

## Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones

Jorge Ojeda Velázquez\*

### I. INTRODUCCIÓN

JAMÁS COMO hoy, nunca como en estos últimos cincuenta años, después que los tiempos han visto nacer y morir al finalismo welzeniano, la teoría del delito había aparecido tenazmente cerrada, en un aislamiento tan espléndido como absurdo, extraña a su misma esencia y a su realidad, a esa realidad que hace que nuevos valores jurídicos vayan surgiendo, otros se mantengan inalterables y algunos desaparezcan.

Últimamente, la teoría del delito se ha visto estancada. Parece que el penalista no tiene nada que agregar en este campo y sólo consagra sus esfuerzos a repetir mecánicamente lo que los “grandes” han dicho, o bien se dedica a hacer tímidas críticas a los venerados “maestros italianos o alemanes”, ellos impotentes también de hacer florecer aquellos árboles de la ciencia penalista, de cuyas ramas en un tiempo brotaban hermosos postulados, merced a la irrigación constante que sobre ellos vertían cariñosamente sus teóricos.

La razón profunda de este *impasse*, de este *taedium scientiae*, la encontramos tal vez en la convicción estática de aquellos maestros que creen, sin duda en plena y buena fe, haber dicho la última palabra sobre los problemas del derecho penal, y en el sopor científico de todos aquellos que “están convencidos de que, en nuestra disciplina, las cuestiones esenciales desde hace tiempo ya tienen sus soluciones definitivas”.<sup>1</sup>

Dentro de este capítulo nos proponemos reabrir la discusión dentro de la dogmática jurídico-penal y lanzar una tesis para una teoría pura

\* Magistrado de circuito del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito Colegiado de Circuito; miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> Antolisei, F., *Problemi Penali Odierni*, Milán, 1940, pp. 6 y 12.

del delito que, sin desconocer los avances teóricos legados a nosotros por los clásicos del derecho penal, reubique ciertos conceptos bajo una nueva metodología de estudio para lograr una nueva visión de la teoría del delito que, en suma, pone en entredicho su antigua concepción y construcción, y se basa en elementos y en un universo conceptual netamente general, abstracto y permanente, a diferencia de la actual, que hace una mezcla de conceptos abstractos y concretos.

En efecto, es necesario en primer lugar hacer una separación neta entre delito y teoría del delito. El delito es un hecho y, como tal, es un concepto particular, concreto y temporal que se integra con elementos fácticos adecuados a un tipo de norma penal y a un específico grado de culpabilidad de un sujeto. En cambio, la teoría del delito, que es un capítulo de estudio de la ciencia penal, además de cumplir con los requisitos asignados a toda ciencia, como lo es la universalidad y validez de la misma, estudia al delito desde un campo particular de trabajo que abarca la generalidad, la abstracción y la permanencia del mismo. Es general, porque sus conceptos se aplican a todos los delitos, sin excepción; es abstracta, porque no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que se puedan realizar durante su vigencia; y permanente, porque subsiste a pesar de su violación o no violación.

He aquí dos visiones diferentes para manejar al delito: el general y abstracto, por una parte, y el particular y concreto por la otra. He aquí dos metodologías diferentes para estudiar un único ente jurídico: el ilícito penal.

Quien analice hoy un argumento cualquiera en el campo del derecho penal, se encontrará frente a una cuestión preliminar: la metodología que se debe emplear. El problema metodológico es, así pues, el problema dominante que nos ayudará no sólo a superar las barreras y etiquetas denigrantes que surgen en las apasionadas y no siempre serenas disputas personales, cuando éstas se apartan del análisis objetivo del discurso dado por el expositor, sino también a deducir las conclusiones obtenidas del mismo, sean éstas correctas o incorrectas.

En las apuntadas consideraciones, afirmamos que en el estudio de la teoría del delito ha existido una vieja y errada concepción metodológica.

Desde la antigua discusión centrada en la conveniencia o inconveniencia de adoptar una concepción unitaria o analítica del delito, ya se dejaban entrever diferentes opiniones y soluciones, según la

diversidad del ambiente político y cultural en que el científico vivía y actuaba.

En la concepción unitaria del delito, éste se presenta como una entidad que no se deja escindir en elementos diversos, que no se deja, para usar la expresión de mi maestro Bettiol,<sup>2</sup> “cortar en rebanadas”. Bajo esta visión, el delito es un todo orgánicamente homogéneo, es irreducible en su esencia, es un acto contrario a derecho que precisamente, al obrar *contra ius*, no puede concernir a sus componentes en particular, sino a toda la unidad.<sup>3</sup>

En cambio, en el método analítico, el delito se presenta como una suma de elementos, de aspectos distintos entre sí; se presenta como una serie de fragmentos separados que cobran vida únicamente cuando éstos se suman. Visión atómico-parcial y fragmentaria, en la cual “el delito se degrada a una suma de elementos dispares y heterogéneos”.<sup>4</sup>

La doctrina<sup>5</sup> ha profundizado mucho en el estudio analítico del delito, pero su orientación metodológica ha caído en graves exageraciones que han creado abstracciones que no favorecen la claridad de las ideas y se pierden en sutilezas. La exageración del procedimiento analítico, además, ha llevado no sólo a fragmentar el delito en varias partes, sino también a considerar a cada una de éstas como una entidad independiente, como un *quid* dotado de vida autónoma, de manera que el delito se ha reconocido como una suma de elementos dispares y heterogéneos, en la que ciertos elementos que pertenecen al mundo de lo abstracto se combinan con otros elementos que pertenecen al mundo de lo concreto hasta llegar a formar una “ensalada navideña penal”.

La concepción analítica del delito ha dado lugar a diferentes teorías que toman esencialmente en cuenta siete elementos que en él han observado sus respectivos apologistas. Hasta la época actual, éstas se han mantenido en sus respectivos países de origen más o menos inalterables, sin modificación alguna, salvo honrosas excepciones hechas por dos maestros mexicanos de la Universidad Nacional: Olga Islas y Elpidio Ramírez,<sup>6</sup> que dan al sistema de derecho penal, y en particular

<sup>2</sup> Bettiol, G., *Diritto Penale, parte generale*, 10a. ed., Padua, Cedam, 1978, p. 204.

<sup>3</sup> Moro, A., *L'Antigiuridicità Penale*, Padua, 1947, pp. 133 y 134.

<sup>4</sup> Mantovani, F., *Diritto penale, parte generale*, Padua, Cedam, 1979.

<sup>5</sup> Antolisei, F., *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, 8a. ed., Milán, Giuffrè, 1980, pp. 168 y ss.

<sup>6</sup> Islas, O. y Ramírez, E., *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1970.

al tipo penal, una arquitectura matemática y una estructura lógica digna de ser vista con simpatía.

