

<b>IV. DELITO Y DELINCUENTE . . . . .</b>	<b>57</b>
Elementos del delito . . . . .	57
Aspectos positivo y negativo . . . . .	57
Conducta o hecho . . . . .	58
Tipicidad . . . . .	59
Antijuridicidad . . . . .	60
Imputabilidad . . . . .	64
Culpabilidad . . . . .	67
Condiciones objetivas de punibilidad . . . . .	72
Punibilidad . . . . .	73
Exceso . . . . .	73
El delincuente. Autoría y participación . . . . .	73
El sujeto responsable de los delitos . . . . .	73
Responsabilidad por delitos conexos . . . . .	75
Comunicabilidad de circunstancias . . . . .	76
<i>Iter criminis</i> . . . . .	76
Fase interna . . . . .	76
Actos preparatorios . . . . .	77
Tentativa . . . . .	77
Consumación y agotamiento . . . . .	79
Concurso . . . . .	79
Reincidencia . . . . .	81
Reflejo procesal de la teoría del delito . . . . .	82
Cuerpo del delito y elementos del tipo penal . . . . .	83
Probable responsabilidad . . . . .	85

# *IV. Delito y delincuente*

---

## **ELEMENTOS DEL DELITO**

---

### **Aspectos positivo y negativo**

---

Varios elementos concurren en el delito. Se habla de presupuestos generales y especiales, datos positivos (aspecto positivo del delito) y datos o circunstancias negativos (aspecto negativo del delito). Si aquéllos se reúnen sin que nada los excluya, existe el comportamiento punible. Empero, puede suceder que, habiendo delito, se haya extinguido la pretensión punitiva (*véase* capítulo VI Extinción de la responsabilidad penal).

El delito es un fenómeno unitario, que se integra de una vez, no por adición de componentes que acudan sucesivamente. Empero, es pertinente estudiarlo en cada uno de sus elementos, mediante un ejercicio de abstracción. De las teorías que se ocupan en este asunto, la más conocida entre nosotros es la heptatómica, que sostiene la existencia de siete elementos: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, y punibilidad. Cada uno de estos datos puede ser eliminado por una circunstancia o causa excluyente. Hay diversas corrientes doctrinarias que examinan estos temas, cada una a su manera y con sus propias conclusiones. Todas difieren notablemente. Por las características del presente trabajo, nos limitamos a los planteamientos más ampliamente aceptados en la doctrina penal mexicana.

En tanto que el Código Penal no contiene una definición del delito que muestre todos sus elementos, tema que concierne a la doctrina, ese ordenamiento —y todos los de su género— regula las excluyentes. El capítulo VI del título primero del Código Penal se dedica a lo que originalmente —y hasta la reforma de 1993— se denominó “circunstancias excluyentes de responsabilidad”, y hoy se designa “causas de exclusión del delito”.

A propósito de la denominación anterior, se dijo que lo que esas circunstancias (o causas) excluían, era más bien la incriminación que la responsabilidad. Hay casos, además, en que ésta permanece con otro carácter: responsabilidad civil, que puede persistir —si subsiste la ilicitud de la conducta—, pese a la absolución penal.

El artículo 15 del Código Penal ha sido modificado en diversas oportunidades. A este respecto hay que tomar en cuenta sendas reformas de 1983, 1985 y 1993. Esta última revisó, como ya se ha señalado, el epígrafe del capítulo, y además reordenó la presentación de las excluyentes, según el orden lógico-jurídico en que aparecen, para la integración del delito, los elementos positivos cancelados o afectados por la exclusión.

En la reforma de 1993, el artículo 15 recibió nuevas excluyentes, las que se mencionarán en los lugares respectivos, y se hará notar en qué consiste la novedad. Por otra parte, suprimió excluyentes que el Código reconocía desde 1931, a saber: miedo grave y temor fundado (fracc. VI anterior), obediencia jerárquica (fracc. VII *idem*) e impedimento legítimo (fracción VIII *idem*). El miedo o el temor pueden ser insuficientes para excluir el delito, o absorberse en la inimputabilidad o la no exigibilidad de otra conducta. La obediencia jerárquica puede reorientarse como supuesto de cumplimiento de un deber. El impedimento legítimo puede quedar involucrado en el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber.

## Conducta o hecho

---

El primer párrafo del artículo 7 del Código Penal, que proviene del texto original de 1931, recoge una definición del delito, considerada insuficiente o tautológica. Dice que “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Se alude a un comportamiento positivo (acto prohibido) y a una conducta negativa (omisión de un acto debido).

Una corriente doctrinal muy difundida prefiere referirse a conducta o hecho. Aquélla implica la acción y la omisión, que bastan para que haya delito. La voz “hecho” abarca tanto la conducta como el resultado material que diversos tipos exigen.

La controvertida caracterización del párrafo transcrito suscitó problemas de legalidad acerca de la punición de la omisión impropia, o comisión por omisión. La reforma de 1993 zanjó el asunto por medio de un segundo párrafo de dicho artículo, que resuelve la atribución del resultado material típico a quien tiene el deber jurídico de evitarlo, pero omite impedirlo. Para precisar quién tiene aquel deber, es decir, a quién debe atribuirse la condición de “garante” —obligación de garantizar, con su conducta, la incolumidad de un bien jurídico— ese párrafo manifiesta que el deber del agente debe derivar de una ley, un contrato o un “propio actuar precedente”.

Importa precisar la relación entre el comportamiento del agente y el resultado típico, del que dependen la calificación de aquél como delictuoso, y las consecuencias punitivas. El tema se examina en tres preceptos del Libro Segundo, en el capítulo sobre homicidio: los artículos 303, que indica cuándo debe tenerse como mortal la lesión; 304, que afirma el carácter mortal de la lesión, pese a la comprobación de ciertas circunstancias; y 305, que manifiesta cuándo no se tendrá como mortal la lesión, aunque muera quien la recibió.

Hay diversas clasificaciones del delito en orden a la conducta. Ya me referí a la acción, la omisión y la comisión por omisión. Otra clasificación relevante, puntualizada en la reforma de 1983, distingue entre delito instantáneo, permanente o continuo, y continuado. Esta distinción tiene efectos en diversos campos: aplicación de la ley mexicana (y, en su caso, de una ley penal local), competencia territorial, imposición de la pena, prescripción, entre otros.

El delito es “instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos” (art. 7, fracc. I); es “permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo” (fracc. II), ininterrumpidamente, sin solución de continuidad; y es “continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo (referencia, esta última, que se introdujo por reforma de 1996), se viola el mismo precepto legal” (fracc. III).

Antes de la reforma de 1985, la fracción I del artículo 15 del Código Penal limitaba la exclusión de conducta al caso de fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*): el sujeto no actúa: otro lo obliga. En 1985, se aportó una fórmula amplia: quedaba excluida la responsabilidad por “incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias”. En tal virtud, operaba la excluyente cuando la acción o la omisión ocurrían sin la voluntad del agente, suprimida por una fuerza exterior insuperable (la *vis absoluta*), o impuesta por un factor interno, incontrolable por la voluntad (movimientos reflejos, actos automáticos, por ejemplo). Lo que importa es la falta de voluntad. Otra cosa es que la voluntad carezca de soporte intelectual o moral (inimputabilidad) o se halle viciada o fuertemente condicionada (inculpabilidad). En la actualidad, la fracción I excluye el delito cuando “el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”.

## Tipicidad

---

La tipicidad, segundo elemento del delito dentro de la prelación lógica que venimos siguiendo, consiste en la adecuación del comportamiento (la conducta o el hecho) a un tipo penal, esto es, a determinada descripción prevista en la ley penal. La integración del comportamiento en un supuesto de la norma penal deriva del principio de legalidad, que reconocen los párrafos segundo y tercero del artículo 14 de la Constitución, e implícitamente el mismo artículo 7 del Código Penal.

Para la exclusión de tipicidad hay que distinguir entre la falta de tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción.

La dogmática penal establece que el tipo —en sentido amplio— contiene presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activo y pasivo y acerca del objeto. Todos repercuten sobre el proceso —lógico y judicial— de tipificación, e influyen en la comprobación de los elementos del tipo, según

disponen los artículos 16 y 19 constitucionales, a partir de la reforma de 1993, y en la clasificación de los hechos, que a su vez reviste importancia para el enjuiciamiento.

La fracción II del artículo 15 aborda este asunto desde su faz negativa, cuando dispone la exclusión del delito en el caso de que “falte alguno de los elementos del tipo penal del delito (del) que se trate”.

## Antijuridicidad

---

La antijuridicidad o ilicitud significa contradicción entre el comportamiento y la norma; es decir, “disvalor” de la conducta frente a la cultura en un medio y una época determinados. Existe, pues, una cultura —con sus componentes éticos— que exige cierta conducta: la valora como plausible; y rechaza otra: la califica de “ilícita”, “injusta”, delictiva.

La prevención penal recoge esa contrariedad y la proyecta en la incriminación. La “ilicitud penal” no es la suma de lo ilícito, sino una porción mínima, contra la que es preciso reaccionar con la suprema fuerza de la pena. Recuérdese que el derecho es —se ha dicho— el “*minimum* ético exigible”. El derecho penal es, también, la parte menor —otro *minimum*, ético y jurídico— del derecho: considera las conductas nucleares para la convivencia.

