometa alguno o algunos de los delitos señalados en el artículo 2 de la LFCDO.

a'') Delito necesariamente permanente.- Se ha mencionado e insistido en que la denominación de este delito, depende de la permanencia o continuidad y éste es el caso del tipo penal de la delincuencia organizada que implica una persistencia en la finalidad del delito, durante la cual mantiene su actuación la voluntad criminal de las tres o más personas en su acuerdo o en su organización, claro sin cometer alguno de los delitos indicados en el artículo 2 de la LFCDO

Con relación a la determinación de que un delito sea permanente hay dos teorías: cuando la consumación perdura, o bien porque el bien es indestructible o inmaterial, o sea, que el bien es comprimible. Este es la situación del tipo penal de la delincuencia organizada -respecto a la última teoría- por que el bien jurídico es indestructible, es decir, inmaterial que es la seguridad pública

c') Delito de simple conducta o formal y de resultado o material.

a'') Delito formal. -El tipo penal de la delincuencia organizada se coloca dentro de esta clasificación porque sólo requiere para su consumación un simple comportamiento de las tres o más personas, que basta por sí sola para violar el objeto jurídico del artículo 2 de la LFCDO, independientemente de los efectos que cause en el mundo fáctico.

d') Delito de daño y de peligro.

a'') Delito de peligro.- Es la clase del tipo penal de la delincuencia organizada porque basta para la realización típica que se haga correr un riesgo al objeto protegido como bien o interés jurídico por el derecho penal. A través de una significación, estructura y alcance específico que reviste esta distinción, la tutela penal protege de una manera general los bienes jurídicos, tanto de las lesiones efectivas como de las potenciales que pueden afectarles.

De acuerdo, al peligro que representa la comisión de un delito se pueden clasificar el tipo penal de la delincuencia organizada, en las siguientes clases:

a) Delito de peligro *presunto*.- El peligro se considera presuntivamente supuesto en el comportamiento de las tres o más personas descritas en el tipo penal de la delincuencia organizada, sin que se admita en ningún caso prueba en contrario sobre su existencia, sólo se requiere que exista el acuerdo de organizarse o que se organicen para cometer delitos

b) Delito de peligro *común*.- Por el círculo de las personas o cosas amenazadas no está limitado de una forma individual, pues el comportamiento de las tres o más personas que describe el tipo penal de la delincuencia organizada es susceptible de afectar a una generalidad indeterminada de personas, independiente del delito que se quiera cometer por parte de la organización.

3.2.2.3.1.7 DE ACUERDO A LAS FORMAS BÁSICAS DEL COMPORTAMIENTO HUMANO, ACTIVIDAD Y PASIVA.

a') Delitos de comisión.- Es la colocación del tipo penal de la delincuencia organizada, pues la valoración normativa del comportamiento se presenta como *comisiva* cuando transgrede una violación de prohibición por la norma de cultura que se integra por un sólo hecho que contiene el supuesto de cuando tres o más personas acuerden organizarse...

3.2.2.3.2. DE ACUERDO A LA PARTE *OBJECTI* DEL DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

a') Básico y variante.- El tipo de la delincuencia organizada no se encuentra en los delitos variantes por no tener la adición de elementos complementarios de un delito básico. Pero sí se encuentra en relación con algunos delitos *básicos* como lo son:

Terrorismo, contra la salud, falsificación y alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto y robo de vehículos; y si no tiene como finalidad cometer alguno o algunos de estos delitos las tres o más personas no se podrá considerar delincuencia organizada. Hay que marcar que la descripción del artículo 2 de la LFCDO no contiene los elementos constitutivos de cada uno de ellos.

b') *Cualificados y privilegiados*. - Los elementos complementarios que puede considerarse, en el caso del tipo penal de la delincuencia organizada, describe un comportamiento que agrava la pena, que es *"Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otra, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes ..."*. Tal es el caso, del delito de asociación delictuosa, el tipo penal básico porque el artículo 164 C.P.F. : *"Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir..."*. Pero en el caso de los delitos contra la salud contenido en los artículos 194 y 195 del C.P.F., no existe una variante en el contenidos de los elementos constitutivos de ese delito porque no concurren las exigencias de un tipo cualificado que es llevar todos los elementos del delito básico y adicionar circunstancias que agraven su comisión.