La doctrina clásica italiana elaboró con rigor lógico y claridad admirable una teoría bipartita del delito que se basa en la distinción entre elementos objetivos y subjetivos; es decir, entre la fuerza física y la fuerza moral, para utilizar la terminología puesta en boga por Carrara.

En esta bipartición o dicotomía, que dominó hasta tiempos muy recientes el panorama penal italiano y que preclaros penalistas como Manzini,<sup>7</sup> Florian,<sup>8</sup> Paoli,<sup>9</sup> Ranieri,<sup>10</sup> Antolisei,<sup>11</sup> Pisapia,<sup>12</sup> y Nuvolone<sup>13</sup> todavía siguen adoptando, el elemento objetivo está constituido por la conducta o hecho, el evento o resultado y la relación de causalidad que debe existir entre este último y aquélla. Sin embargo, con ello no se agota el estudio del elemento objetivo, según la doctrina italiana, porque para la existencia del delito, además de la presencia de los elementos indicados y que por lo general constituyen la “fattispecie criminosa”, es necesaria la ausencia de causas de justificación, conocidas por ellos como elementos negativos del hecho o causas objetivas de exclusión del delito. En cambio, el otro elemento, el subjetivo, no revela más que la conciencia y voluntad con que se comete el hecho; este elemento está constituido por el grado de culpa con que obra el autor del mismo y, en consecuencia, en su aspecto negativo se estudian las causas que eliminan el nexo psíquico, es decir, aquel requisito que excluye tanto el dolo como la culpa, a saber: la hipnosis, el sonambulismo, la fuerza mayor, la vis (del latín fuerza) absoluta y el error, en general.

Para la teoría tripartita del delito, surgida en Alemania a través de las obras de Beling,<sup>14</sup> el delito se compone de tres elementos que re-

<sup>7</sup> Manzini, V., *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 5a. ed., Turín, UTET, 1981, vol. 1, p. 651.

<sup>8</sup> Florian, E., *Trattato di Diritto Penale*, 4a. ed., Milán, 1943, p. 398.

<sup>9</sup> Paoli, L., *Il Diritto Penale Italiano*, 1936, p. 65.

<sup>10</sup> Ranieri, S., *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, 4a. ed., Padua, Cedam, 1968.

<sup>11</sup> Antolisei, F., *op. cit.*, p. 172.

<sup>12</sup> Pisapia, G. D., *Istituzioni di Diritto Penale*, Padua, 1965.

<sup>13</sup> Nuvolone, P., *Il Sistema del Diritto Penale*, Padua, Cedam, 1975.

<sup>14</sup> Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 y *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930, citado por Welzel, pp. 72-74.

presentan los tres grandes capítulos de la teoría tradicional del delito, a saber:

1. El hecho típico (*Tatbestand*), entendido restrictivamente como hecho material, que abarca en sí a los clásicos requisitos objetivos (conducta, evento y causalidad).
2. La antijuridicidad objetiva (*Rechtswidrigkeit*), con la cual se pretende designar a la contrariedad del hecho material con el ordenamiento jurídico.
3. La culpabilidad (*Schuld*), es decir, la voluntad reprochable en sus dos formas, de dolo y de culpa.

Desde el punto de vista sistemático, la concepción tripartita tradujo la exigencia de introducir, al lado del hecho material o de la conducta formal y la culpabilidad, un tercer elemento: la antijuridicidad formal, la cual vino a dar a la sistematización dogmática un lugar distinto al elemento negativo del mismo, constituido por la ausencia de causas que justificaran al hecho antijurídico.

En Alemania siguen esta misma tripartición, entre otros, Graf Zu Dohna,<sup>15</sup> Mezger<sup>16</sup> y Welzel,<sup>17</sup> quienes integran al delito con tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, aunque con diferentes concepciones.

En Italia, esta integración tripartita encuentra su antecedente más remoto en Carrara,<sup>18</sup> quien expresaba que “el delito es un ente jurídico que para existir necesita de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad”. Sin embargo, lo que completa su esencia es la contradicción de esos elementos con la ley jurídica, y cuya contradicción no es más que la antijuridicidad de la que ya hemos hablado.

A partir de 1930, este sistema, que como se ha dicho presenta la novedad de introducir la antijuridicidad como tercer elemento del delito, fue cobrando una importancia siempre creciente aun entre insignes

<sup>15</sup> Graf zu Dohna, A., *La estructura de la teoría de delito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, p. 15.

<sup>16</sup> Mezger, E., *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1958, p. 82.

<sup>17</sup> Welzel, H., *Derecho penal alemán*, 12a. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

<sup>18</sup> Carrara, F., *Programa del Corso di Diritto Criminale*, Janusa, 1976, p. 56.

maestros italianos como Delitala,<sup>19</sup> Maggiore,<sup>20</sup> Petrocelli,<sup>21</sup> Frosali<sup>22</sup> y Bettiol.<sup>23</sup>

Sin embargo, Grispigni<sup>24</sup> se inclina más por una visión analítica cuatripartita del delito, al enunciar que éste “es una conducta humana correspondiente al tipo descrito por una norma penal, en la que existe ausencia de causas de justificación y una culpabilidad”.

Bajo esta concepción, para Von Liszt<sup>25</sup> el delito “es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena”.

Sauer<sup>26</sup> define el delito como un querer y un obrar antijurídico y culpable. Desde otra concepción, Jiménez de Azúa<sup>27</sup> aduce que el delito “es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.

En México, los autores más conocidos de derecho penal, como Carrancá y Trujillo,<sup>28</sup> Vela Treviño,<sup>29</sup> Pavón Vasconcelos,<sup>30</sup> Castellanos Tena<sup>31</sup> y Porte Petit,<sup>32</sup> oscilan entre estas concepciones, y el primero de ellos adopta una concepción tetratómica, al manifestar que “el delito es una acción antijurídica, típica culpable y punible”.

El segundo de los autores mencionados señala que el delito “es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible”. Pavón Vasconcelos,

<sup>19</sup> Delitala, G., *Il Fatto Nella Teoria Generale del Reato*, Padua, 1930, p. 13.

<sup>20</sup> Maggiore, G., *Diritto penale, parte generale*, 5a. ed., Bolonia, 1951.

<sup>21</sup> Petrocelli, B., *Principi di Diritto Penale*, 9a. ed., Nápoles, Reveduta, 1955.

<sup>22</sup> Frosali, R. A., *L'errore Nella Teoria del Diritto Penale*, Turín, 1959.

<sup>23</sup> Bettiol, G., “Sull Metodo della Considerazione Unitaria del Reato”, *Di Diritto e Procedura Penale*, Roma, 1938, núms. 5 y 6.