La ilicitud que no está recogida en el tipo es penalmente irrelevante. No es posible sancionar una conducta, por injusta o lesiva que se le considere, si no aparece en una figura delictiva. El primer párrafo del artículo 2 del Código Penal español dispuso que en “el caso que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley (un hecho gravemente injusto, pues, pero atípico) se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”.

Hay factores que legitiman un comportamiento penalmente típico. Son las excluyentes de ilicitud o causas de justificación, que se hallan estipuladas en la ley: como eximentes específicas o como referencias que el tipo contiene: “injustamente”, “ilícitamente”, “indebidamente”, etcétera (por ende, no se adecuará la conducta del agente a la figura descrita por la ley cuando aquél se conduzca en forma “justa” o “justificada”, “lícita”, “debida”). En contraste con el rechazo a la punición de conductas diferentes de las previstas legalmente, existe un movimiento favorable a las excluyentes “suprareleales” de ilicitud; se busca la justificación más allá de la ley, en la cultura, que es su razón.

A este otro punto se refiere el segundo párrafo del artículo 2 del Código Penal español. Sin perjuicio de dictar la sentencia, el tribunal acudirá al gobierno y expondrá lo que juzgue conveniente, cuando por la rigurosa aplicación de la ley “resultare penada una acción u omisión que, a juicio del tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito”.

En el artículo 15 se mencionan las causas que excluyen la antijuridicidad. Diversas escuelas llegan a distintas conclusiones sobre la clasificación de las excluyentes. Nos atenemos a criterios comúnmente aceptados. Es útil recordar que la justificación de una conducta se plantea por la carencia de interés (público) en la persecución (principio de la ausencia de interés), o la prevalencia de un interés en caso de conflicto (principio del interés preponderante).

### Consentimiento

El consentimiento se considera causa de licitud o de tipicidad. Si el tipo explícitamente invoca la ausencia de consentimiento para que se integre la conducta punible, hay exclusión de tipicidad; por ejemplo, en el caso de robo, que comete quien se apodera de una cosa ajena y mueble, sin derecho, y “sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley” (art. 367 del Código Penal).

La fracción III del artículo 15, añadida en 1993, regula hoy día la excluyente de delito por consentimiento eficaz de quien puede otorgarlo. Al respecto, incorpora una serie de datos sustanciales para que el consentimiento posea esa eficacia desincriminadora. Ante todo, el inciso *a*) reclama “que el bien jurídico (afectado por la conducta del agente) sea disponible”. Así las cosas, habrá que examinar, en cada caso, si es disponible el bien que la ley penal tutela. Es patente, *v. gr.*, que la vida es un bien indisponible para terceros, no porque se castigue el suicidio, sino porque se sanciona a quien priva de la vida a otro, a requerimiento de este mismo: auxilio en el suicidio, que puede ser, en rigor, homicidio (art. 312). El ejercicio de la libertad sexual excluye el delito de violación (art. 265), pero en ciertos casos, la anuencia del pasivo es irrelevante para el orden penal: así, en la violación impropia, cuando hay “cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa” (art. 266).

En segundo término, se exige “que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo” (inciso *b*). Se trata, pues, de una potestad jurídicamente reconocida. Es importante la referencia que hace el artículo 367 Código Penal al sujeto que consiente en un supuesto caso de robo; habla del “consentimiento de la persona que puede disponer de (la cosa ajena mueble que es objeto de la sustracción) con arreglo a la ley”.

Anteriormente, el Código Penal incluía al “perdón y consentimiento del ofendido” entre las causas de extinción de la responsabilidad penal. No distinguía entre uno y otro, pese a tratarse de instituciones diferentes, aunque estén comunicadas por la *ratio juris*: la naturaleza del bien y, por ella, la disponibilidad o indisponibilidad del mismo. Hoy, el capítulo III, del título quinto, del Libro Primero lleva el rubro: “Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo.” Lo que ahora interesa es la última idea, tomada de la terminología procesal: el legitimado. Es éste, y no necesariamente el titular del bien afectado —el ofendido—, quien puede otorgar o negar el consentimiento relevante para fines de tipicidad o de ilicitud. A esto se refieren el citado inciso *b*) de la fracción III del artículo 15 y la correlativa

expresión del artículo 367: “consentimiento de la persona que pueda disponer de ella (la cosa; más ampliamente: el bien tutelado) con arreglo a la ley”. Ése es el legitimado.

Por último, la ley se interesa en la forma de emisión del consentimiento, que debe ser deliberada e inequívoca, pues de lo contrario carecería de fuerza excluyente del delito. El inciso *c*) alude a las manifestaciones expresa y tácita del consentimiento; en ambos casos, se requiere que esa conformidad no se vea desacreditada por la concurrencia de algún vicio de la voluntad: por ejemplo, la coacción sobre el sujeto. Hay otra posibilidad, que constituye una suerte de consentimiento tácito o presumible, fundado en la experiencia: “que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el (consentimiento)”.

### Legítima defensa

Quien se defiende con derecho —de ahí la calificación como “legítima”— no delinque, sino hace uso debido de su propio derecho. A esta excluyente se refiere el artículo 10 de la Constitución, del que es posible extraer una teoría de la defensa lícita, cuando faculta al gobernado para poseer armas “en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa”. Asimismo, es de tomarse en cuenta el artículo 17, que proscribió en forma terminante la autojusticia.

En la teoría procesal se han examinado los medios o modos de solución del litigio (pretensión, de una parte, y resistencia a esa pretensión, de la otra). Aquéllos son el proceso, la autocomposición y la autodefensa. En este orden de ideas, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo reconoce dos vertientes de la autodefensa: unilateral y bilateral. La más evidente autodefensa unilateral se plantea cuando el ofendido defiende su interés, lícitamente, del ataque injusto, que es lo que previene la fracción IV del artículo 15 del Código Penal. En cambio, la autodefensa bilateral se presenta en la hipótesis de duelo, que ciertamente no destruye la antijuridicidad de la conducta de los contendientes, si éstos incurrían en lesiones u homicidio.

La fracción IV del artículo 15 describe, pues, la defensa lícita. Ésta requiere: que se repela una agresión real, actual o inmediata, que ocurre sin derecho que favorezca al agresor; que la actuación del agente se oriente a la defensa de bienes jurídicos propios o ajenos; que “exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados” para ella; y que no “medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”.

En virtud de lo anterior, que ciñe la conducta, no hay legítima defensa cuando el agente ejerce una venganza. Tampoco la hay si la agresión —comportamiento que desencadena la defensa lícita— es fantasiosa, o bien, lejana, remota. No la hay si el “agresor” actúa con derecho, como es el caso del funcionario que pretende cumplir una orden de captura; el capturable no puede resistirla y aducir, para justificar su resistencia, que actuó en legítima defensa.

Para que opere la eximente, no importa a quién pertenezca el bien que se preserva: propio o ajeno, esto es, son lícitas la autojusticia y la heterojusticia. El

medio y la extensión de la defensa han de ser los racionalmente necesarios para rechazar el ataque: en consecuencia, se reprueba la reacción desmedida, innecesaria y desproporcionada con respecto a la agresión.

Por último, no hay justificación en la defensa cuando el agente provocó el ataque en forma inmediata y suficiente al ataque; si dolosamente generó una consecuencia, no debe beneficiarse de su conducta indebida. Otra cosa es cuando la provocación no ha sido suficiente, razonablemente, para acarrear la reacción, ni fue inmediata, sino lejana con respecto al momento en que la reacción se inicia.

Tomando en cuenta circunstancias de la realidad, el legislador, que no redacta una eximente para consideración académica, sino para fines prácticos, ha invertido la carga de la prueba, creando una presunción *juris tantum* de licitud de la conducta, cuando ésta se produzca en circunstancias que revelan, para el juicio de una persona común, la posibilidad de agresión. El segundo párrafo de la fracción III describe la hipótesis, que se resume en dos extremos: el rechazo de quien trata de penetrar sin derecho al lugar donde se encuentran las personas o los bienes que el agente defiende; y la acción contra quien sea encontrado en el interior de ese lugar, en condiciones que permitan suponer una agresión. Cuando se trata de defensa de personas o bienes ajenos, el Código Penal habla de que el agente tenga la “obligación” de defenderlos; esto, por lo que toca a la presunción.

### Estado de necesidad

La fracción V del artículo 15 concede eficacia excluyente al estado de necesidad. Queda a la doctrina precisar cuándo se trata de una exclusión de la ilicitud, y cuándo de la culpabilidad. El punto no es irrelevante: la justificación del comportamiento elimina el deber de reparar el daño (salvo que subsista un factor autónomo de ilicitud civil). Se entiende que hay justificación cuando se sacrifica un bien de menor entidad en aras del de mayor jerarquía: *v. gr.*, se ocasiona un daño patrimonial para preservar la vida. En cambio, hay inculpabilidad cuando se menoscaba o sacrifica un bien de la misma jerarquía jurídica que el favorecido: así, cuando para salvar la propia vida se destruye la vida ajena.

Para que exista la eximente que aquí se analiza se requiere que el bien protegido se encuentre bajo peligro real, actual o inminente; que ese peligro no sea causado dolosamente por el agente; que aquél no cuente con otro medio practicable para salvar el bien que preserva; y que no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.