c') *Sui generis*. - característica que cumple el tipo penal de la delincuencia organizada porque esta clase de delito no se da ninguna relación con un delito básico, aunque en su aspecto teleológico jurídico protege un bien y en su descripción del comportamiento humano abstracto revelan cierto parentesco con el delito de asociación delictuosa. Tal es el caso que de la creación del nuevo tipo penal se separa de la conexidad de su grupo de delitos del Capítulo IV "Asociaciones delictuosas" y constituye, por lo tanto, en un precepto penal autónomo con su propio contenido de desvalor en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

3.2.3 LA FUNCIÓN DOGMÁTICA DEL TIPO PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA LA SALUD

La dogmática jurídica-penal es la ciencia cuyo objeto es conocer el sistema de normas que existen en un ordenamiento jurídico-penal de un Estado. Al estudiarla se aprecia la norma jurídica tal como es, es decir, se toma a manera de dogma, de allí su denominación; y, además para el estudio del Derecho Penal, se requiere la existencia de un ley y esta necesidad se deriva del principio de legalidad de los delitos vigente en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución General, además del artículo 7 del Código Penal Federal.

Es de esta manera, que una acción o una omisión, para que se considere como delito, han de estar comprendidas en un tipo de lo injusto del Código Sustantivo Federal o de una ley especial. De acuerdo al artículo 7 del Código establece: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...". En el caso del tipo penal de la delincuencia organizada se encuentra en una ley especial, la cual, es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Partiendo de la idea, que la tipicidad es antijuridicidad material tipificada, en la dogmática jurídico-penal, sería la teoría de los elementos negativos del tipo donde quedan fusionadas éstos conceptos -la tipicidad y la antijuridicidad- por señalar que al tipo penal pertenecen no sólo las circunstancias que fundamentan lo injusto de una figura delictiva, sino además, como los elementos negativos, es decir, que exista una causa de exclusión de responsabilidad que determina la licitud o ilicitud de la conducta.

En el caso del tipo de la delincuencia organizada para que sea considerado como delito, debe de no existir una causa que excluya la responsabilidad de las tres o más personas que manifiesten su comportamiento de acuerdo a lo descrito por el artículos 2 y 41 párrafo tercero.

Pero la descripción contenida en el artículo 2 y en el párrafo tercero del artículo 41 de la LFCDO, choca con los que establece el artículo 14 de la Constitución Política Federal y el artículo 7 del Código Penal Federal, esto por las siguientes consideraciones:

A) Respecto al contenido del artículo 2 de la LFCDO

1. El artículo 14 de la Constitución Política Federal establece el principio de legalidad en general y en particular contiene el principio penal de *nullum crimen sine tipo* (no existe delito sin tipo), al señalar en su párrafo tercero: *"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"*. En este caso no describe que debe entenderse por delito⁵⁶¹ y es el artículo 7 del C.P.F. el que define a éste, indicando: *"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."* Esto significa que para la existencia de algún comportamiento humano considerado como delito debe ser por medio de un acto o una omisión.

Es una gran falla de técnica legislativa, el contemplar en el artículo 2 de la LFCDO, que *"Cuando 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 solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: ..."*. Porque en un primer supuesto de este tipo penal, sería *"cuando tres o más personas acuerden organizarse ..."*, en esta hipótesis, es claro, que no existe ningún acto por parte de las tres o más personas, aun menos, ni siquiera actos preparatorios por parte de ellos para lograr o obtener la finalidad abstracta manifestada en común, de querer organizarse para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, cometer alguno o algunos de

⁵⁶¹ Una de las legislaciones que contemplan el significado de delito en la Constitución es la española que en su numeral 1. del artículo 25 señala: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento."

los delitos señalados en las fracciones del artículo 2 de la materia de delincuencia organizada.

Como se aprecia en el párrafo anterior, existe claridad que el supuesto del tipo penal de la delincuencia organizada contraviene a nuestro ordenamiento jurídico penal, en cuanto sancionar el pensamiento manifestado en idea de las tres o más personas en lugar de un acto realizado por ellos. Es verdad que existen límites en la libertad de expresión que tienen los ciudadanos. Tal es el caso del mismo artículo 6 de la Constitución Política Federal que establece que *"La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o turbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado."*

Es notable que en el caso de la manifestación de ideas que describe el artículo 2 de la LFCDO, una de esas limitaciones, dentro del ámbito penal, es el que provoque algún delito contemplado en las leyes penales, esto es el caso de la instigación, participación (autor intelectual) de un delito, porque el acuerdo y preparación que habla la fracción I del artículo 13 del C.P.F. debe de tener el supuesto de un delito, sin él no puede existir participación delictiva o punible.

2. Ahora bien, si se quiere sancionar por medio de una pena, el mero acuerdo de cometer un delito, debería de existir cambios en nuestra legislación en materia Penal y en particular el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política Federal y el artículo 7 del Código Penal Federal, en el sentido, de establecer lo siguiente:

El artículo 14 de la Constitución Política Federal: *En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho de que se trata.*

el artículo 7 del C.P.F. el que define a éste, indicando: *Ninguna persona podrá ser sancionada con pena por un hecho que no este contemplado en la ley penal.*

Tal situación, de sancionar un mero acuerdo de un grupo de personas para cometer un delito, es la legislación italiana, que en su Libro I bajo el rubro "De la leyes penales", donde en su primer articulado establece:

"1.(delito y pena: disposición expresa de la ley). Nadie puede ser sancionado (13) por un hecho que no este expresamente previsto como delito en la ley (40, 42, 85), ni con pena que no sea de esa estabilidad. (25, 27 Const.).

CODICE PENALE

LIBRO I

DELLA LEGGE PENALE

1. (reati e pene: disposizione espressa di legge). Nessuno può essere punito (13) per un fatto che non sia espresamente preveduto come reato dalla legge (40, 42, 85), né con pene che non siano da essa stabilite (25, 27 Const.).

Y en su capítulo III, bajo el rubro de "Del concurso de las personas del delito", el artículo 115, establece lo siguiente:

"115. (Acuerdo para cometer un delito. Instigación). Salvo que la ley disponga en caso contrario (266, 270, 271, 302; 303, 304, 305, 306, 322, 327, 414 ss., 548; 78, 98, 212 c.p.m.p.), si acaso dos o más personas acuerdan tener la finalidad de cometer un delito, y esto no sea cometido, ninguno de ellos será sancionado por el sólo acuerdo.

Sin embargo, en el caso de acordarlo para cometer un delito, el juez puede aplicar una medida de seguridad (229).

La misma disposición se aplicará en caso de instigación a cometer un delito, si la instigación de aceptar, pero más sino el delito no sea halla cometido.

Si acaso la instigación no se encuentre manifestada, y si se ha tratado de instigación a un delito, el instigador después se le aplicará una medida de seguridad (215 ss., 229)."

Capo III. Del concorso di persone nel reato.

115. (Accordo per commettere un reato. Istigazione). Salvo che la legge disponga altrimenti (266, 270, 271, 302, 303, 304, 305, 306, 322, 327, 414 ss., 548; 78, 98, 212 c.p.m.p.), qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse é punibile per il solo fatto dell'accordo.

Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza (229).

Le stesse disposizione si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se la istigazione é stata accolta, ma il reato non é stato commesso.

Qualora la istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza (215 ss., 229).

Esto se retoma del contenido del artículo 25 de la Constitución de la República italiana, en su primera parte: derechos y deberes de los ciudadanos, título relaciones civiles, que manifiesta:

ARTÍCULO 25 "...Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes que haya sido cometido el hecho que se pretende castigar..."

En un segundo supuesto del tipo penal de la delincuencia organizada que describe: *Cuando tres o más personas se organicen para realizar...*, encontramos el tentado de un delito, es decir, que las *tres o más personas realizan los medios preparatorios para cometer alguno de los delitos* señalados en las fracciones del artículo 2 de la LFCDO. Esta nueva forma de sancionar los medios preparatorios para cometer un delito, y que además, sea

motivo de una pena, no se adecua y violenta lo establecido por nuestra legislación jurídico.penal en su Parte General.

Lo anterior, porque nuestra legislación penal sancionan actos u omisiones que se prevén en las leyes penales, además, la tentativa de estos, es decir que de acuerdo al artículo 12 del C.P.F., que establece: *“Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causa ajenas a la voluntad del agente...”*

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.” Los actos ejecutivos de un delito se sancionan, aun, cuando no exista el resultado que exige la ley penal. Pero los medios preparatorios quedan fuera del ámbito del ordenamiento del Código Penal Federal.

Hablando sobre el tipo penal de la delincuencia organizada, en artículo 2 de la LFCDO en sus diversas fracciones, se establece una serie de delitos cuya finalidad debe estar encaminada -por lo menos- a cometer alguno de ellos, de otro modo la descripción principal de dicho tipo no se podrá considerar como miembro de la delincuencia criminal. ¿Qué acto ejecutivo realizan las tres o más personas que se organizan para cometer alguno de los delitos señalados?, por ejemplo, porque sancionar a ese número de personas que tienen como objetivo, cometer el delito contra la salud en su modalidad de comerciar narcóticos, si la ley no exige resultado por considerarse como una ley de prevención, no pueden los agentes exteriorizar ningún acto material constitutivo del comercio de narcóticos.

Ahora bien, nada es tan común al hombre como el conato⁵⁶². En la vida de la humanidad, no es más que una incesante cadena de conatos. Pero si el concepto abstracto de la tentativa, como cosa connatural al hombre, es algo fácil de concebirse y definirse, no lo es igualmente el concepto del conato como ente jurídico. Todos los actos con los cuales un hombre, en ejecución de un designio preconcebido, se dispone a alcanzar una determinada finalidad que luego no alcanza, son conatos en el sentido natural, pero no siempre son conatos en el sentido jurídico.

En nuestro país, tuvimos dentro de nuestra primera legislación penal en materia federal, esta situación que fue tratada en la sesión del 17 de octubre de 1868 por parte de la Comisión que nombró el Ministro de Justicia D. Jesús Terán, por acuerdo del Presidente de la República D. Benito Juárez y "respecto de los arts. 4o y 5o, relativos á la tentativa de delito, dijo Martinez de Castro que ni los artículos del proyecto que se está revisando, ni los códigos modernos esplican con precisión y claridad cuales sean los hechos que constituyen la tentativa, pues no distinguen los que deben considerarse como puramente preparatorios, de los de ejecución ni espresan la diferencia que hay entre la suspensión y el desistimiento de un delito."⁵⁶³ (sic.)

Y fue en el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de Baja-California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación del año 1871⁵⁶⁴, que en su artículo 8 "Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que se cometió el delito que se le imputa, y que él lo perpetró."

En el Capítulo II, que tiene el nombre de "Grados del delito intencional", en su artículo 18. establece: "En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados:

⁵⁶² El delito tentado se denomina *conato* porque tiene su esencia en un esfuerzo (conatus) de la voluntad, unido un esfuerzo del cuerpo. *Conatus in itinere* (como dijo Alciato) *crimen in meta*. Cfr. CARRARA, Francisco. Op. Cit., supra nota 43 ter, p. 125

⁵⁶³ Cfr. *Leyes Penales Mexicanas*, Vol. 1, I.N.A.C.I.P.E., México, 1979, p. 270

⁵⁶⁴ Todos artículos mencionados del Código Penal Federal de 1871. Cfr. *Leyes Penales mexicanas*. Vol. 1, Op. Cit., supra nota 563, p. 373 y ss.

SEGUNDO CAPÍTULO
ANÁLISIS DEL DELITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN RELACIÓN CON EL
DELITO CONTRA LA SALUD

I. Conato:

II. Delito intentado:

III. Delito frustrado:

IV. Delito consumado.”

“Artículo 19. El conato de delito consiste: *en ejecutar uno o más hechos encaminados directa é inmediatamente á la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.*”

Aun en esta situación, el tipo penal de la delincuencia organizada tendría cabida porque cuando tres o más personas acuerdan organizarse..., no existe la ejecución de un hecho que encamine de forma directa o inmediata a la consumación de alguno de los delitos señalados en el artículo 2 de la LFCDO, sin que éste constituya un acto constitutivo del delito en particular en las fracciones de dicha ley penal. El mismo argumento es para el supuesto de cuando tres o más personas se organicen...

“Artículo 20 El conato es punible, solamente cuando no se llega al acto de la consumación del delito, por causas independientes de la voluntad del agente.”

“Artículo 21 En el caso del artículo anterior son requisitos necesarios para el castigo:

I. Que los actos ejecutados den á conocer por si solos, ó acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía intención de perpetrar;

II. ...”

De acuerdo a lo señalado en los artículos anteriores, el conato para que sea punible debe cumplir ciertos requisitos, en los cuales, el tipo penal de la delincuencia organizada en sus dos supuestos principales no se encuentra cuales actos ejecutados dan á conocer por si solos, ó acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que las tres o más personas tenía intención de perpetrar

“Artículo 22. En todo conato, mientras no se pruebe lo contrario, se presume que el acusado suspendió la ejecución espontáneamente, desistiendo de cometer el delito.”

“Artículo 23 Los actos que no reúnen todas las circunstancias que exigen los artículos 20 y 21, no constituyen conato punible, y se consideran como puramente preparatorio del delito” (sic)

“Artículo 24. Los actos puramente preparatorios son punibles, solamente cuando por sí mismos constituyen en delito determinado que tiene pena señalada en la ley, con excepción de los casos en que ésta dispone expresamente lo contrario.”

Estos preceptos jurídicos dan la posibilidad de sancionar los medios preparatorios, pero; siempre y cuando se trate de una situación objetiva que demuestre con claridad que la finalidad es el cometer un delito, ejemplo, en la legislación alemana existe un tipo penal que sanciona a la persona que posea una máquina para reproducir y con ello falsificar billetes de circulación oficial. Aquí es claro observar que la persona aun no falsifica algún billete aunque posea una máquina que es utilizable para ese fin, el legislador toma la posesión de ésta como un riesgo al bien jurídico protegido por el delito de falsificación de moneda, por tal motivo, sanciona ese hecho.

La falta de todo daño inmediato, y por esto, la cesación de toda efectiva violación de derechos particulares o colectivos, podría hacer dudar acerca de que desapareciera toda razón para castigar el atentado, ya que si el fundamento de la imputabilidad de un comportamiento humano tiene su origen en el **daño material** causado por él, si éste daño desaparece en el **conato**, parece que también debería desaparecer la imputación. Pero no es así, por la siguiente reflexión: El daño inmediato -en el caso de la tentativa- se sustituye por la razón deducida del peligro corrido que desempeña la función de daño, y el comportamiento humano queda como delito, aunque le falte la fuerza física objetiva.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ Cfr. CARRARA, Francisco, *Derecho Penal*, Op. Cit., supra nota 43 ter, p. 126

Porque la presencia de una voluntad malvada que ya había comenzado la ejecución de actos dirigidos a cometer algún delito y que era apto para causarlo, y ante el pensamiento de que una mera casualidad, cuya repetición no se pueda prever, ha salvado a la víctima del mal que le amenazaba y a la sociedad del luto y del terror de un delito ejecutado. Al poner en **peligro**⁵⁶⁶ la seguridad, la **tentativa** también ha producido un **daño político**. A este daño político le es necesario aplicar una pena de aquél a cuya malvada voluntad nada le faltó fuera de las circunstancias que no le permitió llegar a su cometido.

“El **peligro futuro** (o peligro meramente **temido**) no se puede aceptarse por sí solo como legítima razón para castigar. En otra forma se llegaría a castigar las **puras intenciones delictuosas** e, incluso, las malas **inclinaciones**, y *destruyendo los límites entre la función de la moral y la de la ley punitiva y confundiendo las atribuciones del magisterio penal con las elásticas funciones de la policía, se transformarían los cánones más seguros de la imputabilidad política*. Cuando hablamos de **peligro** en esta materia, entiéndase, por consiguiente, un peligro que en un momento dado ha **existido verdaderamente** como **hecho**, no un peligro simplemente previsto.”⁵⁶⁷

Y este es el caso del delito de la delincuencia organizada que sanciona un peligro futuro e, incluso, las malas intenciones, y destruyendo los límites del derecho penal tanto en su función de ciencia, así como, la dogmática jurídico-penal. Debe advertirse igualmente que, según la opinión de muchos estudiosos del derecho penal, seguida por algunas legislaciones, el conato no debería imputarse políticamente sino cuando tiende a delitos graves y atroces; y estoy de acuerdo con ello, pero siempre y cuando se realicen las reformas conducentes para sancionar el mero acuerdo para delinquir o de tentar un delito. Bien dice el maestro Bustos Ramírez, lo que es para la dogmática penal no lo es para la política criminal y lo que es para la política criminal no lo es para la dogmática penal.

⁵⁶⁶ Compréndase bien que cuando se habla de **peligro**, se entiende un **peligro ya corrido**, no de un **peligro meramente futuro**, porque al confundir ambas ideas conduciría a falsas consecuencias. Cfr. CARRARA, Francisco, *Derecho Penal*, Op. Cit., supra nota 43 ter, p. 126

⁵⁶⁷ CARRARA, Francisco, *Derecho Penal*, Op. Cit., supra nota 43 ter, p. 126

Hablando sobre esta situación y en un plano de los hechos en nuestra la realidad social y jurídica, de lo que antecede, da pauta para preguntar, en el caso del contenido de la descripción de *cuando tres o más personas se organicen par realizar...*el delito contra la salud, qué se necesita para considerar que están organizados para cometer alguna conducta en relación con el comercio de narcóticos, difícil en verdad para el ámbito procesal penal, el demostrar tal situación.

3. En la realidad social y jurídica se torna difícil la comprobación de dichos supuestos (puntos 1 y 2)

Ya en el plano procesal, se tiene el siguiente ejemplo, que por obvias razones y principalmente por ética profesional, no se mencionan nombres de autoridades, procesados y Juzgados.

El Ministerio Público de la Federación adscrito a un Juzgado de Distrito en Materia Penal con sede en la Ciudad de México, en una causa penal sobre un proceso por el delito de delincuencia organizada manifestó, cuando el artículo 168 del C.F.P.P. exigía la acreditación de los elementos del tipo:

CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN ADSCRITO AL JUZGADO DE DISTRITO EN EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA PENAL.

“II. El acusado ..., es penalmente responsable del delito previsto y sancionado por los artículos 2o, fracción I, 4o, fracción I, inciso a) de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en relación con lo que se dispone en el Artículo 5o, fracción I de la misma Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y todos ellos debidamente concatenados en relación con el numeral 7o, fracción II, 8o, (hipótesis de acción dolosa), 9o, párrafo primero (hipótesis de conocer y querer) y 13 fracciones I y III, todos del Código Penal Federal.”

El Ministerio Público de la Federación, no especifica el supuesto cuya responsabilidad es sujeto el acusado, además considerando que el delito de la delincuencia organizada es *permanente*, de lo cual difiero, señalan que es responsable por los supuestos que “*Los que acuerden o preparen su realización*” y “*Los que lo realicen conjuntamente*”, estas fracciones hacen referencia de la participación criminal. Pero el artículo 2 de la LFCDO establece el supuesto que *cuando tres o más personas*, por lo tanto, el sujeto activo son el número de personas que exige la descripción para la manifestación sea encaminado para el *acuerdo para organizarse o se organicen*, en tal forma el supuesto aplicable era la fracción II del artículo 13 del C.P.F.

“Elementos que integran el tipo penal previsto y sancionado por los artículos relacionados 2o, fracción I y 4o, fracción I incisos a) y b) de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que se le imputa a”

“... el tipo penal en estudio se compone de los siguientes elementos:

a) CONDUCTA.- Consistente en acordar organizarse para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer el delito de Contra la Salud.”

La Representación Social Federal, no describe la conducta que desplegaron los acusados, en ¿qué forma manifestaron el acuerdo?, ¿a qué se le debe su permanencia o reiteración? ¿qué conductas son las encaminadas por los acusados? ¿qué fin o resultado querían lograr los acusados, en relación con el delito contra la salud (comerciar, traficar, etc.)?

“b) RESULTADO.- Por tratarse de un delito de mera conducta, el tipo penal no exige la producción de un resultado.”

“c) BIEN JURÍDICO TUTELADO.- La seguridad y paz de nuestra sociedad.

d) LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: Se trata de una conducta que pone en peligro la Seguridad y Paz de Nuestra Sociedad.”

No menciona el peligro a que fue expuesto el bien jurídico tutelado y protegido por el derecho penal.

“e) Sujeto Activo: No requiere calidad alguna sin embargo en cuanto al número, el sujeto activo debe ser plurisubjetivo, ya que el Tipo Penal exige que tres o más personas realicen la conducta descrita por el tipo.”

De acuerdo a lo mencionado por el Ministerio Público de la Federación en la fracción II de sus conclusiones, hace referencia de la existencia de unos acusados que acordaron y prepararon el delito; y quienes lo realizaron en conjunto. De esta manera tenía que delimitar quienes son los sujetos activos de la comisión del delito de la delincuencia organizada y quienes participes.

“f) FORMA DE INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS ACTIVOS: En términos del artículo 13 fracción I, II y III del Código Penal Federal.”

No menciona la forma en que intervinieron los sujetos activos, en cuanto su conducta desplegada en el mundo fáctico en términos de la fracción II del artículo 13 del C.P.F., porque las otras fracciones del mismo precepto jurídico es en relación con la participación del delito. No confundir el sujeto activo (*cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen ...*) con los participes del delito.

“g) SUJETO PASIVO: En el caso en concreto los es la sociedad.

CALIDADES DEL SUJETO ACTIVO Y DEL PASIVO

h) El tipo exige que el activo tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada para la hipótesis prevista en el inciso a) de la fracción I del artículo 4o.”

La Representación Social de la Federación se confunde porque el tipo penal de la delincuencia organizada no exige ninguna calidad del sujeto activo ni del pasivo, lo que el considera como calidad del sujeto activo es meramente el parámetro de graduación de la pena en relación con la actividad realizada por el miembro de la organización criminal. Un ejemplo de la calidad del sujeto activo es el *servidor público* en el caso de los delitos cometidos por los servidores públicos. La calidad del sujeto pasivo se encuentra en el artículo 262 del C.P.F. es “*persona mayor de doce años y menor de dieciocho*”

“i) El tipo penal no exige alguna calidad del sujeto activo para la hipótesis prevista en el inciso b) de la fracción I del artículo 4o ni del pasivo.”

La misma situación que el punto anterior, se confunde el Ministerio Público de la Federación.

“j) Por lo que se refiere al sujeto pasivo no se requiere calidad específica, es decir, cualquiera puede ejecutar o resentir la conducta descrita en el mismo, sin que para ello sea indispensable alguna condición especial a ellos referida.

k) OBJETO MATERIAL: En el presente caso no lo prevé el tipo.

l) MEDIOS UTILIZADOS: Este tipo penal no prevé algún medio específico para la conducta típica. Se trata de un tipo penal de formulación libre; es decir que los medios que se utilicen en el despliegue de la misma conducta pueda ser de cualquier clase.

m) CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO, MODO Y OCASIÓN: En el tipo penal en comento únicamente contiene la referencia de modo pues se requiere que se organicen para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer delitos Contra la Salud.

1. ELEMENTOS NORMATIVOS: Consistentes en que 'la organización' se encuentra integrada de tres o más personas, en forma permanente o reiterada con la finalidad de cometer alguno o algunos de los delito Contra la Salud."

El Ministerio Público de la Federación comparte el criterio de Erick Wolff, al considerar que los elementos normativos del tipo penal son todos aquellos que describe la ley penal por estar expresados por una norma jurídica. Pero siguiendo el criterio de Mezger, los elementos normativos son los contenidos en las fracciones del artículo 2 de la LFCDO, es decir, el delito contra la salud tiene su valoración y significado en el artículo 194 y 195.

"2. ELEMENTOS DE CARÁCTER SUBJETIVO:

a) DOLO. Que en el presente caso lo es directo de primer grado, en tanto que quisieron la realización del hecho delictivo."

Nuevamente se confunde el M.P.F., los elementos subjetivos es un término diferente al de la culpabilidad de los autores por ser considerado como un hecho de naturaleza psicológica que forma parte del tipo penal (supra 1.9.1.8.1.1.2.4). En este orden de ideas son: *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 siguientes...*

"b) ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS: 'Tener como fin'."

Por lo expuesto, el Ministerio Público de la Federación tenía que dar cumplimiento a lo establecido por los artículos 292 y 293 del C.F.P.P., que establecen lo siguiente:

“Artículo 292. El Ministerio Público, al formular sus conclusiones, hará una exposición breve de los hechos y de las circunstancias peculiares del procesado; propondrá las cuestiones de derecho que se presenten, y citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables. Dichas conclusiones deberán precisar si hay o no lugar a acusación.”

“Artículo 293. En el primer caso de la parte final del artículo, deberá fijar en proposiciones concretas, los hechos punibles que atribuya al acusado, solicitar la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, y citar las leyes y la jurisprudencia aplicables al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos constitutivos del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad, así como las circunstancias que deban tomarse en cuenta para individualizar la pena o medida. Para este último fin, el Ministerio Público considerará las reglas que el Código Penal señala acerca de la individualización de la penas medidas.”

Además de los criterios del Poder Judicial de la Federación:

“ACCIÓN PENAL. CONCLUSIONES ACUSATORIA DEL MINISTERIO PÚBLICO, QUE ADOLESCEN DE FALTA DE PRECISIÓN. Cuando el Ministerio Público en su pliego de conclusiones señala que acusa por la figura prevista en un artículo determinado, y en la disposición legal invocada se consignan muy diversas hipótesis, no puede la responsable estudiar cual de todas ellas fue la que se comprobó pues al hacerlo violaría el artículo 21 constitucional, ya que la acusación debe formularse en términos precisos y de no hacerse en esa forma, no puede dictarse sentencia condenatoria, pues el acusado se encontraría en una situación de indefensión y el órgano jurisdiccional invadiría funciones de acusaciones que corresponden al órgano de acusación”

Amparo Directo 913/62.- Vidal del Cid Ramírez. Resuelto el día 3 de agosto de 1962, por unanimidad de 4 votos.- ponente: señor Ministro Juan José González Bustamante.- Secretario Licenciado Javier Alba Muñoz.- Primera Sala.- Informe de 1962, pág. 23.

“ACCIÓN PENAL. CONCLUSIONES ACUSATORIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO. La responsable aplicó el artículo 381 bis del Código Penal sin especificar cual de las calificativas concretas que dicho precepto prevé se estimo demostrada, si bien parece deducirse que el robo se tuvo como cometido en casa habitada; como las conclusiones del Ministerio Público no sólo no contienen imputación específica de que el delito es calificado, sin que ni siquiera el precepto de referencia se invoca, aplicable, debe concluirse que la responsable, al hacer suya la decisión del inferior, sobrepaso los términos de la acusación del Ministerio Público, con violación del artículo 21 Constitucional.”

Amparo Directo 4,111/61.- Gilberto Sánchez García.- resuelto el día primero de marzo de 1962, por unanimidad de 5 votos.- Ponente; Señor Ministro Manuel Rivera Silva.- Secretario. Licenciado Alejandro Martínez Camberos.- Primera Sala. Informe de 1962, pág. 24

El Juez de Distrito en Materia Penal con sede en la Ciudad de México en su numeral SEGUNDO de sus considerandos, tomo en cuenta para su resolución judicial, los siguientes medios de prueba:

a) “Pues de tales elementos probatorios se llega a la certeza jurídica, que los procesados de mérito, por un lado, se

organizaron para realizar conductas que por sí o unidas a otras, tenían como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos contra la salud, previstos en los artículos 194 y 195 párrafo primero del Código Penal Federal, lo cual se demostró con lo expuesto por los agentes aprehensores, ..., quienes señalaron que el dos de mayo de ..., en cumplimiento a una investigación ordenada por sus superiores y acompañados por elementos de la Policía Judicial Federal Militar, se constituyeron en las afueras del Hotel ..., sitio en ..., puesto que el Mayor de infantería... (uno de los acusados), les informó que ahí se reunían varios sujetos integrantes de su organización, entre los cuales estaban... (dos de los acusados), que en el interior de ese inmueble se entrevistaron con el Mayor..., quien se hacía acompañar por un agente de la Policía Judicial Federal Militar, Capitán Segundo de la Fuerza Aérea..., a fin de esperar la llegada de (los dos acusados), que ..., llegó al hotel (los dos acusados), con otros dos sujetos, en una camioneta, quienes saludaron exclusivamente a (uno de los dos acusados), quedándose uno de ellos en el vehículo, ... que ... (uno de los dos acusados) le preguntó al Mayor... que si ya estaba listo para todo, a lo que éste le contestó que sí y, asimismo, ...le refirió que le tocarían cien mil dólares americanos y le ordenó a ... que le entregara... motivo o razón por la cual los agentes captadores procedieron a identificarse ante los nombrados procesados y les informaron que el motivo de su presencia era porque sabían que en ese lugar, se reunían para planear operativos para recibir aviones que transportaban cocaína, procedentes de Colombia, en diferentes Estados de la República Mexicana, con la colaboración del Mayor de Infantería..."