<sup>24</sup> Grispigni, F., *Corso di Diritto Penale, II*, Padua, Cedam, 1935, p. 23.

<sup>25</sup> Von Liszt, F., *Tratado de derecho penal, II*, Madrid, Reus, 1927, p. 254.

<sup>26</sup> Sauer, G., *Derecho penal, parte general*, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1956, p. 52.

<sup>27</sup> Jiménez de Azúa, L., *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 8a. ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1978, p. 207.

<sup>28</sup> Carrancá y Trujillo, R., *Derecho penal mexicano, parte general*, México, Porrúa, 1977, p. 311.

<sup>29</sup> Vela Treviño, S., *Antijuridicidad y justificación*, México, Porrúa, 1976, p. 13.

<sup>30</sup> Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1982, p. 161.

<sup>31</sup> Castellano Tena, F., *Lineamientos elementales del derecho penal*, Porrúa, 1984, p. 134.

<sup>32</sup> Porte Petit Candaudap, C., *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, México, Porrúa, 1978, pp. 250 y 251.

exministro de la Suprema Corte de Justicia, reconoce que los elementos positivos del delito son cinco, a saber: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Por su parte, Fernando Castellanos Tena, también ex ministro de la Suprema Corte de Justicia, sigue la concepción heptatómica del delito y, al igual que Porte Petit, lo ve como:

1. Actividad o hecho.
2. Típico.
3. Antijurídico.
4. Imputable.
5. Culpable.
6. Con ciertas condiciones de objetividad.
7. Punible.

Con sus respectivos siete elementos negativos:

1. Falta de acción o ausencia de conducta.
2. Atipicidad.
3. Causas de justificación.
4. Causas de inimputabilidad.
5. Causas de inculpabilidad.
6. Falta de condiciones objetivas de punibilidad.
7. Excusas absolutorias.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hasta aquí aceptamos todas estas concepciones del delito con las reservas pertinentes, porque, hasta ahora, ninguno de estos autores ha dicho en qué tipo de delito basa sus teorías, a qué tipo de delito se refieren al hacer sus enunciados. Porque del fenómeno jurídico llamado delito tenemos dos momentos: el primer momento en el cual el legislador con base en la necesidad y siguiendo los impulsos de la vida social, considera para fines de la formación de la norma jurídica cuáles son los antecedentes objetivos o hechos a los cuales conviene atribuir los caracteres y los efectos de todo delito, y que denominaremos lógico-abstracto, porque el legislador, al introducir la norma

en el ordenamiento penal, elabora el delito como un esquema, una hipótesis formulada en la ley; y el segundo, que sigue un método de estudio lógico-concreto e identifica a dicho ente como un hecho real y concreto, cuya correspondencia a los caracteres esenciales de aquel esquema lógico-abstracto es necesario establecer en el procedimiento penal. ¿A cuál de estos dos elementos se ha de referir en modo verdadero y apropiado el análisis de la teoría del delito?

Si se procede por exclusión, se observa inmediatamente que el análisis teórico del delito no se refiere al segundo de estos momentos, porque el delito es un caso concreto, y pensamos que es objeto de estudio del derecho procesal penal. No queda más que referirse al análisis de la teoría del delito, al primero de aquellos momentos y, por consecuencia, a la consideración de tipo abstracto del delito fijado en la norma penal, toda vez que el análisis del tipo abstracto es la premisa de la aplicación y como tal debe tener un papel autónomo, ya que puede o no verificarse y por lo tanto tiene vida independiente de tal realización y de la operación aplicativa que le sigue.

Al iniciar este ensayo decíamos que ha existido una errada concepción metodológica en el estudio del delito que ha pasado inadvertida, ya que los autores penales, al hacer sus respectivos análisis teóricos del delito, han manejado conceptos que pertenecen indistintamente al mundo de lo abstracto y de lo concreto, al mundo conceptual y al de los hechos, y han elaborado con ellos, por así decirlo, una “ensalada navideña penal”.

En la concepción de esta nueva teoría del delito, partimos de la base de que existe una marcada distinción entre el delito como institución jurídica, que pertenece al mundo de lo abstracto, a la norma penal y que el intelecto concibe como modelo y tipo; y, el delito-hecho concreto, que los sentidos perciben en la realidad y debería ser solamente una función aplicativa subsecuente al análisis de la figura abstracta del delito y estudiarse en el derecho procesal penal.

Realizada esta distinción entre el delito como institución jurídica y el delito-hecho concreto, el análisis de los elementos del delito se debe desarrollar rigurosamente en relación con la primera categoría. Sin embargo, todos los tratadistas lo han hecho, hasta ahora, en relación con el delito-hecho concreto, comparando los elementos abstractos del tipo con aquellos establecidos objetivamente. Si no veamos un poco:

Cuando Beling<sup>33</sup> dice que tipicidad es la conformidad al tipo y en el mismo sentido Porte Petit<sup>34</sup> declara que “tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo descrito por la ley”, están diciendo una cosa cierta.

Sin duda alguna, cuando se afirma que para que un hecho constituya un delito debe ser conforme al tipo legal, se dice una cosa exactísima. Pero el error o la desviación consiste en que esta afirmación, mientras es lógicamente admisible sólo en el juicio efectuado sobre el hecho concreto, muy a menudo se introduce en el análisis teórico del delito; y bajo este aspecto, como el criterio es metológicamente impreciso, son infundadas todas las divisiones que ponen a la correspondencia del tipo como el primero de los elementos del delito.

Tampoco se puede aceptar que tipo (mundo abstracto) y tipicidad (mundo concreto) sean sinónimos. El tipo es precisamente la figura abstracta creada por la norma, por lo que los caracteres de la figura se refieren a un número indefinido de casos posibles que pueden llegar a construir una clase, un modelo, un tipo. En cambio, la tipicidad, como conformidad de un hecho concreto a la figura típica, es la presencia —en un hecho humano— de los caracteres esenciales de aquel tipo. El tipo como figura legal es una expresión general, abstracta y permanente; la tipicidad, como su propia definición lo dice, está fundada en una idea de relación, de comparación, esté fundada en un juicio. El delito (en abstracto) no es conforme al tipo, sino que es el tipo mismo; por lo tanto, la tipicidad no viene a ser elemento del delito-instituto jurídico sino del delito-hecho concreto y éste a su vez objeto de estudio del derecho procesal penal.

Debemos advertir que el error consiste no ya en referir la correspondencia al tipo, al delito en abstracto (ya que todos estos autores se refieren claramente a aquello que se requiere para que una acción sea delito), sino en tratar en el aspecto teórico los caracteres del hecho concreto penalmente relevante.