Varios de esos requisitos son idénticos o muy semejantes a los de la legítima defensa. En cuanto al deber jurídico de afrontar el peligro, vale decir que debe hallarse normativamente previsto. Lo tiene, por ejemplo, el policía: ha de aceptar el peligro que implica un enfrentamiento con delinquentes. Un particular no tiene ese deber, y por ello puede invocar en su favor el estado de necesidad.

En el “robo de famélico”, la ley desincrimina un caso específico de estado de necesidad. El artículo 379 dispone, con redacción adecuada a una excusa absoluta, que “no se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus

necesidades personales o familiares del momento”. El robo ocurre en estado de necesidad. Si hubiese nuevos apoderamientos para satisfacer la misma necesidad, operaría la excluyente de la fracción V del artículo 15. En realidad, la inclusión de ese texto obedece a la conveniencia de que no haya duda sobre la impunidad del “robo de famélico”. Técnicamente, bastaría con la excluyente mencionada en la fracción V.

La redacción del artículo 379 exige algunas precisiones. Está claro que la cantidad y calidad de los objetos sustraídos se reducen a lo “estrictamente indispensable”. No lo está, en cambio, la naturaleza de la necesidad personal o familiar cuya satisfacción procura el “famélico”. Sólo se trata de requerimientos insoslayables, como los de subsistencia: alimentarse, curarse, por ejemplo; no así otras necesidades de carácter secundario. Si se da mayor extensión al concepto de necesidad, se verían legitimadas numerosas conductas inadmisibles.

### Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

En los términos de la fracción VI del artículo 15, queda excluido el delito cuando “la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho”. También se reclama, por lo que toca al ejercicio de un derecho, que éste “no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”, pues en tal supuesto la ley reconoce mayor relevancia —con su correspondiente efecto punitivo— a la determinación lesiva del agente que a la facultad de ejercicio que la norma le concede.

Se habla de obligación o facultad en el sentido jurídico: normativamente previstas. El límite de la excluyente está en la necesidad racional del medio empleado. Cumple su deber el policía que para capturar al delincuente, intentándolo licitamente (*v. gr.*, en flagrancia o con orden de captura), se ve en la necesidad de golpearlo o herirlo para anular su resistencia. Obra en ejercicio de un derecho al boxeador que golpea (e incluso lesiona; el *knock out* es, por naturaleza, una lesión: alteración en el estado de salud, que se causa deliberadamente) a su adversario. También, el médico que amputa un miembro o practica una incisión para salvar la vida del paciente (la amputación y la incisión quirúrgica son lesiones: alteran la integridad física).

## Imputabilidad

---

La imputabilidad penal se examina desde varias perspectivas. Es diversa, igualmente, la ubicación que se le asigna en la integración del delito. Hay quienes entienden que se trata de un presupuesto general: subordinación de la persona a la ley penal; capacidad de derecho penal. El inimputable es un incapaz de derecho penal. Desde otro ángulo, se trataría de una capacidad de culpabilidad, de asunción del juicio

de reproche. No puede ser culpable quien es inimputable, aunque su conducta sea típica e ilícita.

Al tema de la imputabilidad acuden las más arduas cuestiones del derecho represivo; ante todo, el libre albedrío. La solución, en general y en cada caso, demanda el concurso de varias disciplinas. La criminología y el derecho penal se comunican particularmente en el tema de la imputabilidad.

Antaño, la imputabilidad se zanjó bajo el concepto del libre albedrío, arraigado en convicciones éticas y espirituales. De no haberlo, este orden tendría un sentido diferente y la ejecución de las penas devendría de un sistema de reflejos condicionados, o bien, de estímulos y respuestas más o menos inexorables.

Ciertas causas privan al individuo de esa autodeterminación, basada en elementos de conocimiento y apreciación axiológicos, y lo ponen a salvo, por ello, del reproche penal. Viene al caso, señaladamente, la demencia; asimismo, el desarrollo insuficiente, característico de la infancia.

La apreciación de esos factores de inimputabilidad antecedió al estudio científico de las causas de la criminalidad, en general, y del crimen en el caso concreto. Esta atención correspondió al positivismo criminológico, con su desenvolvimiento jurídico. Los positivistas indagaron la etiología del delito, estudiaron la personalidad del delincuente, promovieron el interés por la “peligrosidad”, enfrentada por medio de las medidas de seguridad, y dieron a la sanción un contenido primordialmente terapéutico o inoculizador.

En lugar de la responsabilidad moral, eje del pensamiento clásico, quedó la responsabilidad social. Ésta fue acogida por los redactores del Código Penal de 1931, secundados por numerosos códigos penales de fecha posterior. La responsabilidad social se resume en una fórmula: todos son responsables por el solo hecho de vivir en sociedad; ninguna conducta queda sustraída al régimen de sanciones. Los actos lesivos o peligrosos acarrearán una reacción defensiva, independientemente de la integridad de la inteligencia y de la capacidad del agente para dirigir (racionalmente) sus actos.

Llevando al extremo la teoría del estado peligroso, sobre todo en su vertiente de peligrosidad sin delito, se desemboca en el derecho penal de autor, opuesto al de conducta. Éste sanciona por el comportamiento delictuoso; aquél, por la personalidad.

El artículo 85 del Código Penal italiano, de Rocco, que influyó profundamente en el penalismo mexicano, resolvió que “nadie puede ser sancionado por un hecho previsto en la ley como delito, si no era imputable al momento de cometerlo”. Establecida la exclusión, el segundo párrafo fija el concepto de imputabilidad. “Es imputable —dice— quien tiene la capacidad de entender y de querer” (*capacita d'intendere e di volere*). Hay que añadir el alcance de las dos nociones: entender el carácter ilícito (antijurídico) del comportamiento, y conducirse conforme a ese entendimiento.

Para efectos normativos, la imputabilidad puede ser definida con fórmula positiva —como la del artículo 85 del Código Penal italiano— o negativa; o implícitamente, por medio de las excluyentes, como ocurría en el Código Penal hasta 1983; o bien, por último, mediante una combinación entre la referencia a la

capacidad y la mención de las causas que privan de ella, que es la técnica seguida en el texto vigente del Código Penal (art. 15, fracc. VII).

Veamos los factores que concurren en la inimputabilidad. En primer término, la supresión de una capacidad específica: que “al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión”. En segundo término, las causas o factores que llevan a esa incapacidad: “en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado”. En tercer término, una salvedad o corrección pertinentes, pues la incapacidad puede suscitarse en forma preordenada al delito (esto es, para delinquir) o de manera imprudente: “a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible”. Esto último se refiere a las designadas como *acciones liberae in causa*. Existe acción libre en su causa cuando el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad, dolosa o culposamente, y así realiza una conducta ilícita.

La llamada imputabilidad disminuida o condicionada es una zona fronteriza, acerca de la que hay un intenso debate. Aquí se trata de medir la capacidad del agente o, como antes se decía, su discernimiento. Originalmente, el Código Penal no se refería a esas variantes de la imputabilidad. Lo hacían, sin embargo, algunos textos locales. El Código Penal de Guanajuato habla de imputabilidad disminuida cuando el agente sólo posee “en grado moderado” la capacidad de entender y de querer.

Desde la reforma de 1993, el segundo párrafo de la fracción VII, del artículo 15, alude a la imputabilidad disminuida. Habla de que “la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida”. En este caso no queda excluido el delito, ni se prescinde, por ello, de sanción penal. Dicho segundo párrafo remite al artículo 69 bis, el cual dispone cierta benevolencia penal (reducción de la pena o aplicación de medida de seguridad terapéutica). Aquí se precisa que la disminución de la imputabilidad debe obedecer a las mismas causas que determinan la inimputabilidad. Corresponde al juzgador valorar si existe esa considerable disminución de la capacidad: “a juicio del juzgador” (art. 69 bis).

Es largo el camino que ha recorrido el derecho mexicano para llegar a la actual formulación de la inimputabilidad. La primitiva fracción II, que tuvimos en cuenta para la primera edición de este compendio, aludía a la “inconsciencia de los actos”, determinada por el “empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado tox infeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio”. Luego, al referirse a las medidas, el artículo 67 hablaba de sordomudos, y el 68, de “locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalías mentales”. Esa vieja terminología desapareció gracias a la reforma de 1983, que determinó la franca evolución de esta materia, como de otras muchas.

Ciertamente, el enunciado de la imputabilidad como capacidad calificada (o de la inimputabilidad como negación de tal capacidad) hace innecesario referir hipótesis o casos. Sin embargo, la reforma de 1983, procurando evitar dudas o tropiezos en el primer momento de un sistema novedoso, optó por conservar las

dos categorías generalmente mencionadas: trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. El primer concepto abarca los supuestos de enfermedad mental transitoria y permanente; el segundo, los de ceguera o sordomudez que determina la incapacidad de quienes las padecen. No incluiré aquí a los menores, cuya inimputabilidad se funda en una ficción, *juris et de jure*, o bien, mejor dicho, en una decisión de política social.

El trabajo jurisprudencial y doctrinal permitirán precisar si los conceptos de la fracción VII (como antes, de la fracción II) bastan para incluir la personalidad psicopática, que constituye uno de los más inquietantes problemas para la seguridad pública. El psicópata no es reconocido siempre como un “enfermo” por la medicina psiquiátrica. Es el “loco moral” de la vieja terminología positivista. No comparte los valores éticos de la comunidad; tampoco puede conducir su conducta en función de una inteligencia ética que no tiene.

