

879309

44

25j



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE: 879309

TIPO Y TIPICIDAD DE ACUERDO CON LA
NUEVA LEGISLACION CONSTITUCIONAL
Y PROCESAL PENAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A,
EDITH MARIELA MONTOYA OJEDA

ASESOR DE TESIS: LIC. J. MANUEL GALLEGOS GONZALEZ

CELAYA, GTO.

1995

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 está 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.

AGRADECIMIENTOS.

TE AGRADEZCO SEÑOR:

Por haberme dado la vida, por iluminar mi camino y permitirme llegar al término de mis estudios.

A MIS PADRES:

Serafin Montoya Montoya.

Micaela Ojeda De Montoya.

Por su apoyo y dedicación que tuvieron para forjarme el espíritu de la superación y constancia en el estudio.

Por que son un impulso más para lograr mis metas, ya que ellos me han guiado en la vida y para los que no hay palabras que expresen el amor, admiración, y gratitud que siento por ellos.

A MIS HERMANOS:

María del Rocío.

Jose Luis.

Serafin Cesar.

Por su ayuda y comprensión que me brindarán.

A MIS ABUELOS :
Nicolas Ojeda Quintana.
Amalia Ortega De Ojeda.
Ruperto Montoya Carreño.
Felisa Montoya De Montoya.

A toda mi familia tios y primos. (**En especial a Alejandro y Marcos**),
que aunque ya no estan con nosotros siempre viviran en nuestros corazones

En especial al **Lic. J. Guadalupe Bustamante Guerrero**, por haberme
brindado su ayuda en la realización de este trabajo.

A MIS MAESTROS: Por su enseñanza y paciencia, en nuestra
formación profesional.

A mí asesor el **Lic. J. Manuel Gallegos González**, por compartir sus
conocimientos en la elaboración de este trabajo.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS: Por los momentos inolvidables
que vivimos juntos.

CON GRAN RESPETO Y CARIÑO A:
LA UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE.

Sin la intervención de todos ellos, directa o indirectamente, la
elaboración de este trabajo hubiera sido más difícil.

INDICE

TIPO Y TIPICIDAD DE ACUERDO CON LA NUEVA LEGISLACION CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PENAL.

INTRODUCCION..... pág 1

CAPITULO PRIMERO.

1. EL CUERPO DEL DELITO Y EL TIPO PENAL.

1.1 Cuerpo del Delito.....	pág 4
1.2 Concepto de tipo penal.....	pág 6
1.3 Evolución del tipo penal.....	pág 8
1.4 Clasificación de los tipos.....	pág 16
1.5 Tipicidad concepto.....	pág 18
1.6 Análisis conjunto del Cuerpo del delito y de tipo penal.....	pág 24

CAPITULO SEGUNDO.

EL TIPO (SISTEMA CAUSALISTA Y FINALISTA).

2.1 Elementos del tipo (Sistema causalista).....	pág 29
a) Conducta (acción).....	pág 33
b) Nexa causal.....	pág 33
c) Resultado previsto en el tipo.....	pág 33
d) Especiales medios o formas de ejecución.....	pág 33
e) Las modalidades de lugar, tiempo, modo u ocasión.....	pág 33
f) Sujeto activo.....	pág 34
g) El sujeto pasivo.....	pág 34
h) El objeto material.....	pág 36
i) El bien jurídico tutelado.....	pág 36
- Elementos subjetivos.....	pág 36
- Elementos normativos.....	pág 37

2.2 Elementos del tipo (Sistema finalista).....	pág 37
---	--------

Elementos subjetivos.....	pág 38
---------------------------	--------

Dolo, culpa; Y otros elementos subjetivos diferentes al dolo y a la culpa como son los ánimos, deseos, intenciones, propósitos del individuo.

CAPITULO TERCERO.

3. LA CULPABILIDAD.

3.1 Noción de la culpabilidad.....	pág 44
------------------------------------	--------

3.2 Teorías tradicionales.....	pág 46
--------------------------------	--------

3.3 Formas de la culpabilidad.

a) El dolo.....	pág 48
-----------------	--------

b) La culpa.....	pág 50
------------------	--------

c) La preterintención.....	pág 52
----------------------------	--------

TEORIA FINALISTA.

3.4 Concepto de culpabilidad.....	pág 53
-----------------------------------	--------

3.5 Elementos de la culpabilidad.

a) Imputabilidad.....	pág 56
-----------------------	--------

b) Cognoscibilidad de la antijuricidad.....	pág 58
---	--------

c) Exigibilidad de otra conducta.....	pág 61
---------------------------------------	--------

CAPITULO CUARTO.

4. EL TEXTO CONSTITUCIONAL (Artículo 16 y 19).

4.1 Anterior redacción.

a) Artículo 16 constitucional.....	pág 66
------------------------------------	--------

b) Artículo 19 constitucional.....	pág 67
------------------------------------	--------

4.2 Actual redacción.

a) Artículo 16 constitucional.....	pág 68
------------------------------------	--------

b) Artículo 19 constitucional.....	pág 69
------------------------------------	--------

4.3 Aspectos relevantes de las últimas reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales.....	pág 70
--	--------

Conclusiones.....	pág 82
-------------------	--------

Bibliografía.....	pág 87
-------------------	--------

INTRODUCCION.

Las últimas reformas a los artículos 18 y 19 de la Constitución General de la República, que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de septiembre de 1983, entrarán en vigor a partir del día siguiente.

Deben considerarse como el fortalecimiento y continuación de cambios significativos que tendrá hondas repercusiones en todo el sistema penal mexicano y más propiamente en el aspecto de la Teoría del Delito.

Y en dichas reformas es digno de resaltar en relación al presente estudio lo siguiente:

a) Se destaca que ninguna orden de aprehensión se deberá librar, si no existen pruebas que acrediten los elementos del tipo penal en cuestión y la probable responsabilidad del indiciado, dejando atrás el criterio del constituyente del 17, que sólo exigía indicios para poder librar una orden de aprehensión.

b) Asimismo se abandona el término "cuerpo del delito" a que aludía el precepto constitucional que señalaba tal requisito para dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, para ser sustituido por la exigencia, más técnica y completa de la demostración de los elementos que integran el tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado.

La reforma constitucional nos conduce a la necesidad de plantear ¿Cuáles son esos elementos del tipo penal que se tienen que acreditar? bien

podemos contemplarlos bajo el prisma del sistema causalista y por ende sólo referirnos a los llamados elementos objetivos , dejando al margen el dolo y la culpa, o bien a la manera del finalismo el tipo comprende precisamente el estudio del dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo; para estar en aptitud de comprender en la práctica cuáles son esos elementos del tipo que se tienen que acreditar.

La necesidad de penetrar en el sentido de que los preceptos constitucionales en vigor emplean el concepto de elementos que integran el tipo penal, nos obliga al estudio de temas abordados en este trabajo.

Por lo que iniciaremos, con el análisis del cuerpo del delito, tipo penal, pero poco valdría atender al concepto del tipo penal, sin antes determinar cuál ha sido su evolución y devenir histórico, para comprender su definición actual, y pasar a concluir con el análisis conjunto del cuerpo del delito y tipo penal.

Mientras que en la segunda parte de la tesis nos dedicaremos al análisis del tipo, desde el punto de vista de la teoría causalista y finalista, destacando cuáles son los elementos que deben acreditarse en ambas corrientes.

En el tercer capítulo estudiaremos la culpabilidad, en donde vamos encontrar sustanciales modificaciones, pues que trasladados el dolo y la culpa al tipo, parecía que ya la culpabilidad como género hubiese quedado vacía, pero no es así.

Ahora la culpabilidad es sin duda el juicio axiológico y de reproche para quienes con su conducta colman un tipo penal, y es de esa manera porque al

instante de decir el legislador que acciones y conductas es menester sancionar y prohibir esta haciendo un juicio de valor, pero implica descubrir cuales son esos presupuestos para el reproche.

También en este capítulo se hace alusión al error de tipo y al error de prohibición.

Para concluir el presente estudio con el análisis a los artículos 18 y 19 constitucionales, partiendo de la anterior redacción a la actual, concluyendo con el señalamiento de los aspectos relevantes de dichos preceptos constitucionales, haciendo más énfasis en lo que es nuestro objeto de estudio, lo referente al acreditamiento de los elementos que integran el tipo penal.

A partir de dichas reformas constitucionales, los juzgadores quedan obligados a precisar en sus resoluciones relativas a ordenes de aprehensión, autos de formal prisión y sin duda sentencias, que quedarón probados los elementos del tipo penal, objeto del procedimiento penal en cuestión.

A su vez los Códigos penales y de procedimientos penales, también hacen referencia constante a los elementos del tipo penal.

Es importante resaltar, por último que las reformas mencionadas, objeto de nuestro estudio, reflejan la importancia de los estudios de los penalistas mexicanos sobre los sistemas causalista y finalista, así pues en el presente trabajo de investigación habrán de mostrarse tan sólo algunas reflexiones que darán motivo a esta discusión.

CAPITULO PRIMERO

1. EL CUERPO DEL DELITO Y EL TIPO PENAL.

1.1 El Cuerpo del Delito.

(No obstante que este tema, lo he denominado el cuerpo del delito, se hace necesario dejar bien asentado que en la actualidad y debido a las reformas Constitucionales de fecha 3 de Sep. de 1993; ya no es posible hablar del cuerpo del delito, sino que ahora se habla de los elementos del tipo, sin embargo como una remembranza histórica hablare en este capítulo de lo que era el cuerpo del delito).

Corpus delicti, era un concepto de gran importancia en el Derecho de Procedimientos penales, debido a que la comprobación de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, era la base en que se sustenta; sin ello, según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, " no era posible declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna".

La definición del Cuerpo del delito, era un problema sobre el que aún no existe acuerdo entre los autores; sin embargo, para poder emitir un concepto que nos permita entender su connotación, resulta necesario acudir a la doctrina (teoría del tipo penal) y tomar de ésta las bases y elementos necesarios para precisar su alcance en el Derecho mexicano, estableciendo, así mismo, la forma en que se integra en la legislación vigente.

En ningún texto legal encontraremos una definición de cuerpo del delito; el artículo 19 Constitucional, (anterior a dichas reformas), solo ordena que debe quedar plenamente demostrado y las diversas leyes procesales se limitan a dar pautas para su demostración.

Resulta necesario establecer que el legislador consideró como cuerpo del delito a los elementos materiales de la propia infracción; criterio que se adecúa al de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que estableció que "por cuerpo del delito se debía entender el conjunto de elementos objetivos y externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo que se refiere sólo a la culpabilidad. (1)

Tal criterio ha sido rechazado por la doctrina mexicana y autores como Manuel Rivera Silva y Guillermo Colín Sanchez entre otros, consideran que no son correctos los criterios que guardan los Códigos de Procedimiento Penales, porque existen infracciones que al integrar el cuerpo del delito resulta necesario que se determinen los otros elementos del injusto punible, como son, los subjetivos y los normativos, de donde resulta según el autor que si nos atenemos en forma exclusiva a los criterios no aprobados quedarán necesariamente como elementos del cuerpo del delito únicamente aquellos que sólo pueden ser conocidos por la aplicación de los sentidos y concluyen en el sentido de que el tipo penal puede tener como contenido según el caso: Lo meramente objetivo; lo objetivo, subjetivo y normativo; lo objetivo y lo normativo; lo objetivo y lo subjetivo. (2)

En consecuencia el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo, de tal manera que, el cuerpo del delito correspondía según el caso: a lo objetivo; a lo objetivo, subjetivo, normativo; a lo objetivo y lo normativo; o bien a lo objetivo y subjetivo.

Para demostrar lo anterior basta pensar respectivamente en el delito de homicidio (objetivo); en el delito de robo (objetivo y normativo); en el delito de estupro (objetivo, normativo, subjetivo) y por último, en el delito de atentado al pudor (objetivo y subjetivo).

En resumen se puede afirmar: El cuerpo del delito correspondía en la mayoría de los casos a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a lo que corresponde como figura delictiva o sea: "el total delito" (robo, abuso de confianza; fraude, etc).

Tal es el caso que se ha sostenido que el cuerpo del delito era entendido como el conjunto de presupuestos y elementos del delito que están demostrados existencialmente y que nos permiten, de una parte, definir exactamente el delito dado y por otra, establecer su nota distintiva respecto de los otros delitos.

Estoy de acuerdo con los autores antes mencionados en el sentido de que el legislador no consideró al hablar del cuerpo del delito, elementos que escapen del marco meramente material, como son los normativos y los subjetivos estos últimos considerados por la doctrina, la que se encuentra a corde en darles el significado e importancia que merecen.

1.2. Concepto de tipo penal.

Hemos sostenido que el Derecho Penal se justifica en su propio fin de tutelar, fundamentales bienes cuya manutención depende la vida gregaria; por ello, sus preceptos consignan conductas reputadas como dañosas y conminan su realización con severas penalidades. El derecho penal selecciona describiendo en sus disposiciones, aquellas conductas declaradas delictuosas. Es aquí donde surgen los conceptos tipo y tipicidad que revisten trascendental importancia en el estudio dogmático analítico del delito.

Por lo que en primer lugar analizaremos el tipo; En forma primaria, la peculiaridad básica del tipo consiste en describir las conductas que, de llevarse acabo, serán acreedoras de penalidad. El tipo tiene ante todo una finalidad definitoria del delito; los tipos penales, sólo incluyen conductas consideradas con alto contenido de afectación a bienes que deben ser salvaguardados más prioritariamente que otros, se dice que en el tipo está la razón de ser de la antijuricidad; o simplemente que constituye un indicio vehemente de la antijuricidad, desde el momento que el legislador crea la figura, lo hace bajo el condicionamiento de considerar implícita la antijuricidad.

La conducta, al enmarcar en la figura descrita por el legislador, se le considera típica; o sea penetra en principio al "ilícito" terreno de la tipicidad formal. La técnica en la creación de los tipos en cuanto su redacción, no es mediante la contextura gramatical de prohibición expresa en forma literaria imperativa, si no en la de hacer ver cuál es la conducta que será materia de la sanción, como una formula de repulsa, detallándose en el dispositivo una especie de ejemplo a no seguir. (3)

Al crearse la figura penal en la ley, deben utilizarse los términos del lenguaje más adecuados, para describir la conducta acreedora de pena.

Bajo el esquema narrado, también se puede apreciar que el tipo es la descriptiva (sin que ahí se agote su función). No debe confundirse el tipo con la tipicidad, el primero es creado abstractamente en la ley y la segunda es la estimación que se hace al caber la conducta en el tipo, de tal manera, la tipicidad forzosamente con lleva que la conducta humana ha de ser típica, exigiéndose su adecuación al tipo penal, esto es, "que pueda ser subsumida"

en una de las descripciones de conductas prohibidas que el legislador hace en el Código Penal o en leyes penales especiales.

Esta subunción, este "encaje", debe ser completo pues si faltan algunos elementos o características típicas consignadas por el legislador en la figura rectora al hacer la descripción, la conducta no es típica.

El tipo es para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Buitrago, lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él. (4)

Podemos concluir entonces que el tipo, " Es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias." Dicho de otro modo, tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales.

1.3. Evolución del Concepto de Tipo.

Destacados tratadistas afirman y sostienen, que el antecedente inmediato de la noción del tipo, es el concepto de *corpus delicti*; posteriormente desarrollado en forma prodigiosa por Ernest Von Beling.

El *corpus delicti* tuvo su aparición en el campo procesal, identificándolo con la prueba material del delito, posteriormente se le confundió con el objeto

material del delito, y por último con el hecho descrito en la ley, por lo cual, el corpus delicti se confundía con el precepto de tipicidad.

En el derecho penal contemporáneo, principalmente entre los tratadistas mexicanos, que siguen el criterio del extinto maestro Franco Sodi, están acordados en considerar al corpus delicti, como el conjunto de elementos materiales que integran cada evento delictivo, descrito por la ley penal.

"La paternidad de la moderna teoría del tipo es atribuida a Ernest Von Beling, "para este ilustre penalista Alemán, que en 1906 publicó su obra "Die Lehre Vom Verbrechen", el "tatbestand" el tipo, es la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, es decir, de la particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente; más claramente, la acción delictuosa con las notas que le caracterizan y la realización del resultado que con ésta está ligado. Quedan por tanto, fuera de él todos los elementos y las notas que se refieren a la antijuricidad y a la culpabilidad." (6)

Posteriormente en 1915 Max Ernesto Mayer expone en su "Tratado De Derecho Penal"; descubre que el tipo no se limita solamente a la descripción (resultado) "objetivo", perceptible en el mundo exterior, sino que abarca la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico, necesario, para la constitución del tipo de delito.(6)

El tipo no es, pues sólo suceso "objetivo", se compone más de una parte objetiva, y de una parte "subjetiva".

El tipo abarca en su parte subjetiva, los especiales motivos, tendencias e intenciones del autor que caracterizan el hecho.

Aportación trascendental, pues las nuevas teorías, toman en cuenta las características subjetivas del tipo, para el perfeccionamiento de figuras delictivas, donde se contengan conductas que impliquen un motivo, tendencia o intención para formar el cartagón punitivo por el legislador, pues no basta para que se llene el supuesto, el mero comportamiento mecánico o natural del hacer humano, sino también la dirección de la voluntad, ya que todo ser humano a excepción de casos especiales que contempla la ley, dirige su voluntad hacia la realización de un fin ya que puede moverlo a cometer un acto delictuoso, un ánimo, una tendencia, en esencia un motivo.

Así, algunos años después, para Edmundo Mezger el tipo, es el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica, por lo tanto, como puede advertirse, Mezger identifica al tipo con el delito y lo estudia o sitúa dentro de la antijuridicidad, agregando que sólo es punible el que actúa típicamente.

En su obra Mezger al hablar sobre los elementos normativos del tipo refiere que son sucesos psíquicos que se realizan en el alma del autor, ya que derivan de los elementos típicos subjetivos en donde el juez no puede únicamente tomar en cuenta la simple descripción del delito en la ley, sino debe de realizar un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho, de ahí surgen los elementos, valorativos, como pueden ser la castidad, la honestidad, la integridad etc. (7)

Posteriormente, esboza una nueva definición diciendo que el tipo es 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; de esta segunda definición manifestada por Mezger se deduce que para él, la culpabilidad no se encuentra dentro del tipo; el tipo asociado a la culpabilidad, da vida u origina el delito.

Para **Welzel** tipo, " es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura meramente conceptual.⁽⁸⁾

Este es por cierto, el concepto adoptado en nuestra legislación a partir de 1993, con la reforma a la Constitución y posterior adecuación de las leyes secundarias.

Ahora bien, uno de los más caros anhelos de todos los hombres, a través del tiempo y del espacio, ha sido el hecho de que los individuos, al ser castigados por el Estado, por la comisión de un hecho delictuoso, tal delito se encuentra previsto dentro del ordenamiento jurídico punitivo, para evitar el abuso del poder, principalmente dentro de regímenes totalitarios.

De ahí la necesidad, no sólo de formar catálogos que incluyan hechos y conductas, cuya comisión merezca el reproche de la sociedad, mediante la imposición de la pena, sino de decretar en forma expresa e inequívoca el principio que rija la actividad jurisdiccional en los casos concretos que se den o se reproduzcan en el mundo fáctico.

En efecto, la legislación penal del mundo, adopta el principio de *Feverboch*, como una garantía para los ciudadanos de ser juzgados por una ley exactamente aplicable al hecho que se les imputa, expedida con anterioridad al momento en que lo cometieron y cuya sanción que se le aplica como un reproche a esa conducta antisocial e ilícita, se encuentra, igualmente, consagrada en la ley.

De lo expuesto con antelación, es fácil concluir que ello constituye la función específica del tipo penal.

Que no hay delito sin tipo; que el tipo es la simple descripción del hecho abstracto y, que el juzgador, tomando en consideración los principios inspiradores del derecho penal que permanecen en un Estado democrático, no podrá actuar si no cuando el hecho de que tiene conocimiento reuna todos los elementos del tipo delictivo descrito en la ley, por lo tanto la conducta desplejada en la realidad, tendrá necesariamente que adecuarse al tipo penal, reuniendo los elementos que el tipo exige.

Todos esos conceptos hicieron que la doctrina en la teoría del delito tuviese que arribar necesariamente a las conclusiones que a continuación se enlistan:

"El tipo pasa a desempeñar una triple función".

- a) Una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad).
- b) Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionadas (principios de *nullum crimen sine lege*).

c) Una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea la suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada en la ley. (8)

Estas funciones que se desprenden de la teoría expuesta por el fundador de la teoría del tipo, son reconocidas por el sistema causalista y el finalista, sin embargo, la función descriptiva que Beling, asignaba al tipo, pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el causalismo son aceptadas por el sistema finalista, ya que para los seguidores de esta corriente además de los elementos objetivos primeramente considerados, resulta ser que dolo y culpa constituyen elementos, subjetivos del tipo mucho más importantes que los especiales elementos subjetivos de Mayer.

Entonces queda claro, para los finalistas, contiene el tipo un elemento objetivo y otro subjetivo. tipo objetivo es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas del autor; tipo subjetivo es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría, abarca la mayor parte del tipo total.

Para la teoría finalista " La acción u omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc.) Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo), como subjetiva (el llamado tipo subjetivo) ." (10)

De esta manera podemos señalar como elementos objetivos del tipo:

Sujeto activo, (calidad y número) ; el sujeto pasivo; objeto material; bien jurídico tutelado; la acción u omisión; el resultado previsto en el tipo; la relación de causalidad; los medios que señale el tipo; las modalidades de la conducta (tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo).

Los elementos subjetivos.- Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción , o sea, al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo. Entonces se pueden considerar como tales:

1.-dolo, culpa (otros elementos subjetivos diferentes al dolo y a la culpa como son: los ánimos, los deseos, propósitos, las intenciones, fines, sabiendas etc).

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

Simplemente en un afán didáctico, habrá de sostenerse una premisa como la que enseguida se enuncia: son elementos objetivos, aquellos que describen la conducta o el hecho y que son susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento, por lo general este elemento constituye el núcleo del tipo, cuando por medio del verbo, describe una acción o una omisión, pero también forman parte de él todos los procesos, estados o referencias conectados a la conducta.

Son elementos subjetivos las referencias especiales conectadas con el dolo y dirigidas a la realización de la parte objetiva del tipo, que están vinculadas con el propósito y el fin del agente.

Son también, elementos normativos, las características implícitas en el tipo que determina una especial valoración jurídica o cultural por parte del Juzgador.

Luego entonces , el finalismo no es sólo una doctrina que introdujera cambios semánticos, sino también, es una nueva regulación de la estructura del delito con una mejor técnica.

En tanto para el causalismo el tipo es:

- a) El tipo es objetivo;
- b) El dolo es voluntad del fin, conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad;
- c) El dolo esta en la culpabilidad;
- d) El conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo.

En tanto para el finalismo, el tipo es:

- a) El tipo es mixto: subjetivo y objetivo;
- b) El dolo es voluntad final típica y se encuentra en el tipo;
- c) El dolo esta en el tipo;
- d) El conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo.

1.4. Clasificación de los Tipos.

A continuación daremos las clasificaciones más comunes acerca de los diferentes tipos:

POR SU COMPOSICION.

Normales. - Se limitan a hacer una descripción objetiva (homicidio).

Anormales. - Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (estupro).

POR SU ORDENACION.

METODOLOGICA.

Fundamentales o Básicos. - Son aquellos que tienen plena independencia y constituyen la esencia o fundamento de otro tipo. (homicidio).

Especiales. - Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen (parricidio).

Complementados. - Se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado).

**EN FUNCION DE SU AUTONOMIA
O INDEPENDENCIA.**

Autónomos o independientes.- Tienen vida por sí (robo simple)

Subordinados.- Dependen de un tipo básico, adquiriendo vida en razón de éste. (homicidio en rifa).

POR SU FORMULACION.

Casuísticos.- Prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos); adulterio; otras con la conjunción de todas (acumulativos); vagancia y malvivencia.

Amplios.- Describen una hipótesis única , que pueden ejecutarse por cualquier medio comisivo, (robo).

POR EL DAÑO QUE CAUSAN.

De Daño.- El tipo va contra la disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido. (fraude, homicidio)

De peligro.- El tipo protege el bien jurídico tutelado contra la posibilidad de ser dañado.(omisión de auxilio)

1.8. Concepto de Tipicidad.

Importante resulta el estudio del elemento delito, consistente en la tipicidad. elemento esencial del delito, cuya ausencia impide su configuración.

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

De esta suerte la teoría del tipo y tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno, principio de estricta legalidad, que se encuentra en los apotegmas "nullum crimen , sine lege", tal principio se establece en el artículo 14 de la Constitución política Mexicana cuando nos dice:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Mismo que se han elevado a rango constitucional como derecho del ciudadano, acarreado un doble contenido: certeza en lo tocante a la ley dictada con estrictas formalidades, en donde previamente a la conducta, ésta fué descrita por el legislador como delictuosa y, a la vez seguridad jurídica en contra de arbitrariedades que pretendan sancionar sin estar autorizadas por la ley o, que las apliquen en una dimensión no establecida anticipadamente.

• El tipo resulta ser expresado en forma simplista como la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.

La teoría del tipo y la tipicidad fue evolucionando, pues Beling, la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. A esta primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le ha llamado fase descriptiva o de independencia. (11)

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

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede al marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, ésto correspondería la culpabilidad.

De esta manera se dice que tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe la norma valora, igualmente la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto no se hace referencia al dolo y a la culpa, especies de la culpabilidad.

Corresponde al penalista alemán Max Ernesto Mayer, quien en 1915 en su obra "tratado de derecho penal" plantear la segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de antijuridicidad. Empieza a relacionar a la tipicidad con la antijuridicidad, toda acción típica "puede ser antijurídica", siempre y cuando no exista una causa de justificación, esto constituye la ratio cognoscendi de la antijuridicidad, es decir a través de la tipicidad podemos conocer la antijuridicidad, la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad. (12)

Por su parte Jiménez de Asúa estima que en los elementos normativos del tipo aparece claramente la función indiciaria de la antijuridicidad, y nos señala el elemento "ajeno" en el delito de robo, que aparece en la descripción típica del delito de robo, tal elemento es una referencia a la antijuridicidad, y de realizar una conducta típica el sujeto, ésta sería en principio indiciaria de antijuridicidad, pero tal valoración podría no darse plenamente de aparecer una causa de justificación.

La tercera etapa de la teoría de la tipicidad la encontramos en el tratado de derecho penal de Edmundo Mezger y se refiere a que tipicidad es la ratio essendi de la antijuridicidad.

Puesto que para Mezger no es ya el delito una acción típica antijurídica., es decir un conjunto de características independientes sino que constituye en primer término una conducta típicamente antijurídica, en la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que ratio cognoscendi de la antijuridicidad, llegando a constituir la base de esta, es decir su ratio essendi. (razón de ser).

Para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica es decir liga los conceptos de tipicidad y antijuridicidad, y así el delito es acción típicamente antijurídica. (13)

Una cuarta fase del desarrollo de la tipicidad es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad por Ernesto Beling en 1930.

Beling en su obra inicial Die Lehre Vom Verbrechen, en 1906, había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, al rededor del cual se agrupan los demás elementos, en su obra Die Lehre Vom Tatbestand publicada en 1930, Beling ya no habla de una especie delictiva, sino de una "imagen rectora" compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o (subjetivos como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa "imagen rectora".

El tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una "imagen rectora" que preside cada especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la "imagen rectora" no a la especie delictiva. (14)

En consideración de Zaffaroni otra de las objeciones iniciales hechas a Bebing y que éste trata de resolver en 1930 es :

La necesidad de la congruencia del dolo en el tipo objetivo, y a partir de entonces se abren dos caminos para resolver el problema: uno, casi intransitado, inaugurado por el mismo Bebing, y el otro, que había sido señalado por Hellmuth Von Weber en 1929: La concepción mixta del tipo. La dogmática alemana transitó este último camino, o bien se quedó con el anterior, tratando de remendarlo. La primera solución es la del finalismo y la segunda del actual causalismo. (15)

A parece una quinta fase sobre la teoría del tipo y se le llama destructiva, y se debe a las posiciones radicales del nacional -socialismo alemán , en donde el punto de partida del delito no es la acción, sino la voluntad del agente; donde se reprocha no el daño causado, sino la peligrosidad del agente, así los principios nullum crimen, nulla poena sine lege, no existen para el derecho nazista, lo que llegó a los excesos de todos conocidos, en que los principios del derecho penal democrático fueron atropellados en aras de un estado totalitario. (16)

Sin embargo, en la moderna teoría del tipo y la tipicidad impera la preocupación de que esta teoría sea una efectiva garantía de legalidad y

libertad del individuo, para evitar que se repitan casos como el nazismo, para que el tipo constituya la Carta Magna del inculpaado.

Sobre la tipicidad es menester tomar en cuenta el estudio que sobre la materia realiza el notable penalista **Raúl Carranca y Rivas al señalar:**

"puede afirmarse que no se comete grave error al establecerse que una conducta para ser delictiva lo único que necesita, hablando en términos técnicos es tipicidad" ; ya que lo típico es lo posible y es merecedor de pena porque se le desaprueba.⁽¹⁷⁾

Por su parte **Marco Antonio Díaz de León**, señala que: "La tipicidad no debe, concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto o ambos (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo).

Consecuentemente para este autor la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo".⁽¹⁸⁾

Así también existen otras aportaciones al respecto; **Rafael Márquez Piñero**, al estudiar a Mayer considera también que la tipicidad no es sólo una simple descripción, "sino que estima posee un valor indiciario de otras características del delito, especialmente respecto de la antijuricidad".⁽¹⁹⁾

La tipicidad según **Zaffaroni** "constituye el indicio para averiguar la antijuricidad."

" El tipo es la descripción particularizada de una conducta prohibida, la tipicidad es la adecuación o subsunción de una conducta concreta con la particularizada descripción legal, y antijuridicidad es la contradicción de la realización de esa conducta prohibida con el ordenamiento jurídico".

Para Celestino Porte Petit "Es la adecuación de la conducta al tipo, que resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*".

Por tipicidad entendemos pues: El encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento, con el descrito por el legislador. - Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a hipótesis legislativa.

Afirmamos que la conducta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la prevista. La tipicidad exige para su conformación, .- Un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto a la descrita abstracta e indeterminadamente en la ley.

Luego entonces, aquellas conductas no enmarcadas en los dispositivos penales serán atípicas y, por lo tanto, intrascendentes para el derecho penal.

1.6 Análisis Conjunto del Cuerpo del Delito y del Tipo Penal.

El manejo técnico del cuerpo del delito, ha sido hasta la fecha, muy pobremente tratado en tal virtud debemos recurrir a lo que ya mencionamos como instrumento técnico, al tipo para verificar la substancia que contiene en sí el cuerpo del delito.

Quando los hechos que se precisan, en la realidad, desde el punto de vista fáctico, satisfacen en toda su plenitud los elementos típicos legales, nos encontramos frente a la tipicidad, ahora bien, debemos entender por tipo penal, de manera específica, la descripción abstracta que del delito hace en forma específica el legislador; pero no sólo su formalidad definitoria del delito, sino buscando en él su verdadero sentido con el cual viene a proporcionar soluciones unitarias, orgánicas y exhaustivas de toda fenomenología del delito.

El tipo, en sus viejas leyes como lo dijera Jiménez Huerta, ya era manejado a nivel del cuerpo del delito, es Beling, en 1906 quien identifica el tipo con los elementos materiales del hecho delictuoso y la realización del resultado, posteriormente, en los años 30 's, Beling rectifica un tanto su teoría, mencionando una distinción entre el delito tipo en general y el supuesto delictivo, pero sigue sosteniendo que todos los elementos del tipo son de carácter descriptivo.

Posteriormente, Mayer, en su "Tratado de Derecho Penal" aporta datos importantes como son:

"El tipo no se limita solamente a la descripción" (resultado) "objetivo" perceptible en el mundo exterior, sino " que abarca la dirección de la voluntad del autor como proceso" "psicológico, necesario para la constitución del tipo de delito".

El tipo no es, pues sólo suceso "objetivo" esto es, suceso sensible, se compone más de una parte objetiva, comprensiva de manifestación de

voluntad y resultado y de una "parte subjetiva". que abarca los procesos psíquicos constitutivos del delito

Por otra parte, debemos reconocer siguiendo a Mezger, que en determinados tipos, dentro de su descripción específica, existen elementos objetivos, subjetivos y normativos. Esto nos conduce también a aceptar que, siendo el cuerpo del delito la descriptiva típica, no se debe limitar a los elementos objetivos, o sea, a aquellos exclusivamente materiales que integran un cuerpo y que son apreciables por los sentidos, sino que debemos ver la definición del legislador con la dimensión requerida para abarcar todo su contexto, pues por mandato constitucional no puede haber delito sin tipo. Por ello, es de trascendencia analizar la relación entre cuerpo del delito y tipo. **(20)**

Es la evolución del corpus delicti la que generó teórica y legislativamente el concepto del tipo, por ello, resulta razonable recurrir a la entraña de éste para explicar con pulcritud el contenido y los contornos de aquél, o lo que es igual, el desenvolvimiento del cuerpo del delito trajo como consecuencia lo que ahora conocemos como el tipo penal.

Es indispensable tener presente la plena identificación entre uno y otro con el agregado de que la teoría del tipo nos viene a resolver la mayoría de los problemas penales

El gran Mezger ya había explicado la posibilidad de que un tipo delictivo sólo contenga elementos objetivos, pero habrá otros tipos que además contengan elementos normativos y subjetivos, patentizándose que, cuando la formulación de un tipo concreto no se limita a puros elementos objetivos o

materiales, para acreditar su corporeidad dentro de una cabal técnica, deben quedar plenamente demostrados todos los que se encuentren contenidos expresa o tácitamente en la definición legal.

El maestro Sodi, se respalda en la idea de la tipicidad Mezgeriana, en la cual, los elementos que distinguen los tipos penales no son únicamente de carácter objetivo o material, pues también pueden contener subjetivos y normativos, concluyendo que todos los elementos típicos deben ser plenamente demostrados para tener por comprobado el cuerpo del delito.

Atendiendo a todo lo expuesto, debemos determinar que en referencia a una conducta típicamente formal, se puede con propiedad establecer que el cuerpo del delito es lo histórico del tipo.

En conclusión podemos decir que el cuerpo del delito, resulta ser una expresión, que indicaba por los doctrinistas clásicos, la reunión de los elementos objetivos y externos que constituyen el delito; concepto que en algunos casos de acuerdo con la legislación Procesal Penal anterior al 30 de Agosto de 1994, se basaba principalmente en reglas especiales de comprobación; así el cuerpo del delito pasa a ser sustituido por la exigencia más técnica y completa de la demostración de los elementos que integran el tipo penal de que se trate, ya que la descriptiva típica, no debe limitarse solamente a elementos objetivos, sino también subjetivos y normativos, se tiene que ver la definición del legislador con la dimensión requerida para abarcar todo su contexto, pues deben quedar demostrados todos los que se encuentren contenidos expresa o tácitamente en la definición legal.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO PRIMERO.

- 1.- Oronoz Santana Carlos M, Derecho Procesal Penal., p.p. 97, 98.
- 2.- Ibid., pág 98.
- 3.- Colín Sanchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales., pág 246.
- 4.- Castellanos Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal., Editorial porrúa, S.A., México D.F. 1984, octava ed., pág 186.
- 5.- Jiménez Huerta Mariano, La tipicidad., Edit. Porrúa., México, 1956, pág. 24.
- 6.- Revista Jurídica, Oct- Nov., Universidad Lasallista Benavente., 1991-1992. pág. 46.
- 7.- Revista Jurídica Académica, op. cit., 1991-1992. pág. 39.
- 8.- Hans Welzel, Derecho Penal Alemán., Editorial Cárdenas, México 1987, Novena ed. pág 63.
- 9.- Orellana Wiarco Octavio, Teoría del Delito., Editorial porrúa., 1a Edición, México 1994., pág 96.
- 10.- Ibid., pág 98.
- 11.- Ibid., pág 17.
- 12.- Ibid., pág 18.
- 13.- Idem.
- 14.- Ibid., pág 19.
- 15.- Idem.
- 16.- Ibid., pág 20.
- 17.- Revista Jurídica Académica, op. cit., 1991-1992 pág., 41.
- 18.- Ibid., pág 44.
- 19.- Ibid., pág 48.
- 20.- González Quintanilla José Arturo., Derecho Penal Mexicano., Editorial Porrúa S.A. pág. 457.

CAPITULO SEGUNDO

2. TIPO CAUSALISTA Y TIPO FINALISTA.

2.1 Elementos del Tipo (causalista).

Ahora bien con la finalidad de estudiar en contra partida el tipo desde el punto de vista del sistema causalista y finalista , se hará un breve análisis que se traducirá en lo siguiente:

Para el sistema causalista el tipo es un concepto integrado sólo por elementos objetivos, se le considera avalorado y neutro.

Así una característica del tipo es objetiva cuando se refiere a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales como las que dan lugar al tipo autónomo (homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que sólo califican, agravan, privilegian, atenúan al tipo autónomo (la premeditación como calificativa del homicidio, o la rifa como atenuante en el propio delito de homicidio). (21)

De esta manera un principio básico del derecho penal exige que la materia de la prohibición contenida en sus normas (tipos) debe ser precisa, es decir, no debe ser ambigua, de tal suerte que el ciudadano y el propio Juez conozcan con exactitud la conducta prohibida; de no ser así el orden jurídico propicia el abuso, y el ciudadano queda sujeto no a la ley, sino al capricho de quien la va aplicar. (22)

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

Ya habíamos mencionado, que el tipo se conforma por elementos objetivos, pero que en ocasiones en forma expresa involucra elementos subjetivos como cuando hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo, al momento de realizar la conducta típica, como es el caso cuando el tipo dice:

" Al que con ánimo; al que con el propósito; al que engañando" ; etc. También puede suceder que el tipo haga alusión a elementos normativos; llamados así porque el tipo entraña valores; sean jurídicos o culturales; como cuando señala: "al que sin derecho"; cosa ajena; casta y honesta" ; etc. (23)

La existencia de los elementos subjetivos y normativos, además de los objetivos primeramente considerados, llevó a la clasificación de los tipos en normales y anormales, siendo los primeros aquellos tipos que sólo contenían elementos objetivos. y los segundos, los que además de contener elementos objetivos, consignaban elementos subjetivos o normativos, o ambos.

Las repercusiones del reconocimiento de la existencia de los elementos subjetivos y normativos del tipo llevaron a varios penalistas a cuestionar la posición Beligniana de que al tipo debía concebirse como meramente descriptivo, que cualquier cuestión subjetiva o valorativa correspondía a la culpabilidad o a la antijuridicidad.

Beling niega la existencia de los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad y explica que cuando el tipo hace referencia a conceptos como "ajeno", "ejercicio legítimo" etc., son referencias jurídicas de la conducta que conservan su función descriptiva, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en el sentido de una especie de delito. de igual modo repudia Beling los elementos subjetivos, pues en su concepto la "intención impúdica o el ánimo de lucro" no son más que frases que se refieren a la descripción.⁽²⁴⁾

Ahora bien, en el sistema causalista se puede señalar que desde mediados del siglo pasado ya se apuntaba la problemática de los elementos subjetivos del tipo un autor alemán (Hegler en 1914), ya explicaba que no cualquier sustracción de la cosa mueble da lugar al robo, sino que tan sólo la sustracción de la cosa con " ánimo de apropiación" es lo que obliga al reconocimiento de elementos subjetivos.

A otro autor alemán Max Ernesto Mayer se le reconoce como el primer expositor sistemático de los llamados elementos subjetivos del tipo, para Mayer siendo la antijuridicidad un concepto objetivo, los elementos subjetivos de la antijuridicidad son características que deben tomarse en cuenta al afirmarse lo injusto de un acto, pero que tales elementos no pertenecen a la culpabilidad, en efecto para este penalista el fin que persigue un sujeto al ejecutar un delito corresponde al injusto; el motivo que lo impulsa pertenece a la culpabilidad estableciendo que éste no se debía limitar solamente a la descripción objetiva del resultado perceptible en el mundo exterior, sino que abarca la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para constituir el tipo, siendo así que se aporta que el tipo abarca

como parte subjetiva de éste las especiales tendencias, motivos e intenciones del autor que caracterizan el hecho punible. (26)

Por su parte Edmundo Mezger, uno de los demas destacados penalistas dentro del sistema consideró en un principio a los elementos subjetivos del injusto, con exclusiva referencia a lo injusto; posteriormente explicó que no todo lo objetivo pertenece a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son fundamentación del ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos da lugar a la desaparición de la antijuridicidad del hecho; en otros casos podrán ser referencias anímicas subjetivas del inculpado, y entonces ello, caerá en el campo de la culpabilidad. (28)

El debate sobre los elementos subjetivos del tipo, parece ser terreno de muchas discusiones y matices que desde luego no se agotan en las posiciones de los tratadistas mencionados, pero resumen en buena medida las principales posiciones de los penalistas seguidores del sistema causalista.

Por su parte la corriente de la acción finalista, al ubicar dentro de su sistema el dolo y la culpa en el terreno de la teoría del tipo, y no de la culpabilidad, es lógico que los llamados elementos subjetivos del injusto se examinen de modo muy distinto al que lo hacen los causalistas.

En forma muy general podemos reiterar que el sistema causalista contempla en el delito una fase objetiva, en la que se ubica al tipo y la tipicidad. De esta manera algunos penalistas incluyen como elementos del tipo, aspectos que juzgan objetivos como:

1. Conducta (acción);

Movimiento corporal voluntario que produce una modificación en el mundo exterior.

2.- Nexo causal;

Que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa a efecto.

3.- Resultado previsto en el tipo;

Que es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza; Daño o puesta en peligro del bien protegido.

4.- Especiales medios o formas de ejecución;

Hay tipos que exigen determinadas formas o medios para que se realice la conducta en una forma determinada; en cuánto a estos tenemos que la alta penalidad para el daño en propiedad ajena sólo se aplicará a los que utilicen como medios, incendio, inundación o explosión.

5.- Las modalidades de la conducta (tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo);

Al lugar se refieren estas modalidades de la acción, lugar público, lugares destinados al culto, reunión pública, él allanamiento de morada sólo puede darse en departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada.

El tiempo se halla también determinado como una modalidad de la acción

en ciertas infracciones, tenemos que para el infanticidio se han establecido setenta y dos horas después del nacimiento del niño, lapso en el cuál debe llevarse acabo la supresión de la vida.

En otros tipos se alude a las ocasiones, hallándose reunidas las corporaciones a las que la acción se dirige, encontrándose en el ejercicio de sus funciones, ocasión de peligro para un mayor número de gentes, o calamidades o desastres públicos., etc.

6.- Sujeto activo (calidad y número);

Es la persona física individual que desarrolla la acción criminal, cabe señalar que en la comisión de un delito, pueden intervenir 2 o más sujetos, aplicandose en estos casos las reglas de la participación delictiva.

A veces, en ciertos delitos se exige un determinado sujeto activo, como es el caso, de la calidad de funcionario público en el peculado, en los numerosos delitos de abuso de autoridad y de las infracciones de los deberes de los funcionarios públicos, etc., En otros casos sólo puede infringir la norma a que el delito se refiere, el empleado público, el empleado de correos o telégrafos, el ministro del culto, etc.

7.- Sujeto pasivo;

A un determinado sujeto pasivo se refieren otros artículos de los Códigos peneles han de serlo. los ascendientes o los cónyuges, la mujer honesta en la seducción, la mujer en el rapto y en el aborto, el niño recién nacido en el infanticidio.

8.- El objeto material;

A un determinado objeto aluden ciertos tipos de los Códigos: cosas destinadas al culto, cadáver, el objeto mueble en el robo, ésto es, la persona o cosas sobre las cuales la acción típica se realiza.

9. El bien jurídico tutelado;

Es el interes social jurídicamente protegido.

La ley, al establecer los tipos penales, se limitan a menudo a dar una mera descripción objetiva, así una característica del tipo es *objetiva* cuando se refiere en forma descriptiva o valorativa a datos externos.

En la mayor parte de los Códigos la definición del homicidio es por demás simple y puede ser paradigma de brevedad, limitandose a decir las legislaciones que el homicidio consiste en " matar a un hombre".

La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etc., pero el tipo sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio.

En caso de tipos de mera descripción objetiva, que no dejan de serlo por contener las referencias y modalidades ya establecidas , la función del Instructor es sencilla. Le basta con el proceso meramente cognoscitivo; es decir con dejar establecidas en los autos las pruebas del hecho que acreditan el proceso de subsunción en el tipo legal.

Con el paso del tiempo diversos doctrinistas, observarán que el tipo no podía quedar encasillado en la sola descriptiva fáctica material, sin elementos subjetivos, normativos, porque en la propia descriptiva hecha por el legislador se contenían tales concepciones, además para cuando una conducta se erige en un tipo es porque previamente el legislador ha emitido un juicio valorativo, estimándola antijurídica y tan la estima así, que la prohíbe conminándola con pena. así el engaño en el fraude es un elemento subjetivo, y la estimación de mujer honesta en el estupro es un elemento normativo con rango eminentemente jurídico-cultural.

Con el paso del tiempo, (Mayer), fué quien descubre que además de contener los tipos penales elementos objetivos, también tienen elementos subjetivos a los que llamo especiales elementos subjetivos, como cuando se hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo, a estados anímicos del autor al momento de realizar la conducta típica.

En cuanto a estos, son los referidos al ánimo conductual del activo y por ellos debemos entender el conjunto de condiciones relativas a la finalidad y al ánimo y tendencia del sujeto activo, que dotan de significación personal a la realización de los elementos objetivos del tipo por el autor, estos elementos son componentes de la correspondiente figura descrita por el legislador y no tienen nada que ver con la atribubilidad que de los hechos se haga al activo, es decir se encuentran al margen de la culpabilidad.

Serán elementos subjetivos cuando en la descriptiva típica se aluda a conceptos: al que engañando, a quien cometa, al que con el propósito, causar

deshonra, descrédito, ánimo de desprecio, al que intencionalmente, desee perjudicar., etc. (27)

Posteriormente Mezger habla de elementos normativos dentro de los elementos subjetivos, cabe señalar que la pura descripción objetiva puede contener también elementos normativos y por estos se consideran aquellos conceptos aludidos en la descriptiva típica que requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o cultural.

Estos elementos se basan en juicios de valoración: a) jurídica - remisión a criterios contenidos en otras normas, propiedad, posesión, depósito, quiebra, b) Cultural, al aludirse a criterios ético - sociales, estimados por normas culturales, bien común, interés público, buenas costumbres.

Serán elementos de estricta naturaleza normativa, cuando en la descriptiva se aluda a conceptos como: ajena, honesta, casta, moral, pública, pudor, buenas costumbres, insolvencia, lícita. amor, respeto, amistad, gratitud, indebidamente, ilegítimamente, sin estar autorizado por la ley, faltando a las condiciones o formalidades establecidas en la ley, sin motivo justificado. (28)

2.2. Elementos del tipo (De acuerdo con el sistema Finalista).

Todas estas repercusiones han sido tomadas por la corriente finalista, para la cual el tipo esta estructurada también por elementos objetivos, subjetivos y normativos, pero aquí dolo y culpa constituyen elementos subjetivos del tipo mucho más importantes que los ánimos, propósitos, fines,

intenciones, deseos y ; no especies de la culpabilidad como lo acepta la teoría causalista.

De tal manera la corriente finalista considera como elementos subjetivos del tipo, en primer lugar :

1. Al dolo y a la culpa;

2. Y otros elementos subjetivos distintos del dolo y de la culpa como son el ánimo, los deseos, intenciones, los propósitos, la tendencia del sujeto. (29)

El dolo a su vez como elemento subjetivo del tipo, no es sino la realización del tipo objetivo de un delito. En efecto, el hombre realiza continuamente acciones finalistas, pero la inmensa mayoría no tiene ninguna connotación jurídico -penal, así cabalgar, manejar un automóvil, caminar, comer, etc., de ahí que el derecho penal sólo se interese por aquellas acciones finalistas que están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos, a " acciones" calificadas de antijurídicas consagradas en los tipos penales. (30)

Debemos de partir de que el hombre al proponerse fines para su actuar cuenta con una "libertad de voluntad", libertad que no es absoluta, pues la libertad humana está sujeta a límites que en alguna forma pueden constreñir su voluntad, pero aun así el hombre está en posibilidad de proponerse fines y de emplear medios para la consecución de esos fines, pues de no aceptar lo anterior no habría posibilidad de reprocharle la decisión de optar por una conducta antijurídica, es más, la existencia misma del derecho penal no tendría razón de existir tal como la concebimos actualmente, y el Estado no tendría justificación para imponer penas.

Una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa.

El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista.

De esta manera el " sujeto que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajeneidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya no actúa en absoluto."

En la teoría causalista tendríamos que aceptar que quien pronunció palabras de las que ignoraba su connotación injuriosa, o tomo un bien sin percatarse de ser ajeno llevaría a cabo una acción, porque habría realizado una manifestación corporal voluntaria, se integraría el primer elemento del delito, pero para la teoría finalista como ese actuar no se había propuesto los fines señalados como típicos no resulta doloso y por ello no habría tal acción desde el punto de vista penal, pues su movimiento corporal voluntario no tenía un propósito de realizar la conducta con el dolo exigido por la ley.

En pocas palabra en la teoría de la acción finalista, encontramos que el dolo y la culpa se van ubicar, ya no a nivel de la culpabilidad, sino a nivel de la acción típica.

El dolo y la culpa van a dejar de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, ahora el dolo y la culpa constituyen el fin de la acción.

Es en la acción donde se plantea el dolo y sus clases y la culpa y sus clases.

En cuanto al dolo (acción dolosa), no se encuentra mayor problema al establecer que el sujeto al actuar lo hace con un propósito, no pensarlo así sería un absurdo, ya que siempre se ha demostrado que el hombre piensa y luego actúa, en consecuencia a su pensamiento. (31)

Sin embargo a la teoría finalista de la acción se le objetó que en el caso del dolo eventual, o en los delitos culposos se pudiera hablar de "acción", pues en el dolo eventual, o en la culpa con representación y más aun, en la culpa sin representación, no se podría plantear la "finalidad" de la acción.

Tal objeción se salva, en virtud de que el hombre se propone una "acción", pero al ejecutar ésta se producen consecuencias concomitantes o secundarias, es decir en el dolo eventual o en la culpa, sea con o sin representación, se ejecuta una acción con una finalidad, pero ésta no se logra, porque se desvía a un resultado concomitante o secundario, tal sería el caso de quien con la finalidad de limpiar un arma de fuego realiza esa acción, pero al estar limpiando el arma produce un disparo y el proyectil mata a una persona, este resultado desviado de su "acción" es secundario.

En atención a lo expuesto podemos llegar a las siguientes consideraciones:

Para el sistema causalista el tipo es un concepto integrado sólo por elementos objetivos.

Con el paso del tiempo, Mayer descubre que además de contener los tipos penales elementos objetivos, también contienen elementos subjetivos como son ciertos ánimos, tendencias, motivos, propósitos, fines saberes o sabiendas; posteriormente Mezger habla de elementos normativos, dentro de los elementos subjetivos como son el honor, la castidad, honestidad, ajeneidad, propiedad, posesión etc.

Todas estas repercusiones han sido tomadas por la corriente finalista para la cual el tipo esta estructurado también por elementos objetivos, subjetivos, y normativos, pero aquí dolo y culpa constituyen elementos subjetivos del tipo mucho más importantes que los ánimos, propósitos, fines, intenciones, etc.

Así por objetivos se entienden únicamente, las características del tipo que se refieren en forma descriptiva o valorativa a datos externos.

Por subjetivos las características del tipo referidas a una actitud interna o dirección de la voluntad o sentimiento del autor o de la víctima y dentro de estos elementos muy destacadamente aparecen los ánimos, propósitos, deseos, intenciones del sujeto al momento de realizar la conducta.

Y serán normativos aquellos a cuyo contenido se llega mediante una referencia jurídico - cultural.

Por lo que la teoría finalista coloca al dolo y a la culpa, como elementos subjetivos del tipo, y no como elementos o especies de la culpabilidad como lo hace el sistema causalista. Aquí el dolo y culpa constituyen elementos subjetivos, mucho más importantes que los ánimos, propósitos, deseos, intenciones del individuo.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO SEGUNDO.

21.- Orellana Wiarco, op. cit., pág 98.

22.- Idem.

23.- Ibid., pág 21.

24.- Idem.

25.- Ibid., pág 22.

26.- Idem.

27.- Ibid., pág 23.

28.- González Quintanilla, op. cit., Pág 236.

29.- Orellana Wiarco, op. cit., pág 98.

30.- Ibid pág 91.

31.- Ibid 92.

CAPITULO TERCERO

LA CULPABILIDAD.

3. SISTEMA TRADICIONALISTA.

3.1 Concepto.

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte, se considera culpable la conducta según Cuello Calón: Cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochadas. (32)

Jiménez de Asúa, dice al respecto, que en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (33)

Porte petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. (34)

Para Villalobos, la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. (35)

En resumen hay que reconocer que la noción completa de la culpabilidad se forma por dos elementos: una actividad psicológica del sujeto; y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el Derecho y sus obligaciones personales. De aquí se puede desprender, dos teorías acerca de la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

3.2 Teorías Tradicionalistas de la Culpabilidad.

a) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.

Para esta teoría la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico dejando toda la valoración jurídica para la antijuricidad; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor.

El estudio de la culpabilidad requiere necesariamente el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que tiene dos elementos: uno volitivo (o emocional) y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querer: de la conducta y el resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. (36)

b) Teoría Normativa o Normativista de la Culpabilidad.

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche, una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con

dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: Por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir el deber es jurídico.

Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y su resultado, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración de un juicio de reproche de ese contenido psicológico. La culpabilidad, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a luz del deber.⁽³⁷⁾

Al respecto Reinhart Maurach, escribe: culpabilidad es reprochabilidad.

Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse en favor del derecho, el mismo autor citando a Frank, fundador de la teoría normativa expresa que culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico.

Este juicio normativo está justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. En el primer caso alcanza el autor el reproche de haberse conducido conscientemente contra los mandatos del Derecho; en el último se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social. (38)

Resumiendo se puede afirmar que para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto, pero también ambas teorías están de acuerdo en que en el delito no sólo el acto ha de ser contrario a derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan sino que es menester la oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentre también en pugna con el orden jurídico.

Para la teoría Psicológista del causalismo:

- Culpabilidad es relación psicológica entre conducta y resultado;
- Por lo tanto el dolo está en la culpabilidad;
- A él pertenece la conciencia de la antijuridicidad;
- Y la imputabilidad es su presupuesto.

La Teoría normativista:

- Culpabilidad, es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;
- El dolo pertenece al reproche;
- Al dolo pertenece la conciencia de la antijuridicidad;
- La imputabilidad es elemento de la culpabilidad.

FALLA DE ORIGEN

3.3 Formas de la Culpabilidad.

La culpabilidad reviste dos formas dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). También suele hablarse de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa la intencionalidad del sujeto.

a) El dolo; es la más importante de las formas de culpabilidad, el concepto del dolo es uno de los más difíciles y contravertidos para el derecho penal.

El dolo según Cuello Calón. consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución, de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. ⁽³⁹⁾

Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere. ⁽⁴⁰⁾

En resumen el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Por otra parte el Código Penal en el artículo 41 nos menciona que.- " obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible".

El dolo contiene un elemento ético o intelectual y otro volitivo o emocional. El elemento intelectual está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, es decir conocimiento de que se quebranta la norma, conocimiento de que nuestra conducta es antijurídica, conocimiento de que nuestra conducta es mala. El volitivo o psicológico consistente en la voluntad de realizar el acto; querer el resultado.

Hay diversas clases de dolo, por que cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. Así se puede hablar en la doctrina de dolo directo, indirecto, simple indirecto, eventual, indeterminado, genérico, calificativo , etc.

En este trabajo sólo nos ocuparemos de la mayor importancia práctica, como lo son el dolo directo, indirecto, indeterminado, y el eventual.

Dolo directo.- El resultado coincide con el propósito del agente. (decide privar de la vida a otro y lo mata).

Dolo indirecto.- El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán, otros resultados delictivos (para dar muerte a quien va abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato).

Dolo indeterminado.- Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista que lanza bombas).

Dolo Eventual .- Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente, (incendio de una bodega conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).

Por lo que el sistema causalista ubica el dolo en el terreno de la culpabilidad y el sistema finalista lo ubica en el tipo como elemento subjetivo del mismo.

b) La culpa.

La culpa es la segunda e inferior especie de la culpabilidad, en ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

La culpa no siempre ha sido aceptada como especies de la culpabilidad, pues se afirma, que nadie puede ser penado por una acción no querida por él; y si la distinción fundamental entre el dolo y la culpa consiste en que en la primera el agente sí quiere la conducta y su resultado, en cambio en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas culposas.⁽⁴¹⁾

A pesar de este argumento, lo lesivo que pueden resultar las conductas culposas han inclinado a la mayoría de los penalistas a aceptar la culpa como una especie de la culpabilidad, y por ende punir dichas conductas culposas.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.- Definición dada por el maestro Cuello Calón.- Es pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable; pero mediante la cual se produce una consecuencia tipificada. (42)

Según Edmundo Mezger, actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incunbe y cuyo resultado puede prevenir. (43)

Elementos de la culpa.- Por ser necesaria la conducta humana, para la existencia del delito, ella constituiría el primer elemento, es decir, un actuar (positivo o negativo); en segundo término, que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado; tercero los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. (Si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente se estará en el caso de la imputación dolosa.

Hay diversas clases de culpa. Dos son las especies principales de la culpa: Consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación. (44)

La culpa consciente , con previsión o con representación, existe cuándo el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado).

Por otra parte la legislación penal vigente en el Estado de Guanajuato nos da la definición de culpa en su artículo 41.- "Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce con la confianza de que no ocurrirá."

c) La preterintención.

La palabra preterintencionalidad, tiene su origen en las partículas praeter que significa "más allá de", e intentionem "intención". Es admitida por algunos penalistas del sistema causalista como la tercera especie de la culpabilidad, pero este concepto todavía es más debatido que el dolo y la culpa, ya que no es muy aceptada por los estudiosos del derecho.

Por nuestra parte sólo diremos que en nuestro sistema se le considera como la tercera especie de la culpabilidad, habida cuenta de que el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 43 nos establece la definición "obra con preterintención quien causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente".

SISTEMA FINALISTA.

3.4 Concepto de Culpabilidad.

El sistema finalista en la teoría del delito, considera que a la culpabilidad le corresponde el papel más importante " el del juicio del reproche" por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad), además tuvo conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, y por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y pudiendo obrar de otro modo, no lo hace. (46)

¿Por qué se puede formular un reproche jurídico - penal a un individuo?.

También la respuesta a esta interrogante requiere tomar en cuenta el lado del comportamiento del autor y el de la sociedad en cuyo seno se ha originado y realizado.

El hombre como miembro del ente social tiene la obligación de conducirse, en sus relaciones con los demás, dentro de las pautas de conducta cuya vigencia real ha sido sancionada por la sociedad, sobre todo las provenientes de las leyes penales que dan lugar a las violaciones más graves de la normatividad positiva, y por lo mismo, provocan las sanciones más rigurosas de parte de la acción punitiva.

"El ejercicio del ius puniendi, en lo legislativo, judicial y ejecutivo, debe hacerse en función de esta necesidad grupal de controlar por lo menos, los actos individuales que son factor de inestabilidad social y por ello impiden o estorban el desarrollo de la convivencia". (46)

La violación de las leyes penales constituye la conducta más grave que un individuo pueda realizar, por tal razón, no sólo es exigencia de la justicia formal sino más aún de la convivencia colectiva, el formular el reproche e imponer la pena que se deriva del mismo, a quien observe un comportamiento de verdad anti-social y contrario a la solidaridad del grupo.

Dicha conducta es intolerable desde el punto de vista del interés social y la sociedad la reprime con la sanción penal, no sólo para defender los bienes jurídicos de futuros ataques sino, de manera prioritaria, en función de la convivencia que el interés más alto al cual debe responder toda legalidad penal.

La aptitud para elegir entre una conducta adecuada al interés de la sociedad y otra que lo contradiga requiere de su autor la calidad de ser capaz y libre en cuanto a su persona; pero también es fundamental que el entorno social donde el delincuente ha realizado su acto le haya permitido, en efecto ser un hombre libre en el momento de su comportamiento delictivo.

El reproche de la culpabilidad reviste, por ello, la máxima gravedad, el autor encuentra mayores dificultades cuando no conoce la antijuridicidad, pero podía conocerla con un poco más de cuidado. Si hubiera podido conocer la antijuridicidad de esa conducta, mediante un examen más detenido de

consciencia, de reflexión o consulta, etc., le debe ser también reprochada, aunque en menor medida.

En ese orden de ideas, un hecho, es sólo reprochable si el autor ha conocido, o ha podido conocer, las circunstancias que pertenecen al tipo y su antijuridicidad. El conocimiento de ésta se basa en el de aquellas: la antijuridicidad del hecho puede ser solo conocida si el autor ha conocido, o ha podido conocer, sus circunstancias que pertenecen al tipo.

En general reprochabilidad no es el reproche (juicio de desvalor) mismo, sino el conjunto de características que la ley requiere para reprochar (desvalorar una conducta).

El finalismo como ubica al dolo en el tipo, deja a la culpabilidad reducida a su categoría de reproche y pasa, de este modo, el dolo al objeto del reproche (al tipo).

Por lo que la culpabilidad es el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no antijurídico," en el hacer, en lugar de".

Es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica, tanto si se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no se aplica la dirección final mínima exigida, una resolución de voluntad conforme con la norma. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad. (47)

Para la Teoría Finalista del delito:

- Culpabilidad es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;
- El dolo no pertenece a la culpabilidad (sino al tipo subjetivo);
- El conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo.
- La imputabilidad es elemento de la culpabilidad.

3.6 Elementos de la Culpabilidad.

Fundamentalmente son tres los elementos de la culpabilidad finalista: a) imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b) conocimiento de la antijuridicidad; y c) exigibilidad de otra conducta.

La doctrina penal contemporánea reconoce hoy en día la importancia de los elementos anteriores. La ausencia de alguno de ellos impide la integración de la culpabilidad, y sin esta noción fundamental de la teoría del delito no hay fundamento para la imposición de una pena.

a) La Imputabilidad

La culpabilidad en la teoría finalista se apoya en un primer elemento, que es la imputabilidad del sujeto, a diferencia de la mayoría de los penalistas del sistema causalista, que la colocan como un presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad para el sistema finalista es entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma.⁽⁴⁸⁾

La imputabilidad en el sistema finalista es sinónimo de capacidad de culpabilidad, capacidad de su autor, y se integra a su vez de dos sub-elementos:

- 1.- La capacidad de comprender lo injusto del hecho, (momento cognoscitivo o intelectual).**
- 2.- La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, momento volitivo). (49)**

La capacidad de comprensión de lo injusto, se refiere a que al autor se le exige pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho como tipificado por la ley, por ello, si no se da esa comprensión, puede presentarse una causa de inculpabilidad.

En el sistema causalista, al referirse a la imputabilidad, señala que la misma se forma por la capacidad de "querer y la capacidad de entender", aun cuando estos conceptos son semejantes a la capacidad de comprender lo injusto del hecho y a la capacidad de determinar esa voluntad conforme a esa comprensión, estos conceptos los del finalismo son más profundos, se afina su riqueza conceptual, así cuando se exige la comprensión y determinación del carácter ilícito, se exige más que un simple querer y entender. (50)

Concluyendo pues, "la imputabilidad dejó de explicarse como capacidad de responsabilidad individual por los actos realizados libremente, y pasó a entenderse como la capacidad de ser motivado por la norma penal, y su correspondiente sanción. Los inimputables no serían, pues, seres incapaces de

libertad, o si se prefiere seres irresponsables de sus hechos . tal es el caso de los enajenados mentales , sino seres no motivables por la norma".

De esta manera, la inimputabilidad como capacidad de culpabilidad, no se refiere, a la manera del sistema causalista de un libre albedrío, sino en forma más precisa, a la posibilidad o capacidad de que el sujeto se haya podido motivar, de obrar conforme a la ley, no en el sentido del normativismo de Frank, de haber podido obrar de otra manera, sino de haber obrado en el sentido de la ley.

b) Posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad.

El conocimiento de la antijuridicidad del hecho, requiere como requisito que el sujeto sea imputable, que se presenten tanto el momento cognoscitivo (intelectual), como el volitivo, (voluntad).

Este segundo elemento de la culpabilidad en el sistema finalista se encuentra en la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, conocimiento que es potencial, no se requiere que el sujeto conozca la antijuridicidad de su conducta , sino que basta con que podía haberla conocido, y en eso se basa el reproche.⁽⁵¹⁾

El sistema causalista tradicional parte del supuesto que siendo imputable el sujeto, a nivel de la culpabilidad, debe constar si actuó dolosa o culposamente, ya que ubica al dolo y a la culpa dentro de la culpabilidad, ahora bien, esta forma de concebir el delito entrafía que quien actuó con dolo o con culpa, lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad al momento de realizar la conducta típica, de ahí que el sujeto al obrar dolosa, pero bajo el error de que

su conducta era jurídica, tal error es irrelevante como causa de exclusión de su conducta dolosa, ya que la teoría causalista se apega al principio de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha

El finalismo, al definir el dolo como finalidad de realizar el tipo penal, redujo el dolo a la relación psicológica exigida por el tipo en la acción finalista, la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad de esa acción típica finalista, quedó como parte esencial de la culpabilidad; de esta manera para la culpabilidad, no es lo más importante si el sujeto conoció o no la antijuridicidad de su acción, lo que importa es si podía conocerla o no. (62)

El reproche concebido de esta manera dio margen a la teoría del error de prohibición. Si el sujeto no podía conocer la antijuridicidad de su conducta se presentaba el caso de error de prohibición, que destruía la culpabilidad de su conducta, la que si bien podía ser típica dolosa e injusta, no resultaba culpable; ahora bien, si el sujeto podía haber evitado el error del conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, ese error de prohibición evitable o vencible, podía dar lugar a una culpabilidad disminuida.

Como se observa de lo expuesto, el sistema finalista distingue entre error de tipo y error de prohibición, colocando en la primera categoría aquellos errores accidentales (irrelevantes), o bien esenciales, invencibles, o insuperables referidos a los elementos del tipo y que anulan la tipicidad de la conducta; en la segunda categoría, en los errores de prohibición, la conducta puede ser típica dolosa e injusta, pero siendo invencible la posibilidad del conocimiento antijurídico de su conducta resultaría inculpable esa conducta, o bien, si era vencible, puede dar lugar a una culpabilidad culposa (63)

Para ilustrar lo anterior, estaríamos ante un error de tipo si un sujeto creyendo ejecutar un delito de robo, se apodera de una cosa que es de su propiedad, tal error destruye la tipicidad de su dolo, ya que el robo exige la apropiación de una cosa ajena, estaríamos en presencia de un error de tipo, y por ende la conducta sería atípica.

En cambio, si el mismo sujeto, creyendo fundadamente que el objeto es de su propiedad, pero siendo ajeno, su apoderamiento resultaría típico e injusto, pero por error de prohibición, por imposibilidad del conocimiento de la antijuridicidad de su acto, sería inculpable.

a) El error de tipo afecta al dolo, el de prohibición a la comprensión de la antijuridicidad.

b) El error de tipo se da cuando vulgarmente "el hombre no sabe lo que hace" ; el de prohibición cuando "sabe lo que hace" pero creen que eso no es contrario al orden jurídico.

c) El error de tipo elimina la tipicidad dolosa, el de prohibición puede eliminar la culpabilidad.

c) La exigibilidad de otra conducta.

El tercer elemento de la culpabilidad, en el sistema finalista se refiere a la exigibilidad de un comportamiento distinto al ejecutado por el sujeto, y que resultó típico y antijurídico.

El derecho exige comportamientos sujetos a patrones objetivos, aplicables al caso individual, así como el derecho esta en su papel de exigir,

dentro de parámetros normales que el sujeto se comporta de tal modo que no viole la ley penal. (64)

Lógicamente, el sujeto para ser culpable previamente se debe determinar su imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad, pero además debe examinarse si en el caso concreto le era exigible una conducta apegada a derecho, y con, tales elementos se materializa la culpabilidad.

La inexigibilidad nació con la teoría normativa de la culpabilidad, ya que en la postura psicologista de una mera relación psicológica entre autor y resultado era imposible aceptar este criterio.

El finalismo retomó el desarrollo de la "no exigibilidad", partiendo del supuesto que antes de considerarlo una fase negativa de la culpabilidad era preciso considerarlo en su aspecto positivo, de ahí que se colocó a la exigibilidad de otra conducta como tercer elemento de la culpabilidad, y a la no exigibilidad como su aspecto negativo, que de presentarse destruiría a la culpabilidad. (65)

Se admite generalmente como causas de inexigibilidad o de exculpación al estado de necesidad inculpante.

En resumen.- El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio a todos los ciudadanos, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico

no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos. Así en el estado de necesidad se exige como requisito que el resultado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

La exigibilidad fundamenta la culpabilidad en el deber de motivarse conforme a la norma de deber, por lo cual se demanda al autor una conducta diferente a la por él realizada.⁽⁵⁶⁾

Así podemos llegar a la siguiente consideración: Que trasladados el dolo y la culpa al tipo, se suele afirmar que la culpabilidad queda vacía, hemos visto que la misma no queda vacía, si no que se le coloca en su verdadero papel, en aquel en donde al sujeto se le va a valorar a "reprochar" por no haberse motivado conforme a la norma, conforme a los valores aceptados por la ley.

El sistema finalista considera que a la culpabilidad le corresponde el papel más importante en la teoría del delito "el del juicio de reproche" por la realización de una conducta típica y antijurídica. Este reproche de la conducta típica debe estar compuesto por los siguientes elementos.

1.- Imputabilidad.- Cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión.

2.- Con la posibilidad de conocimiento o cognoscibilidad o conciencia de antijuridicidad, si el sujeto es imputable tiene la capacidad de tener conciencia y por ello tiene la posibilidad de anticipar la antijuridicidad.

3.- La exigibilidad de un comportamiento distinto.

Al sujeto se le exige una conducta diversa a la ejecutada.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO TERCERO.

- 32.- Cuello Calón , Cit. por Castellanos Fernando., pág 231.
- 33.- Jiménez de Asúa, Cit. por Castellanos Fernando., pág 232.
- 34.- Porte Petit, Cit. por Castellanos Fernando., pág 232.
- 35.- Villalobos Ignacio, Cit por Castellanos Fernando., pág 232.
- 36.- Castellanos Fernando, op. cit., pág 233.
- 37.- Ibid., pág 234.
- 38.- Rainhart Maurach, Cit por Castellanos Fernando., pág . 235
- 39.- Cuello Calón, Cit. por Castellanos Fernando., pág 239.
- 40.- Jiménez de Asúa, Cit. por Castellanos Fernando pág 239.
- 41.- Orellana Wiarco Octavio, op. cit ., pág 54.
- 42.- Cuello Calón, Cit. por Castellanos Fernando pág 245.
- 43.- Mezger Edmundo, Cit. por Castellanos Fernando pág 245.
- 44.- Castellanos Fernando, op. cit., pág 247.
- 45.- Orellana Wiarco, op. cit., pág 157.
- 46.- Monterroso Salvatierra Efraín Culpa y Omisión del Delito . Edtt. Porrúa México D. F. pág 124.
- 47.- Hans Weizel, op. cit., pág 73.
- 48.- Weizel, Cit. por Orellana Wiarco., pág 118.
- 49.- Orellana Wiarco, op. cit., pág 120.
- 50.- Idem.
- 51.- Weizel, Cit. por Orellana Wiarco., pág 168.
- 52.- Idem.
- 53.- Idem.
- 54.- Orellana Wiarco, op. cit., pág 159.
- 55.- Ibid., pág 180.
- 56.- Idem.

CAPITULO CUARTO.

4. EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Las últimas reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República han sido introductoras de nuevos conceptos jurídicos a nuestra Legislación Procesal Penal, entre otros podemos observar que se cambia la expresión "cuerpo del delito" por la de "Tipo penal". exigiéndose para librar tanto una orden de aprehensión como para decretar una formal prisión en contra de un indiciado el que haya pruebas que acrediten los elementos constitutivos del tipo penal en cuestión.

Dichas exigencias a mi entender traen como consecuencias una serie de cambios a nuestro sistema Procesal Penal, por lo que en este capítulo trataremos de estudiar tan sólo algunos aspectos, partiendo del análisis de la anterior redacción, para posteriormente seguir con la actual redacción y destacar los puntos más relevantes, que son objeto de nuestro estudio.

4.1 Anterior Redacción.

a) Artículo 18 Constitucional.

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna Orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad

judicial, sin que preceda denuncia acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda Orden de cateo, que soló la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe de limitarse la diligencia, levantándose a concluiría un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia."

"La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papales indispensables para comprobar que se han atacado las disposiciones fiscales, sujetandose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos."

" La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley."

" En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna, en tiempo de guerra los militares podrán exigir, alojamiento, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la Ley marcial correspondiente".

b) Artículo 19 Constitucional.

" Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión. en el que se expresarán: El delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten."

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión."

"Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue. deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente".

"Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades "

4.2 Actual Redacción.

a) Artículo 16 Constitucional.

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito, de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado, que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integren el tipo penal, y la probable responsabilidad del indiciado".

"La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna, y bajo su más estricta responsabilidad, la contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal".

"En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público".

"Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público, podrá

bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

"En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".

"Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo deberá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

En toda orden de cateo, sólo... (Párrafo que permanece inalterado).

b) Artículo 19 Constitucional

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido, y hagan probable la responsabilidad de éste".

"La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión, dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el

término y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad "

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de 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".

Todo maltrato. (párrafo que permanece inalterado).

4.3 Aspectos Relevantes de las Reformas a los Artículos 16 y 19 Constitucionales.

a) Artículo 16 Constitucional.

Con referencia al artículo 16 Constitucional se establecen los siguientes criterios y lineamientos:

Debe tenerse presente que el párrafo primero actual reproduce en forma inalterada la parte inicial del primer párrafo del texto antiguo manteniéndose la garantía de que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento".

1.- El nuevo párrafo segundo del artículo 16, que señala los requisitos para librar una orden de aprehensión, presenta las siguientes novedades importantes:

"Como se observa, el texto reformado mantiene la exigencia de que la orden de aprehensión sea dictada por la autoridad judicial y la de que exista previa denuncia, acusación o querrela, pero en seguridad, abandonando la antigua expresión de que se trate de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, habla ahora de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado".

a).- "La supresión de la palabra "**Detención**" obedece a que se reserva la orden de aprehensión como facultad exclusiva de la autoridad judicial, en tanto que la "detención" corresponde al "Ministerio Público", previa satisfacción de los requisitos que más adelante se precisan".

b) .- "Que el delito de que se trate esté sancionado cuando menos con pena privativa de libertad. Si bien esa exigencia es a primera vista para el Juez, quien habra de dictar la orden de aprehensión, también se hace extensiva al Ministerio Público, en su condición de solicitante. Este por ende, en los casos de consignación sin detenido, se atenderá a los criterios hasta ahora aplicados para la solicitud de orden de aprehensión, la cual sólo se hará si el delito de que se trate tiene asignada pena de prisión".

"Por supuesto que el requisito de cuando menos con pena privativa de libertad, se satisface únicamente si la pena privativa de libertad no está

señalada como alternativa con otra que no afecte la libertad de la persona. pues de ser así, y de acuerdo con la parte inicial del párrafo primero del artículo 18 de la Constitución, no puede haber lugar a prisión preventiva, por tanto al ocurrir esta situación sólo procederá solicitar orden de comparecencia". (67)

2.- "Otra de las aportaciones importantes es lo referente al acreditamiento de los elementos que integran el tipo penal. Esta es una nueva expresión y un requisito que ahora precisa el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional, para la orden de aprehensión; requisito que está acorde con el señalado por el artículo 19 constitucional para el auto de formal prisión".

"Los Elementos que integran el tipo penal, son los contenidos en la descripción típica hecha en la ley; lo cual significa que debe examinarse la descripción que del ilícito se haga en la legislación, para poderse determinar si el hecho que se atribuye al indiciado se adecúa a la descripción típica. por tanto dicha expresión debe ser entendida como equivalente a "cuerpo del delito", en el entendido que para cumplirse con lo que establece la primera parte del artículo 16 constitucional, se requiere de la motivación necesaria, la cual se satisface mediante la precisión de las circunstancias de lugar, tiempo, y ejecución del hecho delictuoso, para garantizar la defensa del indiciado, requisito necesario que debe contener todo acto de molestia de autoridad.

"Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público sólo hará la consignación y la solicitud de orden de aprehensión, si con los datos que ha arrojado la averiguación se han acreditado los elementos del tipo penal del

delito que se le atribuye al autor, así como la probable responsabilidad del indiciado". (58)

3.- "Se adiciona al artículo 16 Constitucional lo previsto antes de la reforma en el tercero y cuarto párrafos de la fracción XVIII. del artículo 107 Constitucional, que se derogan y se sustituye el término de veinticuatro horas por la expresión **sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad**". (59)

4.- "El párrafo cuarto del artículo 16 reformado se refiere al **delito flagrante**, como uno de los casos de excepción, en que puede procederse a la detención de una persona sin necesidad de orden de aprehensión de autoridad judicial, estableciéndose para ese caso la obligación de poner al detenido **sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público**". (60)

"Se considera que hay delito flagrante conforme al artículo 192 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales vigente en el Edo; cuando el indiciado es detenido en el momento de estarlo cometiendo, o sí, inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso; aquel es perseguido materialmente; o alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito". (61)

5.- "El párrafo quinto del mencionado artículo 16 se ocupa de los casos urgentes, que con los de delito flagrante constituyen excepciones a la regla general de que nadie puede ser aprehendido sino por mandato de la autoridad

judicial. Se trata también de una situación ya prevista por la Constitución y por el Código de procedimientos penales en vigor, pero ahora con nuevos requisitos, como son:

- a) Que se trate de "delito grave" así calificado por la ley;
- b) Que exista el "riesgo fundado" de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y ;
- e) Siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón "de la hora, lugar u otra circunstancia". (62)

"Con las últimas reformas al Código de Procedimientos Penales vigente en el Edo, que se publicaron el 30 de Agosto de 1994, para entrar en vigor a partir del cuarto día siguiente al de su publicación; en el artículo 183 de dicho ordenamiento jurídico se establecen cuales delitos del Código penal para el Edo de Guanajuato se consideran graves:

Rebelión previsto por el artículo 138, Peculado previsto por el artículo 146, Evasión de presos previstos por el artículo 163 segundo párrafo, tráfico de menores previsto por el artículo 199 Bis párrafos primero, segundo y quinto; Homicidio previsto por el artículo 201 con relación al 202, 204, 219, y 217; Lesiones previstos por el artículo 210; Tortura previsto por el artículo 215 Bis; Homicidio culposo previsto por el primer párrafo del artículo 218 con relación al 181; Homicidio en razón de parentesco o relación previsto por el artículo 218 en relación al 17; Infanticidio previsto por el artículo 221; Aborto previsto por el artículo 222; Secuestro previsto por el artículo 238 en relación al 17; Asalto a población , previsto por el artículo 246; Violación previsto por los artículos 249, 250, 251, y 251 Bis; Robo calificado previsto por los artículos 265 y 268, Robo de ganado previsto por los artículos 273 o 274; Despojo previsto por el artículo

286; Daños dolosos previsto por el artículo 289; y Extorsión previsto por el artículo 291". (63)

"El Ministerio Público debe prestar especial atención a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 16, que establece que en los casos urgentes **podrá, bajo su responsabilidad, ordenar la detención del indiciado, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder**".

"Por ello, el Ministerio Público debe poner especial cuidado en incluir en la averiguación las constancias suficientes para apoyar la necesidad de la urgencia, al grado de informar de ellas al Director General de Averiguaciones Previas o al delegado que deba conocer del asunto, en calidad de consulta para recibir instrucciones". (64)

6.- "El nuevo párrafo sexto del artículo 16 introduce una disposición novedosa, como complemento a lo previsto en el párrafo anterior, al prevenir: "En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley." Se trata de un control jurisdiccional de legalidad con relación a las detenciones, para efectos de determinar si la detención realmente fue hecha en flagrancia o concurriendo los requisitos de la urgencia. Dicha norma asigna a los jueces la importantísima responsabilidad de ratificar la detención, o liberar inmediatamente al detenido".

"Como consecuencia de lo anterior, en el caso de que el juez, ante quien se ha consignado un detenido en flagrancia o en caso urgente, decretara la libertad con las reservas de ley, el Ministerio Público no impugnará la

resolución liberatoria que dicho Juez llegue a dictar por estimar ilegal la **detención del consignado por no haberse justificado la flagrancia o urgencia; pero, con los mismos elementos que sirvieron para la consignación, el Ministerio Público solicitará desde luego la orden de aprehensión correspondiente, si procediere". (65)**

7.- "Finalmente, y a diferencia de la regulación anterior, el artículo 16 Constitucional establece ahora un plazo, dentro del cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia. previendo el párrafo séptimo del nuevo texto: Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal ".

Al establecerse el plazo de retención hasta por cuarenta y ocho horas, la reforma constitucional se ha encaminado a dos fines de indiscutible relevancia:

a) "Uno, en beneficio de los indiciados, al darles seguridad jurídica que hasta hoy no existía plasmada en la Constitución, de que el hecho de estar involucrados en una averiguación previa no abra la posibilidad de una detención indefinida en su duración, sino que, como regla general, esa detención no puede exceder de cuarenta y ocho horas";

b) "otro, en beneficio de la sociedad y de las víctimas y otros ofendidos. al contar el Ministerio Público con un plazo razonable para integrar la averiguación previa correspondiente".

"Se establece asimismo, la posibilidad de prolongar la detención duplicándose el plazo de cuarenta y ocho horas, en aquellos casos en que la ley prevea como **delincuencia organizada**".(66)

En el artículo 183 bis, con las últimas reformas al Código de Procedimientos Penales vigentes en el Edo, que se publicaron el 30 de Agosto de 1994, para entrar en vigor a partir del cuarto día siguiente al de su publicación, se establece tal concepto.

"Se entiende por **delincuencia organizada** cuando tres o más personas se organizan bajo las reglas de jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos, cualquiera de los delitos considerados como graves por el artículo 183 de este Código".(67)

En las prevenciones que en el artículo 16 se refieren a las órdenes de cateo y en los párrafos subsiguientes, no se hizo reforma alguna. Por lo que en esos casos el Ministerio Público seguirá aplicando los criterios y lineamientos hasta ahora vigentes en la legislación.

b) Artículo 19 Constitucional.

"Como es sabido, dicho artículo establecía: "Ninguna detención podrá exceder del término de **tres días**, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al **acusado**; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución. y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para

comprobar el **cuerpo del delito** y hacer probable la responsabilidad del **acusado**".

Con relación al nuevo texto del artículo 19 Constitucional, cabe hacer las siguientes precisiones:

1.- "En primer lugar, la expresión **tres días** se cambió por la de **setenta y dos horas**, por ser inequívoca, más precisa y aceptada por la jurisprudencia".

"En segundo lugar se corrigió la doble alusión al **acusado** . palabra reservada para el momento en que el representante social formula conclusiones acusatorias, por las voces **indiciado y detenido**, que son más apropiadas".

"La primera parte del citado artículo sustituye la mención de la comprobación del cuerpo del delito, por el del acreditamiento de los elementos del tipo penal, para establecer en forma más clara y precisa como presupuesto fundamental de todo auto de formal prisión que se acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido, lo cual significa que debe examinarse la descripción que del ilícito se haga en la legislación, para poderse determinar si el hecho que se atribuye al indiciado se adecúa a la descripción típica y si también existen datos suficientes que hagan probable la responsabilidad". (68)

2.- "La reforma al artículo 19 constitucional plantea entre, otras cuestiones, el hacer compatibles las exigencias que rigen para la orden de aprehensión con las del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, sustituyendo la expresión, "**cuerpo del delito**" por la de "**elementos que integran el tipo penal**". como lo establece también el párrafo segundo del artículo 16 constitucional". (69)

3.- "Por cuanto hace al término de setenta y dos horas de la detención ante autoridad judicial, la reforma sigue prohibiendo su prolongación en perjuicio del inculpaado, al establecer: La prolongación de la detención **en perjuicio del inculpaado será sancionada por la ley penal**. Esta prohibición, por supuesto, no está dirigida al Ministerio Público si no a la autoridad judicial; es claro que no se prohíbe toda prolongación de la detención, sino únicamente la **realizada en perjuicio del inculpaado**; por tanto es admisible la benéfica. Con esto se otorga respaldo Constitucional a la regla por la cual se permite duplicar el plazo de setenta y dos horas cuando lo solicite el inculpaado por sí o por conducto de su defensor, con el objeto de recabar elementos que deba someter al conocimiento del Juez para que este resuelva sobre su situación jurídica".(70)

4.- "La parte final del párrafo primero del artículo 19 constitucional decía: "La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten". La reforma utiliza ahora la siguiente expresión: La prolongación de la detención **en perjuicio del inculpaado será sancionada por la ley penal**." En seguida el nuevo texto agrega: Los **custodios** que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes

señalado, deberán llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad".

"La obligación asignada a los **custodios** de pedir copia del auto de formal prisión al vencerse el término de setenta y dos horas y de poner en libertad al detenido de no recibirla en las tres horas siguientes, procede del párrafo primero de la fracción XVIII (ahora derogada), del artículo 107 de la propia Constitución, y el traslado se aprovechó para sustituir la referencia que se hacía a los **agentes, ministros, alcaldes o carceleros**, por la mención genérica de **los custodios**".(71)

5.-" La reforma al párrafo segundo del artículo 19 constitucional, que consiste en mencionar, en su parte inicial, el auto de **sujeción a proceso**, junto al **auto de formal prisión** en cuanto a que todo proceso " se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en resolución de cualquiera de esas dos especies: y en sustituir en su parte final el sustantivo **acusación** , por el de **averiguación**, que se ha de seguir por separado cuando, en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente", no plantea mayores consecuencias para la actuación del Ministerio Público.(72)

"El mencionar el auto de **sujeción a proceso** en el nuevo texto mejora la norma, porque esa resolución también constituye base de un proceso"

6.- El párrafo último del artículo 19 establece: "Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades", permaneció inalterado.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO CUARTO.

- 57.- PGR, Interpretación Judicial de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, publicadas en el D. Oficial de la Fed. el 3 de sep. de 1993 y en vigor a partir del día siguiente., p.p 5, 6.
- 58.- Idem.
- 59.- Ibid., pág 7.
- 60.- Ibid., pág 8,9.
- 61.- Orlando Cárdenas Editor, Código de Procedimientos Penales Del Edo de Gto., S.A de C.V. p.p. 108, 107.
- 62.- Interpretaciones de la PGR, Op. cit pág 10, 11.
- 63.- Orlando Cárdenas Editor, op. cit p.p 108, 109.
- 64.- Interpretaciones de la PGR, Op. cit pág 12.
- 65.- Ibid., pág 13.
- 66.- Ibid., pág 14.
- 67.- Orlando Cárdenas, op. cit p.p 110, 111.
- 68.- Interpretación de la PGR, op. cit., p.p. 16, 16.
- 69.- Idem.
- 70.- Idem.
- 71.- Ibid., p.p 17, 18.
- 72.- Idem .

C O N C L U S I O N E S .

En resumen y abordando los principales puntos expongo las siguientes conclusiones con base en lo expuesto en mi trabajo.

PRIMERA.- El cuerpo del delito no es más que una expresión clásica a título peyorativo, que indicaba por los doctrinistas clásicos, la reunión de los elementos objetivos, externos del delito, que de esa orden constituyen la comprobación, de los elementos del delito; que en algunos casos de acuerdo con la legislación Procesal Penal anterior al 30 de agosto de 1994, se basaba principalmente en reglas especiales de comprobación; expresión que ha quedado atrás, para ser sustituida por la exigencia más técnica y completa de la demostración de los elementos que integran el tipo penal de que se trate, ya que la descriptiva típica, no debe limitarse solamente a elementos objetivos, sino también subjetivos y normativos, se tiene que ver la definición del legislador con la dimensión requerida para abarcar todo su contexto, pues deben quedar demostrados todos los que se encuentren contenidos expresa o tácitamente en la definición legal.

SEGUNDA.- En el sistema causalista se considera al tipo integrado sólo por elementos objetivos.

Con el paso del tiempo Mayer, descubre que además de contener los tipos penales elementos objetivos, tienen también elementos subjetivos, de esta manera el tipo abarca en su parte subjetiva, los especiales motivos, tendencias e intenciones del autor que caracterizan el hecho.

Posteriormente Mezger habla de los elementos normativos del tipo dentro de los elementos subjetivos tal es el caso del honor, castidad, honestidad, ajeneidad, propiedad, posesión etc.

Todas estas repercusiones han sido tomadas por la teoría de la acción finalista, para la cual el tipo también esta estructurado por elementos objetivos, subjetivos y normativos, pero aquí dolo y culpa constituyen elementos subjetivos del tipo, mucho más importantes que los ánimos, propósitos, fines, intenciones etc.

De tal manera que para este sistema dolo y culpa se van a ubicar en el tipo, constituyendo los elementos subjetivos del mismo.

TERCERA.- Para los causalistas la culpabilidad incluye el dolo como la voluntad dirigida al resultado: la culpa como la inobservancia de un deber de cuidado y la preterintención, como resultado superior al que se deseaba.

En tanto en el sistema finalista desaparece la preterintención como elemento de la culpabilidad, el dolo y la culpa que estaban incluidos en la culpabilidad, ahora los encontramos ubicados en esta corriente como elementos subjetivos del tipo penal.

Como consecuencia de esto se suele afirmar que al quitar el dolo y la culpa de la culpabilidad, ésta queda hueca en su contenido, hemos visto que la misma no queda vacía si no que hay un contenido de imputabilidad, de conocimiento o cognoscibilidad o conciencia de antijuridicidad, y de exigibilidad, a la culpabilidad se le reserva el papel más importante de llevar a cabo el reproche, es decir al sujeto se le va a valorar, a "reprochar", por no haberse motivado a obrar conforme a la norma.

CUARTA.- Debe destacarse , que las últimas reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales plantean entre otras cuestiones, el hacer compatibles las exigencias que rigen para la orden de aprehensión con las del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, sustituyendo la expresión, "cuerpo del delito" por la de "elementos que integran el tipo penal" , ya que para poder despachar cualquier acto de molestia de esa naturaleza, se requieren como requisitos necesarios que se acrediten los elementos del tipo penal en cuestión y la probable responsabilidad del inculcado; lo cual significa que debe examinarse la descripción que del ilícito se haga en la legislación, para poderse determinar si el hecho que se atribuye al inculcado se adecúa a la descripción típica y si también existen pruebas suficientes que hagan probable su responsabilidad.

El numeral 158 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Guanajuato, establece una forma de comprobación genérica del delito; justificando la existencia de los elementos que integran el tipo penal, pero no nos determina cuáles son esos elementos del tipo penal que se tienen que acreditar, dichos elementos a mi consideración son los siguientes:

1.- La existencia de la correspondiente acción u omisión; 2.- Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: **a)** La forma de intervención de los sujetos activos, las calidades del sujeto activo y del pasivo; **b)** el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; **c)** el objeto material; **d)** el bien jurídico tutelado; **e)** Los medios utilizados; **f)** Las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión; **g)** Los elementos normativos; **h)** Los elementos subjetivos específicos; **i)** y todas las demás circunstancias que la ley prevea.

De esta manera podemos señalar, que la impartición de justicia ya sea dentro de la etapa de averiguación previa ó del procedimiento ante el juzgador, sera demasiado importante la forma en que el fiscal investigador, integre debidamente los elementos del tipo penal, esto es que el mismo tendra que hacer un estudio más minucioso de la conducta antijurídica, tomando en consideración el fin último o resultado de ésa conducta.

Así podemos concluir, que la reforma constitucional, va dirigida a la aplicación de una parte de la Dogmatica Penal, que debe de ser establecida en forma técnica, toda vez que dentro de nuestra Carta Magna en su artículo 14, nos establece el principio de legalidad , que debe de estar acorde con la creación legislativa de cada tipo penal, esto es toda conducta considerada como delictuosa, debe ser sancionada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, de ahí surge que, en cada tipo penal deban comprobarse los elementos que constituyen el cartagón típico, no solamente los de orden objetivo, sino todos aquellos que contemplan la adecuación de la conducta humana a la definición legislativa, así el cuerpo del delito resulta ser una expresión peyorativa que utilizaban los clásicos para describir unicamente hechos objetivos del delito.

Dichas reformas constituyen también un avance fundamental en la garantía de seguridad jurídica y de legalidad para los gobernados, porque se le esta dando mayor amplitud; al exigirle a la autoridad mayores requisitos para poder aprehender a una persona y para poder dictarle un auto de formal prisión, en su contra.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales De Derecho Penal.
Editorial Porrúa S.A. , México D.F 1984, octava ed.

COLIN Sanchez -Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.
Editorial Porrúa S.A., México D.F. 1973 , Novena ed.

CUELLO Calón Eugenio, Derecho Penal., parte general., Edinal
Impresora S.A., México D.F. 1973, Novena ed.

GONZALEZ Quintanilla Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano., Editorial porrúa S.A., México D.F. 1985, octava ed.

HANS Weizel, Derecho Penal Alemán., Editorial Cárdenas, México 1987,
Novena ed.

JIMENEZ Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano., Editorial Porrúa
S.A. México D.F. 1982 , cuarta ed. tomo IV.

MONTERROSO Salvatierra Efrain, Culpa y Omisión del Delito., Editorial
Porrúa, México D.F. octava ed.

MUÑOZ Conde Francisco, Teoría General del Delito., Editorial Botas,
Madrid España 1986, Novena ed.

ORELLANA Wiarco Octavio, Teoría del Delito (sistema causalista y finalista)., Editorial Porrúa S.A. México 1986, Primera ed.

ORONoz Santana Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal., Editorial
Cardenas México D.F. 1983 Segunda ed.

REVISTA JURIDICA Oct - Nov, Universidad Lasallista Benevente, 1991-1992.

VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1986 octava ed.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial porrua S.A. México D.F, 1986. T. IV.

Códigos y leyes:

Código Penal y de Procedimientos Penales, para el Estado de Guanajuato., Orlando Cardenas Editor, S.A. de C.V., Tercera ed. 1994.

Código Federal de Procedimientos Penales y Ley de extradición Internacional., Ediciones Delma., Novena ed. 1994.

Constitución Política, de los Estados Unidos Mexicanos., Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.