Otro punto que parece escapar a la común atención, y que en cambio es muy importante para el análisis del delito, es que mientras el delito en concreto presupone la existencia del tipo, el delito en abstracto puede subsistir en el ordenamiento sin que se produzca el hecho concreto. Esto sucede por una razón muy sencilla, pero de indudable

<sup>33</sup> Beling, E., *Die Lehre Vom, Verbrechen*, 1906, p. 21.

<sup>34</sup> Porte Petit Candaudap, C., *op. cit.*, p. 471.

validez; porque la previsión abstracta de la ley puede no traducirse jamás en un hecho humano real. En consecuencia, el análisis del delito y la construcción de sus elementos (sea del delito en general, artículo 7o. del Código Penal Federal, sea de un delito en especial, artículos 123-400 del mismo ordenamiento sustantivo), se debe efectuar sobre la figura abstracta, independientemente de sus posibles aplicaciones.

En otras palabras, el jurista teórico no debe estudiar el hecho regulado por la norma y después compararlo con el tipo, sino la norma tipo que regule el hecho. Debe estudiar no ya el delito-hecho concreto, sino más bien el delito-instituto jurídico.

Lo mismo podemos afirmar cuando se habla de la antijuridicidad como elemento del delito. Ya Bettiol afirmaba que el delito estaría constituido “por un hecho del reo y por dos evaluaciones efectuadas por el juez: la antijuridicidad y la culpabilidad”.<sup>35</sup>

De todos es ya conocida la posición de algunos eminentes tratadistas italianos<sup>36</sup> respecto de la antijuridicidad, entendida por éstos no como un elemento del delito; es decir, un *quid* que concurre a constituirlo, sino como la esencia, la naturaleza intrínseca, el ser del delito, en cierto sentido todo el delito y la calidad misma de éste.<sup>37</sup> Para los italianos, en resumen, la antijuridicidad expresa no un elemento, sino la síntesis de los elementos necesarios para la existencia del ilícito; no es un coeficiente, sino el conjunto de todos los coeficientes necesarios para la existencia del delito.

En cambio, para los alemanes<sup>38</sup> el vocablo antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*) no hace más que expresar el contraste a un imperativo jurídico o a todo el ordenamiento según se hable de antijuridicidad formal o material.

En ambas posiciones, la antijuridicidad no refleja más que un juicio de valor: que aquel hecho es contrario a la norma penal. En consecuencia, es un juicio de comparación que pertenece al mundo de lo concreto, al momento en que el Ministerio Público conoce la *notitia criminis* y considera, antes de iniciar la acción penal, si el hecho es penalmente relevante; a aquel momento en que el órgano jurisdiccional,

<sup>35</sup> Bettiol, G., *Diritto Penale*, Padua, Cedam, prólogo de la 2a. ed.

<sup>36</sup> Rocco, A., *L'Oggetto del Reato*, Turín, 1913, p. 118 (en tal sentido se pronuncia también Antolisei, *op. cit.*, pp. 156 y 171).

<sup>37</sup> Canelutti, F., *Teoria Generale del Reato*, Papua, 1933.

<sup>38</sup> Welzel *et al.*, *Studium Zum System Strafrechts*, 1938, p. 75.

al resolver una situación de su competencia, declara cuándo un hecho constituye o no un delito (artículos 1o., fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales):

Artículo 1o. Corresponde exclusivamente a los Tribunales Penales del Distrito Federal:

I. Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuándo un hecho ejecutado en la entidad mencionada es o no delito;

Artículo 4o. Los periodos de instrucción y juicio constituyen el procedimiento judicial, dentro del cual corresponde exclusivamente a los Tribunales Federales resolver si un hecho es o no delito federal.

De aquí se deduce que la antijuridicidad sí es un elemento del delito, pero del delito-hecho concreto, cuya integración es una atribución del juez, o lo que es igual, que “el único sujeto capaz legalmente para determinar la existencia de la antijuridicidad de un hecho, lo es el juzgador competente”,<sup>39</sup> y este juicio se efectúa durante el procedimiento penal.

Cuando normativistas<sup>40</sup> y finalistas<sup>41</sup> afirman que la culpabilidad no es la relación psíquica entre el sujeto activo y el hecho cometido por éste, y que la citada relación psíquica debe referirse no a la culpabilidad, sino a la acción, toda vez que aquélla es inmune a cada contenido psicológico, ellos no hacen más que reafirmar que el fundamento de la culpabilidad se encuentra solamente en el juicio de reprochabilidad, función no ya del legislador o del dogmático teórico, sino del juez, cuya función esencial es la de establecer los parámetros con base en los cuales la conducta produce determinadas consecuencias jurídicas, y reprochar al actor de la misma el no haber omitido la acción antijurídica en vez de actuar conforme a la ley; de haber, en fin, con su acto de voluntad, preferido un desvalor al valor protegido por la norma.

Pero no es sino hasta cuando el juicio ha quedado concluido, es decir, cuando la conducta se identifica como típica y antijurídica y el juez formula su reprochabilidad al sujeto de quien se exigía un comportamiento distinto, que se considera como culpable por el hecho que

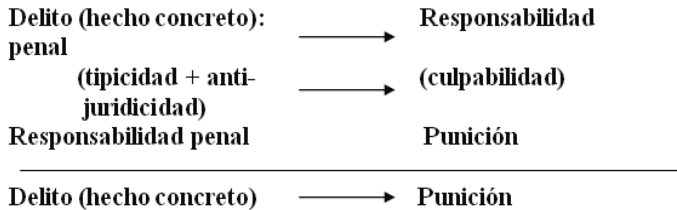
<sup>39</sup> Vela Treviño, Sergio, *op. cit.*, p. 55.

<sup>40</sup> Reinhart Maurach, *Tratado de derecho penal II*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 59.

<sup>41</sup> Welzel, H., *II Nuovo Volto del Sistema Penale*, Milán, Jus, 1952.



del derecho procesal penal, en un capítulo creado ad hoc y que denominaremos “cuerpo del delito y responsabilidad penal”.



### III. TESIS CENTRAL

Con base en las consideraciones antes vertidas podemos afirmar que los elementos del delito-instituto jurídico o del delito-tipo, objeto de estudio de la dogmática jurídico-penal y, en consecuencia, de la teoría pura del delito son los siguientes:

1. El bien jurídico.
2. El sujeto activo.
3. El sujeto pasivo.
4. El núcleo típico.
5. La punibilidad.

A continuación, expondremos estos elementos con enfoques muy particulares:

#### 1. Bien jurídico

Pensamos que el delito no es más que la ofensa (lesión o puesta en peligro) a un bien jurídico individual o colectivo que está protegido por una norma a través de una sanción penal. Por su parte, Rocco<sup>43</sup> opina que “el bien jurídico es el interés protegido por una norma jurídica impuesta bajo sanción penal y violado por una acción delictuosa”.