## Culpabilidad

---

La culpabilidad constituye uno de los más complejos temas del derecho penal. Las caracterizaciones son diversas y afectan la estructura del delito y la ubicación, en ésta, del dolo y la culpa. La concepción psicológica entiende que la culpabilidad estriba en el nexo psíquico entre el sujeto y el hecho delictuoso. La concepción normativa destaca la contradicción entre la voluntad del agente y la norma jurídica, contrariedad que genera un juicio de reproche. La teoría de la acción finalista retira el dolo y la culpa de la culpabilidad, los ubica en la acción y entiende que aquélla es un mal uso de las facultades del agente.

Aquí rige el principio *nullum crimen sine culpa*. A nadie puede serle atribuido un delito, con las consecuencias respectivas, si no hay culpabilidad de su parte. Se quiere evitar las consecuencias autoritarias que derivarían de una opinión contraria: delito sin culpabilidad.

El régimen tradicional en el Código Penal, desde el ordenamiento de 1871, distinguía entre delitos intencionales y no intencionales o de imprudencia (que consistía en “toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional”), y presumía la intención delictuosa, salvo prueba en contrario. Tal fue el controvertido sistema de los artículos 8 y 9 hasta la reforma de 1983.

Dicha reforma estableció un catálogo legal de tres grados o formas de la culpabilidad. Así, el artículo 8 indicaba que los delitos podían ser intencionales, no intencionales y preterintencionales. Se añadió, pues, una tercera especie, que ya figuraba en algunos ordenamientos y que ha sido muy discutida en la doctrina; comprende elementos de dolo y de culpa. La reforma de 1993 modificó la terminología del Código Penal en este punto, recogiendo expresiones más correctas que las empleadas tradicionalmente, y suprimió el supuesto de preterintención.

El artículo 9 contiene las definiciones. “Obra dolosamente —dice el primer párrafo— el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como

posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.” El segundo párrafo define la conducta culposa: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible, o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

El suprimido tercer párrafo del artículo 9 se ocupaba en la preterintención: “Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.” Como se dijo, hay en este caso datos de dolo y de culpa, que ameritan un tratamiento jurídico-positivo especial. El agente desencadena su conducta dolosamente; quiere causar un mal; se propone o acepta un resultado típico. Empero, el comportamiento produce consecuencias que no deseaba. El ejemplo más citado es el de quien busca golpear; el destinatario del golpe cae y se fractura el cráneo; el autor, entonces, ya no responde por los golpes o las lesiones que se propuso inferir, sino por el homicidio que no quiso causar. Sería excesivo castigarlo por homicidio doloso, y demasiado benévolo, por homicidio culposo. El propio artículo 60 contiene reglas para ponderar la gravedad de la imprudencia (además de las generales del artículo 52); empero, la calificación de la gravedad “queda al prudente arbitrio del juez”.

En términos generales, la medida de la culpa es la medida de la pena; esto, en los términos de la ley misma, que inicia el proceso de individualización tomando en cuenta, para prever la pena, bajo qué forma de culpabilidad se cometió el delito; luego el juzgador ejercerá su arbitrio para avanzar en ese proceso hasta decidir la sanción en el caso concreto. Al respecto, es terminante el primer párrafo del artículo 52: “El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente [..]”.

Las sanciones previstas en el Libro Segundo del Código Penal son las aplicables en caso de dolo. Tal es la regla. En cambio, hay penas especiales para la culpa. Conviene observar que la reforma de 1993 introdujo en el Código Penal la técnica del “número cerrado” para la incriminación de conductas culposas. Dice el segundo párrafo del artículo 60 que sólo son punibles, por lo que se refiere a la forma de comisión culposa, los delitos de evasión de presos (art. 150), ataques a las vías de comunicación (arts. 167, fracc. VI, y 169), peligro de contagio (art. 199 bis), lesiones (arts. 290 a 293), homicidio (arts. 302, 307 y 323) y daño en propiedad ajena (arts. 397 y 399).

El artículo 60 del Código Penal sanciona los delitos culposos hasta con la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo básico de delito doloso, salvo que la ley disponga otra cosa, además de la suspensión o privación de derechos. De este modo se mejoró, por medio de una sanción proporcional —que toma en cuenta la afectación del bien jurídico respectivo— el régimen anterior: éste previno una sanción específica de entre tres días y cinco años de prisión, y suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio.

Se complementa esa norma con las previsiones del artículo 61. Obviamente, no habrá disminución proporcional alguna en lo que se refiere a la reparación del daño. Además, si al delito doloso corresponde pena alternativa que incluya una

sanción no privativa de libertad, esta circunstancia beneficiará al responsable de delito culposo.

Estas disposiciones no son aplicables en caso de homicidio de dos o más personas, causado por imprudencia grave con motivo de la prestación del servicio de transporte. Aquí la pena es de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza (tercer párrafo del artículo 60). La calificación de la gravedad de la culpa corresponde al juzgador, quien para ello tomará en cuenta diversas referencias de medición que estatuye el Código Penal (cuarto párrafo).

En el anterior régimen de la preterintención, que fue suprimido, como se ha señalado, se previno que el juzgador podría “reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional” (fracc. VI de la parte final del art. 60). Esta fracción estaba incluida entre las normas para apreciar la gravedad de la imprudencia; pero como se indicó que el juez “podrá” reducir, cabía entender que también podría abstenerse y, aplicar, en consecuencia, toda la pena que correspondiese al delito intencional.

## Error

El error esencial sobre los hechos, y la errónea suposición de que existe una causa de licitud, suprimen la culpabilidad y excluyen la responsabilidad penal, cuando dicho error es invencible o insuperable; esto descarta, además del dolo, la culpa: si el agente hubiera podido salir de su error, no operaría la eximente.

La eximente del error de derecho (porque el de hecho no tiene esta eficacia desincriminadora: error en el golpe o en la persona) fue reelaborada por la reforma de 1983 a la fracción XI del Código Penal. En 1993 se revisó esta materia y se estableció el sistema que ahora rige. En estos términos, se reclama que “se realice la acción o la omisión bajo un error invencible”. Así, si el error es vencible nos hallaremos en otra hipótesis, desconocida para el texto anterior y reglamentada en el vigente. Ese error puede recaer sobre “alguno de los elementos esenciales (esto es, se descarta el que recaiga sobre puntos circunstanciales o secundarios) que integran el tipo penal” (inciso A; error de tipo), o bien, “respecto de la ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta” (inciso B; error de permisión o de licitud).

Es interesante destacar la importancia de la eximente de error cuando existe —como sucede en nuestro país— una amplia población no integrada a la cultura media, a la que corresponde la norma jurídica penal. Este problema no sólo se plantea en el ámbito penal, sino igualmente en otras vertientes del derecho.

En la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública, insólito proceso de recepción y discusión de propuestas de reforma legal, cumplido en toda la República en 1983 —como fundamento para la gran reforma jurídica de aquel año—, se aludió expresamente a este problema. Es bien conocido el principio (contenido en el Código Civil, con moderaciones derivadas de la corriente social

del derecho) que afirma: *nemo jus ignorare consetur, ignorantia legis neminem excusat*. Aplicada la regla con todo rigor —*sumum jus, summa injuria*— nadie puede beneficiarse de su ignorancia o su error en puntos de derecho.

Lo anterior no es consecuente con la realidad. Por ello, se incluyó en el Código Penal un artículo 59 bis, que previno lo siguiente:

Quando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.

Como se ve, la nueva fracción VIII abarca el error de licitud y le atribuye efectos desincriminadores y no solamente reductores de la sanción. En este sentido, se amplió la protección a individuos marginados o ajenos a la cultura media —y que por este motivo delinquen—, aun cuando la norma en vigor ya no se refiere al atraso cultural o al aislamiento social. La disposición comprende, como es debido, todas las hipótesis; no se concentra en los indígenas, aunque es obvio que a ellos se podrá aplicar, con la mayor frecuencia, la excluyente del error.

Vale comparar esa norma, ya suprimida, con el progresista artículo 21 del Código Civil, en el que se halla un precedente importante. Éste toma en cuenta “el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica”. En estos casos, el juez podrá, si está de acuerdo el Ministerio Público, “eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público”.

En 1993, se incorporó el error vencible, es decir, el que puede ser superado por el sujeto mismo que incurre en error, aunque no lo sea al momento de realizar la conducta punible. En este caso se proporciona una doble solución (art. 66): si el error vencible se refiere a los elementos esenciales del tipo (inciso A), se impone la punibilidad del delito culposo, en el caso de que “el hecho de que se trata admit(a) dicha forma de realización”. ¿Qué sucede si no se trata de delitos de este género? La defectuosa redacción legal puede conducir a cualquiera de estas dos conclusiones, diametralmente opuestas: no se impone sanción alguna, o se aplica la sanción del delito culposo. Sin duda, es extremosa cualquiera de estas consecuencias. La otra posibilidad recogida en el artículo 66 es que el error vencible se relacione con el supuesto considerado en el inciso B de la fracción VIII del artículo 15. Si esto sucede, se aplicará pena de hasta una tercera parte de la correspondiente al delito del que se trate.

### **No exigibilidad de otra conducta**

Ya se ha señalado que la fracción IV regula el estado de necesidad. Es común entender que el sacrificio de un bien de menor jerarquía en aras de otro superior,

implica exclusión de ilicitud. Si la colisión ocurre entre bienes de igual jerarquía, quien sacrifica el ajeno se ampara en una causa de inculpabilidad. En efecto, no puede serle exigida otra conducta. La ley impone deberes a hombres comunes. No pretende la conducta heroica, ni la generosidad completa, que habría si alguien sacrifica su propio bien en favor de un bien ajeno de igual o menor valía. El desarrollo de la excluyente de estado de necesidad lleva a un concepto más amplio —que está en el núcleo de esa eximente—: la no exigibilidad de otra conducta. Aquí, nos encontramos un paso más allá de la frontera entre la conducta, que puede ser reclamada e impuesta por la norma jurídica, que castigará su violación, y el comportamiento que no puede ser exigido, razonablemente, a un hombre normal (y el derecho es una ordenación de la conducta de hombres comunes, no de héroes o santos); en este caso, la norma jurídica se abstendrá de sancionar; hacerlo sería insostenible.

En un sentido muy amplio, la no exigibilidad de otra conducta puede abarcar diversas hipótesis de exclusión del delito. En efecto, no es posible exigir a quien es agredido, que no se defienda; no lo es exigir a quien está a punto de perder su vida que se abstenga de sacrificar otra vida, de cuya supresión depende que aquél conserve la suya; no lo es exigir un comportamiento diferente a quien se conduce con exacto apego a los deberes que la ley le impone, etc. Empero, la excluyente que ahora analizo se cife a cierta especie de inculpabilidad.

La fracción IX del artículo 15 resuelve que se excluye el delito cuando

atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar (*sic*) conforme a derecho.

Quedan de manifiesto, así, las opresivas circunstancias en que se halla el sujeto activo, que no permiten esperar de él, bajo los dictados de una razón común (la “racionalidad”) acreditada por la experiencia, una actividad diferente de la que llevó a cabo, aun cuando ésta sea ilícita.

### Caso fortuito

Se suele decir que en el caso fortuito reside el límite de la culpabilidad. Conforme a su denominación, lo “fortuito” es atribuible a la fortuna, no al individuo. Esto determina las consecuencias jurídicas y, dentro de ellas, las penales. El texto anterior de la fracción X del artículo 15 no se redujo a mencionar la fortuidad del hecho, sino quiso describir el fenómeno; por ello, habló de “causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas”. Otra, es la técnica adoptada por la fracción en vigor; se limita a invocar la fortuidad: no hay delito cuando “el resultado típico se produce por caso fortuito”.

En rigor, no sería necesario aludir al caso fortuito para excluir, en la especie, la criminalidad del hecho. En éste no hay dolo ni culpa; en consecuencia, se excluye

el delito y no existe sanción penal. La expresa previsión legal obedece al propósito de cerrar la puerta a dudas o problemas de interpretación.

## Condiciones objetivas de punibilidad

---

No es lo mismo condición objetiva de punibilidad que requisito de procedibilidad. Aquél corresponde al derecho sustantivo; éste, al derecho procesal. Si falta la condición objetiva de punibilidad, la conducta ilícita no será sancionada. Si se carece del requisito de procedibilidad, no habrá proceso; pero una vez satisfecho el requisito, se tendrá vía libre para la persecución.

En ciertos casos, la punición se supedita a la existencia de determinadas condiciones, consignadas en los tipos o de alcance general, como aquella a la que se refiere la fracción III del artículo 4, cuando exige para sancionar a quien delinquiró en el extranjero, “que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República” (identidad de la norma).

Carrancá y Trujillo fija un elenco de excusas absolutorias y menciona los motivos que las sustentan. Dice, en síntesis, que esas excusas se establecen:

- a) En razón de los móviles afectivos revelados: ocultamiento u obstrucción de la acción de la justicia (arts. 400, parte final, y 280, fracc. II), evasión de presos (art. 151) y desobediencia de particulares (arts. 179 del Código Penal, 191 y 192 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y 242 y 243 del Código Federal de Procedimientos Penales).
- b) En razón de la copropiedad familiar (el autor se refiere al antiguo texto del artículo 377 del Código Penal, que primero fue derogado y luego —1996— ocupado por el delito de aprovechamiento de vehículos robados; el tratamiento con excusa absolutoria mencionado por Carrancá fue sustituido por el régimen de querrela: artículo 399 bis).
- c) En razón de la patria potestad o la tutela: golpes y lesiones leves en ejercicio del derecho civil-familiar de corregir (anteriormente, artículos 347 y 294, respectivamente; ambos han sido derogados).
- d) En razón de la maternidad consciente: aborto causado sólo por imprudencia (culpa) de la madre, o cuando el embarazo sea resultado de una violación (art. 333).
- e) En razón del interés social preponderante: abstención de revelación de secretos (según la derogada parte final de la fracción VI del artículo 400).
- f) En casos de injurias, difamación y calumnia (se ha suprimido el delito de injurias; en cuanto a los otros, son aplicables los artículos 351, 352, 354 y 357).
- g) En razón de la temibilidad específicamente mínima revelada: robo de escasa cuantía (art. 375) e injurias recíprocas (art. 349, derogado).

A ese elenco se podrían agregar otras excusas, como la que favorece a los incursores en un delito de rebelión: no son responsables de los homicidios y las lesiones que causen en combate (art. 137); no se aplicará pena a los rebeldes que

depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no cometieron alguno de los delitos sancionados por el artículo 137 (art. 138).

## Punibilidad

---

La punibilidad, elemento o consecuencia del delito, es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma *nulla poena sine lege*, consignado en el artículo 14 constitucional, e implícitamente en el artículo 7 del Código Penal. El propósito de sancionar toda conducta que deba serlo, conduce al principio *nullum crimen sine poena*.

También se denomina punibilidad a la sanción misma aplicable a un delito, esto es, al tramo punitivo que establece el legislador. En este sentido, la “punibilidad” del homicidio simple doloso, por ejemplo, es de ocho a veinte años de prisión.

## Exceso

---

Quien actúa al amparo de una excluyente (si se trata de exclusión de la conducta, el sujeto ni siquiera actúa), queda al margen de la responsabilidad penal. Quien se conduce fuera de las hipótesis de exclusión responde plenamente de sus actos, según el desarrollo de su comportamiento en el *iter criminis* y otros datos que influyen en la punición: concurso, reincidencia, etc. Pero puede ocurrir que haya exceso en una excluyente. Recuérdese que el agente debe contener su conducta en el límite de la acción razonable, y por ello no se puede prescindir de pena cuando hay exceso. Pero tampoco se puede desconocer que el comportamiento es lícito, en principio y conforme a su naturaleza.

El exceso en las excluyentes de ilicitud: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho (fraccs. IV, V y VII del art. 15), se sanciona con la pena que corresponda al delito culposo (art. 16).

## EL DELINCUENTE. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

---

### El sujeto responsable de los delitos

---

Ahora se hará referencia al delincuente: la persona física que interviene en el delito, bajo las categorías de la autoría y participación delictuosa; el agente, sujeto activo, infractor, inculpaado en términos del derecho procesal. En el periodo clásico, que va del final del siglo XVIII —en que se acuñan los grandes principios liberales— hasta la segunda mitad del siglo XIX —en que aparece el positivismo criminológico—, el acento se pone sobre el delito como entidad jurídica. Esta preocupación

sirve a la causa del ser humano: evita que el capricho prevalezca sobre la razón; la inseguridad sobre la certeza. Lo que viene al caso es construir la teoría del delito sobre los dogmas del humanismo.

Establecida la naturaleza jurídica del delito, ganada la batalla política contra el absolutismo, aseguradas las garantías para la imposición de la pena —tanto las materiales como las adjetivas—, llega el momento del énfasis en el delincuente. La naciente criminología tuvo a su cargo inquirir acerca de los factores causales del delito, como el hecho natural, y precisar la personalidad del delincuente. En este propósito se arriba a tesis hoy superadas —o matizadas—, como la del criminal “nato”; pero, en todo caso, se gana en la afirmación de la complejidad humana: mucho más que simple albedrío. Así se alzaría, con realismo, la teoría del delincuente y se establecerían los fines y las posibilidades de la pena.

El capítulo III, del título primero, del Libro Primero del Código Penal lleva el rubro “Personas responsables de los delitos”. Bajo este concepto, se ocupa en lo que la dogmática penal designa como autoría y participación. Conforme al régimen instituido por las diversas fracciones del artículo 13, hay ocho formas de intervención en el delito, de las que en seguida nos ocuparemos. Esta regulación proviene de la revisión cumplida en 1983; en 1993, hubo algunas modificaciones en puntos menores.

La fracción I del artículo 13 del Código Penal indica que son responsables del delito “los que acuerden o preparen su realización”. Se trata de la resolución de cometer el ilícito y de los actos conducentes a este fin. Para que esta conducta preliminar sea punible, es necesario que se haya avanzado en la aparición del delito, el *iter criminis*. No son punibles la concepción delictuosa, la concertación y los actos preparatorios, si no existe un principio de ejecución (*véase Inter criminis*). En efecto, rige la expresión que figura a la cabeza del artículo 13: “Son responsables del delito.” Es preciso, pues, que haya delito, en cualquiera de sus formas; primeramente, la tentativa.