<sup>43</sup> Rocco, A., “L’Oggetto del Reato”, *Opera Giuridica*, vol. II, p. 177.

El Estado tiene un interés supralegal en asegurar las condiciones de existencia de vida en común de sus gobernados y para lograr este objetivo, en primer lugar, valora qué bienes son dignos de ser tutelados y crea, a través del acto legislativo, el esquema, la hipótesis o el tipo, a través de los cuales esos bienes serán protegidos y elevados, por medio de este acto, a la categoría de institución jurídica.

La protección de bienes particulares como la vida, la libertad, el honor, el patrimonio, etcétera, es el medio empleado por las normas penales para alcanzar dicho fin. Pero la tutela de estos bienes no es característica propia de las normas penales; la vida, la libertad, el patrimonio y el honor son tutelados también por normas civiles. La diferencia entre una y otra protección jurídica consiste en que el delito, por despertar una alarma social o un mayor daño a toda la sociedad y no a un individuo en particular, como sucede en el derecho civil, viene revestido de una sanción criminal.

La existencia del bien jurídico es determinante para la existencia del delito, pues mientras no haya bien jurídico protegido o mientras exista y no se lesione o ponga en peligro, no habrá ofensa a la sociedad. Si la comunidad desvaloriza el bien, éste debe desaparecer como tal; por el contrario, si la sociedad considera que ciertos nuevos valores culturales se deben elevar a la categoría de norma, surgen éstos protegidos mediante un esquema de delito.

De ahí que Welzel haya manifestado que “el bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significado social, es amparado jurídicamente”.<sup>44</sup>

Y en el mismo sentido, Olga Islas y Elpidio Ramírez<sup>45</sup> expresan que “el bien jurídico es el concreto interés social, individual o colectivo protegido en el tipo”.

Con base en el bien jurídico protegido y la ofensa causada a ese bien, podemos clasificar los delitos en los de daño y los de peligro, según que la ofensa cause un daño al interés que la ley quería tutelar, o según ponga en peligro aquel interés. Por ejemplo, típicos delitos de daño son el homicidio, el robo, el fraude, etcétera; mientras que típicos delitos de peligro son la asociación delictuosa, la apología del delito, la fabricación o el comercio de sustancias estupefacientes, el contagio venéreo, portación de arma de fuego, etcétera.

<sup>44</sup> Welzel, H., *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, 1956, pp. 5 y 6.

<sup>45</sup> Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, p. 40.

El lector se habrá dado cuenta que utilizamos como sinónimos los términos *bien* e *interés jurídico*; sobre estos dos términos, dado que la doctrina ha polemizado mucho, conviene hacer las aclaraciones pertinentes: bien es aquello que tiene una aptitud para satisfacer una necesidad de un sujeto; interés es la relación entre el sujeto y el bien. Las dos nociones expresan la misma realidad bajo dos diversos puntos de vista: no se puede tutelar el bien sin tutelar el interés ni tutelar el interés sin tutelar el bien. Y si es verdad que no hay interés sin titular, también lo es que éste por sí solo enlaza la noción de bien. Para los bienes todavía no existentes, en fin, se puede hablar de tutela del interés a crearlos, o bien de tutela de bienes futuros. Para los fines del derecho penal, es indiferente hablar de tutela de bienes o de tutela de intereses.

## **2. Sujeto activo**

Al estudiar el sujeto activo de nuestro delito, surge la cuestión de si todas las personas pueden válidamente figurar en el tipo o norma penal.

A. Por lo que respecta a las personas jurídicas en nuestro derecho positivo el artículo 11 del Código Penal Federal expresa que

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal efecto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Lo cual hace pensar que las personas jurídicas pueden cometer un delito. Se debe observar que la conducta de la persona jurídica es la realizada por medio de uno de sus órganos representativos, lo que pone en movimiento la conducta ilícita; en este sentido, se puede decir que las personas jurídicas no son idóneas para cometer una conducta penalmente relevante. La anomalía no está en la estructura de esta regla de delito, sino en las consecuencias que del delito se derivan, es decir, en la responsabilidad que se traduce en que el juez puede decre-

tar la suspensión de la agrupación o su disolución cuando lo estime necesario para la seguridad pública, lo cual, pensamos, va en contra del principio de validez universal expuesto en el artículo anterior: la responsabilidad penal es personal y, por lo tanto, únicamente la persona física puede ser sujeto activo, pues la persona moral carece de la posibilidad de concretar el verbo del delito.

B. En lo concerniente a las personas físicas, la teoría tradicional ha señalado cinco formas diferentes de intervención del sujeto en la comisión del delito: autoría material, coautoría, autoría mediata, autoría intelectual o instigador y complicidad o auxiliador.

El autor material es quien realiza la conducta descrita en el tipo penal. Coautor es el que, junto con un tercero, realiza la conducta descrita en el tipo penal. El autor mediato es el que se vale de un tercero para la realización de la conducta descrita en el tipo penal. Autor intelectual es el que instiga a un tercero a realizar la conducta descrita en el tipo penal. Cómplice es el que auxilia a un tercero en la realización de la conducta descrita por el tipo penal.

Por su parte, el artículo 13 del vigente Código Penal Federal señala que

Son autores o partícipes del delito:

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

Un análisis del artículo 13 revela que algunas de estas supuestas figuras de “autores” no tienen razón de ser y como señalan los ya nombrados juristas mexicanos, “no hay más sujeto activo que el incluido en el tipo”,<sup>46</sup> esto es: el autor material.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 51.

Veamos por qué. La fracción I de este artículo sanciona el acuerdo o la preparación que tengan dos o más sujetos activos para realizar o concretar el verbo del delito. Según el contenido de dicha fracción, aquello que verdaderamente importa es que exista o que se forme una realización común. Si ésta no se concreta, es decir, sino se produce la ofensa, la conducta de los concursantes no constituye el delito y, a lo más, éste quedará en grado de tentativa y en este grado se deberá castigar. Esto sucede en virtud de la aplicación del principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Por ello, expresamente debería haber un artículo en el Código Penal que estableciera: “Salvo que la ley disponga otra cosa, cuando dos o más personas se pongan de acuerdo para cometer un delito, y éste no sea cometido, ninguno de ellos es punible por el solo hecho del acuerdo”.