La fracción II del mismo precepto se refiere a la autoría material: son responsables “los que realicen por sí” el delito. A continuación —fracción III— se alude a los coautores: “los que lo realicen conjuntamente”. Luego —fracción IV— se recoge la autoría mediata, participación que incumbe a “los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro”, que en esta hipótesis funciona sólo como instrumento, penalmente inerte o incoloro, del verdadero delincuente: quien acciona el gatillo de un arma que otro dirige.

Adelante —fracción V—, se establece la figura del autor intelectual, instigador o inductor, que no ejecuta por sí el delito, pero dolosamente determina a otro a cometerlo. La fracción VI habla del cómplice: “Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.” Una variante de complicidad se halla en la fracción VII: “Los que con posterioridad a su ejecución [del delito] auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.” Si el acuerdo (del que deriva la promesa) fuese posterior, no anterior al delito, ya no habría complicidad, sino encubrimiento, que es delito autónomo (art. 400).

Finalmente, la fracción VIII del artículo 13 se refiere a la complicidad correspondiente o autoría indeterminada, que anteriormente se trataba sólo a propósito de

las lesiones y del homicidio, pese a ser una forma general de participación delictuosa. Se incrimina a “los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión [del delito], cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo”. El ejemplo más invocado es el de la muchedumbre delincuente. Si no existiera la figura de la fracción VIII, el delito quedaría impune, o bien, todos responderían como autores. Ambas consecuencias son desmesuradas.

En lo que atañe a la sanción para estos personajes activos del delito, el Código Penal contiene dos normas. Por una parte, la de alcance general, vinculada a la preocupación actual del código por asociar la sanción a la culpa, equitativamente: “responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad”. Esta solución debiera surgir naturalmente del régimen general del ordenamiento, sin necesidad de fórmula expresa; empero, ésta es útil para evitar desviaciones en la práctica.

Por otra parte, hay una norma de alcance restringido a los supuestos de complicidad y autoría indeterminada. En procuración de sanciones que reflejen la verdadera importancia de la intervención de cada uno en la lesión del bien jurídico, se prevé pena de hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito cometido “y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva” (art. 64 bis). Con esta salvedad, rige el principio de que la autoría y la participación acarrear las sanciones previstas en la parte especial del Código para cada figura delictiva.

La alusión a la modalidad en el artículo 64 bis, proviene de la necesidad de orientar al juzgador con respecto al tipo aplicable, que no siempre es el fundamental o básico. La previsión cautelosa se relaciona, sobre todo, con el anterior texto del artículo 20 constitucional, fracción I, a propósito de la libertad provisional del inculcado. Un buen entendimiento acerca de los espacios que cubren los tipos penales, aplicados a los hechos de que conoce el juzgador, haría innecesaria la alusión a modalidades.

## **Responsabilidad por delitos conexos**

---

El artículo 14 también es relevante en materia de participación delictuosa. Sanciona por delitos que son consecuencia de los acordados y que sobrevienen sin previa deliberación de cometerlos. Aquí, el Código Penal exige el enlace entre el delito previsto y el que luego resulta. Éste es un dato de suma importancia, si se toma en cuenta que nadie debe responder penalmente por el comportamiento ajeno. Se trata, pues, de precisar que el resultado reprochable no es ajeno al delincuente; está claramente ligado al que previó y cometió; en consecuencia, debe responder por él, como derivación de su propia conducta.

El primer párrafo del artículo 14 se refiere al supuesto en que “varios delinquentes toman parte de la realización de un delito determinado, y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros”. Todos son responsables del nuevo delito, a menos que se esté en los siguientes casos, que anularán la secuencia de la conducta y convertirían el resultado superveniente en producto de un comportamiento que no puede ser imputado a todos.

Dichos casos son: “que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal”, pues de lo contrario se trataría de un comportamiento idóneo y natural —y por ende admitido— para lograr el resultado que se pretende: instrumento y fin; “que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados”, porque si lo es, deviene inescindible del delito principal y hay, por ende, una responsabilidad continua; “que no hayan sabido antes [los otros participantes] que se iba a cometer el nuevo delito”, ya que de saberlo y no oponerse habrían previsto y admitido el resultado, lo cual implica dolo; y “que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo”, hipótesis en la que se puede reproducir el comentario al caso anterior. además de otras consideraciones conexas con la punición del encubrimiento.

### **Comunicabilidad de circunstancias**

---

La llamada “comunicabilidad de las circunstancias” se regula en el artículo 54. Se trata de resolver cómo han de proyectarse a los responsables, cuando existe pluralidad activa, las circunstancias a las que se asocia el agravamiento o la disminución de la pena. Las hay objetivas y subjetivas: aquéllas se relacionan con el delito mismo; las segundas atañen a vínculos o calidades estrictamente personales de algún participante.

No son aplicables a todos los participantes el aumento o la disminución de la pena “fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito” (primer párrafo del artículo 54). Por el contrario, “son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas” (segundo párrafo).

### **ITER CRIMINIS**

---

#### **Fase interna**

---

El *iter criminis* es el camino que recorre el delito desde la concepción criminosa, hasta que produce sus últimas consecuencias: el “agotamiento”, posterior a la consumación. El *iter* comprende fases interna y externa. En aquélla, el proyecto delictivo permanece en la mente del sujeto, a cubierto de punición. Impera el principio *cogitationes poenam nemo patitur*; el pensamiento es libre, no delinque. Lo contrario significaría una regresión intolerable, el ingreso del orden jurídico a la conciencia, el retorno a los “delitos de fuero interno” (los delitos “de opinión”, cuando ésta se expresa de alguna manera, ya son fuero externo) y al método

inquisitivo para explorar el pensamiento. En la segunda fase del *iter criminis* se exterioriza el delito, al menos por la resolución manifestada.

La anterior redacción de la fracción I del artículo 13 permitía suponer punible la concepción del delito. En efecto, eran penalmente responsables quienes intervenían “en la concepción, preparación o ejecución” de los delitos. Esta consecuencia, sin embargo, no fue aceptada por la doctrina. Tampoco se puede sustentar en la fracción I del actual artículo 13, mejor construida que la anterior. Para que sean responsables quienes acuerdan o preparan la realización del delito, es preciso que *haya delito*, y la primera forma punible de presentación delictuosa es, precisamente, la tentativa.

Sin embargo, existe una figura autónoma que anticipa la consumación del delito, o bien, que anticipa el momento de punición en el *iter criminis*. Esto sucede en el delito de conspiración, en que incurren “quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente Título [primero del Libro Segundo del Código Penal: ‘Delitos contra la seguridad de la nación’] y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación” (art. 141), independientemente de que se avance o no en el *iter criminis*, pues el progreso trasladaría la conducta a otro delito: el que se intente o cometa como secuela de esa resolución.

## Actos preparatorios

---

Bajo los términos literales de la anterior fracción I del artículo 13, y de la actual fracción, se podría pretender la punición de los actos preparatorios. Algún proyecto ha buscado sancionarlos, sólo “cuando manifiesten de manera unívoca el dolo del agente”, habida cuenta de que los actos aparentemente previos a la ejecución delictuosa pueden corresponder a una intención lícita. Por ello se demanda la univocidad. No obstante, ténganse por reproducidos los comentarios acerca de la concepción del delito: no hay norma que sancione los actos preparatorios, ni ha estado esta punición en el propósito del legislador.

## Tentativa

---

La tentativa implica un principio de ejecución. Aquí se produce, inequívocamente, la conducta descrita en el tipo. Se distingue entre tentativa inacabada y acabada. Existe aquélla cuando el agente no ha realizado todos los actos conducentes a la consumación. Hay tentativa acabada, en cambio, cuando el infractor desarrolla íntegramente la conducta conducente al resultado, pero éste no se presenta por causas ajenas a la voluntad del responsable; así, el sujeto pretende matar, y para ello dispara un arma de fuego contra la víctima; yerra el tiro y la muerte no se produce; hay tentativa acabada de homicidio.

En el artículo 12 del Código Penal, tomando en cuenta tanto los delitos de acción como los de omisión, se estipula que es punible la tentativa cuando la “resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”. Al hablar de actos ejecutivos que deberían producir el resultado, se prevé la idoneidad de medios, y con ello se desecha un caso de delito “imposible”. Queda claro que se trata de un comportamiento ejecutivo, unívoco; ya no actos preparatorios solamente, ni conducta equívoca.

En el texto del precepto anterior se decía que “para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito”. Hoy día, el ordenamiento penal procura organizar la punición a la luz de la culpabilidad; por ende, excluye toda referencia a temibilidad del autor. En cambio, invoca las reglas generales de la individualización contenidas en el artículo 52 del Código Penal y “el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito”; esto es, en otras palabras, lo mismo que decía la parte final del texto sustituido.

En el artículo 12 se alienta el arrepentimiento. Se quiere evitar el daño individual y social, aunque para ello quede impune la tentativa. Consecuentemente, “si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere”. Como se puede observar, el desistimiento ha de ser espontáneo, no forzado por un tercero (particular o autoridad), aunque sería excesivo y contrario al fin perseguido por la norma, negar eficacia despenalizadora al desistimiento inducido, no impuesto, por el tercero. La misma espontaneidad se requiere, en mi concepto, cuando el agente impide la consumación del delito, hipótesis diferente de la interrupción del proceso ejecutivo.

Si la conducta activa u omisiva del agente que intenta un delito constituye una infracción en sí misma, el autor responderá del ilícito ya perpetrado (art. 12 *in fine*).