O bien desapareciera la fracción I del artículo 13 del Código Penal Federal. Por ejemplo, si Juan y Pedro se ponen de acuerdo para cometer un robo, pero éste no se realiza ni siquiera en grado de tentativa, ninguno de ellos es castigado. La misma regla se debe aplicar en el caso de la instigación (fracción V). Si la instigación se ha acogido pero el delito no se ha cometido, no es punible la acción del instigador. Así se debe razonar en el caso de que Juan instigue a Pedro a cometer un homicidio y este último no acoja la instigación, o bien la acoja y no llegue a cometer ni siquiera un intento de homicidio.

Según los razonamientos anteriores, el autor intelectual o instigador no es sujeto activo del delito; únicamente lo es aquél que concreta el “específico contenido semántico”<sup>47</sup> del verbo del delito, es decir, aquél que se apodera de una cosa ajena, mueble; el que priva de la vida a otro, el que altera la salud de otro, el que ejecuta un acto erótico sexual en una persona púber o impúber, el que amenaza, injuria o difama a una persona, etcétera. En otras palabras, el sujeto activo del delito es únicamente el autor material, porque es el único que realiza el verbo del delito (fracción II). Los demás son partícipes.

Partiendo de la premisa de que el autor es aquel que pone en movimiento la causa del evento, mientras que el partícipe realiza una simple condición, y toda vez que este último como cómplice, auxiliador o coautor coopera u opera con el verdadero sujeto activo, se llega a la misma conclusión anterior: sea que lo realice conjuntamente (fracción III), sea que preste ayuda o auxilie a otro al momento de cometer el

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 44.

delito (fracción VI) o que auxilie al autor con posterioridad a su ejecución (fracción VII), él no hace más que poner una simple condición que por sí sola no realiza la ofensa criminal. Quien conjuga el contenido específico del verbo del delito es, únicamente, el autor material.

Por último, en la fracción VIII se ve claramente que el autor material del ilícito penal no está identificado plenamente, sino que todos son sujetos activos, por equiparación jurídica, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado, por lo que estamos ante una autoría indeterminada.

Bajo estas circunstancias, propusimos en 1983<sup>48</sup> que, con base en la actual terminología empleada por el Código Penal para distinguir los sujetos activos del delito en autor y partícipe, y para no violar el principio de legalidad, se agreguen otros artículos (13 bis y 13 ter), en donde se responsabilizará a cada uno de ellos, agravando o disminuyendo la punibilidad según su grado de participación y concreción objetiva en el delito, regla que desde luego será válida para cada uno de los delitos contemplados en la parte especial del Código.

Artículo 13 bis. En caso de realizarse la acción criminal, la pena se aumenta hasta...

Para aquellas personas que:

1. Han instigado, promovido, organizado o dirigido la empresa criminal.
2. En el ejercicio de su autoridad, dirección o vigilancia han determinado a cometer el delito a otras que dependen de ellas.
3. Que se sirvan de un tercero, menor de 18 años, enfermo de mente o con deficiencias psíquicas, o empleando la violencia física o moral.

Artículo 13 ter. La responsabilidad se puede disminuir, según la discrecionalidad del Juez, si:

1. El auxilio prestado, ha sido de mínima importancia en la ejecución del delito o después de cometido éste.
2. No se sabe quién cometió verdaderamente el delito.

C. En otro orden de ideas, pensamos que la imputabilidad es una calidad personal del sujeto activo, toda vez que ella surge al cumplir aquél cierta edad, la cual hace que jurídicamente entre en posesión de una capacidad psíquica que le atribuye la posibilidad de argumentar, juzgar, seleccionar y decidir determinada voluntad criminal. Esta ca-

<sup>48</sup> *Revista de la Facultad de Derecho*, año IV, núm. 17, agosto de 1983, pp. 43-55.

lidad debe estar presente en el individuo, autor del acto criminoso, al momento de cometer la ofensa para poder aplicarle la sanción consecuente a su acto.

Al respecto, Rocco Sesso,<sup>49</sup> profesor en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Roma, manifiesta que “la imputabilidad penal es el complejo de todas las condiciones físicas y psíquicas necesarias para que una persona pueda ser causa jurídicamente eficiente de la violación de un precepto legal”. En nuestro derecho penal para adultos imputables, mayoría de edad y capacidad psíquica son dos parámetros por medio de los cuales una persona puede convertirse en sujeto de derechos y de deberes, es decir, adquirir la capacidad jurídica que lo convertirá en sujeto de relaciones reguladas por el derecho penal. Para el derecho privado, la capacidad jurídica existe en todas las personas físicas y en algunas organizaciones particulares y sociales. Por el contrario, para el derecho penal ésta se limita a aquellas personas que no reúnen dichas condiciones.

La ley ha explicado el contenido concreto del concepto de imputabilidad como la “capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse de acuerdo con esa comprensión”; capacidad que debe tener el sujeto activo al momento de realizar la ofensa. Estas condiciones se desarrollan en la esfera psíquica del sujeto y se reafirman en la zona de la conciencia y en la de la voluntad.

Se trata de dos condiciones que necesariamente se unen y se requieren para considerar imputable al sujeto activo. Aun cuando están íntimamente relacionadas es posible determinar el valor preciso de cada una de las dos entidades: a la primera capacidad se le puede dar un valor más restringido o más extenso. El significado más restringido indica la simple idoneidad para comprender el valor de los propios actos. Sin embargo, más allá de la comprensión pura y simple de la acción, normalmente también existe la capacidad de evaluar el acto mismo: sus consecuencias morales y jurídicas, su contradicción a los principios éticos, sociales y jurídicos, y de conducirse de acuerdo con esa comprensión. La segunda capacidad es la aptitud para dirigir libremente la propia acción, inspirándola en los motivos más razonables.

Idoneidad que comprende dos momentos. El primero consiste en la selección entre una o más acciones que tiendan a un mismo objetivo bajo el impulso de ciertos motivos; el segundo momento es en el que

<sup>49</sup> Sesso, R., *Imputabilidad e Sistematica de Reato*, Milán, Giuffrè, 1963, p. 165.

debe adecuar la determinación a eventuales contra-impulsos o contra-motivos, que pueden aconsejar la abstención de dicha conducta. Son los poderes de inhibición, de resistencia a los impulsos, quienes nos pueden ayudar a reprimir aquellas tendencias egoístas y a equilibrar el principio del placer con el principio de realidad.

En la teoría causalista de la acción penal, el sujeto activo requiere de una completa libertad para tomar sus propias decisiones. Para la teoría finalista de la acción, sólo los actos que se desarrollan más allá de todo posible control son extraños a la voluntad del sujeto activo.

D. Por lo que respecta al número específico de sujetos activos que contempla el delito-instituto jurídico, éstos pueden ser singulares o múltiples. Es singular cuando un solo sujeto activo realiza la ofensa. Es múltiple cuando dos o más personas realizan la ofensa. En efecto, existen ciertos delitos que exigen un número indeterminado de sujetos activos: el terrorismo, la conspiración, la sedición, la rebelión, la asociación delictuosa, el aborto consentido, la violación tumultuaria, etcétera; otros, la generalidad de ellos, requieren únicamente de la participación de un solo sujeto activo: violación simple, amenazas, etcétera.

Por otra parte, el sujeto activo múltiple puede ser necesariamente cuando la pluralidad está dada en el tipo como exigencia que se debe concretar en todos los casos: el terrorismo, la riña, el adulterio, o, eventualmente múltiple, cuando el tipo no exige la pluralidad y ésta sólo se presenta en algunos casos particulares, como los contemplados en el artículo 185 del Código Penal Federal.

E. En cuanto a la calidad específica, el sujeto activo puede ser cualquiera o estar revestido de cierta calidad. Cualquiera si en el delito no se hace referencia a un sujeto en particular, sino que se habla de él en términos generales: al que, quien o cualquier otro adverbio semejante.

Está específicamente determinado si se hace referencia a él en términos de la función que desempeña, relación de parentesco que guarda con el sujeto pasivo o relación simple con la cosa reclamada, por ejemplo: el abuso de autoridad, cohecho, peculado, concusión, en el que los sujetos activos son necesariamente servidores públicos; el parricidio (descendiente consanguíneo en línea recta); el abuso de confianza (poseedor derivado de cosa ajena, mueble); el incesto (ascendiente, descendiente o hermano). En estos delitos sólo puede ser sujeto activo quien reúne la calidad exigida por el delito-tipo.

### 3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo no figura necesariamente en nuestra institución jurídica llamada delito y se deduce por vía de interpretación teleológica. En términos generales, se puede decir que sujeto pasivo de todos los delitos es el Estado. Cualquier delito, en efecto, ofende al Estado en su interés por asegurar las condiciones de existencia en común de sus súbditos. Pero en relación con el objeto sustancial específico del delito, la noción de sujeto pasivo adquiere otra perspectiva, ya que se afirma que el “sujeto pasivo del delito es el titular del interés que está al centro de la objetividad jurídica específica de aquel delito”.<sup>50</sup>

Los profesores Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez manifiestan que: “sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular”.<sup>51</sup> De esta manera, el sujeto pasivo es el titular de un bien o interés protegido por la norma penal.

Con base en estas definiciones, se puede afirmar que sujeto pasivo no es cualquier persona que recibe un daño por el delito. Por ejemplo, en un caso de homicidio pueden ser dañados los familiares de la víctima, sus acreedores, etcétera, pero sujeto pasivo es solamente la víctima, porque éste es el titular del bien protegido por la norma sobre el homicidio. En el robo puede ser dañado el propietario o el usufructuario de la cosa, mas el sujeto pasivo sólo es el poseedor. Esto viene a corroborar que quien es ofendido por el delito no necesariamente es sujeto pasivo.

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

Donde exista una pluralidad de sujetos pasivos en relación con un solo delito, valen las reglas siguientes: todos los sujetos pasivos deben presentar un eventual consenso para poder válidamente excluir el delito. Así, la violación del domicilio permanece punible, aunque uno solo de los sujetos que habían encargado la cosa no consienta la apropiación o el abuso cometido por el poseedor (artículo 14 del Código Penal Federal, *a contrario sensu*).

<sup>50</sup> Pagliaro, A., *Principi de Diritto Penale, parte generale*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1980, p. 224.

<sup>51</sup> Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, p. 56.

Si el delito es punible por querrela o a instancia de la parte ofendida, es suficiente que uno solo de los sujetos pasivos presente la querrela, pero para retirarla será necesario que todos ellos otorguen el perdón, como ya se dijo en párrafos anteriores. El sujeto pasivo puede ser no solamente la persona individual, sino también la persona jurídica, siempre y cuando la estructura del delito lo consienta, por ejemplo en los delitos patrimoniales. Existen delitos cuyo sujeto pasivo es el Estado: delitos contra la nación, contra la administración pública, contra la administración de la justicia, contra la humanidad, contra la seguridad pública. En estos dos últimos casos se puede hablar de delitos vagos, porque resulta difícil indicar con precisión quién es el titular del bien jurídico: el particular, la sociedad o el Estado.

La calidad del sujeto pasivo está en relación directa con la naturaleza del titular del bien jurídico. La buena marcha de la administración pública, la imparcialidad de la justicia o el patrimonio, no hacen más que revelar la calidad específica o particular que guarda el Estado o la víctima del delito.

#### **4. Núcleo típico**

Núcleo típico es el verbo central de la oración penal que el comportamiento humano conjuga o que el ordenamiento positivo prohíbe a través de una sanción penal. La conducta específica que en abstracto restringe el delito tipo se puede traducir en lesiones o daños en los intereses de la sociedad, al manifestarse a través de acciones u omisiones ofensivas de tal trascendencia que el legislador se ve en la necesidad de prohibirlas por medio de las normas penales.

El núcleo típico prohíbe esas lesiones derivadas de las conductas socialmente desvalorizadas, a través de verbos cuya realización adquiere relevancia penal sólo si va acompañada de determinadas circunstancias, modalidades o referencias señaladas en el tipo. Así, por ejemplo, el núcleo típico del delito de falsificación de documentos no comprende sólo los verbos “poner”, “aprovechar”, “alterar”, “variar”, “redactar”, sino también el evento que produce mutaciones en el mundo exterior: poner una firma o rúbrica falsa, aprovechar indebidamente una firma o rúbrica ajena en blanco; alterar el contexto de un documento verdadero después de concluido y firmado; variar la fecha relativa al tiempo de ejecución del acto que se exprese en el documento.

En algunos delitos, el núcleo típico se reduce a la sola conducta y las circunstancias que rodean al tipo: omisión de auxilio a personas en peligro (artículo 340 del Código Penal Federal), omisión de cuidado a incapaces de proveerse a sí mismos (artículo 335) e incumplimiento de la obligación de proveer los recursos para la subsistencia familiar (artículo 336).

En otros más incluye conducta y modalidades como son los medios, las referencias temporales y las especiales con que se puede cometer la ofensa; por ejemplo, en la violación propia, en el estupro, en el adulterio, en el aborto procurado, en el robo cometido en un lugar cerrado, el robo en edificios, viviendas, aposento o cuartos que estén habitados o destinados para habitación; parricidio, homicidio en riña, etcétera.

Los medios son instrumentos empleados para realizar la conducta o para producir el resultado: la violencia física o moral en el robo, el engaño o el error en el fraude. Las referencias temporales son las condiciones de tiempo dentro del cual se ha realizado la conducta o producido el resultado, la omisión de auxilio a que se refiere el artículo 340 del Código Penal Federal, se verifique de inmediato. Las referencias especiales son las condiciones de lugar en que se ha realizado la conducta o producido el resultado; el apoderamiento de un automóvil estacionado en la vía pública es un ejemplo típico de ello.

Como elemento de la teoría pura del delito, el núcleo típico revela la actividad del sujeto activo al señalar la forma con que se materializaría la conducta: activa u omisiva, dolosa o culposa; acción que no realiza el verbo es acción penalmente irrelevante. De ahí que el núcleo típico sea garantía de legalidad.

## **5. Punibilidad**

La punibilidad es la sanción que en abstracto se debe conminar al sujeto que produjo la ofensa al bien jurídico. Ésta, por lo general, se encuentra indeterminada en el tipo penal a través de un arco punitivo expresado en un mínimo y un máximo de *quantum* sancionadoras; la *quantum* se concreta en el momento procesal de la individualización de la sanción, llamada punición, que es el arte procesal de imponer las sanciones. La pena que surge es así un concepto particular, concreto y temporal que se constituye al individualizar el arco de punibilidad.

En cambio, la punibilidad, como elemento del delito-instituto jurídico, conserva las características de éste: generalidad, abstracción y permanencia. Es general porque se dirige a todas sin excepción; abstracta porque no se refiere a un caso, sino a todos los que se puedan realizar durante su vigencia, y permanente porque la sanción subsiste a pesar de su cumplimiento o no.

De acuerdo con el órgano emisor, corresponde imponer la punibilidad al Poder Legislativo, la punición al Poder Judicial, y la ejecución de la pena, al Poder Ejecutivo.

#### IV. CONCLUSIONES

En el estudio de la teoría del delito ha existido una concepción metodológica si no vieja, sí errada. Del fenómeno jurídico denominado *delito* tenemos dos momentos: el primero en el cual el legislador, con base en la necesidad y siguiendo los impulsos de la vida social, considera para fines de la formación de la norma jurídica cuáles son los bienes jurídicos que se deben proteger, y los antecedentes o hechos a los cuales conviene atribuir los caracteres y los efectos de todo delito, momento en el que bajo un sistema de estudio lógico-abstracto identificamos al delito como un esquema y una hipótesis formulada en la ley; y el segundo, que sigue un método de estudio lógico-concreto e identifica el delito como un hecho real y un hecho concreto, cuya correspondencia a los caracteres esenciales de aquel esquema lógico-abstracto es necesario establecer.

El análisis verdadero de la teoría del delito se debe referir al primero de aquellos dos momentos y, por consecuencia, a la consideración del tipo abstracto del delito fijado en la norma penal, toda vez que el análisis del tipo abstracto del delito es la premisa de la aplicación y como tal debe tener un papel autónomo, ya que puede o no verificarse y por lo tanto, tiene vida independiente de tal verificación y de la operación aplicativa que le sigue.

En la concepción de esta nueva teoría del delito partimos de la base de que existe una marcada distinción entre el delito como institución jurídica, que pertenece al mundo de lo abstracto, a la norma penal y que el intelecto concibe como modelo, como tipo, y el delito-hecho-concreto, que los sentidos perciben en la realidad y que debería ser

solamente una función aplicativa subsecuente al análisis de la figura abstracta del delito.

La actual y tradicional teoría del delito, al hacer su respectivo análisis, maneja conceptos que pertenecen indistintamente al mundo de lo abstracto y de lo concreto, al mundo del ser y del deber ser, y hace con ellos, por así decir, una “ensalada navideña penal”.

El análisis del tipo de delito en abstracto no es más que un examen de la norma penal y de los elementos que ella contiene para conformar el delito en general y cada una de las figuras típicas del delito.

$$\begin{array}{r} \text{Delito} = \text{Norma} \cancel{\text{penal}} \\ \text{Norma} \cancel{\text{penal}} = \text{Tipo} + \text{sanción} \\ \hline \text{Delito} = \text{Tipo} + \text{sanción} \\ \text{Instituto} \\ \text{Jurídico} \end{array}$$

En cambio, el análisis del delito-hecho se hace al analizar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, e interpretar lo que la norma ha establecido. Ello constituye un juicio en sentido propio, porque en esta operación práctica el juez reconoce la correspondencia recíproca entre conceptos y hechos y decide, juzga, que aquel hecho concreto realiza el tipo, que es contrario a la norma penal y que se debe reprochar la conducta antijurídica al autor del mismo. Tenemos así dos juicios de comparación y uno de valoración: la tipicidad y la antijuridicidad que se refieren al hecho, y la culpabilidad que se refiere al autor del mismo; estos juicios se efectúan únicamente durante el proceso penal.

De ahí que propongamos que la teoría tradicional del delito, que hasta ahora se ha estudiado en un capítulo del derecho penal, pase a ser materia de estudio del derecho procesal penal, en un capítulo creado ad hoc y que denominaremos “cuerpo del delito y responsabilidad penal”.

Los elementos de nuestra teoría pura del delito son los siguientes:

- a) El bien jurídico protegido.
- b) El sujeto activo.

- c) El sujeto pasivo.
- d) El núcleo típico.
- e) La punibilidad.

El sujeto activo del delito es siempre una persona física. Las personas morales no son idóneas para cometer una conducta penalmente relevante. El único sujeto activo es aquel que concreta el contenido semántico del delito-tipo, es decir, el autor material; los demás son partícipes.

El concurso de personas que se estudiaba tradicionalmente en la vieja teoría del delito, en el capítulo denominado *iter criminis* ahora se estudia dentro del sujeto activo del delito.

La imputabilidad que constituía en la teoría tradicional un elemento del delito o un elemento de la culpabilidad, es en nuestra teoría una calidad del sujeto activo. El núcleo típico de nuestra teoría encierra en sí al verbo del delito que se realiza a través de conductas activas u omisivas, dolosas o culposas, contempladas en el tipo.

El tipo es puro porque éste sólo indica la forma de realizar el verbo y debe estar rodeado de ciertas circunstancias, modalidades o referencias para que adquiera relevancia constitucional-penal. Los medios, modalidades y referencias temporales no son más que instrumentos, condiciones de tiempo o de lugar bajo las cuales se ha de realizar la conducta contemplada en el delito como institución jurídica.

La punibilidad, como componente principal de la norma penal, es la sanción en abstracto a través de la cual el legislador conmina a la generalidad de los ciudadanos para que se abstengan de producir la ofensa o lesión al bien jurídico por él tutelado. Ésta se encuentra especificada en un arco punitivo entre mínimos y máximos, a fin de que el juzgador, al momento de concretar su individualización, la convierta en sanción concreta.