El legislador también favorece el arrepentimiento del agente en otros casos, y le invita a hacer cesar el delito que ya ha consumado, para aliviar las consecuencias de éste y mejorar la situación del ofendido. Esto sucede en los supuestos de privación ilegal de la libertad (art. 364, fracc. I, tercer párrafo), raptó (art. 365 bis, segundo párrafo) y secuestro (art. 366, penúltimo párrafo). Se puede citar en este mismo orden de cosas la conducta del participante en ilícitos de delincuencia organizada, que suministra a la autoridad información conducente a la investigación de estos delitos, pero en tal hipótesis, considerada por la correspondiente ley de 1996 (art. 35), el colaborador no hace cesar el delito, sino actúa *a posteriori*, en la etapa de investigación.

En el artículo 63 se indica que al responsable de tentativa punible se le aplicarán “hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer (*sic*) de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario”. En 1996, frente al problema de la delincuencia creciente y grave, se añadió un tercer párrafo a este precepto para establecer que en el supuesto de “tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión

que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado”. La noción de “delito grave” se halla en el art. 16 constitucional. La ley secundaria presenta listas de delitos graves, en vez de precisar la existencia de éstos conforme al indicador que verdaderamente acredita la gravedad del ilícito: la sanción. Los códigos penales de Morelos y Tabasco adoptan este último sistema. A partir de la reforma penal y procesal penal de 1996, la tentativa punible de delito grave se califica como delito grave (art. 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), lo cual permite al Ministerio Público ordenar la detención de los inculcados en estos casos, bajo el supuesto de urgencia, y cierra la posibilidad de concederles libertad caucional.

No obstante la preocupación del legislador por la univocidad de los actos ejecutivos —que implica su ordenación a obtener determinado resultado típico—, lo cierto es que aquéllos pueden corresponder a diversos ilícitos. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en los casos del homicidio y las lesiones: una misma acción agresiva puede conducir, ponderada desde el ángulo del observador y sin otros elementos para determinar la dirección del dolo, a la privación de la vida o a la afectación de la salud o de la integridad corporal.

Dice el segundo párrafo del artículo 63 del Código Penal que “en los casos en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar” —es decir, cuando la prueba allegada al investigador no permita saber el propósito del agente, pero no haya duda sobre su intención de delinquir— y la identificación del daño deseado “fuera determinante para la correcta adecuación típica” —que es lo que ocurre en el ejemplo propuesto— “se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior”. Esta fórmula es completamente insatisfactoria. En efecto, remite a un texto que previene cierta pena en función del “delito que se quiso realizar”. Pero esto —el delito que se quiso realizar— es precisamente lo que no se puede conocer; si se pudiera, saldría sobrando el segundo párrafo del artículo 63.

## Consumación y agotamiento

---

En el *iter*, al delito intentado siguen el consumado y el agotado. Existe consumación, con la correspondiente plenitud de consecuencias penales, cuando la conducta del agente realiza completamente la previsión del tipo: priva de la vida, altera la salud, despoja del bien. A la consumación se refiere el artículo 13 con diversas expresiones: realización, ejecución, comisión.

Finalmente, el delito queda agotado cuando produce todos los efectos lesivos que puede acarrear, según su naturaleza. La idea de delito agotado no tiene encuadramiento legal; corresponde a la doctrina.

## CONCURSO

---

El Código Penal de 1931 reguló el concurso bajo el nombre de “acumulación”. A partir de las reformas de 1983, hay régimen específico y completo sobre esta

materia, considerada bajo su nombre adecuado: “Concurso de delitos”; éste es el rubro del capítulo V, del título primero, del Libro Primero del Código Penal.

La doctrina, y ahora la legislación (art. 18 del Código Penal) distingue dos formas de concurso. Es ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. En tal caso, hay aplicación de normas compatibles entre sí. Esto marca la diferencia entre ese concurso y la concurrencia de normas incompatibles entre sí, que antes vimos (*véase* Concurrencia de las normas aparentemente incompatibles), y que se resuelve bajo la regla de especialidad (segundo párrafo del art. 6).

El concurso real se presenta cuando con diversas conductas se cometen varios delitos. A esto llamaba “acumulación” el artículo 18, antes de la reforma de 1983. Aquí, no hay unidad, sino pluralidad de comportamiento. Cada acto u omisión desemboca en un resultado típico.

En el artículo 19 se señala que “no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado”. La confusión pudiera plantearse con respecto al concurso real, difícilmente con relación al ideal. Recuérdese que existe delito continuado cuando se viola un mismo precepto legal con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo (art. 7, fracc. III).

Hay reglas especiales sobre punición en el concurso. Si se trata de ideal, se aplica la pena correspondiente al delito que merezca la mayor; y ésta se podrá (facultativo para el juzgador) aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que exceda el total del máximo previsto en el título segundo del Libro Primero, es decir, cuarenta o cincuenta años cuando se refiere a la prisión, según los ilícitos de que se trate (art. 25). En el supuesto de concurso real o material (art. 64, segundo párrafo) —revisado por la reforma de 1996— se impone la pena del delito que merezca la mayor, que “podrá” incrementarse con las sanciones correspondientes a cada uno de los otros delitos concurrentes, sin que la sanción total exceda de la permitida en el Título Segundo del Libro Primero, es decir, de cuarenta o cincuenta años, conforme al mencionado art. 25. Cuando en el mismo supuesto de concurso aparece algún delito grave, el tribunal impondrá la pena del delito que merezca la mayor, que “deberá” aumentarse con las relativas a los restantes delitos, sin exceder el límite previsto en el art. 25. Finalmente, en la hipótesis de delito continuado, se aumentará de una mitad a dos terceras partes la pena correspondiente, siempre bajo el límite del art. 25 (art. 64, tercer párrafo).

La forma acostumbrada para sancionar los casos de concurso ideal y material, sobre todo éste, que es el más grave (forma que persiste en el art. 64 invocado, cuando no concurre un delito grave), obedece a la intención plausible de no llevar las sanciones más allá de cierto límite que se estima razonable (principalmente en lo que respecta a la prisión), pero ofrece flancos muy vulnerables. No es debido corresponder con una misma sanción a dos situaciones diferentes (delito único y concurso, cuando no se incrementa la pena en ejercicio de la potestad judicial de aumentarla o no aumentarla), no ya en función de una supuesta o real peligrosidad del autor, sino estrictamente en virtud de su culpabilidad y de los bienes jurídicos afectados”. Por ello los ordenamientos penales de Morelos (art. 68) y Tabasco (art. 68) disponen que en todo caso se incremente la sanción mayor (dentro del límite máximo de la privación de libertad), y ordenan que el juez especifique en la

sentencia qué sanción corresponde a cada uno de los delitos acreditados, por los que se dicta condena.

## REINCIDENCIA

---

La reincidencia o reiteración delictiva ha tenido consecuencias propias, diversas de las que apareja el primer delito y de las inherentes, estrictamente, a los posteriores. Estas consecuencias se concretaron en la agravación de la pena. Hubo y hay debate al respecto. Los partidarios de la solución que dio nuestra ley, manifiestan que no puede quedar el orden jurídico indiferente ante quien insiste en el comportamiento delictuoso y revela, probablemente, mayor peligrosidad. Los adversarios subrayan que la sanción por el dato de reincidencia está castigando de nueva cuenta el primer delito cometido, con lo que se viola el principio *ne bis in idem*. También, sostienen que si se trata de apreciar circunstancias del autor, que sustentan una pena más severa, el juzgador debe moverse entre el mínimo y el máximo de sanción previstos para el segundo y posteriores delitos; la penalidad por el delito o los delitos anteriores, ya fue impuesta y cumplida en su momento.

El Código Penal ha conservado un capítulo —el VI, del título primero, del Libro Primero— para regular la reincidencia (arts. 20 a 23). Ahí se especifica en qué consisten la reincidencia y la habitualidad, desde el punto de vista jurídico penal. Se distingue entre delincuencia genérica y específica. La sentencia extranjera tiene relevancia para establecer la reincidencia. Por lo que hace a los delitos que es preciso tomar en cuenta, quedan incluidos todos los cometidos por el agente, inclusive en tentativa (art. 22). Sobre los realizados en el extranjero, debe existir identidad de la norma. No se toman en cuenta los delitos políticos, ni se incluye el caso en que “el agente haya sido indultado por ser inocente” (art. 23), hipótesis que ya no es de indulto, sino de reconocimiento de la inocencia del sentenciado (art. 96).

Se requiere que exista sentencia ejecutoria por el delito anterior; no basta la definitiva, sujeta a impugnación ordinaria. Al hablar de que esa resolución puede provenir de cualquier tribunal, se alude a todos los órganos de la jurisdicción materialmente penal: nacionales y extranjeros, federales y ordinarios, comunes y militares. Quizás también será procedente tomar en cuenta las resoluciones de los consejos para menores, que en la actualidad son verdaderos órganos de la justicia penal, aunque funden su actividad en una ley penal especial o especializada. Tratándose de ilícitos cometidos y de sentencias dictadas en el extranjero, se exige identidad de la norma (art. 20, segundo párrafo).

El concepto de delincuente habitual se estipula en el artículo 21. Se requiere que

el reincidente en el mismo género de infracciones comet[a] un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años.

Ese precepto emplea dos referencias para aludir a la reiteración delictiva. Por una parte, habla del mismo género (el artículo 65 alude a “especie”) de infracciones, lo que concreta el punto bajo la clasificación legal de los delitos: contra la vida y la integridad corporal, por ejemplo. Los bienes tutelados marcan el “género” de la infracción. Por otra parte, el precepto se refiere a un nuevo delito “procedente de la misma pasión o inclinación viciosa”. Si ya no se trata de una clasificación legal, habrá que precisar cuál es el factor causal del delito. Debe ser atribuible a una “pasión o inclinación viciosa”, lo cual lleva a indagar si en la personalidad del justiciable existe, efectivamente, ese motivo que invoca el Código Penal. Por demás está decir los problemas que esto suscita.

Han variado las consecuencias penales de la reincidencia. La reforma de 1993 suprimió el incremento de la pena para el reincidente; esa forma de reiteración delictuosa sólo se tomaría en cuenta “para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevea” (artículo 65).

Por su parte, la reforma de 1996, que ocurrió dentro de la circunstancia de un acelerado incremento de la delincuencia urbana, asociado a la acentuada gravedad de los delitos cometidos, manejó de otra manera el tema de la reincidencia. Procesalmente, ésta puede impedir el otorgamiento de libertad provisional bajo caución cuando el delito anterior fue de naturaleza grave (fracc. I del art. 20 constitucional). En lo que corresponde al derecho sustantivo, el nuevo segundo párrafo del artículo 65 contiene una solución de media vía entre el régimen de 1993 y el sistema anterior. En efecto, prevé el incremento necesario de la pena cuando “el inculcado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza”. Sólo en estos casos, que corresponden a multirreincidentes en delitos que causan daños severos o provocan situaciones de peligro considerables, la sanción por el nuevo delito cometido “se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima” correspondiente al delito por el que se condena al multirreincidente, en la inteligencia de que la pena que se imponga no excederá el límite establecido en el título segundo del Libro Primero del ordenamiento penal.

Existe otra consecuencia en el supuesto que ahora examinamos: “el sentenciado no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé”. La redacción es oscura; entiendo que la referencia a “beneficios” es redundante con respecto a sustitutivos, o bien, aquélla se contrae a la condena condicional y la segunda a las medidas recogidas en el artículo 70. No se alude a los “beneficios” de la etapa ejecutiva, como la libertad preparatoria, la remisión de la pena y la preliberación.

## REFLEJO PROCESAL DE LA TEORÍA DEL DELITO

---

El derecho penal se proyecta en el régimen procesal, puesto que se trata de piezas de un solo sistema, al que concurren otros elementos relevantes, como la regulación

ejecutiva. No es el caso de citar todas las repercusiones. Me limitaré a dos conceptos fundamentales para el procedimiento, que se establecen a partir de normas sustantivas.

## Cuerpo del delito y elementos del tipo penal

---

Hasta la reforma de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales, nuestra ley fundamental se refirió al concepto de “cuerpo del delito”. Éste fue una noción básica del enjuiciamiento penal mexicano. En México, adquirió una connotación distinta de la que tuvo históricamente y de la que tiene en otros sistemas jurídicos actuales. Los problemas que para éstos puede representar la noción de cuerpo del delito no son trasladables, lisa y llanamente, a la experiencia mexicana. Aquella noción fue analizada y desarrollada ampliamente por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, que le confirieron un perfil y un alcance unívocos y suficientes. Sin embargo, el desconocimiento de esta situación o la afición de imitar, sin mayor análisis, los modelos foráneos, condujo a la sustitución de esa figura del derecho mexicano por el concepto de “elementos que integran el tipo penal”.

Antaño, el cuerpo del delito era el conjunto de instrumentos utilizados para cometer el ilícito, así como las huellas de éste. Últimamente, se puede distinguir entre cuerpo, objeto, sujeto, instrumentos, huellas o vestigios, y producto del delito. Son categorías con sustancia propia. En el derecho mexicano anterior a la discutible reforma constitucional —y luego secundaria— de 1993, el *corpus delicti* era el conjunto de elementos que integran la descripción típica (artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales). Podía constar sólo de elementos objetivos (homicidio), objetivos y valorativos (estupro); objetivos, valorativos y subjetivos (robo); y objetivos y subjetivos (atentados al pudor), según los consignase la formulación legal.

El cuerpo del delito se hallaba vinculado, decisivamente, a la averiguación previa y a la instrucción del proceso. Era dato central en el ejercicio de la acción o consignación, en las órdenes de aprehensión o comparecencia, en los autos de formal prisión o de sujeción a proceso, y en los de libertad por falta de elementos para procesar o de “méritos”, y por desvanecimiento de datos.

Si hubiese unanimidad acerca de lo que son los elementos del tipo penal, habría bastado con invocar esta noción para que el Ministerio Público y el juzgador, ateniéndose a ella, cumplieran sus respectivas funciones en la averiguación previa y la instrucción procesal. Pero no existe esa unanimidad; a este respecto prevalece, como antes mencioné, una explicable controversia doctrinal.

En tal virtud, el legislador secundario se vio precisado a resolver el problema “por decreto”. Por ello, estipuló lo que debe entenderse por elementos del tipo; en consecuencia, debió precisar detalladamente, además, lo que es preciso entender como probable responsabilidad (es decir, en rigor, como responsabilidad: la probabilidad es apenas un problema de mayor o menor intensidad y plenitud de

prueba). Eso hizo en los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Así las cosas, resulta completamente innecesario, por inútil, recoger en la ley suprema y en la secundaria, a título de datos cruciales del procedimiento, las nociones de elementos del tipo y probable responsabilidad. Evidentemente, basta con relatar lo que el Ministerio Público y el juez deben tomar en cuenta, para sus respectivos efectos; es decir, basta con establecer las listas que contienen esos artículos del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Sobra hablar, en fin, de elementos del tipo y de probable responsabilidad, como si fuesen conceptos autosuficientes, unívocos, bien explorados y precisados por una tradición jurídica definida. Se ha querido, pues, consagrar en la ley una corriente doctrinal. Por ello, resultó preciso decir, con la fuerza obligatoria que imprime una ley, qué se entiende por elementos del tipo y qué por probable responsabilidad.

En los términos de los preceptos mencionados, para acreditar los elementos del tipo, la autoridad debe establecer dos series de datos: una se refiere a los que existen en todo caso; la otra, a los que tienen carácter contingente: puede suceder que los requiera el tipo.

La primera serie comprende: “I. La existencia de la correspondiente acción u omisión, y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido”; “II. La forma de intervención de los sujetos activos” (que anteriormente se reconocía bajo el rubro de la responsabilidad: “Son responsables de los delitos”, decía el primer párrafo del artículo 13); y “III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión” (otro elemento que en la tradición interrumpida se disoció del cuerpo del delito y se involucró, más bien, con la responsabilidad).

La segunda serie, dependiente, como señalan las normas, de los requerimientos específicos del tipo, abarca:

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

Es ciertamente mejor la fórmula que adoptan los códigos procesales penales de Morelos y Tabasco. En lugar de internarse en determinada doctrina acerca del tipo y la responsabilidad penal, esos ordenamientos atienden a los requerimientos del Ministerio Público cuando ejercita acción penal y a los del juzgador cuando libra orden de aprehensión o presentación, o emite auto de procesamiento. Por ello, el artículo 137 del ordenamiento morelense resuelve que “para comprobar los elementos del tipo y de la probable responsabilidad, se establecerá la adecuación de los hechos investigados con la descripción típica contenida en la ley, conside-

rando todos los datos que ésta previene; el carácter doloso o culposo de la conducta del inculpado y la intervención que éste tuvo en los hechos que se le atribuyen, bajo cualquiera de los títulos de autoría y participación que el Código Penal reconoce. Asimismo, se descartará la existencia de causas que excluyan el delito o extingan la pretensión, conforme a lo estipulado por el mismo ordenamiento”.

## **Probable responsabilidad**

---

Otro elemento fundamental del procedimiento, asociado al régimen sustentativo, es la probable responsabilidad del inculpado. Esta noción persistió a través de la reforma de 1993. Las normas que aluden al hecho delictuoso, al delito o al cuerpo del delito, o bien, a los elementos del tipo, se refieren también, generalmente, a la probable responsabilidad como elemento para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión o de comparecencia y el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si pierden fuerza las pruebas tomadas en cuenta para dictar auto de formal prisión, sin que aparezcan otras que las sustituyan en la convicción del juzgador, se procede a liberar al inculpado: esta libertad es absoluta (sobreseimiento) si lo que se descarta es el cuerpo del delito; no, cuando sólo se desvirtúa la probable responsabilidad.

El tema de la probable responsabilidad se resolvió a la luz del artículo 13 del Código Penal. Ya recordé que la cabeza de este precepto mencionaba: “Son responsables del delito”; ahora señala: “Son autores o partícipes del delito”. Sostenía la parte final del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales: “La presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado.”

Actualmente hay que estar a lo establecido por los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal: para acreditar la probable responsabilidad del inculpado, “la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obran datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad”. Es decir, se establece la probable responsabilidad cuando el sujeto actúa —al menos probablemente— con dolo o culpa (pero antes se habló, en el espacio de los elementos del tipo, de la “realización dolosa o culposa de la acción u omisión”), y no se demuestra que en su favor operan la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber.