

ANTOLOGÍA TEORÍA DEL DELITO

UNIDAD I EL DERECHO PENAL

- 1.1. Concepto.
- 1.2. Necesidad.
- 1.3. Denominación.
- 1.4. Características del Derecho Penal.
- 1.5. Clasificación del Derecho Penal.
- 1.6. Relaciones del Derecho Penal con otras ramas del Derecho.
- 1.7. Relación del Derecho Penal con otras ciencias auxiliares.
- 1.8. División del Derecho Penal.
- 1.9. Las escuelas Penales.

UNIDAD II. ESENCIA DEL DERECHO PENAL.

- 2.1. La Ley y Estado de Derecho.
- 2.2. Ius puniendi y ius penale.
- 2.3. El fin de la Ley Penal.
- 2.4. El abuso en la aplicación de la Ley Penal.

UNIDAD III. LA NORMA PENAL.

- 3.1. Concepto de Norma Penal.
- 3.2. Fuentes del derecho Penal.
- 3.3. Ámbitos de validez de la Norma Penal.
 - 3.3.1. Material.
 - 3.3.2. Personal.
 - 3.3.3. Espacial.
 - 3.3.4. Personal
- 3.4. Interpretación de la Ley Penal.

- 3.4.1. Concepto.
- 3.4.2. Métodos.
- 3.5. Integración de la Ley Penal.
 - 3.5.1. Concepto.
 - 3.5.2. Lagunas en el Derecho Penal.
 - 3.5.3. Medios de Integración.
 - 3.5.4. Clases.

UNIDAD IV. TEORÍAS QUE ESTUDIAN EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

- 4.1. Teoría causalista y finalista de la acción.
- 4.2. Teoría psicologista.
- 4.3. Teoría normativista.
- 4.4. El modelo lógico.
- 4.5. Teoría sociologista.

UNIDAD V. PRESUPUESTOS DEL DELITO.

- 5.1. Concepto.
- 5.2. Naturaleza jurídica de los presupuestos.
- 5.3. Clasificación de los presupuestos.
- 5.4. Presupuestos del hecho.
 - 5.4.1. Sujeto activo.
 - 5.4.2. Sujeto pasivo.
 - 5.4.3. Bien jurídico protegido.
 - 5.4.4. Objeto material.
- 5.5. Presupuesto del delito.
 - 5.5.1. Norma penal.
 - 5.5.2. Tipo penal.
 - 5.5.3. Bien jurídico protegido.
 - 5.5.4. Sujeto pasivo.
 - 5.5.5. La imputabilidad.

UNIDAD VI. ESTRUCTURA DEL DELITO

- 6.1. Teoría causalista y finalista de la acción.
- 6.2. Teoría psicologista.
- 6.3. Teorías normativistas.
- 6.4. El modelo lógico.
- 6.5. Teoría sociológica.

UNIDAD VII. CONDUCTA O HECHO.

- 7.1. Conducta.
 - 7.1.1. Concepto.
 - 7.1.2. Elementos.
 - 7.1.3. Formas: acción, omisión, comisión.
 - 7.1.4. Por omisión. Elementos. Clasificación de los delitos en orden a la conducta.
- 7.2. Hecho.
 - 7.2.1. Concepto.
 - 7.2.2. Elementos.
 - 7.2.3. Formas: acción, omisión, comisión por omisión. Elementos.
 - 7.2.4. Clasificación de los delitos en orden al hecho.
- 7.3. Ausencia de conducta.

UNIDAD VIII. EL TIPO.

- 8.1. El tipo.
- 8.2. Concepto.
- 8.3. Elementos generales.
- 8.4. Elementos especiales.
- 8.5. Clasificación de los delitos en orden al tipo.
- 8.6. El tipo de injusta del hecho imprudente.
- 8.7. Ausencia del tipo.

UNIDAD IX. LA TIPICIDAD.

- 9.1. Concepto.
- 9.2. Importancia.
- 9.3. Relación con las demás notas esenciales del delito.
- 9.4. Atipicidad.
 - 9.4.1. Concepto.
 - 9.4.2. Causas de atipicidad.

UNIDAD X. LA ANTIJURICIDAD.

- 10.1. Problemática para definirla.
- 10.2. Clasificación.
- 10.3. Causas de justificación.
 - 10.3.1. Concepto.
 - 10.3.2. Su esencia.
 - 10.3.3. Legítima defensa.
 - 10.3.4. Estado de necesidad.
 - 10.3.5. Ejercicio de un Derecho.
 - 10.3.6. Cumplimiento de un deber.
 - 10.3.7. Impedimento legítimo.

UNIDAD XI. IMPUTABILIDAD.

- 11.1. Imputabilidad.
 - 11.1.1. Concepto.
 - 11.1.2. Elementos.
 - 11.1.3. Responsabilidad.
 - 11.1.4. Ubicación en la estructura del delito.
- 11.2. Inimputabilidad.
 - 11.2.1. Concepto.
 - 11.2.2. Elementos.
 - 11.2.3. Causas de inimputabilidad.
 - 11.2.3.1. Minoría de edad.

- 11.2.3.2. Trastorno mental.
- 11.2.3.3. Desarrollo intelectual retardado.
- 11.2.3.4. Miedo grave.

UNIDAD XII. CULPABILIDAD.

12.1. Culpabilidad.

- 12.1.1. Concepto.
- 12.1.2. Teorías.
- 12.1.3. Elementos.
- 12.1.4. Formas de culpabilidad.

12.2. Inculpabilidad.

- 12.2.1. Concepto.
- 12.2.2. Elementos.
- 12.2.3. Causas de inculpabilidad.
- 12.2.4. El error.
- 12.2.5. La obediencia jerárquica.
- 12.2.6. Otros eximientes.
 - 12.2.6.1. Legítima defensa putativa.
 - 12.2.6.2. Estado de necesidad putativa.
 - 12.2.6.3. Deber y derechos putativos.
 - 12.2.6.4. No exigibilidad de otra conducta.
 - 12.2.6.5. Temor fundado.
 - 12.2.6.6. Encubrimiento de familiares y allegados.
 - 12.2.6.7. Estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía.

UNIDAD XIII. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

13.1. Condiciones. Objetivas de Punibilidad.

- 13.1.1. Concepto.
- 13.1.2. Papel que desempeñan en la Teoría del delito.
- 13.1.3. Naturaleza jurídica.

13.2. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

13.2.1. Concepto.

13.2.2. Efectos.

UNIDAD XIV. PUNIBILIDAD.

14.1. Punibilidad.

14.1.1. Concepto.

14.1.2. Ubicación.

14.1.3. Clasificación de los delitos en orden a la punibilidad.

14.1.4. Excusas absolutorias.

14.2. Concepto.

14.2.1. Clases.

UNIDAD XV. EL CAMINO DEL DELITO (Iter criminis).

15.1. Concepto.

15.2. Fases del iter criminis

15.3. Clases.

UNIDAD XVI. CONSUMACIÓN Y AGOTAMIENTO

16.1. Consumación.

16.1.1. Concepto.

16.1.2. Elementos.

16.1.3. Clasificación: delitos instantáneos, continuados, continuado o permanente.

16.2. Agotamiento.

16.2.1. Concepto.

16.2.2. Diferencia entre consumación y agotamiento.

UNIDAD XVII. CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO.

17.1. Autor material.

17.2. Coautor.

- 17.3. Autor intelectual (o investigador).
- 17.4. Autor mediato.
- 17.5. Cómplice.
- 17.6. Encubridor.
- 17.7. Asociación delictuosa y pandilla.
- 17.8. Muchedumbres.

UNIDAD XVIII. CONCURSO DE DELITOS.

- 18.1. Concepto.
- 18.2. Clases de concurso de delitos.
 - 18.2.1. Ideal o formal.
 - 18.2.2. Real o material.
 - 18.2.3. Acumulación.
- 18.3. Reincidencia.
- 18.4. Habitualidad.
- 18.5. Identificación.
- 18.6. Concurso aparente de normas.

UNIDAD XIX. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

- 19.1. Penalogía (concepto).
- 19.2. Pena.
 - 19.2.1. Concepto.
 - 19.2.2. Características.
 - 19.2.3. Fines.
 - 19.2.4. Clasificación y límites constitucionales para su imposición.
 - 19.2.5. Referencias a la pena de muerte.
- 19.3. Medidas de seguridad.
 - 19.3.1. Concepto.
 - 19.3.2. Clasificación y límites para su imposición.
- 19.4. Prevención general y particular con la sanción de los delitos.
- 19.5. Tendencias internacionales en la política criminal moderna.

19.6. Substitutivos penales.

19.7. Condena condicional.

19.8. Libertad preparatoria.

19.9. Libertad bajo protestad.

19.10. Cumplimiento de la pena.

19.11. Extinción de la pena.

Dentro de la presente unidad se hablará en primera instancia de lo que es el Derecho Penal en todos sus aspectos, iniciando por su concepto, su necesidad y denominación; para que a partir de esto puedas entender las características del Derecho Penal y su clasificación, las cuales te permitirán en un tercer momento a partir de la información presentada analizar las relaciones del Derecho Penal con algunas ramas del Derecho y con algunas ciencias auxiliares.

En última instancia encontrarás información referente a la división del Derecho Penal y las escuelas penales.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

1.1. Realiza la lectura de las temáticas contenidas en esta unidad.

1.2. Elabora un cuadro que contenga el tema de Derecho Penal en los siguientes aspectos:

- Concepto
- Necesidad
- Denominación
- Características
- Clasificación
- División
- Escuelas penales

1.3. Elabora un escrito donde escribas las relaciones existentes entre el Derecho Penal con otras ramas del Derecho y otras ciencias auxiliares.

Objetivo Particular:

Analizar el concepto, denominación del Derecho Penal, el papel que desempeñan las otras ramas del Derecho, así como las ciencias auxiliares y su división.

CONTENIDOS

- 1.1. Concepto.
- 1.2. Necesidad.
- 1.3. Denominación.
- 1.4. Características del Derecho Penal.
- 1.5. Clasificación del Derecho Penal.
- 1.6. Relaciones del Derecho Penal con otras ramas del Derecho.
- 1.7. Relación del Derecho Penal con otras ciencias auxiliares.
- 1.8. División del Derecho Penal.
- 1.9. Las escuelas Penales.

1. A.	CASTELLANOS, Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Cuadragésima tercera, ed. Ed. Porrúa, México, 2002. Págs. 17 a la 29.
-------	--

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO PENAL Y LAS CIENCIAS PENALES

SUMARIO: 1. Del Derecho en general.-2. Necesidad del Derecho Penal.-3. Partes en que se divide el estudio del Derecho Penal. -4. El Derecho Penal.-5. La Denominación.-6. El Derecho Penal y las otras ramas del Derecho.- 7. El Derecho Penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo.-8. El Derecho Penal sustantivo y el Derecho Penal adjetivo.-9. Relaciones del Derecho Penal con otras disciplinas jurídicas.-10. Ciencia del Derecho Penal y Dogmática Jurídico Penal.-11.Las Ciencias Penales.

1. DEL DERECHO EN GENERAL. El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; manifiéstase como *un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado*. Se ha expresado que el Derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado, más indudablemente tal sistematización inspirase en ideas del más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato: *la paz y seguridad sociales*.

2. NECESIDAD DEL DERECHO PENAL. Todos los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado está naturalmente, facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

2. PARTES EN QUE SE DIVIDE EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL. El estudio sistemático del Derecho Penal se escinde en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretenda darle. Todos coinciden, sin embargo, en señalar dos partes: la *General* y la *Especial*. La primera (constitutiva del objeto de estos Lineamientos) la dividiremos en *Introducción*; *Teoría de la Ley Penal*; *Teoría del Delito*; y, *Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad*.

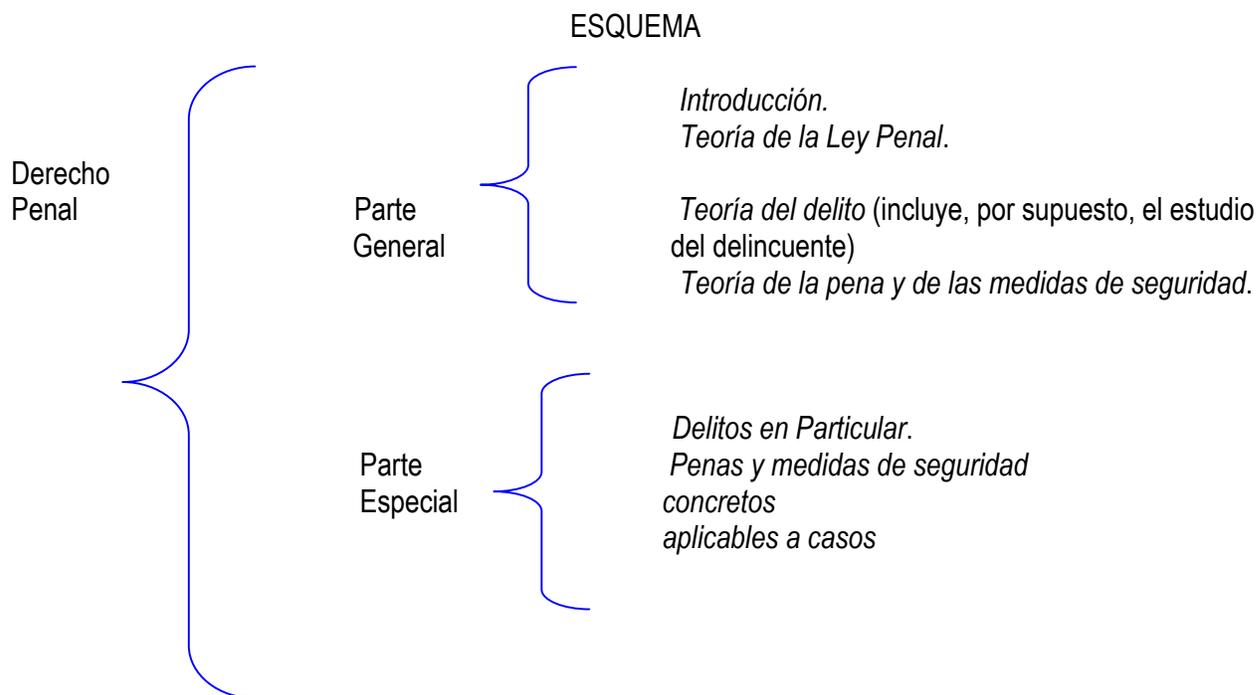
En la *Introducción* trataremos las generalidades sobre el Derecho Penal y las Ciencias Penales; evolución de las ideas penales; la Historia del Derecho Penal, y las principales Escuelas Penales.

Dentro de la *Teoría de la Ley Penal* estudiaremos las fuentes del Derecho Penal; la interpretación de la Ley Penal; y, finalmente, los ámbitos de validez de la Ley Penal (material, espacial, temporal y personal).

La *Teoría del Delito* comprenderá, fundamentalmente, generalidades sobre la definición; concepto; elementos; factores negativos; la vida del delito; la participación; y, el concurso. Muchos autores incluyen la *Teoría del Delincuente*; nos ocuparemos de su estudio dentro de la misma Teoría del Delito. También otras disciplinas causales explicativas tienen por objeto de conocimiento al delincuente, desde puntos de vista ajenos al campo propiamente jurídico, normativo por excelencia.

La *Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad* nos permitirá conocer someramente la distinción entre ambas instituciones; su concepto; clasificación e individualización; la condena condicional; y, la libertad preparatoria. Después nos referimos en forma brevísima a otras cuestiones de importancia, sin omitir el estudio de la pena capital.

El Segundo Curso de Derecho Penal se ocupa de la *Parte Especial*, comprensiva del estudio de los delitos en particular y de las penas y medidas de seguridad aplicables a casos concretos.



4. EL DERECHO PENAL. La expresión Derecho Penal, como certeramente afirma Maggiore¹, se aplica para designar tanto al conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), cuanto a la Ciencia del Derecho Penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual. Puede definirse según se haga referencia al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena.

Desde el primer punto de vista, el *Derecho Penal es la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social* (ver núm. 8, párrafo 2º).

Por Derecho público entiéndase el conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, a diferencia del Derecho privado, regulador de situaciones entre particulares. Comúnmente se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto sólo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas, mas tal criterio no es certero, pues todo el Derecho (también el privado) lo dicta y aplica el Estado. Hay necesidad, en consecuencia, de atender a los términos de la relación jurídica; si en uno de ellos, o en ambos, aparece el Estado como soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al Derecho público; en cambio, si la disposición rige sólo relaciones entre particulares, formará parte del Derecho privado. Por ende, el Derecho Penal es una rama del Derecho público, no por emanar

¹ Derecho Penal, I, Ed. Temis, Bogotá, 1954, pág. 3

del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni tampoco por corresponder su imposición a los órganos estatales, pues, como se ha expresado, todo Derecho positivo emerge del Estado y por éste se impone, sino porque al cometerse un delito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquél y el particular ofendido. En concreto, puede decirse que el Derecho Penal es público, por normar relaciones entre el poder y los gobernados.

Como por otra parte el Derecho Penal está dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisdiccionales del Estado, se le considera una rama del Derecho interno, sin constituir excepción los convenios celebrados entre los países para resolver cuestiones de naturaleza penal, pues esos tratados no son sino actos de voluntad soberana de quienes los suscriben.

5. LA DENOMINACIÓN. El término *Derecho Penal* no es el único con el cual suele designarse a nuestra disciplina. Se le denomina también *Derecho Criminal*, *Derecho de Defensa Social*, etcétera. Nosotros no únicamente por razones de tradición, sino de fondo, preferimos conservar el nombre *Derecho Penal*; la expresión *Derecho Criminal* no sólo se presta a confusiones por cuanto en algunas legislaciones se hace la distinción entre crímenes, delitos y faltas, sino porque en nuestro medio la ley únicamente alude a delitos en forma genérica, comprendiendo en ellos los que en otros países se denominan crímenes. La connotación *Derecho de Defensa Social*, es equívoca; todo el Derecho y no sólo el penal se dicta para la defensa de la sociedad. Los breves lineamientos apuntados reafirman el criterio correcto, en el sentido de usar la expresión *Derecho Penal*².

6. EL DERECHO PENAL Y LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO. El Derecho integra un todo armónico; su misión es única: proporcionar un minimum de certeza y seguridad en la vida gregaria. Razones prácticas han motivado su división, sin existir una diferencia esencial entre sus diversas partes. El Derecho Penal solo se distingue de otras ramas por la mayor reacción del poder del Estado; éste responde con más energía frente al delito que ante las violaciones a normas civiles, administrativas o de otra índole; en consecuencia, la distinción entre el *Derecho Penal* y las otras disciplinas jurídicas, es sólo de grado, más no de esencia.

7. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO. *El Derecho Penal, en sentido objetivo*, dice Cuello Galón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan

² La expresión derecho criminal, dentro de la doctrina Italiana, es relativamente nueva, pero no ha logrado obtener carta de naturalización; la gran mayoría de penalistas sigue hablando de derecho penal (*Diritto Penale*). Aunque aquel término si puede reputarse antiguo en Alemania, al decir de Jiménez de Asúa, en la actualidad se encuentra casi abandonado, pero todavía hay autores, como Mezger, que lo consideran más apropiado.

los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.³ Para Pessina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito;⁴ Von Liszt lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia.⁵ Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica⁶.

En México Raúl Carrancá y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación⁷.

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el *jus puniendi*: es el derecho a castigar.⁸ Consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad⁹. Difiere del anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado; el único *deber ser* que se contiene en la norma primaria penal.¹⁰

En realidad, el Derecho Penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

8. EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO. Según se ha visto, el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a las penas y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera sustancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos; de ahí la denominación *Derecho Penal sustantivo o material*. Para Eusebio Gómez el Derecho Penal sustantivo concreta la noción de delito y determina sus consecuencias.¹¹

³ EUGENIO CUELLO CALÓN, Derecho Penal, I, pág. 8, 8ª edición.

⁴ *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1892, pág. 1.

⁵ *Tratado de Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1926, t. 1, pág. 5.

⁶ *Tratado de Derecho Penal*, t.1, págs. 27 y 28, 1946.

⁷ *Derecho Penal Mexicano*, 1, pág. 17, 4ª edición. En igual sentido E. Brusa en sus prolegómenos.

⁸ ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Derecho Penal, pág. 7.

⁹ *Op. Cit*; pág. 8.

¹⁰ *Ensayo de una Teoría Jurídica del Derecho Penal. México*, pág. 33.

¹¹ *Tratado de Derecho Penal*, 1, pág. 83. Buenos Aires, 1939.

Conviene señalar, por lo menos, que las medidas de seguridad y los tratamientos de seguridad para niños enfermos autores de actos típicos del Derecho Penal, no integran propiamente a este; se trata de reglas paralelas al Derecho Penal; por ello, sin desconocer la diferencia de esas normas con las propiamente penales, las seguiremos considerando como pertenecientes a dicha rama del Derecho.

Las normas del Derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y recibe el nombre de *derecho adjetivo o instrumental* y, con mayor frecuencia *derecho procesal penal*.

El Derecho Penal sustantivo y adjetivo coexisten necesariamente; como bien lo señala el joven y talentoso profesor Carlos E. Cuenca Dardón, en su reciente libro: "...Sin uno, el otro pierde su razón de ser: sin el Derecho procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta, porque no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial (o administrativa) correspondiente para exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin derecho sustantivo, tampoco tiene razón de ser el derecho procesal se convierte en un formalismo absolutamente hueco".*

El *Derecho Procesal* suele definirse como el *conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares*. Eusebio Gómez expresa que el Derecho Procesal Penal regula el desenvolvimiento del proceso penal;¹² Según Manuel Rivera Silva, el Derecho Procesal Penal es el conjunto de reglas que norman la actividad estatal que tienen por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción.¹³

9. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS. Como el Derecho Penal es una parte del todo jurídico, no pueden negarse sus íntimas relaciones con las demás ramas, aún cuando adquieren carácter fundamental por cuanto al Derecho Constitucional respecta, por lo que sólo nos referimos aquí a este aspecto de la cuestión.

¹²Op. cit. I, pág. 93.

* *Manual de Derecho Procesal Mexicano*. 1a. edición. México. 1988. pág. 13.

¹³ *EL Procedimiento Penal*. México. Pág. 17.

** Aludimos a la excepción común del vocablo *garantía*, como derecho natural del hombre reconocido en la ley suprema, pero en realidad la palabra *garantía* entraña la idea de aseguramiento eficaz de un bien: por ello, desde este último punto de vista, sólo es garantía el medio por el cual se logra esa seguridad, el método procesal adecuado. (En este sentido en nuestro trabajo *Las Garantías del Acusado*, en la obra *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, publicación de la Coordinación de Humanidades de la UNAM, México, 1964.)

El Derecho Constitucional tiene por objeto establecer la forma y organización del Estado y la fijación de los límites a la actividad del poder público frente a los particulares. En otras palabras: Estructura al Estado y sus funciones y reconoce las garantías tanto individuales como de grupo;** por ello incuestionablemente el Derecho Constitucional es quien señala al Penal su órbita de acción; si la Constitución es la ley fundamental en la vida del Estado, reparte competencias y finca barreras a las autoridades frente a los individuos, las orientaciones constitucionales sin duda marcan el cause del Derecho Penal.

Las garantías de naturaleza penal encuentran, pues, su fundamento en el reconocimiento que de ellas hace la Constitución como ley suprema; por lo tanto, son de incalculable importancia las relaciones entre ambas disciplinas. Como dice Villalobos: “ el Derecho Constitucional sienta las bases de todo sistema político y jurídico del Estado, dando las normas principales para estimar como delictuosos los actos que se hallan en desacuerdo con el sistema preconizado; en el se establecen garantías y formas de persecución y de protección que no podrán ser transgredidas; y los conceptos allí aceptados respecto a la libertad y sus límites, a la organización pública y sus exigencias, darán el tono para el desarrollo legislativo y muy especialmente para el Derecho Penal”.¹⁴

10. CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL. Para Eugenio Cuello Calón, la Ciencia del Derecho Penal es *el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad*.¹⁵ Se trata de una sistematización cuyo objeto lo constituyen las normas que definen los actos seriamente trastornadores del orden social y las medidas adecuadas para su prevención y represión.

En los sistemas de Derecho liberal como el nuestro, sólo la ley establece los delitos y penas. Así lo manda la Constitución Federal en su artículo 14. En consecuencia, para el penalista la ley es como un verdadero *dogma*; debe tenerse por verdad firme y cierta, base de toda investigación. La Dogmática Jurídico-Penal es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo.¹⁶

Suele identificarse la Dogmática Jurídico-Penal Con la Ciencia del Derecho Penal. Contra la opinión general, consideramos a la primera, parte de la segunda. Mientras el Derecho punitivo es conjunto de normas, la ciencia del Derecho Penal integrase por principios cuyo objeto es, desde luego, el estudio de las normas

¹⁴ *Derecho Penal Mexicano*, pág. 18, 2a. edición Porrúa, 1960.

¹⁵ *Op. cit.*, I, pág. 12.

¹⁶ Para un estudio más amplio sobre la cuestión, puede verse *Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal*, de CELESTINO PORTE PETIT, México, 1954.

positivas, pero también, como expresa el maestro Villalobos, fijar la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado.¹⁷ Nótese que la ciencia que la del Derecho Penal es más amplia (comprende en su seno a la Dogmática). Por ende, la Ciencia del Derecho que nos ocupa, no sólo tiene por objeto la ley positiva sino igualmente la formulación de la nueva. En concreto: La Dogmática es una rama de la Ciencia del Derecho Penal cuya misión es el estudio integral del ordenamiento penal positivo.

11. LA CIENCIAS PENALES. Por su naturaleza, la ciencia del Derecho Penal es esencialmente normativa; su objeto lo constituye, de modo esencial, el estudio del Derecho Penal en forma ordenada, sistemática y racional; pero al lado de ella existen otras ciencias diversas en sus objetos y métodos; se trata de disciplinas causales explicativas conocidas con el nombre genérico de *Ciencias Penales*; no intenta guiar la conducta humana, sino explicar causas, estudiar el nexo entre el delito y los factores que influyen en su producción. No existe hasta la fecha unidad de criterio entre los factores respecto a las ciencias propiamente penales; en general se les incluye en una disciplina más amplia: la *Criminología*, que se ocupa, al decir de don Constancio Bernaldo de Quirós, del estudio del delito considerado como fenómeno biológico y social, como algo vivo, caliente, palpitante, sangrante, ala manera de la Historia Natural en toda su amplitud minuciosa.¹⁸

La Criminología representa, pues, el término de muchas Ciencias Penales, entre las cuales destacan la Antropología, la Sociología, la Endocrinología, la Psicología y la Estadística criminales. Al lado de estas disciplinas existen otras, conocidas bajo el nombre de *Ciencias Auxiliares del Derecho Penal*; entre ellas sobresalen la Medicina Legal y la Criminalística.

a) La *antropología Criminal* tiene por objeto el estudio del hombre delincuente; investiga las causas biológicas del delito; se le denomina *Biología Criminal*. Esta ciencia, de muy antigua raigambre, adquirió un enorme desarrollo con los estudios del positivista italiano César Lombroso, quien en el año de 1876 publicó el libro titulado "El Hombre Delincuente". Para este autor, el criminal congénito o nato es un ser atávico, con regresión al salvaje. La doctrina Lombrosiana descansa en tres puntos fundamentales explicativos de la delincuencia, a saber: el atavismo la locura moral y la epilepsia; los delincuentes natos representan el *tipo criminal*, tan discutido en nuestro tiempo.

¹⁷ *Derecho Penal Mexicano*, pág 19. 2a. edición Porrúa, 1960.

¹⁸ *Criminología*, pág 8, 2a edición. Cajica, Puebla, México.

Las doctrinas de Lombroso han caído en desuso, por haber sido objeto de incontables rectificaciones que han venido a demostrar la naturaleza heterogénea del delito, con exclusión de un solo elemento causal, pues surge como resultante de múltiples factores. Deben sin embargo reconocerse que merced a las investigaciones del sabio positivista italiano, se han desarrollado los estudios del *factor personal* en la producción del delito.

b) La *Sociología Criminal* estudia la delincuencia desde el punto de vista social, pretende hallar sus causas, más que en el factor personal, en el medio ambiente. El positivista italiano Enrique Ferri dio gran impulso a esta ciencia y por eso se le considera el padre de la Sociología Criminal. No debe olvidarse, sin embargo, el creador de la Sociología General, fue Augusto Comte.

c) La Endocrinología Criminal propiamente aparece como ciencia en este siglo, debido a los estudios de Nicolás Pende y de su discípulo Giuseppe Vidoni. Tal disciplina intenta descubrir el origen de la delincuencia en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna; trata de demostrar la decisiva influencia de las hormonas en la etiología y aparición de delito. Para sus creadores, el desequilibrio de las secreciones glandulares engendra trastornos en la conducta humana que, a su vez, motivan el delito. Esta ciencia bien podría formar parte de la Antropología Criminal.

d) La *Psicología Criminal* es en realidad una rama de la Antropología Criminal; estudia al hombre delincuente en sus caracteres psíquicos. La Psicología Criminal adquiere una importancia extraordinaria con los estudios del psiquiatra vienés Sigmundo Freud (1856-1939) y de su discípulo y después contradictor Alfredo Adler (1870-1937).

Para el primero, el delito es el resultado del “ello”; es decir, del instinto, que triunfa sobre el “super yo”, o sea la conciencia moral. Según Bernaldo de Quirós, el “ello” es un vocablo pintoresco y feliz que no puede sustituirse y sirve de signo a la energía vital de la carne, con todas sus apetencias.¹⁹ Para Freud no sólo el delito, sino todos los fenómenos humanos, tienen una fuente de producción de tipo sexual. Es la freudiana, una doctrina eminentemente pansexualista. Merced al empleo del psicoanálisis intenta descubrir los llamados “complejos”, o sea los conflictos entre el “ello” y el “super yo”; tales conflictos son siempre de tipo sexual, resultado de actos fallidos o mal logrados.²⁰ Los complejos más comunes son el de Edipo (amor sexual hacia la madre y hostilidad

¹⁹ *Op. cit.*, pág. 85.

²⁰ ALFONSO QUIROS CUARON explicaba en sus clases de Criminología en la Facultad, que el yo es la parte del psiquismo que caracteriza y enjuicia nuestra personalidad, modificada por la influencia directa de la realidad externa. El *ello* es el verdadero inconsciente, representado por lo más profundo de las psique, en donde recibe los impulsos intuitivos dominados por el principio del

hacia el padre o a quien lo represente), el de Narciso (enamoramamiento de sí mismo, por exaltación de las propias cualidades, físicas, o de otra índole), el de Electra (amor sexual hacia el padre y hostilidad hacia la madre), el de Diana relativo a la continencia sexual de las doncellas; recuerda la leyenda según la cual Diana, en defensa de su castidad, mato a Orión y transformó a Acteón en ciervo), etc. El *psicoanálisis* consiste en escudriñar las subconciencia por medio de las palabras y de los símbolos que emite el sujeto a estudio. Generalmente, el psicoanálisis se practica narcotizando previamente a la persona, para asegurar la espontaneidad de sus ideas, y entonces se denomina *narco-análisis*.

Adler en su libro *Teoría de la Psicología Individual* (1920), expresa que lo definitivo, el impulso motor en la vida es el sentimiento de la propia personalidad. Consiguientemente dice Bernaldo de Quirós-, en esta nueva concepción, el delito es una resultante del complejo de inferioridad, adquirido en virtud de disminuciones de los valores personales, orgánicos y sociales, que trata de superar la tendencia del hombre al poder, en virtud de supracompensaciones adecuadas, no sin el cortejo de conflictos internos y externos consiguientes.²¹

Nótese que tanto el pansexualismo freudiano como la tesis personalista de Adler, son doctrinas eminentemente positivistas (como el materialismo histórico, para el cual el delito no es sino la resultante de las desigualdades económicas), pues aquellas teorías conciben el crimen como consecuencia, en última instancia, de los apetitos sexuales frustrados, o de la disminución de los valores personales.

e) La *Estadística Criminal*. Al decir de Cuello Calón, nos da a conocer las relaciones de causalidad existentes entre determinadas condiciones personales, determinados fenómenos físicos y sociales y la criminalidad; pone de relieve sus causas, muestra su aumento o disminución y sus formas de aparición²² mediante la estadística criminal es posible llegar a generalizaciones en materia de delitos en una región dada y en cierto momento histórico. Las conclusiones de la estadística criminal, a pesar de su utilidad indiscutible, deben ser tomadas en cuenta con ciertas restricciones, por que el delito, por su carácter complejo, no puede ser manejado exclusivamente con base en datos estadísticos.

f) Dos son las principales, más no las únicas. *Ciencias Auxiliares del Derecho Penal: La Medicina Legal y la Criminalística*. La primera tiene por objeto poner al servicio de la administración de la justicia penal los conocimientos y las técnicas médicas-quirúrgicas. Es sabido que en la investigación de infinidad de delitos y en el

placer, que conducen a la satisfacción impulsiva y ciega de los deseos. El *super yo* es la parte del psiquismo que critica al yo. (Notas.)

²¹ *Op. cit.*, pág. 88.

²² *Op. cit.*, pág.29.

tratamiento de los delincuentes, se requiere el auxilio de médicos forenses, sobre todo con relación a los llamados *delitos de sangre*, así como en los de tipo *sexual*. El médico legista no sólo examina a los sujetos activos, sino también a las víctimas y procura establecer, dentro de las posibilidades de la ciencia, el nexo causal entre el autor y el resultado; ayuda con ello, en forma inestimable, a hacer realidad la aplicación del Derecho Penal.

La *Psiquiatría Médico-Legal* es una especialidad dentro de la medicina legal y tiene por objeto el estudio de los sujetos del delito en sus funciones psíquicas e indica los tratamientos adecuados para los que padecen enfermedades o anomalías mentales. La opinión del psiquiatra forense resulta de gran utilidad, también, para la determinación de la responsabilidad o irresponsabilidad de algunos autores de hechos típicos del Derecho Penal realizados en condiciones psíquicas especiales.

La *Criminalística*, según Cuello Calón, está constituida por un conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del *modus operandi* del delito y al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas.²³ Tratase de diversas ciencias y artes para investigar los delitos y descubrir a los delincuentes.

No debe darse por terminado este capítulo sin hacer referencia a la *Política Criminal*, definida como la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. En realidad, esta disciplina no es el aprovechamiento práctico, por parte del Gobierno, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social.

1. B. JIMÉNEZ de Asúa L. Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito. Tercera Edición. Editorial Sudamericana Abeledo – Perrot, Buenos Aires Argentina, 1958
--

1.4 Características del Derecho Penal.

CARACTERES.

²³ *Op. cit.*, pág., 35

El Derecho Penal de hoy es un Derecho Público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora.

Necesitamos explicar con algún detalle estas características enunciadas.

Derecho Público

El Derecho Penal de hoy es un Derecho Público, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El Derecho disciplinario, que una sociedad puede aplicar a los miembros que la forma –por ejemplo: un casino, una asociación de deportes, etc; etc.-, nada tiene que ver con el derecho penal de carácter público, y por eso, al fijar el “tipo”, puede permitirse la vaguedad que le está prohibida al legislador en sus Códigos. Una Ley establece un tipo concreto y determinado; el reglamento de una sociedad sólo dice que será impuesto un correctivo o que se separara del seno de la corporación al que “observe mala conducta” al que “realice actos groseros”, etc; etc.

Hoy nadie puede controvertir la índole pública de nuestra disciplina; pero en el siglo XVIII y comienzos del XIX, frente a la tesis de Feuerbach, que afirmaba la índole pública de nuestra rama jurídica, pensaron Hugo y Kleinschord que se trataba de un Derecho privado. Grolmann asume una postura ecléctica.

Derecho normativo, valorativo y finalista.

Por influjo de Windelband y Rickert, los juristas de hoy aceptan una clasificación de las ciencias que tienen su origen en el neokantismo y que Kelsen y Mezger, en Derecho Penal, han llevado a sus últimas consecuencias. De un lado están las ciencias del ser (que incluyen las naturales), del otro, las del deber ser (entre las que se halla el Derecho). La filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho, y por eso hemos afirmado que nuestra disciplina es valorativa. Las corrientes a que acabo de aludir afirman la índole normativa de la Ciencia Jurídica, hasta el punto de que sólo en ese carácter de norma se halla su esencia científica.

Siguiendo a Heidegger, Eric Wolf ha tratado de emplear otra terminología, la de “realidad” y “significación”, e incluye también el aspecto teleológico en el contenido del Derecho.

Con esto tocamos uno de los más arduos asuntos que pueden presentársele al jurista de hoy. Los Kelsenianos afirman que el fin no pertenece al Derecho, cuyo contenido es político. El fin lo determinará ésta o la

Sociología, pero no las leyes. A nuestro entender, la dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y de nuestro Derecho Penal tiene carácter finalista. En efecto; el Derecho, pues que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida.

Norma y bien jurídico

La norma, que no puede identificarse con la Ley, según hemos de ver más tarde, es uno de los polos del Derecho. El otro es el bien jurídico. Cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho,

Se elevaron a bienes jurídicos. Estos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo ordenamiento jurídico ha de ser tenido en cuenta en la interpretación teleológica.

d) ¿Constitutivo o sancionador?

Al ocuparnos en la antijuridicidad, como característica general del delito, veremos que no existe injusto penal, otro civil, otro administrativo, etc. (vid. *infra*, cap. XXV-174 y sigts.) Sino que lo lícito es común a todo el Derecho. Por otra parte, se verá también que el delincuente no vulnera la Ley, sino que lo quebranta es la norma. Con esto dos elementos de juicio hay bastante para decir la índole sancionadora y no constitutiva de nuestra disciplina. Los que siguen a Hegel y los técnico-juristas italianos, como Rocco creen que nuestro Derecho es constitutivo, porque en él se hallan insitas las normas. Nosotros que afirmamos la índole general de lo antijurídico y que, según acabamos de decir, creemos en la norma de que la Ley surge, no podemos aceptar la índole constitutiva del Derecho Penal y afirmamos su naturaleza sancionadora. El Derecho penal garantiza, pero no crea las normas.

4.- DERECHO PENAL SUBJETIVO Y OBJETIVO.

Es frecuente leer en los viejos tratados de Derecho que éste se divide en subjetivo y objetivo. El primero consiste en la facultad de hacer o no hacer una cosa; el segundo es “ley, regla o norma que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe”.

En nuestra disciplina, el Derecho subjetivo sería el *ius puniendi*, que resulta limitado por las propias leyes que los Estados dictan. Esto es así en garantía de la libertad, ya que las actividades estatales han quedado, por lo mismo, concretadas a lo que la ley establece: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Tenemos, sin embargo,

que revisar esas viejas concepciones. Ya Manzini nos dijo que no había tal Derecho subjetivo del Estado, sino que la facultad de penar era un atributo de soberanía. En Francia, Duguit y sus discípulos han combatido contra los supuestos derechos subjetivos y Kelsen ha hecho del deber jurídico base de su doctrina. En puridad, no hay derechos subjetivos, sino, más bien, pretensiones del sujeto activo. Así, por ejemplo, el Estado tiene la pretensión punitiva que se extingue por numerosas causas que ahora no interesan y también el individuo es capaz de poseerla aún en nuestra propia esfera jurídica: hay delitos que sólo se persiguen a instancia de parte.

Sin embargo, conservamos la vieja fórmula *ius puniendi*, tan expresiva y cargada de problemas, para tratar más tarde, en el aspecto filosófico el fundamento de la penalidad.

1. C.	PAVÓN, Vasconcelos F. <i>Derecho Penal Mexicano</i> Decimasexta Edición Editorial Porrúa, Año 2002 Tema I el Derecho Penal tema 1.9
-------	--

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

SUMARIO

1. La venganza privada.- 2. La venganza divina.

1.- LA VENGANZA PRIVADA

El progreso de la función represiva, cuestión que se ha pretendido identificar con la evolución de las ideas penales, presenta diversos matices, según el pueblo a estudio. Ni en todas las sociedades ha sido igual, ni tampoco ha sucedido, con normal tránsito, en las diversas épocas.

En los tiempos más remotos la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La *expulsión* del delincuente se considero el castigo más grave que podía imponerse por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propia víctima por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste. La expulsión que un principio se practico para evitar la venganza del grupo al que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre

las tribus, se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo.

Para PESSINA, la primera reacción que se despierta en la conciencia de las primitivas colectividades, al constatar la atrocidad de los grandes crímenes, es la de descompuesta ira desencadenadora del furor popular contra el delincuente, irritación que revela en forma sumaria un fondo de verdad de la justicia penal, pero que reviste caracteres de pasión, construyendo una venganza colectiva. “Quien rompe la paz, pierde la guerra. El individuo que lesiona hiere o mata a otro, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz y contra el tienen los ofendidos derecho a la guerra, derecho que a su vez lleva a constituir un deber ineludible como venganza de familia”.¹

Ignacio VILLALOBOS subraya que el periodo de la *venganza privada* no corresponde propiamente a un estadio de evolución del Derecho penal, tratándose de *un antecedente en cuya realidad hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirlas*,² pensamiento que aclara CASTELLANOS TENA al observar que no toda venganza puede considerarse antecedente de la represión penal, sino la actividad vengadora apoyada por la colectividad misma, al reconocer el derecho del ofendido a ejercitarla, proporcionándole la ayuda material o el respaldo moral necesario.³

El *Talión* representa, sin lugar a duda, un considerable adelanto en los polos activos al limitar los excesos de la venganza, ya personal o del grupo, señalando *objetivamente* la medida de la reacción punitiva en función al daño causado por el delito.

¹ *Elementos de Derecho Penal*, pp. 75-76, Editorial Reus, 4ª edición, Madrid, 1936. La *expulsión* o proscricción se explica en razón de las condiciones imperantes en los grupos en donde, como reacción primitiva, tuvo nacimiento. En la vida primitiva, sólo el grupo garantiza la supervivencia; la vida en asilamiento no es concebible, pues el hombre en tales condiciones esta condenado a perecer, ante su incapacidad para hacer frente a las fuerzas de la naturaleza y a sus tradicionales enemigos: los animales feroces. “los gigantes, los devoradores de hombres y los cíclopes podían vivir solitarios por si mismos- escribe VON HENTIG-. Pero los hombres corrientes solamente unidos podían hacer frente a la prepotencia de las fuerzas de la naturaleza, y a los enemigos humanos, fieras y fantasmas. Únicamente manteniéndose reunidos obtenían protección y seguridad. Nacen instintos gregarios, la tendencia al hogar, al conformismo y a la coincidencia. Por eso la separación coactiva de un miembro del grupo no es sólo un peligro mortal, sino también un profundo trauma psíquico... Bastaba que el grupo reiterase su mano protectora al delincuente para poner en peligro su vida. Para quien perdía la paz dejaba de existir el orden benéfico de la solidaridad y quedaba abierto el paso a las fuerzas destructoras que acechaban en torno... Expulsar el mal es uno de los métodos para librarse de él. Todo lo nocivo y también un “chivo expiatorio”, podían transportarse a las tierras incultas, donde la potencia de la soledad daría cuenta de ello. De la destrucción del que perdía la paz se encargaban los espíritus, los enemigos y los animales feroces”. HANS VON HENTIG, *La Pena*, vol. I, p. 117. Espasa-Calpe, Madrid, 1967, Trad. José María Rodríguez Devesa. *La privación de la paz y exclusión del delincuente de su grupo*, a criterio de Carlos CREUS, Implicaba el retiro de la protección que como integrante del mismo se le debía, “dejándolo a merced de otros grupos o aún de individuos de aquel del que había sido excluido; la permisión a los agraviados para llevar a cabo por si mismo la aplicación de la pena en la persona de infractor o de sus familiares (*venganza de sangre*), sin perjuicio del que el mismos reparase el daño inferido para evitar esa consecuencia (composición). *Derecho Penal. Parte general*, pp. 30-31, Astrea, Buenos Aires, 1992.

² *La Crisis del Derecho Penal en México*, pp. 32-33, Editorial Jus, México, 1948.

³ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, p. 32. Editorial Porrúa, 10ª edición, 1976.

Es ejemplo de la época talonial, ubicada por algunos autores en el periodo de la venganza pública, el *Código de Hammurabi*, cuya antigüedad se hace ascender a dos mil años antes de la era cristiana, conjunto de preceptos que consagro el principio de la *retribución*, al sancionar con el daño de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensación perfecta. Ejemplo de ella son las prescripciones que, refiriéndose al constructor de una casa, ordenaban su muerte si por la mala edificación se hundía y mataba al propietario, llevando tal castigo al hijo del maestro de obras cuando el hundimiento mataba al hijo del dueño. Este documento histórico, la más antigua legislación conocida (aparece inscrita en un bloque de piedra), tiene el mérito de haber distinguido algunos casos de *delitos culposos*, excepcionando de pena el *caso fortuito*.

La *composición*, instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a subsistir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o la víctima del delito, constituyó una nueva limitación de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero por lo que tuvo acogida entre aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario. La composición, que un principio era voluntaria, se convirtió en obligatoria ilegal posteriormente evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada.

La composición tuvo, no obstante, algunas limitaciones, ya que en relación a ciertos delitos públicos (traición, etc.) no se admitió la substitución de la pena y, en otros, a pesar de su índole privada, se permitió la venganza del ofendido, como en aquellos delitos que afectaban el honor (adulterio). En la época de la composición legal, señala FONTÁN BALESTRA, la composición en sí o *wergeld* era la suma abandonada al ofendido o a su familia, en tanto el *fredo* era la suma recibida por el Estado, como una especie de pagos por sus servicios tendientes a asegurar el orden y la efectividad de las compensaciones.⁴

2. LA VENGANZA DIVINA.

Este periodo, en el progreso de la función represiva, constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. Los conceptos Derecho y religión se funden en uno sólo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo lo es a la divinidad.

Dentro de este periodo situamos al *Pentateuco*, conjunto de cinco libros que integra la primera parte del *Antiguo Testamento* y en los que se contienen las normas de Derecho del pueblo de Israel, de vidente raigambre

⁴ *Derecho Penal*, pp.60-61, 3ª edición, Buenos Aires, 1957.

religiosa. El Derecho de castigar (*ius puniendi*) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a esta. La pena, en consecuencia, esta encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira identificándose , para el delincuente, con e medio de expiar su culpa. En el Pentateuco encuéntrense provisiones tabú y formas de represión talional, consagrándose excepcionalmente, en algunos casos la venganza privada.

Los *Libros Sagrados de Egipto* son, igualmente, prueba de la fusión entre los conceptos del delito y represión con los de ofensa a la divinidad y expiación religiosa, y aunque no han llegado a nuestro directo conocimiento se tienen referencia de ellos. El Derecho egipcio esa también, como el del pueblo judío, lleno de espíritu religioso; en el se observa, como dice PUIG PEÑA, *misma delegación divina* en los sacerdotes en orden al derecho de castigar.⁵

El sistema de represión seguido en las épocas primitivas nos muestra que la pena fue considerada, primero como un castigo y después como una expiación. Este último concepto fue sustituido más tarde por el de retribución, pues el hecho de haber perdurado durante siglos el principio talional nos prueba que la medida de la pena no era sino el resultado de una apreciación, con raras excepciones, meramente objetiva del daño resultante del delito. En la mayoría de los casos bastaba la simple comprobación de la relación natural entre la conducta del sujeto y el daño material causado para aplicar la pena. Lo anterior pone de relieve que fueron pocas las legislaciones que pudieron escapar, mediante reglas de excepción, al influjo de tan genérica concepción y , por ello, se puede señalar como característica de tan lejanas épocas, la aplicación de la pena con riguroso criterio objetivo.

5. LA VENGANZA PÚBLICA

En esta etapa de la evolución de las ideas penales, se transforman los conceptos de pena y de función represiva, dándoseles un carácter eminentemente público. Se caracteriza, al decir de CUELLO CALÓN, por la aspiración de mantener, a toda costa, la tranquilidad pública. “Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes...” reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia...; los jueces y los tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley,

⁵ *Derecho penal*, I, p.17, Madrid 1955.

incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando”.⁷

Bajo el Imperio Romano, a raíz de haber sido reconocido el cristianismo como religión oficial, la Iglesia cobro fundamentalmente importancia, no sólo en su aspecto ideológico sino temporal. El concepto de la pena se ve influido por la noción de penitencia, única forma de expiación de pecado, convirtiéndose en el medio adecuado al delincuente, para librarse del delito. No obstante, a pesar de toda la bondad de que fue capaz la doctrina cristiana, durante su influencia la pena se transformó en el medio más eficaz para la represión del delito y, aunque parezca paradójico, se torno día a día más cruel, a la par que los procedimientos seguidos en la investigación del delito y del delincuente se convirtieron en verdaderos atentados a la libertad humana.

El Derecho Penal canónico, según la opinión de FONTÁN BALESTRA, mantuvo la naturaleza pública del Derecho penal romano, estableciendo un lazo de unión y vía de supervivencia de éste en el Derecho penal moderno. “Durante el Imperio –dice textualmente-, la Iglesia actuó disciplinariamente en asuntos exclusivamente eclesiásticos, en tanto que el Estado mantuvo en sus manos el derecho penal laico, lo mismo que en el reino de los francos bajo el reinado de los merovingios. El derecho penal canónico cobró excepcional importancia bajo los papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, es decir, durante el tiempo comprendido entre los años 10073 y 1216. Asume en esa época una gran trascendencia laica, ofreciendo protección con su derecho de asilo, consolidado en tal forma que se llegó a declarar que quien sacase por la fuerza a un delincuente del templo en que se hubiese aislado, cometía un delito de esa magnitud. El delito de herejía da especial significado a lo dicho, por cuanto con él se advierte que el Derecho penal canónico deja de ser un mero derecho disciplinario, ya que al principio sólo consistía en la facultad otorgada a los obispos, de decretar la excomuni3n del trasgresor. El fuero personal se impone en definitiva, de tal manera que, cualquiera fuera el delito cometido, el sacerdote debía ser juzgado por sus pares, conquista a la que se llegó reconociendo primero ese privilegio solamente a los obispos para extenderlo después a todos los clérigos, existiendo un período intermedio en el cual ciertas categorías de religiosos, antes de ser juzgados por un tribunal laico, debían ser depuestos por la Iglesia. Asimismo, la competencia de los tribunales eclesiásticos aumentó en tal forma que, por razón de la materia, intervenían aún en los casos en que el delito fuese cometido por un laico. Cuando el hecho delictuoso atacaba la religión, esa jurisdicción era indiscutida, no ocurriendo lo mismo con otras infracciones (incesto, adulterio, sodomía, usura, etc.) en que su jurisdicción resultó cuestionada”.⁸

⁷ *derecho Penal*, I, pp. 61-62, 12ª edición.

⁸ *Ob. Cit.*, pp. 65-66.

En plena Edad Media, entre los siglos XI y XVI se produce un resurgimiento del Derecho romano, difundándose y comentándose los textos que habían quedado olvidados entre las polvorientas bibliotecas de iglesias y conventos. Aparecen primero en los siglos XII y XIII, los *glosadores*, que trataban de interpretar y determinar los alcances de las leyes romanas, a quienes siguen, en los siglos XII a XV los llamados *postglosadores o comentaristas*, cuya labor se orientó, fundamentalmente, a la revisión del Derecho vigente mediante la invocación de los textos romanos. A esta época pertenecen los trabajos de Guido de SUZZARA y de Alberto GANDINO, autor del *Tractatus de Maleficiis*, considerando como un tratado sistemático de Derecho Penal. A partir del siglo XVI se inicia un nuevo movimiento, el de los *patricios*, así llamados por su sistema de aplicar un criterio práctico al estudio del derecho penal, descollando entre ellos Julio Claro (1525-1575), con su obra *Opera omnia sive practica, civilis atque criminalis*, y Prospero FARANACIO, con su *Praxis et teórica criminalis*, que pretende ser un resumen de las prácticas del Derecho Penal de la época (siglo XVII). MAGGIORE puntualiza que la edad media da entrada, junto a los romanos, a los derechos germánicos y cristiano, el segundo de los cuales otorga carácter privado al delito y a la pena, por predominar el individualismo en su concepción, de manera que la venganza privada y la composición satisfacen la deuda creada por el delito, pero que con el advenimiento del cristianismo y la restauración del principio de autoridad del Estado y de la Iglesia, la potestad de castigar vuelve a la sociedad al Estado combatiéndose la venganza privada por medio de la tregua de dios y del derecho de asilo, asumiendo el delito carácter moral y religioso; en el Derecho Canónico triunfa el principio de *expiación*, según la fórmula que reza: “el juez castiga, no por deleitarse en la miseria ajena, lo cual sería hacer mal por mal, sino por deleite de la justicia, que es devolver lo justo por lo injusto, el bien por el mal”.^{8bis}

6. EL PERÍODO HUMANITARIO

Aunque es notable la influencia humanitaria de la obra de César BONNESANA, Marqués de Beccaria, a la cual nos referimos luego, la doctrina del Derecho natural había con anterioridad pretendido afirmar los derechos

^{8bis} *ob. Cit.*, I, pp. 72-73. Importantes son las aportaciones de los pensadores de la Iglesia. San Agustín (354-430) postula a la pena como *retribución* divina (eterna o temporal) reconociendo al príncipe el derecho a castigar y al juez el de aplicarla, aunque se declara enemigo de la pena de muerte, porque con ella se priva al culpable de un posible arrepentimiento. Santo Tomás de Aquino hace claro distingo entre las leyes natural, humana y divina, cuyas violaciones generan penas de índole natural y humana, las dos primeras, y de carácter espiritual y temporal la última, considerando al derecho de castigar como justicia conmutativa, es decir, la pena es retribución o compensación del sufrimiento originado en la acción precedente. G. MAGGIORE, *Idem*, I, pp. 73-74.

* Al decir de ZAFFARONI, la reforma penal emprendida por José II de Austria se inspiró en el “racionalismo”, a cuyo efecto suprimió la pena de muerte sustituyéndola por la de galeras (1781), reforma más que apoyada en la corriente de humanización lo hizo “en la configuración política de una monarquía racional”, con lo que de hecho se adelantó al derecho napoleónico, por lo que “la seguridad contra la arbitrariedad no obedecía tanto a la protección del individuo como a la protección del legislador y de su voluntad”, lo que en su criterio tuvo como ventaja el consagrar expresamente el principio de *legalidad* y separar el derecho sustancial del derecho procesal. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I, p.360. Ediar editora, Buenos Aires, 1987.

del hombre frente a la razón del estado. Las obras de GROCIO, PUFENDORFF, TOMASIVS, LOCK y otros, integraron una corriente de doctrina que cumplió una misión histórica frente a la monarquía absoluta.

Según NOVOA, iba a ser el movimiento ideológico del siglo XVIII, promovido por “el despertar intelectual y libertario”, el que habría de señalar las pautas, haciendo accesible el camino, hacia una total reforma penal. Dentro de este movimiento destacan, fundamentalmente, las obras de MONTESQUIEU (*El espíritu de las leyes*), VOLTAIRE (*Sobre la tolerancia*) y ROUSSEAU (*El contrato social*), en las cuales se denuncian la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos, señalándose, como fundamento de la pena, el contrato social.

César BECCARIA, con el pequeño libro *De los delitos y de las penas*, logró convulsionar a la sociedad de su época, estableciendo una serie principios o de derechos mínimos del delincuente. Su voz, como elogiosamente expresa Enrique FERRI, suscitó un “estremecimiento de entusiasmo” en toda Europa, tanto entre los pensadores y juristas como entre los reyes legisladores, inspirando un movimiento de reforma legislativa. Catalina de Rusia transcribe páginas enteras de la obra de BECCARIA en sus *Instrucciones* a la Comisión encargada de la modificación de las leyes penales (1767); Leopoldo de TOSCANA acoge las sugerencias y en 1786, entre otras, proclama la abolición de la pena de muerte; igual medida toma José II de Austria (1787);* mientras Federico el Grande suprime la tortura. “La revolución francesa –escribe Enrique FERRI-, por reacción generosa contra los abusos medievales establece en la *Declaración de los derechos del hombre*, que ‘las leyes no tienen el derecho de prohibir nada más que las acciones nocivas de la sociedad (art. 5º), y que ‘no debe establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias’ (art. 8º), de lo que resulta ‘que nadie puede ser castigado sino en virtud de una pena promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente’ (art. 8º) y nadie ‘puede ser acusado, arrestado y puesto en prisión sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas en ellas prescritas (art. 7º). Y como quiera que los hombres nacen y permanecen libres e iguales ante el Derecho (art. 1º), así ‘la ley debe ser la misma para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga’ (art. 6º)...”

La influencia del libro de BECCARIA se tradujo en notables reformas en la legislación penal, entre ellas la abolición, en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez y, en lo posible, hizo más expedita la justicia. De los cuarenta y dos capítulos que integran el libro de BECCARIA, a cuál más interesante, destacan preferentemente los relativos al origen de la pena y del derecho de castigar; el de la interpretación de las leyes; al que se ocupa la oscuridad de

las mismas; los relativos a la pena de muerte, la templanza de las penas, relación entre el delito y la pena y las medidas de seguridad.

BECCARIA concluye su libro con estas palabras que resumen su contenido esencial: “De cuanto hemos visto hasta ahora se puede deducir un teorema utilísimo, aunque poco conforme con el uso, que es el más común legislador de las naciones: ‘Para que toda pena constituya un acto violento de un individuo, o de muchos, contra un ciudadano particular, dicha pena debe ser esencialmente *pública, inmediata, necesaria, la mínima de las posibles, proporcionada al delito y prescrita por las leyes*’...”.

Posteriormente HOWARD recorre la “geografía del dolor”, como certeramente ha llamado Constancio BERNALDO DE QUIRÓS al camino seguido por el insigne inglés en todas las prisiones de Europa, muriendo de fiebre tifoidea en Crimea, no sin antes dejar constancia de sus observaciones en un libro en el que criticó el estado de las prisiones de su época⁹ y en el cual se fijaron las bases para remediarlo: higiene y alimentación; disciplina distinta para detenidos y encarcelados; trabajo y sistema celular dulcificado. CUELLO CALÓN, al referirse al movimiento de Howard en Inglaterra, aduce que “su esfera de acción no fue tan extensa pues se limitó al campo de las penas carcelarias”¹⁰ y si tal afirmación es verdadera, no debe olvidarse que fueron sus observaciones no sólo llamadas de atención sobre las deficiencias del sistema carcelario imperante, sino aportación valiosa en la total reforma penal iniciada por BECCARIA, la cual abrió el período humanitario individualista.

7. EL PERÍODO CIENTÍFICO

A partir de BECCARIA, a quien algunos erradamente señalan como un clásico, principió a cobrar auge en Europa el estudio del Derecho penal.

Pablo Juan Anselmo Von FEUERBACH, considerado en Alemania el padre del derecho penal moderno, siguiendo en esencia la doctrinas de KANT, crea el criterio de que la pena es una *coacción psicológica*, dando así nacimiento a la teoría de la *prevención general*. Aferrado al principio de la legalidad, que proclama la existencia previa de la ley penal para calificar el delito un hecho e imponer una pena, se le atribuye la paternidad del principio “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”, aceptado en forma unánime en todos los países cuyo Derecho positivo penal sigue una trayectoria liberal.

⁹ *State of Prisons*, 1777.

¹⁰ *Ob. Cit.*, I, p. 63.

Giandoménico ROMAGNOSI, quien muere en el año de 1835, es el autor de varias obras, entre las que descuella su *Génesis del Derecho penal* (1791), en la cual hace un estudio sistemático de las materias penales, ocupándose ampliamente de la imputabilidad, del daño y de la pena. Se muestra contrario a la teoría del contrato social y pone en el Derecho de defensa el fundamento y justificación del Derecho penal, afirmando que la legítima potestad de castigar se origina en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social. Uno de los méritos indiscutibles de su obra es haber difundido el criterio de que la sociedad no debe sólo reprimir el delito sino prevenirlo, cuestión tratada por él en la parte quinta de su *Génesis*.

Giovanni CARMIGNANI, autor de los *Elementos de Derecho Penal*, así como de *la Teoría della leggi della sicurezza sociale*, publicada en 1831, pretendió que la pena política encuentra su fin en la defensa, mediante la *intimidación*, para evitar delitos futuros. “El derecho de castigar –expone CARMIGNANI–, es un derecho de necesidad política”, en tanto el objeto de la imputación no es la venganza por el delito cometido sino prevenir la comisión de delitos semejantes.

Además de las anteriores, resultan notables las obras de GROLMANN, BENTHAM, ROEDER, RENAZZI Y ROSSI, a quienes se denomina *clásicos*, queriéndose significar con ello su pertenencia a un movimiento jurídico filosófico pasado de moda, según el sentir de los positivistas, no obstante que las ideas expuestas por ellos no tienen, en muchos casos, similitud alguna y, por lo contrario, son en ocasiones opuestas en sus fundamentos y fines.

Con relación a la función de la pena, el grupo de pensadores mencionados, surgidos entre el último tercio del siglo XVII y fines del XIX, a quienes se suman Manuel KANT, STAHL, Federico HEGEL, BAUER y otros, propugnaron diversos criterios que se pueden clasificar de la siguiente manera:

a) Teorías que ven en la pena una *retribución*, sea de origen divino, moral o jurídico. Entre éstas destaca la posición de Manuel KANT, para quien el *deber de castigar* el delito es un *imperativo categórico* constitutivo del fundamento del *jus puniendi*, careciendo por ello la pena de fin concreto, en virtud de imponerse por el simple hecho del delito. La pena, en síntesis, es la expresión de la justicia al *retribuir* el mal inferido con el delito.

Federico HEGEL sostuvo que el ordenamiento jurídico, dictado por el Estado, persigue un orden *aparentemente* alterado por el delito, por ello, la infracción a la ley penal es *negación del derecho* y como la pena tiende a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea la *negación de la negación del Derecho*.

b) Teorías según las cuales la pena tiene un carácter *intimidatorio* y, por lo tanto, su fin es la *prevención* del delito. La prevención puede ser *especial*, como lo sostiene GROLMANN, cuando la pena tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa nuevos hechos delictuosos, o bien, *general*, cuando la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delito. En esta última posición, FEUERBACH elabora su teoría de la *coacción psicológica*.

Teorías que encuentran la función de la pena en la *defensa* de la sociedad, sea ésta *directa* o *indirecta*.

8. LA ESCUELA CLÁSICA

Explicada la razón aducida por los positivistas para designar con el nombre de Escuela Clásica al movimiento jurídico filosófico precedente, nos resta sólo señalar que fue Francisco CARRARA quien representa su síntesis y su más alta expresión. Nacido en el año de 1805, en la ciudad de Lucca, fue profesor de Derecho Penal y de otras asignaturas, escribiendo su “Programa del Curso de Derecho Criminal”, obra monumental en donde de manera sistemática y con profunda argumentación lógica, expone el contenido de la Ciencia del Derecho Penal, trazando líneas y directrices originales que lo encumbraron como el máximo penalista de todos los tiempos.

Al referirse a CARRARA, el penalista chileno Eduardo NOVOA expresa: que la finalidad de su rigurosa obra jurídica fue la de estructurar un Derecho Penal que, al apoyarse en verdaderos principios jurídicos, lograra desterrar los errores dejados, en etapas históricas anteriores, por las doctrinas teológica y metafísica, precisando con claridad la distinción ente pecado y delito, así como entre sacrificio y pena, haciendo repulsa de toda idea indefinida, de manera que la ciencia del Derecho criminal se reconoce como un “orden racional”, anterior a las opiniones de los legisladores, constituyendo “el supremo Código de la libertad, que sustrae al hombre de la tiranía de otros y lo ayuda a liberarse de la tiranía de sus pasiones. Aspira a dar al Derecho Penal un contenido necesario y eterno. Para ello acude a la doctrina matemática que trae al establecimiento por la energía de las naciones exactas de los entes jurídicos, define los criterios esenciales y los criterios mensuradores de todo delito concreto. Se apoya en un sistema de fuerzas que integrarían el delito y la pena y en la medidas de esas fuerzas, expresadas en las fórmulas carmignianas de la cualidad, cantidad y grado. No puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre. Esto conduce a considerar la objetividad y la subjetividad de todo delito, o sea, las dos fuerzas concurrentes en él, la física y la moral, necesarias, puesto que el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un derecho. Los delitos se distinguen y se clasifican

según la diversa especie o importancia del derecho agredido y también por su cualidad, cantidad y grado. La cualidad designa el título criminoso que constituye el delito; la cantidad señala la relación de más o menos el delito, atendiendo la gravedad de los males que causa; el grado es referido a las diversas fases internas y externas del delito. Las penas se regulan por criterios jurídicos que fijan su cualidad y su cantidad, proporcionalmente al daño o peligro corrido por el derecho, como, así mismo, a las condiciones de lugar, tiempo y persona. También hay en ella dos fuerzas, física y moral, correlativas a las fuerzas análogas que se encontraron en el delito”.¹¹

Los clásicos se empeñaron en estudiar el Derecho Penal desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico abstracto. Aunque en muchos puntos discrepan entre sí, se pueden señalar como fundamentos básicos de la Escuela Clásica, los siguientes;

a) Como el Derecho Penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas, proclamo como método ideal el *lógico abstracto*;

b) El delito se contempla no desde de un punto de vista natural sino jurídico; es la infracción a la ley promulgada por el Estado y por ello el investigador no debe perder de vista la ley. En síntesis, el delito es un *ente jurídico*, una creación de la ley, sin que pueda concebirse su existencia fuera del ordenamiento jurídico;

c) La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la *impunidad moral* y en el *libre albedrío*. “Todo el ingente edificio del clasicismo -escribe PUIG PEÑA-; toda la estructuración y basamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha basado en ese principio fundamental. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal. Como llegó a decir un autor eminente: `el que niega el libre albedrío no puede justificar el Derecho Penal´...”.¹²

Si el delito es un *ente jurídico*, la pena, por tender fundamentalmente a conservar el orden legal, es una *tutela jurídica* que lo restaura cuando se altera. Esta consecuencia no constituye un fundamento generalmente aceptado entre los clásicos, pues, según vimos, algunos lo encuentran en la prevención, ya general o especial del delito.

¹¹ *Curso de Derecho Penal Chileno*, pp. 81-82, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

¹² *Ob. Cit.*, I, p. 61.

Sean cuales fueren los reproches que puedan hacerse a la Escuela Clásica, su mérito indiscutible radica en haber estructurado una ciencia del derecho penal, señalando su objeto y destacando un método utilizable en su investigación, estableciendo al mismo tiempo determinados principios que le dieron cierta unidad de sistema.

9. LA ESCUELA POSITIVA

Con motivo de los brillantes estudios realizados por César LOMBROSO, quien hace el análisis del delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del Derecho penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica. Por esa razón, aunque LOMBROSO fue médico y no jurista, se le reconoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir fuerza insospechada e influencia decisiva en las legislaciones penales de principios del siglo XX.

La llamada Escuela Positiva encuentra Enrique FERRI su más brillante expositor. Su obra máxima, "Sociología Criminal" publicada en 1881, contiene los principios básicos en que se apoya su escuela. Destaca FERRI cuál es el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, a la que denominó Sociología Criminal, de la cual el Derecho Penal sería sólo una parte.

Rafael GARÓFALO influyó decisivamente en la estructura de la Escuela positiva al elaborar su definición del *delito natural*, concepto sociológico sin el cual no hubiera sido posible construir sólidamente un sistema.

Destaca GARÓFALO, en su trabajo titulado *Della mitigazioni della pene nei reati di sangue*, la prevención individual como fin de la pena, haciendo un valioso aporte a la Escuela Positiva, que habría de ser aprovechado más tarde, con amplitud, al sostener la *peligrosidad* del delincuente como factor preponderante para medir la punición del delito (posteriormente desarrolla nuevamente esa idea en su obra *Di un criterio positivo della penalità*).

Podemos señalar como principios básicos de esta Escuela los siguientes:

a) Combatiendo el método lógico abstracto, por el que propugnó CARRARA, los positivistas adoptan, para estudiar el delito, el *método experimental*, propio de las ciencias causales, explicativas;

b) El delito no es un *ente Jurídico*. Según el criterio de los positivistas se trata de un *fenómeno natural*, producido por el hombre dentro del seno social. Por ello, debe vérselo no como una creación de la ley, sino como algo con vida independiente de la misma. Por esta razón, una buena política para combatirlo, y fundamentalmente para prevenirlo, es conocer sus causas, las cuales son, esencialmente, de carácter social, aún cuando también intervienen en su producción los factores individuales;

c) Los positivistas negaron el libre albedrío, proclamando el *determinismo*. El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho delictuoso ejecutado, aun cuando los *últimos* deberán ser destinados a *sitios* especialmente adecuados para su tratamiento como enfermos.

Enrique FERRI pretendió demostrar lo infundado de la teoría del libre albedrío en su libro "La Teoría de la Imputabilidad y la Negación del Libre Arbitrio", publicado en 1878, basándose en la observación de hechos de los cuales estima sacar conclusiones definitivas, afirmando la posibilidad de comisión de delitos cuando se conjugan en un medio social determinados factores individuales y físicos propicios y adecuados.

Eduardo NOVOA se expresa, al explicar la ideología de FERRI, en los siguientes términos: "La etiología de los delitos ha de hallarse principalmente en los factores que lo determinan (condiciones económicas, políticas, culturales, etc.), sin desconocer con ello el valor de los factores individuales o antropológicos y de los factores físicos (clima, temperatura, etc.), La responsabilidad social y no la responsabilidad moral es la base de la sanción. El hombre está fatalmente determinado a cometer el delito (determinismo) en virtud de los diversos factores ya enunciados, pero también la sociedad está determinada a defender las condiciones de su existencia. Por ello se defiende de las agresiones del delincuente tan pronto se dan las condiciones de la imputabilidad física. El hombre es responsable de sus acciones exteriormente delictivas, sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella (responsabilidad social) .Dentro de ese criterio, no cabe considerar a los enajenados mentales como seres al margen del Derecho penal. A los que delinquen, tanto normales como locos, habrá de aplicarse la segregación. FERRI comparte el criterio de LOMBROSO de que el delincuente es un ser anormal, pero desarrolla el principio, aumentando las categorías. Por ello clasifica los delincuentes en natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales".¹³

d) La pena para los positivistas no es una tutela jurídica sino *un medio de defensa social* cuya medida, como lo había ya precisado GARÓFALO, la constituye la *peligrosidad* del delincuente. Enrique FERRI, apoyándose precisamente en la doctrina expuesta por GARÓFALO, escribe *I Nuovi Orizzonti del Diritto pena/e*,

¹³ *Ob.Cit.*, p. 87.

en el que, afiliándose al criterio de la *prevención especial* de la pena, señala la peligrosidad del delincuente como base y medida de ella.

10. OTRAS ESCUELAS

Tratando de conciliar las posiciones opuestas de clásicos y positivistas surge, con CARNEVALE y ALIMENA, la *Tercera Escuela*. Fundamentalmente recoge, de la escuela positiva, el método experimental; niega el libre albedrío y proclama el determinismo positivista pero negando que el delito sea un acontecimiento inevitable; refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, adoptando el criterio de la defensa jurídica, viendo en la sanción un medio intimidatorio cuyo fin es la *prevención general* del delito. De la Escuela Clásica acepta, únicamente, la distinción entre imputables e inimputables.

La Escuela de la Política Criminal nace en Alemania con Franz Von LISZT y pretende una reestructuración dentro del seno de las disciplinas criminalísticas; señala el real contenido de la Ciencia del Derecho penal, cuyo campo no debe ser invadido por otras ciencias de naturaleza causal explicativa, cuyo papel debe quedar reducido al de simples auxiliares, tales como la Criminología y la Penología. La escuela de Von LISZT señala, como método de la Ciencia del Derecho penal, el lógico abstracto; reconoce que la responsabilidad penal encuentra su necesaria justificación en la imputabilidad del sujeto, entendiendo por tal la capacidad de éste para comportarse socialmente; el delito es, por una parte, una creación de la ley, mientras por otra resulta ser un fenómeno social cuya etiología puede ser determinada por estudios realizados por otras ciencias; las penas y medidas de seguridad constituyen medios legales de lucha contra el delito.¹⁴

14 Grande fue el prestigio de Von LISZT en Alemania, a grado tal que se le considera el fundador de la escuela moderna del derecho penal, tal vez por ser el "puente de transición" entre las antiguas ideas y las nuevas tendencias, posición intelectual que lo llevó a la creación de una corriente que se dio en llamar Escuela Jurídico-Penal Sociológica. La idea de la pena retributiva se sustituye por la de pena fin (Zweckstrafe), combatiendo la añeja postura de BIRKMEYER, para quien la relación delito y pena se justifica como retribución basada en la responsabilidad moral y en el libre albedrío, principios propugnados por la escuela clásica ya entonces en entredicho. Para el creador de la escuela sociológica no hay pena sin culpabilidad si ésta es exigida por la ley, en cuyo caso aquélla debe ser proporcionada al crimen; la defensa de la pena-fin se apoya en la defensa social. En opinión de Maurach, la concepción y el destino del movimiento de reforma están inseparablemente ligados a VON LISZT, a quien califica del mayor político-criminólogo alemán; su significación radica, a su juicio, "en haber sido el primero que ha explicado el delito y la pena como manifestaciones de la realidad, como fenómenos de la vida social y del destino del hombre individual, y de haber permitido, en consecuencia, la construcción de un puente entre derecho penal y criminología, hasta entonces enfrentados. Su concepción político criminal puede ser caracterizada por la tentativa de superar, no por combinación sino genésicamente, las teorías penales absolutas y las relativas; naturalmente, como el resultado de que la retribución pertenece a la historia, y la prevención al presente. El 'origen absoluto' de la pena resulta, también para LISZT, indiscutido. Los efectos de prevención general se hacen patentes por sí mismos, y tanto más en cuanto fue precisamente LISZT quien resulto con gran agudeza la doble función de la amenaza penal. Además, el carácter de mal, inmanente a la pena, puede ser valorado por su directa referencia a un fin: la pena retributiva se transforma en pena, determinada totalmente por la prevención ajustada a un fin". REINHART MAURACH. *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 74, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, Trad. Juan CÓRDOBA RODA.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación.

- 1.- ¿Cuál es la finalidad del Derecho en general?
- 2.- Explica del ¿por qué de la necesidad del Derecho Penal?
- 3.- ¿Cuál es el fin del Derecho Penal?
- 4.- Explica las partes del Derecho Penal y su contenido de cada una de ellas
- 5.- Señala tres denominaciones como se le conoce también al Derecho Penal.
- 6.- Define al Derecho Penal en sentido objetivo.
- 7.- Define al Derecho Penal en sentido subjetivo.
- 8.- Indica que diferencia existe entre Derecho Penal sustantivo y Derecho Penal adjetivo.
- 9.- ¿En qué consiste la dogmática jurídico penal?
- 10.- ¿En qué consiste la ciencia del Derecho Penal?
- 11.- ¿Qué diferencia existe entre la dogmática jurídico penal y la ciencia del Derecho Penal?
- 12.- Señala por lo menos tres de las ciencias con las que se relaciona el Derecho Penal.
- 13.- Señala los periodos que comprende la evolución de las ideas penales y explícalas brevemente.
- 14.- Señala los caracteres comunes que se presentan dentro de la Escuela Clásica.
- 15.- Señala los caracteres más comunes que se presentan dentro del Positivismo Penal.
- 16.- ¿Cuáles son los principios básicos de la Terza Scuola?

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARÍA

- Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Vol. 3. Biblioteca: Clásicos del Derecho Penal. Dist. Harla México. 1997
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 2002.

Esencia del Derecho Penal

Dentro de esta unidad se presentarán aquellas causas que justifican a la Ley Penal en un Estado de Derecho, iniciando con información referente a la Ley y el Estado de Derecho y el *ius puniendi* y *ius poenale*; para que a partir de ello analices el fin de la Ley penal y las consecuencias del abuso en la aplicación de la Ley Penal.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 2.1. Realiza las lecturas correspondientes a la unidad.
- 2.2. Realiza un escrito que explique la importancia de la Ley Penal en un Estado de Derecho; haciendo énfasis en el fin y abuso de la aplicación de la Ley Penal.
- 2.3. Elabora un resumen donde expliques el *ius puniendi* y el *ius poenale*.

Objetivo particular:

Explicar las causas que justifiquen a la Ley Penal en un Estado de Derecho y sus fines, así como las consecuencias del abuso en la aplicación de las mismas.

CONTENIDOS

- 2.1. La Ley y Estado de Derecho.
- 2.2. *Ius puniendi* y *ius poenale*.
- 2.3. El fin de la ley penal.
- 2.4. El Abuso en la aplicación de la ley penal.

2. A.	LÓPEZ Betancourt. Eduardo <i>Introducción al Derecho Penal</i>
-------	--

Octava edición

Editorial Porrúa, Año 2000, Tema II Esencial del Derecho Penal

TEMA II

ESENCIA DEL DERECHO PENAL

La esencia del Derecho en general consiste en lo permanente e invariable de los principios que lo rigen y fundamentan; de modo que la naturaleza de esos principios constituyen propiamente la materia de la ciencia jurídica. En el ámbito penal, esa esencia se configura por el análisis y conocimiento de los principios básicos de la naturaleza penal.

Dentro de ellos se cuenta la propia norma que origina a la ley penal, la que en combinación con otras disposiciones jurídicas del orden civil, administrativo, constitucional, etc., crea o da lugar al estado de Derecho, mediante el cual las sociedades y los individuos pueden convivir.

El estado de derecho de las sociedades utiliza, de manera fundamental al Derecho Penal, porque la autoridad se sirve de acto punitivo que de él emana como instrumento de poder. La vía penal se convierte en un medio mucho más eficaz, que cualquier otro, para lograr una adecuada convivencia social, fin último al que aspira el estado de Derecho.

A continuación analizaremos la Ley Penal y el estado de derecho, por ser aspectos relacionados básicamente con la esencia penal, donde estudiaremos lo relativo a sus fuentes; al *ius puniendi* y al *ius penali*; así como la misión de la Ley Penal y el abuso que puede presentarse al aplicarla.

LEY PENAL Y ESTADO DE DERECHO

Es conveniente la resolución previa de las siguientes interrogantes.

¿Qué es la Ley Penal? Y ¿cuál es el estado de Derecho? La Ley Penal es la única fuente o lugar donde se origina el Derecho Penal; en este sentido Eugenio Cuello Calón afirma: “Que sólo la ley es fuente del derecho Penal y domina como principio fundamental la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*.”¹ Precisa con acierto tan distinguido maestro, que esta máxima latina no proviene del Derecho Romano: su autor es el alemán Feuerbach, quien ya al inicio del siglo XIX señalaba que: “los más elevados principios del Derecho Penal son: I. Toda imposición de una pena presupone una Ley Penal (*Nulla poena sine lege*). II. La imposición de una pena está condicionada por la existencia de una acción conminada con ella (*Nulla poena sine crimine*). III. El hecho conminado por una ley está condicionado por una pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*)”.²

¹ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, Ed. Nacional, 9ª ed., México, 1961, p. 69

² Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 20, 12ª ed., Giessen, 1836, p. 29.

Luego entonces el Derecho Penal encuentra en la ley su única forma de expresión y manifestación, lo cual, expuesto en otras palabras significa que la ley es la exclusiva fuente generadora del Derecho Penal, por ello atinadamente Jiménez de Asúa sostiene que la Ley Penal “en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones”.³

Así los delitos y las penas requieren, para su existencia, de la ley penal, en ello radica precisamente su importancia.

Algunos autores coinciden en señalar que además de la ley existen otras fuentes del Derecho Penal, como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

En términos generales, la costumbre consiste en el conjunto de usos o hábitos comunes a una sociedad, a los que se les da el carácter de obligatorios; la costumbre constituye una regla social que la propia colectividad estima obligatoria. Dentro de nuestra esfera jurídica, la costumbre puede considerarse fuente del Derecho sólo si así lo señala expresamente una ley penal; de esta manera, únicamente tendrá validez si la ley así lo permite.

La jurisprudencia se define como la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos en conflicto que se someten a su conocimiento. En México, la jurisprudencia judicial es la interpretación de la ley, firme y reiterada, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito.

Como puede apreciarse, en las organizaciones de la Suprema Corte de Justicia existen también Tribunales Colegiados de Circuito, que por mandato de la ley, pueden crear jurisprudencia la que, en esencia, es igual de obligatoria para los tribunales inferiores.

En fin, el tema de la jurisprudencia es trascendental porque además de ser un conjunto de tesis que constituyen un valioso material de orientación y enseñanza, tiene por objeto orientar a los jueces en la resolución de múltiples cuestiones jurídicas supliendo las lagunas y deficiencias del sistema jurídico positivo.

³ Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Ed. Sudamérica, Buenos Aires, 1990, p. 92.

En ese orden de ideas, por ejemplo, se ha establecido jurisprudencia sobre la interpretación de ciertas palabras contenidas en alguna disposición jurídica, la que puede dar lugar a distintas exégesis; tal podría ser el caso de lo que debe entenderse por "honestidad"; para muchos es quizá sinónimo de fama pública, pero para otros puede ser la forma personal de conducirse ante los demás. En ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado lo siguiente: es, "virtud positiva, conciencia del propio pudor y tal estado moral y modo de conducta apegado a ese estado" (Jurisprudencia, 1ª Sala núm. 1437. Informe 1981 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Tal opinión -buena o mala- expresada por el más alto tribunal de nuestro país, debe ser seguida, aceptada y aplicada por los organismos inferiores sujetos a su jerarquía.

Al igual que la costumbre, como podemos observar, la jurisprudencia tiene valor en la medida en que así lo permite la ley.

La doctrina constituye una serie de estudios que en el ámbito jurídico llevan a cabo los investigadores y los doctos de la ciencia jurídica. Sobre esto, debe decirse, todos los estudios que realizan los conocedores del Derecho son sumamente útiles, pues coadyuvan a desentrañar muchas dudas y aclaran diversas cuestiones. Los puntos de vista de los grandes estudiosos del Derecho o doctrinarios sólo tienen valor si la ley expresamente lo dispone y aprueba.

De lo anterior, se desprende que la ley es la única fuente efectiva del Derecho Penal. La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina pueden también ser fuente en la medida y forma que así lo disponga la propia ley penal.

En sentido habitual la ley es una regla que procede del poder público, cuyas características principales son la de ser general, abstracta, permanente y coercible. Es general porque va dirigida a todos sin distinción alguna; abstracta porque implica que no va dirigida a nadie en especial, es decir, de manera indefinida hasta que la misma sea revocada por los mecanismos adecuados. Además de estas características, debemos agregar la de estar provista de una sanción, pues la ley se define como una regla obligatoria emanada del poder estatal y que en nuestro país, sólo la pueden elaborar órganos de carácter legislativo.

De lo antes expuesto, podemos definir a la ley penal como la expresión del poder público debidamente establecido, en la cual se señalan de manera objetiva y justa los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

Por otra parte, el estado de derecho es un principio básico de las sociedades modernas, donde el imperio de la ley sea manifiesto. Dicho estado de derecho tiene dos concepciones:

- a) formal, y**
- b) material.**

Desde el punto de vista formal, el estado de derecho se identifica con la garantía de seguridad jurídica, cuyo fin inmediato pretende que el individuo mantenga su libertad, conozca sus derechos y se adopten las medidas necesarias para evitar los abusos en su perjuicio.

Desde el punto de vista material el estado de derecho es el ideal del estado justo. Esto en el lugar donde se proteja la dignidad humana, como máximo valor del ser. En la medida en que se respete la dignidad humana se evitarán delitos impuestos injustamente, penas crueles y en general sanciones denigrantes.

Como conclusión señalaremos que la ley penal y el estado de Derecho se encuentran estrechamente unidos. Para que exista un estado de derecho se requiere contar con leyes que además de contener los principios jurídicos formales, sean esencialmente justos, ya que las exigencias de justicia constituyen el más severo reclamo social de nuestros días. De esta manera, el estado de Derecho debe darse tanto formal como material, esto es, no deben sólo establecerse disposiciones en forma de ley, sino lo más importante es que ésta responda al ideal de justicia. Por ello no podrá existir nunca un estado de Derecho con leyes de contenido injusto.

MISIÓN DE LA LEY PENAL

La ley penal como única expresión del Derecho Penal tiene una misión muy importante que cumplir, la de permitir la grata convivencia social; en esa medida, como dice Reinhart Maurach,⁵ “no existe ninguna otra rama del Derecho con recursos, superiores en alcance, a los que tiene el Derecho Penal”.

Con la ley penal se garantiza plenamente al individuo, que supuestamente haya cometido un delito, la demostración previa –antes de sancionarlo- de su plena responsabilidad. Es, de esta manera, como se considera

⁵ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 111.

a la ley penal poseedora de una garantía individual de primer orden, al exigir, para imponer sanciones, el que se tenga probada su responsabilidad.

Aunada a la garantía expresada, de asegurarse de la responsabilidad penal de individuo, la ley penal posee otras dos: la de orden procesal y la de tipificación absoluta.

La garantía de orden procesal consiste en asegurarse, mediante las pruebas que sean necesarias, de que un sujeto ha cometido un delito. Se busca no sólo la posibilidad sino la plena seguridad, y para ello se utilizan los medios imprescindibles y para el caso de no llegar a esa absoluta convicción, durante el proceso, el individuo sujeto al mismo, recobrará su plena libertad.

Por la garantía de tipificación se pretende que existe una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, para así hacer la realidad el principio de: *nulla poena sine lege scripta* (no hay pena sin ley escrita). Al igual que en la garantía de orden procesal, si no existiera un delito exactamente aplicable al hecho consumado, el individuo quedará en absoluta libertad.

Para concluir, podemos afirmar que la ley penal tiene la importante misión de proteger bienes jurídicos vitales para la convivencia humana como lo son: la vida humana, la integridad corporal, el patrimonio, la libertad personal, la paz pública, la seguridad interior y exterior de una nación, etc. Esa protección se hace al través del poder coactivo del Estado, valiéndose de las penas y medidas de seguridad.

EL ABUSO EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

En líneas precedentes se dijo que la ley penal tiene una función protectora de bienes jurídicos, pero tal función sólo podrá tener éxito en la medida que se presente o se dé una conciencia colectiva de responsabilidad, a fin de que los individuos se percaten de la necesidad de abstenerse de lesionar o de poner en peligro los bienes jurídicamente protegidos. Cuando se alcance ese nivel se estará en el momento deseable de una sociedad, de lo contrario se corre el peligro de abusar en la aplicación de la ley penal.

Cuando en un estado por todo y para todo la autoridad quiere aplicar leyes penales, provoca una situación de tensión social sumamente perniciosa, le resta respetabilidad a la ley penal y la sociedad ve con indiferencia, o bien, con verdadero pánico, como, por cualquier e insignificante motivo, se aplica una ley penal.

En ocasiones y sin razón alguna, a la autoridad se le ocurre dictar leyes penales; ejemplo: en ciertos espectáculos se abusa de la “reventa” en la adquisición de los boletos de entrada, ocurriéndosele “inventar” a la autoridad del delito de REVENTA; esto resulta absurdo y falta de imaginación para buscar otras y mejores vías para resolver el problema; como pueden ser la venta telefónica de boletos o por medio de agencias especializadas que puedan combatir esa molesta práctica antisocial de la reventa, pero no necesariamente acudir a la vía penal, la cual debe de quedar como un recurso extremo; a las sociedades se les debe de educar para una ducha y justa convivencia social y sólo, como último instrumento, se debe de amenazar con la imposición de una sanción, cuya sustentación se encuentra en la ley penal.

El abusar en la aplicación de la ley penal conlleva una violación a los derechos humanos.

Los derechos humanos son principios por los cuales se asegura la libertad de los individuos, misma que requieren para garantizar la plena existencia de su personalidad. Cuando se dé un exceso en la aplicación de la ley penal, necesariamente se afectan los derechos humanos. Ese abuso al que nos hemos referido provoca también la existencia de un régimen injusto, contrario al estado de Derecho, el cual nunca debe de abandonar sus principios de legalidad y excluir el abuso en la imposición de las leyes penales.

Si reiteradamente se extralimita la aplicación de la ley penal, deben buscarse mecanismos para superar esa riesgosa práctica; ya que de prolongarse se corre el peligro de configurarse una dictadura jurídica, en la cual la autoridad mantiene su hegemonía o control por la aplicación inmoderada de la ley, restándosele tal como ya lo mencionamos, respetabilidad social, característica básica, de la que siempre debe de estar investida la ley penal.

Asimismo, para limitar el abuso excesivo de la aplicación de ley penal, es necesario conocer los límites al Poder Punitivo del Estado –producto de una concepción democrática de éste- inmersos en nuestra Constitución Política.

Recordemos que el Estado tiene la ineludible misión de combatir al delito y su autor; para ello, se sirve de una ciencia llamada Política Criminal. Por esta última, se entiende aquella que se “ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquél, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho Penal, considera hasta qué límite puede extenderse el legislador el Derecho Penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano más allá de lo

absolutamente indispensable, y examina sí el Derecho Penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal”, como piensa.⁶

En su política criminal, el Estado debe tener siempre presente que no “todo lo que parece conveniente es asimismo justo”.⁷ Como criterios de justicia se enarbolan los siguientes principios, los cuales constituyen los límites al derecho a castigar:

1. *Principio de estado de derecho*

Este principio dio vida al denominado de *intervención legalizada*. Se estructura sobre el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la actuación administrativa y la garantía de derechos y libertades fundamentales.

2. *Principio de legalidad: nulum crimen nulla poena, sine lege*

Indica que tanto el delito como la pena deben estar, precisamente, a su comisión e imposición, previstas con anterioridad en la ley penal.

3. *Principio de reserva de la ley o de concentración legislativa*

La materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del Poder del Estado, el cual le es asignada la facultad de legislar: Poder Legislativo, exclusivamente.

4. *Principio de intervención mínima*

El Estado con la facultad que le fue asignada, de penar y proteger la humana convivencia, garantizando la paz social, en función represiva y preventiva, debe hacer uso del derecho penal, cuando otros medios de control social de carácter no penal sean insuficientes; empero, sólo para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más insoportables o intolerables.

⁶ Hans-Heinrich, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Edit. Comares-Granada. 1993, p 18.

⁷ Hans-Heinrich, Jescheck, *op. cit.*, p. 18.

Gracias a este principio, el Derecho Penal es la última *ratio legis* o razón legal del Estado, para mantener el equilibrio social, ya que si abusara del derecho penal se entraría al llamado terror penal.

5. Principio de determinación del tipo (o precisión del tipo) y las penas o medidas de seguridad

Con esto se debe tener presente que tanto el precepto como la sanción deben ser precisos, certeros. En el tipo penal deben de emplearse el menor número de elementos normativos. La pena debe ser lo más exacta posible.

6. Principio de irretroactividad

Este principio está contenido en el artículo 14, párrafo inicial de nuestra Carta Magna, el cual reza: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

7. Principio de prohibición de interpretación analógica

También está contenido este límite en el artículo 14 Constitucional, párrafo tercero que a la letra dice: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.” Lo anterior, significa apego estricto a la ley, lo que no contenga un tipo penal como delito, no debe crearse apoyado en su similitud con otro; es decir, un hecho que no está plenamente contenido en un tipo penal, no debe pensarse que es semejante a otro, o bien, no debe buscarse otro que se le parezca, cuando no se integre el tipo.

8. Principio del hecho

Es evidente que para que el Estado intervenga en materia penal, debe previamente cometerse un hecho (acto u omisión), por parte de un sujeto.

Merced a esto, se excluyen del ámbito penal los actos internos, *cogitationis poenan, nemo patitur* (el pensamiento no delinque).

9. Principio de culpabilidad

No hay pena sin culpabilidad. Entiéndase como quiera este elemento del delito, o se afilie a la postura que sea (causalista o finalista), este principio excluye penar por la conducción de vida o carácter del agente (criterio de peligrosidad).

10. *Principio de retribución*

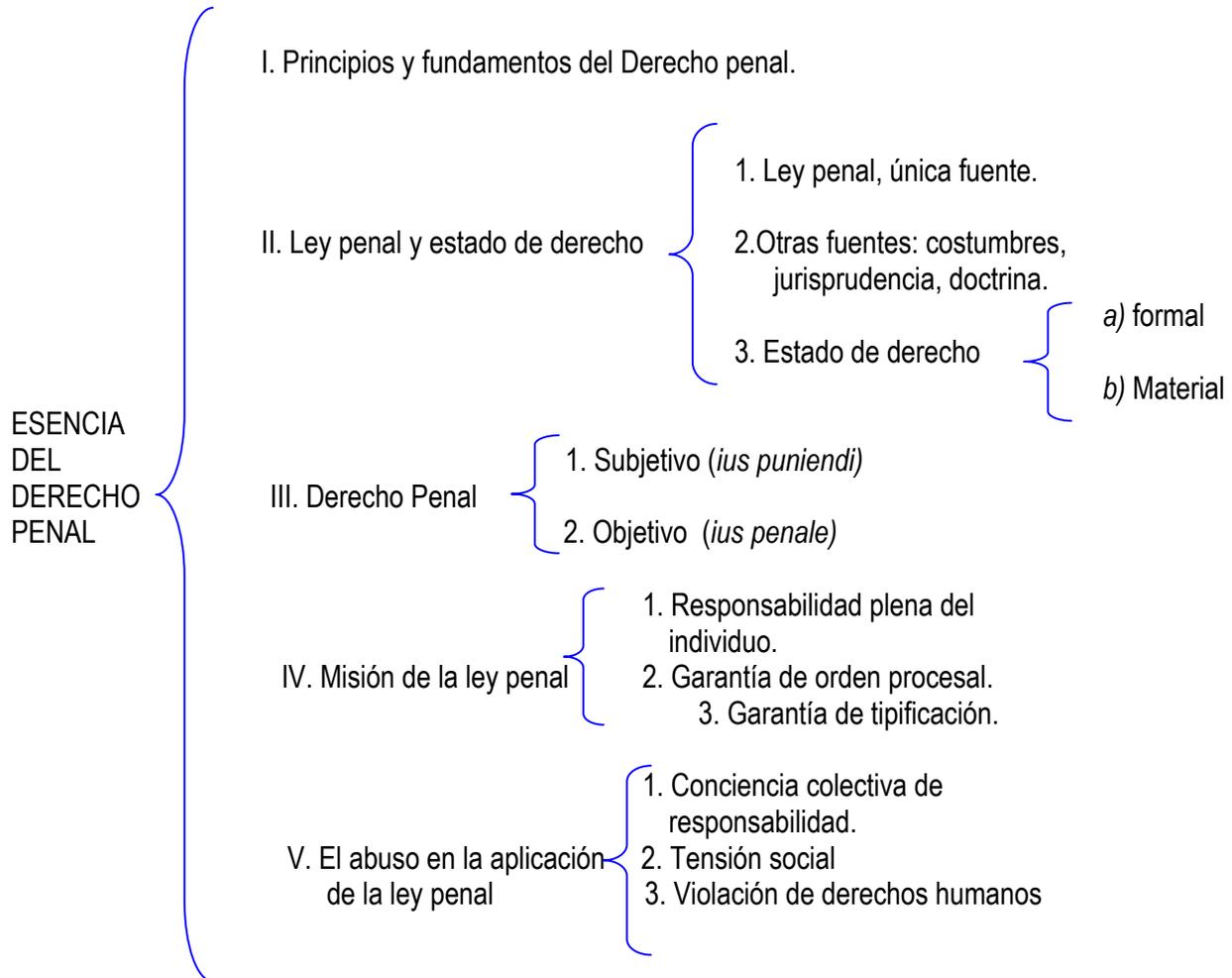
Como respeto a la dignidad de la persona humana, sólo cabe aplicar pena a todo acto culpable. Toda pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

11. *Principio de humanidad*

En virtud al mismo, el Estado debe apoyar a sus gobernados a su realización como personas; readaptación social, libre disposición hacia la ayuda y decidida voluntad de recuperar a los condenados, son los más importantes límites al derecho a castigar

CUADRO SINÓPTICO DE LA TERCERA UNIDAD

ESENCIA DEL DERECHO PENAL



GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación

- 1.- ¿Qué se entiende por Ley Penal?
- 2.- ¿Cuál es la fuente generadora del Derecho Penal?
- 3.- Señala las características de la Ley.
- 4.- ¿Qué se entiende por estado de derecho?
- 5.- Señala y explica las dos concepciones del estado de derecho.
- 6.- ¿Cuál es el fin de la Ley Penal?
- 7.- Explica brevemente cuándo se está en presencia de un abuso con la aplicación de la Ley Penal
- 8.- Señala los principios que constituyen los límites al derecho de castigar

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal. Ed. Porrúa, México 1997.
- Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte general. Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1996.

Dentro de la presente unidad encontrarás la información referente a la Norma Penal, iniciando en primera instancia por su concepto, para después explicar los ámbitos de validez de la Norma Penal, en cuanto a lo material, personal y espacial; los cuales te permitirán hacer la interpretación de la Ley Penal haciendo énfasis en los métodos utilizados para ello.

Por último en esta unidad encontrarás lo que es la integración de la Ley Penal, sus lagunas, medios de integración y clases, los cuales son necesarios para la comprensión de las siguientes unidades de esta asignatura.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 3.1. Realiza la lectura de los temas correspondientes a esta unidad.
- 3.2. Elabora un cuadro sinóptico con el concepto de la Norma Penal y sus ámbitos de validez en cuanto a lo material, personal y espacial; así como las fuentes del Derecho Penal.
- 3.2. Elabora un mapa conceptual que contenga la interpretación de la Ley Penal (concepto y métodos) y la Integración de la Ley Penal (concepto, lagunas, medios y clases).

Objetivo particular:

Analizar el contenido de la norma penal: Fuentes, ámbitos de validez, interpretación e integración.

CONTENIDOS

- 3.1. *Concepto de Norma Penal.*
- 3.2. Fuentes del Derecho Penal.
- 3.3. Ámbitos de validez de la Norma Penal.
 - 3.3.1. Material.
 - 3.3.2. Personal
 - 3.3.3. Espacial.

3.4 Interpretación de la Ley Penal.

3.4.1. Concepto.

3.4.2. Métodos.

3.5 Integración de la Ley Penal.

3.5.1. Concepto.

3.5.2. Lagunas en el Derecho Penal.

3.5.3. Medios de Integración.

3.5.4. Clases.

3. A.	PORTE Petit, Celestino
<i>Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal</i>	
Decimanovena Edición, Editorial Porrúa, Año 2001. pp. 109 a 131.	

CAPITULO IV

LA NORMA PENAL

SUMARIO

1. Concepto de norma penal.-2. Sus elementos.-3. Contenido de los elementos de la norma.-4. Destinatarios de la norma penal.

1. CONCEPTO DE NORMA PENAL

¿Qué debe entenderse por norma penal? Pensamos que una norma penal, es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad).

2. SUS ELEMENTOS

La norma penal en sentido estricto, consta de elementos o partes:

El precepto, y

La sanción.

Así pues, subraya Manzini, precepto y pena son dos términos que se integran recíprocamente en la norma penal, tanto bajo el aspecto técnico-jurídico, como bajo el aspecto psicológico y sociológico.¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado, que “conforme a la teoría general del delito toda norma jurídica y especialmente la pena, se compone del precepto y la sanción, y el precepto consiste en la descripción del hecho exigido o prohibido...” (*Semanario Judicial de la Federación, CXXII, págs. 110-111*).

3. CONTENIDO DE LOS ELEMENTOS DE LA NORMA

Una vez señalados los elementos de la norma, es necesario examinar el contenido del precepto y de la sanción.

Al precepto se le denomina: precepto primario, y a la sanción, precepto secundario.

El precepto contiene la figura delictiva, y funciona:

En forma positiva, es decir, manda, ordena, o

En forma negativa, contiene una prohibición.

La sanción por su parte, abarca la punibilidad.

4. DESTINATARIOS DEL DERECHO PENAL

Es importante determinar la ubicación de los destinatarios de la norma penal en la existencia del Derecho Penal.

Cuello Calón,² Jiménez de Asúa,³ y Antón Oneca,⁴ se refiere a los destinatarios de la norma penal, en la Introducción de la Parte General del Derecho Penal; otros, como Del Rosal,⁵ Paoli,⁶ Petrocelli,⁷ Ranieri,⁸ Cavallo,⁹

¹ *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 235. Buenos Aires, 1948. Tanto el precepto como la sanción, anota Florian, constituyen la Ley penal y están contenidas en la misma como dos elementos indisolublemente unidos, por lo que no pueden existir un precepto sin sanción. *Parte General del Derecho Penal*, I, pág. 195. La Habana, 1929.

² *Derecho Penal*, I, págs. 8-9, 12ª ed. Barcelona, 1956.

³ *Tratado de Derecho Penal*, I, págs. 36-38. Buenos Aires, 1950; 40-42, 2ª ed. Buenos Aires, 1957

⁴ *Derecho Penal*, I, pág. 6. Madrid, 1949.

⁵ *Principios de Derecho Penal español*, II, Vol. 1º, pág. 32. Valladolid, 1948.

⁶ *Il Diritto Penale italiano*, I, págs. 31-40. Padova, 1936.

⁷ *Pincipi di Diritto Penale*, I, págs 99-101. Nápoles, 1960

Santianello¹⁰ y Vannini,¹¹ incluyen los destinatarios de la norma penal en el estudio de la norma penal, que es su lugar adecuado, pues si se trata del problema de los destinatarios de la norma penal, es decir, a quien va dirigida la norma penal, es incuestionable que el lugar, la ubicación de esta cuestión, lo es en estudio de la norma penal y no en la Introducción donde se estudian los temas previos y generales de la Parte General del Derecho Penal o sea, que estamos frente a una cuestión de aplicación de la ley, observándose fácilmente que entre el titular del Derecho Penal y destinatario del mismo Derecho Penal, gira el ordenamiento jurídico punitivo.

La norma penal, ¿a quiénes se dirige?; ¿quiénes son sus destinatarios? Sobre este particular existen varias teorías:

- a) La norma se dirige a los órganos del Estado.
- b) Se dirige a los súbditos.
- c) Se dirige directamente a los órganos del Estado e indirectamente a los súbditos.
- d) Se dirige tanto a los órganos del Estado como a los súbditos,¹² y
- e) Se dirige el precepto a los súbditos y la sanción a los órganos del Estado.¹³

No obstante estar de acuerdo muchos autores en que la norma se dirige a los súbditos, se dividen las opiniones en dos corrientes: Unos, afirmando que la norma se dirige a todos sin excepción otros, que únicamente a los capaces y no a los incapaces. Entre los primeros se encuentran Maggiore,¹⁴ Antón Oneca,¹⁵ Antolisei,¹⁶ Cuello Calón,¹⁷ Santaniello,¹⁸ y otros más; y entre los segundos, que estiman que la norma no se dirige a los incapaces se encuentra Petrocelli,¹⁹ Cavallo,²⁰ y Vannini. Este último autor sostiene que la norma penal se dirige

⁸ *Diritto Penale*, pág. 21. Milano, 1945.

⁹ *Diritto Penale*, I, págs. 155-158. Napoli, 1948.

¹⁰ *Manuale di Diritto Penale*, págs. 7-8. Milano, 1957

¹¹ *Manuale di Diritto Penale*, págs. 27-28. Firenze, 1947.

¹² "La norma penal en su conjunto está dirigida tanto a los asociados como a los órganos del Estado que deben hacerla observar". Antolisei. *Manuale di Diritto Penale*, pág. 34, 3ª ed. Milano, 1955.

¹³ La opinión tradicional parece a Maggiore la más correcta. El Derecho Penal obra, nos dice, valiéndose de la intimidación y sería, por tanto, ridículo que el legislador, para apartar del homicidio o del hurto a los mal inclinados, dirigiese el mandato de "no matar" o no "robar" al juez o a los gendarmes... El juez y los demás agentes, intervienen sólo cuando el mandato de la ley encuentra sordo y renuente al súbdito que estaba obligado a observarlo. *Derecho Penal*, I, págs. 41-42, 5ª ed. Temis. Bogotá, 1954.

¹⁴ *Derecho Penal*, I, págs. 41-44, 5ª ed. Ed. Temis, Bogotá, 1954.

¹⁵ *Derecho Penal*, I pág. 6. Madrid, 1949.

¹⁶ Sostenemos, dice, que la norma penal se dirija a todos los súbditos, sin excepciones como son sus condiciones psíquicas. *Manuale di Diritto Penale*, pág. 35, 3ª ed. Milano, 1955.

¹⁷ *Derecho Penal*, I, págs. 8-9. 12ª ed. Barcelona, 1956.

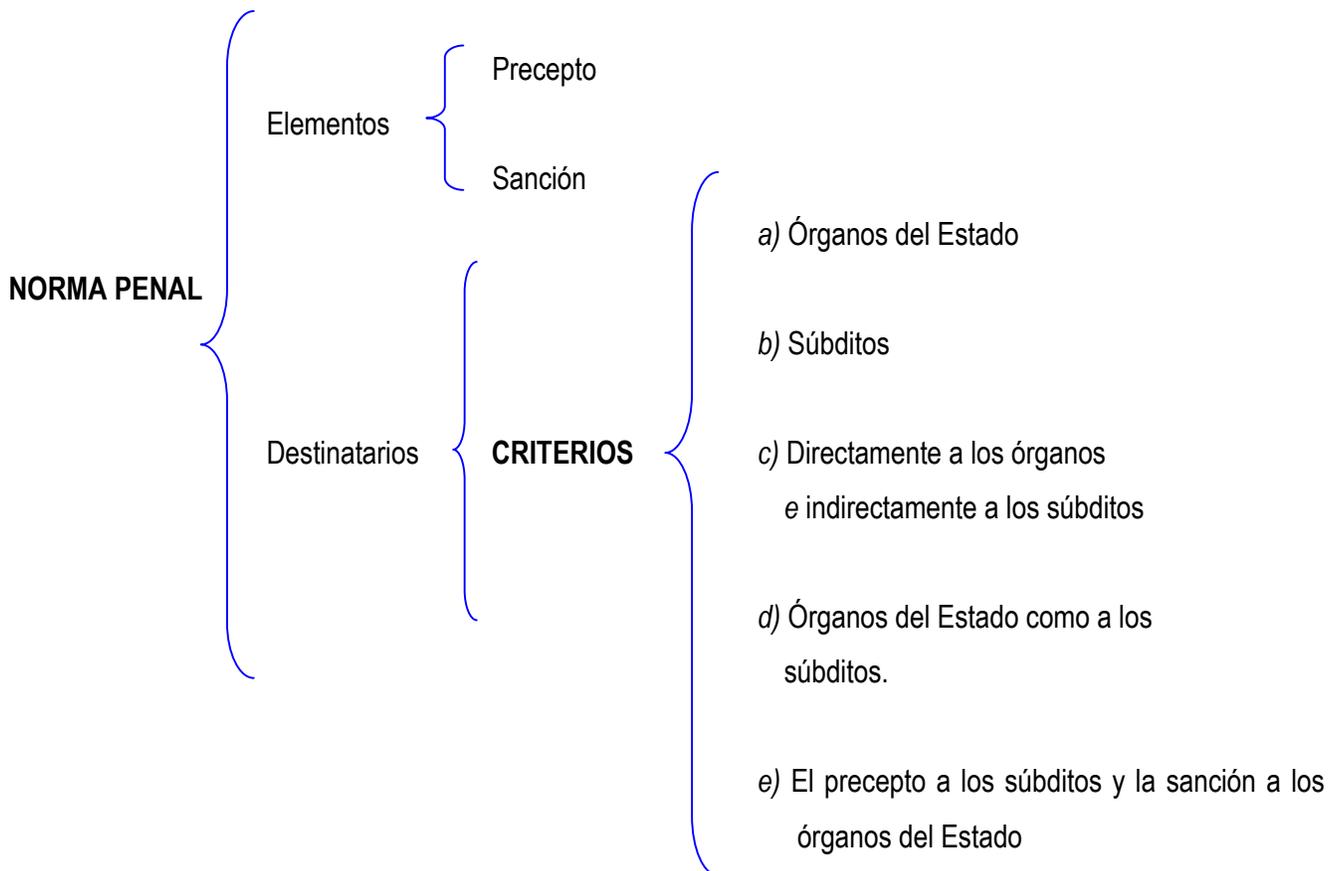
¹⁸ *Manuale di Diritto Penale*, págs. 7-8. Milano, 1947.

¹⁹ *Principi di Diritto Penale*, I, págs. 99-101, 3ª ed. Napoli, 1950

²⁰ *Diritto Penale*, I, pág. 157. Napoli, 1948.

solamente a los individuos capaces de entenderla y de sufrirla.²¹ Por tanto, nos dice, destinatarios de la norma son los individuos sanos y maduros de la mente, los individuos psíquicamente capaces.²²

Nuestro criterio es en el sentido de que destinatarios del Derecho Penal son todos aquellos individuos sin distinción de ninguna especie, que tienen obligación de acatar, de obedecer las leyes penales.



CAPÍTULO V INTERPRETACIÓN

SUMARIO

1. Concepto.-2. Prohibición de interpretación penal.-3. La interpretación es imperativa.-4. Clases de interpretación.-5. Con relación al sujeto, al intérprete, su fuente o desde el punto de vista subjetivo: a) Doctrinal,

²¹ *Manuale di Diritto Penal*, pág. 27. Firenze, 1947.

²² *Manuale di Diritto Penale*, pág. 27. Firenze, 1947.

científica o privada. Valor de la interpretación doctrinal. b) Interpretación judicial, forense, usual o jurisprudencial. c) Auténtica o legislativa: a) Interpretación auténtica, contextual o simultánea. b) Interpretación auténtica o legislativa posterior o ley interpretativa.-6. En cuanto a los medios: a) Interpretación gramatical, literal o filológica.-7. Jurisprudencia. b) Interpretación lógica, teleológica, racional o ideológica.-8. Jurisprudencia.-9. Elementos de esta interpretación.-10. Elementos jurídicos: Histórico.-11. Sistemático.-12. Legislación comparada.-13. Elementos extrajurídicos.-14. Elemento político.-15. Elemento sociológico.-16. Elemento ético.-17. Interpretación de acuerdo con los resultados: c) Declarativa. d) Restrictiva. e) Extensiva.-18. Interpretación progresiva o evolutiva.

Una vez dictada la ley por el Estado, debe ser aplicada, y para ello es ineludible interpretada, constituyendo esta última función, la más elevada y difícil misión del juzgador.

I. CONCEPTO

¿Qué es la interpretación? Interpretar la leyes precisar su sentido, su voluntad, no la del legislador.

2. PROHIBICIÓN DE INTERPRETACIÓN PENAL

No obstante que la ley penal debe interpretarse, han existido opiniones contrarias. Por ello, "estas erróneas prohibiciones, que impiden toda sana evolución científica, han caído en el merecido olvido histórico",¹ No es posible aplicar la norma si no se tiene de ella un claro concepto, si no se ha desentrañado su alcance, su sentido.

3. LA INTERPRETACIÓN ES IMPERATIVA

En consecuencia, debe señalarse la necesidad de interpretar la ley penal. Massari decía que la interpretación constituye un proceso irresistible, no obstante todas las prohibiciones.²

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: "Si bien el artículo 14 Constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aún por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aún conducir al absurdo; los tratadistas mismos admiten que pueda ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos

¹ Mezger. *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 143, 2ª ed. Madrid, 1946.

² *Le Dottrine generali del Diritto Penale*, pág. 22, año 1928.

procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc."³

4. CLASES DE INTERPRETACIÓN

Es casi unánime la opinión de que las clases de interpretación van en razón del sujeto, de los medios para realizarla, y los resultados a que se arriba.

En realidad, no debe hablarse sino de una sola interpretación: la teleológica, que busca la voluntad de la Ley. Ya Manzini asentó que "puesto que la interpretación, como investigación del verdadero sentido de la ley, constituye una operación lógica, es manifiesto que ésta, aunque se valga de medios diversos, es en sí misma esencialmente única, y por eso, bajo el aspecto objetivo no pueden admitirse especies diversas de interpretación, sino orientaciones, medios y resultados diversos"⁴ El mismo criterio de Ranieri⁵ y Grispigni⁶ cuando dicen que la interpretación es una.

5. CON RELACIÓN AL SUJETO, AL INTÉRPRETE, A SU FUENTE O DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO, LA INTERPRETACIÓN SE DIVIDE EN

- a) Doctrinal, científica o privada;
- b) Judicial, forense, jurisprudencial, y
- e) Auténtica o legislativa.

a) La interpretación doctrinal (*opinio doctorum*), es la realizada por los científicos o doctos, para desentrañar la voluntad de la ley.

Con mucha frecuencia se quiere aislar a la práctica de la teoría, lo cual es inaceptable. No se comprende, advierte Battaglini, una teoría que no sea destinada a servir a la práctica, y una práctica que menosprecie el estudio científico, no sería sino un primitivo y peligroso empirismo,⁷ o como dice Jiménez de Asúa, "su valor es descollante, ya que divorciar la teoría de la práctica, conduciría al absurdo".⁸

³ Semanario Judicial de la Federación, XXVI, pág. 1277.

⁴ *Tratado de Derecho Penal*, 1, pág. 354. Buenos Aires, 1948.

⁵ *Diritto Penale*, pág. 40. Milano, 1945.

⁶ *Derecho Penal italiano*, Vol. I2, pág. 355. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1949.

⁷ *Diritto Penale*, pág. 52. 3ª ed., Padova, 1949.

⁸ *La ley y el delito*, pág. 106, 5ª ed. Buenos Aires, 1967. Para Antón Oneca, la separación entre teoría y práctica, de la que es frecuente oír hablar a los prácticos, carece de verdadero sentido, pues en materia jurídica las teorías están destinadas a servir para la práctica, así

La relevancia que tenga la interpretación doctrinal, dependerá como es natural, del prestigio, de la autoridad del intérprete.

b) Interpretación judicial, forense, usual o jurisprudencial. La interpretación judicial es la que se lleva a cabo por los tribunales, desentrañando la voluntad de ésta, la cual, es obligatoria únicamente para el caso concreto a que se refiere, es decir, no tiene eficacia generalizadora.

"ART. 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de las que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados". "ART. 193. La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas, por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integren cada tribunal colegiado",

Suele acontecer que una jurisprudencia equivocada sea sostenida por los Tribunales que la dictaron, con perjuicio de la administración de justicia, debiendo recordar a este respecto, lo afirmado por Eusebio Gómez: "Los tribunales suelen rectificar su criterio de apreciación, y es un bien que así sea, porque el apego excesivo a las propias opiniones y la persistencia en el error comprobado, acusan terquedad, impropia de la función judicial y determinan el estancamiento de las ideas jurídicas".⁹

como la practica no penetrada de espíritu científico, constituye el más vacío y pobre empirismo fracasando precisamente ante el caso práctico, pues al no saber lo que en éste hay de general, acaba por crear una jurisprudencia contradictoria y arbitraria. *Derecho Penal*, I, pág. 97. Madrid, 1949.

⁹ *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 142. Buenos Aires, 1939.

c) Interpretación auténtica o legislativa. Por interpretación auténtica o legislativa, debemos entender la que realiza la ley, cuando se dicta, o bien la que es realizada por la ley posterior, para explicar su propio contenido, originándose así dos clases de interpretación auténtica:

a) Con textual o simultánea.

b) Posterior o ley interpretativa.

c) La interpretación auténtica simultánea o con textual, es la que realiza la misma ley. Existe, expresa Manzini, cuando en una misma ley algunas normas han sido dictadas con la mera finalidad interpretativa de otras normas de la misma ley.¹⁰

En nuestra legislación podemos señalar como casos de interpretación auténtica contextual, los artículos 315, 317, 318 y 319, referentes al concepto de premeditación, ventaja, alevosía y traición, o sea, con relación a los tipos complementados cualificados o bien, privilegiados, sea de homicidio o lesiones en su caso.

b) Interpretación auténtica posterior o ley interpretativa existe cuando la ley dictada es interpretada por otra posterior.

6. SEGÚN LOS MEDIOS

En cuanto a los medios, la interpretación se clasifica en: a) Gramatical, literal o filológica, y b) Lógica, teleológica o ideológica.

a) *interpretación gramatical, literal o filológica*

La interpretación gramatical consiste en buscar la voluntad de la ley por el significado literal del texto.

Manzini piensa que "el examen del elemento literal o gramatical, de la norma, debe preceder a todo otro, porque es presumible que el legislador haya expresado la propia voluntad con lenguaje propio y claro".¹¹

¹⁰ *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 361. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1948.

¹¹ *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 374. Buenos Aires, 1948.

La búsqueda de la voluntad de la ley por el significado literal, quiere decir que es posible la coincidencia entre la voluntad de la ley con la significación literal, pero puede ocurrir que no haya tal coincidencia. "La interpretación gramatical, nos dice Bettiol, es por tanto la primera fase a través de la cual el jurista debe pasar para dar un significado finalístico a la palabra de la ley, pero esta interpretación no es siempre suficiente para esclarecer el contenido de la voluntad de la ley misma".¹² Lo expuesto nos lleva a afirmar rotundamente, que la interpretación gramatical debe ser coincidente o acorde con el telos de la ley, pues de lo contrario, el significado literal, sería irrelevante. Justamente la distinción entre la interpretación gramatical y lógica, nos dice Antolisei, es rechazada por varios autores porque divide un *quid* que por su naturaleza es inescindible,¹³ sosteniendo que la interpretación es en sí única: es al mismo tiempo literal y lógica, y en realidad la letra es el punto de partida del intérprete y el pensamiento el punto de llegada.¹⁴ Contamos además con el pensamiento claro y preciso de Petrocelli a este respecto: "No es concebible una interpretación solamente literal y que no deba extenderse más allá de la expresión defectuosa a buscar el contenido y la razón verdadera de la norma; tampoco es concebible una interpretación que proceda únicamente con la base de elementos extraliterales, y que de la letra de la ley no se sirva como uno de los coeficientes indispensables de la reconstrucción. En realidad la interpretación es una sola, literal y lógica a la vez, y la distinción es válida para reconocer los dos momentos de una actividad única, los diversos medios de que la interpretación se vale, y no para establecer dos especies distintas de aquélla".¹⁵

Se asevera, que hay que "interpretar las leyes en armónico conjunto de lo que dicen literalmente y del fin que persiguen desentrañando la expresión con primacía del telos".¹⁶ Lo literal cuando se acepta, es porque coincide con el telos, que es lo que priva en la interpretación. Tan es así, que cuando lo literal es discordante con la voluntad de la ley, es totalmente irrelevante para la interpretación; luego nunca es válida la interpretación gramatical si no coincide con la teleológica.

7. JURISPRUDENCIA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: "Una interpretación de la ley que sólo atendiese a la redacción gramatical de un precepto legal, que contiene un error técnico de impresión, sólo conduciría, a

¹² *Diritto Penale* pág. 79. Palermo, 1945.

¹³ *Manuale di Diritto Penale*, pág. 59, 3ª ed. Milano, 1955.

¹⁴ *Manuale di Diritto Penale*, pág. 59, 3ª ed. Milano, 1955.

¹⁵ *Principi di Diritto Penale*, I, pág. 137. 3ª ed. Napoli, 1950. En términos parecidos, Paoli observa: "En realidad la llamada interpretación literal o gramatical no puede en ninguna forma dividirse y distinguirse de la llamada interpretación lógica; no me parece concebible que el sentido aclarado por el significado propio de las palabras según la conexión de las mismas pueda contrastar con la lógica, ni que la intención del legislador pueda contrastar con el significado propio de las palabras... ". *Il Diritto Penale italiano*, I, pág. 129. Padova, 1936.

¹⁶ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*, II, pag. 449, 2ª ed. Buenos Aires. 1958.

consecuencias funestas".¹⁷ "Si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediabilmente entre la tragedia jurídica de la inmovilidad (que por su naturaleza es la característica de la ley preceptiva) y la perenne movilidad de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá que admitirse también que no es posible aceptar como medio o sistema interpretativo de una ley, el que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y progresiva que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social".¹⁸ "Una hermenéutica jurídica que pretendiese hacer la interpretación gramatical de un precepto legal, sólo conduciría a consecuencias funestas. Bien sabido es que, de acuerdo con los principios que norman la interpretación de la ley, cuando su redacción no es clara, es decir, cuando gramaticalmente resulta oscura, el intérprete debe atender al espíritu que inspira a todo el catálogo jurídico, es decir, debe hacer una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico".¹⁹ "No es verdad que los tribunales deban normar su juicio atendiendo a la intención que tuvo el legislador al expedir la ley, sino que, en materia penal, deben ser la letra y el espíritu de la propia ley los que normen el criterio del juzgador, acatando los preceptos con su significado gramatical; y sólo es permitido dirigirse a la interpretación cuando los términos de la ley no son lo bastante nítidos para dejar entender su significado preciso".²⁰

b) *Interpretación lógica, teleológica, racional o ideológica*

Consiste en buscar la voluntad de la ley.

8. JURISPRUDENCIA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: "De acuerdo con nuestra técnica legislativa, doctrina y jurisprudencia, toda norma legal debe interpretarse armónicamente sin darle a sus términos mayor alcance del que naturalmente tienen, y además, en todo caso debe prevalecer la voluntad o intención del legislador"²¹

¹⁷ *Boletín de información judicial*, IX, pág. 10.

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, CIV, pág. 984.

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, CXIX, pág. 2612.

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, CXIX, pág. 3063.

²¹ *Semanario Judicial de la Federación*, CXV, págs. 359-360.

9. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Estos elementos los dividen algunos autores, en:

- a) Jurídicos, o
- b) Extra-jurídicos.

En los primeros, incluyen los elementos históricos, la *ratio legis*, el sistemático y la legislación comparada. En los segundos, los elementos político, sociológico, ético, económico y físico-geográfico, entre otros.²²

10. ELEMENTOS JURÍDICOS: HISTÓRICO

Nadie puede negar la importancia que tiene en la interpretación teleológica, el elemento histórico, ello es, el conocimiento del origen y del desenvolvimiento de la ley penal. Piensa Battaglini que "el intérprete debe indagar el origen de una determinada ley y seguir paso a paso su desarrollo y las modificaciones por que ha pasado, antes de asumir el aspecto y los caracteres que tiene en el texto actual".²³

El elemento histórico comprende los Códigos anteriores y los trabajos preparatorios,²⁴ que a su vez abarcan:

- a) Ponencias,
- b) Discusiones,
- c) Actas respectivas,
- d) Proyectos elaborados y
- e) Exposición de Motivos.

Es necesario asentar una vez más, que los trabajos preparatorios, no son interpretación auténtica como lo sostienen entre otros, Puig Peña y Mendoza, sino como hemos expresado, constituyen el elemento histórico, de que se sirve la interpretación lógica o teleológica.

²² Vannini se refiere, además, a los elementos "de la objetividad jurídica o del interés protegido" e "integrativo". *Manuale di Diritto Penale*, págs. 37- 38. Firenze, 1947.

²³ *Diritto Penale*, pág. 58, 3ª ed. Padova, 1948.

²⁴ "Afin al estudio del elemento histórico es aquél que tiene por objeto los llamados trabajos preparatorios, esto es, los proyectos, las relaciones y las discusiones, a través de las cuales se ha ido formando la ley". Manzini: *Tratado de Derecho Penal*, I, págs. 383-384. Buenos Aires. 1948.

11. ELEMENTO SISTEMÁTICO

Por ser el ordenamiento jurídico penal un sistema, cobra gran utilidad la interpretación sistemática o "posición sistemática del precepto y su relación anterior".²⁵

En consideración a que el ordenamiento jurídico es un sistema, la norma penal no tiene vida autónoma, separada, sino que está íntimamente ligada a las restantes normas, siendo por tanto obligado relacionarlas para su interpretación. Y así se afirma que en base de una interpretación sistemática se fundamenta el aspecto negativo de la culpabilidad por error esencial e invencible.²⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "la función interpretativa del juzgador no se limita a la aplicación servil e inconsulta de la letra del dispositivo legal, pues la interpretación ha de ir a desentrañar la intención normativa del precepto, del cual la letra no es siempre la expresión cabal del propósito del legislador, y de ahí que sea obligatorio para el juzgador, que interprete en forma sistemática la totalidad del ordenamiento y que no fraccione este en forma que, por la aplicación servil de su precepto, se violara el sistema normativo estatuido en el ordenamiento legal".²⁷

12. LEGISLACIÓN COMPARADA

La relevancia de la legislación comparada, se observa si tenemos en cuenta su relación con el Derecho Penal, la cual, aunque por lo general se incluye en forma autónoma dentro de los elementos jurídicos, algunos autores, entre ellos Ranieri, consideran que forma parte del elemento histórico.²⁸

Pueden presentarse dos hipótesis:

- a) Cuando las legislaciones extranjeras han ejercido influencia en la elaboración de un ordenamiento penal determinado, y
- b) Cuando no han ejercido influencia alguna.

²⁵ Cfr: Del Rosal. *Principios de Derecho Penal español*, II, Vol. 1º pág. 104, Valladolid, 1948.

²⁶ Cfr.: La Nota No. 160 en el *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, de Porte Petit Candaudap. Universidad Nacional Autónoma de México, 1958.

²⁷ Semanario Judicial de la Federación, CXIII, pág. 495.

²⁸ *Diritto Penale*, pág. 41. Milano, 1945. Por su parte, Manzini estima que la legislación comparada es un elemento de interpretación afín al elemento histórico. *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 385. Buenos Aires, 1948.

13. ELEMENTOS EXTRAJURÍDICOS

Los autores cuando hacen alusión a los elementos no jurídicos de la interpretación teleológica, los denominan unos, "elementos extrajurídicos", como Del Rosal,²⁹ Battaglini,³⁰ y otros como Jiménez de Asúa, "elemento extrapenal" y "extrajurídico".³¹

14. ELEMENTO POLÍTICO

Nadie niega la importancia que tiene para la interpretación, el elemento político. Sin embargo, no se deben, nos dice Manzini, sobrepasar los límites señalados a la interpretación, confundiendo la política con la justicia, también porque ningún legislador tiene necesidad del peligroso celo de los intérpretes para manifestar la propia voluntad en el tiempo, en el modo y dentro de los límites que él considera más oportunos,³² añadiendo que "una cosa es proyectar sobre la norma jurídica la luz intelectual de un principio político superior, y otra, es ajustar la norma misma a las exigencias políticas, arbitrarias e incompetentemente supuestas por el intérprete",³³ subrayando que "si lo hiciese así, sustituiría la política a la justicia, desconociendo una de las más esenciales garantías constitucionales".³⁴

15. ELEMENTO SOCIOLÓGICO

Es ineludible el elemento sociológico en cuanto que el intérprete no puede cumplir su misión de encontrar la voluntad del texto legal sin conocer los fenómenos que se producen en la convivencia humana.

16. ELEMENTO ÉTICO

La investigación **del telos de** la ley penal otorga relevancia a conceptos morales que fundamentan normas penales.

²⁹ Incluye en el elemento extra-jurídico el sociológico, psicológico y criminológico en sentido amplio. *Principios de Derecho Penal español*, II, Vol. 1º, pág. 105. Valladolid, 1948. *Tratado de Derecho Penal español*, I, pág. 280. Madrid, 1968.

³⁰ Se refiere a los elementos políticos, económicos, sociales, físico-geográficos. *Diritto Penale*, pág. 58, 3ª ed. Padova, 1949.

³¹ *Tratado de Derecho Penal*, II, págs. 397-398. Buenos Aires, 1950.

³² *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 383. Buenos Aires, 1948.

³³ *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 383. Buenos Aires, 1948.

³⁴ *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 383. Buenos Aires, 1948.

17. INTERPRETACIÓN DE ACUERDO CON LOS RESULTADOS³⁵

Respecto a los resultados, se hace la siguiente división de la interpretación:

Declarativa,

Restringida, y

Extensiva.

a) La interpretación es declarativa, estricta, lata o normal, cuando hay conformidad del texto de la ley con la voluntad de ésta. Interpretación que, según Antolisei, puede eliminarse, porque la interpretación es siempre declarativa, en cuanto su fin esencial es de aclarar y, por tanto, declarar el sentido de la ley.³⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: "Si bien el artículo 14 Constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aún por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun conducir al absurdo; los tratadistas mismos admiten que puede ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparativos, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc. En este sentido se ha podido justamente decir que la interpretación no debe ser ni extensiva ni restrictiva, sino sólo declarativa de la voluntad del legislador".³⁷

b) La interpretación es "restrictiva" (*minus dixit quam voluit*) cuando se restringe el texto de la ley a la voluntad de la misma, porque aquél sobrepasa a ésta.

³⁵ Del Rosal, incluye una más: "interpretación reconocitiva de impropiedad". *Principios de Derecho Penal español*, II, Vol., Iº, pág. 107. Valladolid, 1948. Cfr. Battaglini. *Diritto Penale*, págs. 59 y 60, 3ª ed, Padova, 1949. Por su parte Cavallo incluye en cuanto a los resultados: la declarativa, restrictiva, abrogativa, evolutiva, y analógica. *Diritto Penale*, I, pág. 229. Napoli, 1948.

³⁶ *Manuale di Diritto Penale*, pág. 56, 3ª ed, Milano, 1955. Igualmente Maggiore, cuando dice que "a decir verdad, toda interpretación es declarativa, pero bajo este nombre se indica aquella que tiende a determinar la verdadera intención del legislador ante términos ambiguos y oscuros". *Derecho Penal*, I, pág. 175, 5ª ed. Ed Temis, Bogotá, 1954. Y Manzini: "La interpretación es siempre y necesariamente declarativa, siendo precisamente su objeto el declarar el sentido de la norma; pero se suele indicar como declarativo en sentido estricto aquel resultado de la interpretación que, entre los varios significados propios de una expresión, precisa aquel que responde a la voluntad de la ley". *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 389. Buenos Aires, 1948. Cuello Calón: "La interpretación es siempre declarativa, pues su fin es declarar el sentido de la ley". *Derecho Penal*, I, pág. 201, 11ª ed. Barcelona, 1953. Puig Peña: "Por regla general la interpretación suele ser declarativa". *Derecho Penal*, I, pág. 218, 4ª ed. Madrid, 1955. En fin Cfr. Ruggiero: *Instituciones de Derecho Civil*, pág. 105. México, 1939.

³⁷ Semanario Judicial de la Federación, XXVI, pág. 1277.

Frente al problema de si debe o no interpretarse restrictiva o extensivamente la ley penal, existen valiosas opiniones, entre las que destaca la de Jiménez de Asúa, en el sentido de que:

a) "Si la interpretación gramatical y teleológica llega a un resultado armónico y terminante, conforme a él deben interpretarse las leyes penales, sea ese resultado restrictivo o extensivo, puesto que con esos medios se han logrado hallar el pensamiento y voluntad de la ley".

b) "Si a pesar de la cuidadosa pesquisa literal y finalista no se llega a un resultado concluyente y la duda, sobre la voluntad y pensamiento de la ley persiste, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable".³⁸

e) *Interpretación extensiva*.³⁹

La interpretación es extensiva, cuando se extiende el texto de la ley a la voluntad de ésta,⁴⁰ en cuanto que aquél dice menos que ésta y representa para Ruggiero algo más que un simple proceso de interpretación, constituyendo verdadera y propia integración de las normas;⁴¹ apreciación que no admitimos por inexacta.

18. INTERPRETACIÓN PROGRESIVA O EVOLUTIVA

Consiste la interpretación progresiva o evolutiva en adaptar, adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes; interpretación que debe ser utilizada cuidadosamente, para evitar excederse de los límites señalados en la ley.

No cabe duda, que el juzgador como miembro de la colectividad, no puede pasar inadvertido el avance social, político, científico o de cualquier otra índole, para el efecto de amoldar la ley vigente a estos avances, a las nuevas concepciones que se tengan en el mundo en que se vive, pues de otra manera, no se cumpliría con la

³⁸ *Tratado de Derecho Penal*, II, pág. 474. 2ª ed. Ed. Losada. Buenos Aires, 1958.

³⁹ Cavallo considera que "un aspecto de la interpretación extensiva es la interpretación abrogativa". *Diritto Penale*, I, pág. 230. Napoli, 1948.

⁴⁰ Es necesario recordar el concepto suministrado por Paoli: "La interpretación es extensiva si el significado de la ley y su esfera de aplicación, revelada por la interpretación, deben extenderse a casos que parecían excluidos por la letra de la ley. o que, cuando menos no estaban expresamente señalados". *Il Diritto Penale italiano*, I, pág. 131. Padova, 1936.

⁴¹ Instituciones de Derecho Civil. pág. 105. México. 1939.

alta misión judicial. "Sólo así (dice Jiménez de Asúa) las leyes penales pueden perdurar y hacer la justicia que reclaman las normas de cultura en cada país y en la hora en que se aplican".⁴²

CAPITULO VI INTEGRACIÓN

SUMARIO

1. Lagunas.- 2. Medios de integración.- 3. Medios de integración en materia civil.- 4 Las lagunas en el Derecho Penal.-5 Problemática de la integración en materia penal.-6. Medios de integración: A) La analogía.- 7.Requisitos de la analogía.-8. Clases de analogía: a) Analogía legal o legis. b) La analogía jurídica o juris. c) Analogía in malam partem. d) Analogía in bonam partem.-9. Interpretación analógica.- 10. Interpretación analógica y analogía.- 11 Analogía e interpretación extensiva.

1. Es el momento de referirnos a la integración de la ley. El sujeto debe en primer lugar, saber cuál es la fuente del derecho Penal, después tener conocimiento de lo que es la norma luego interpretarla para desentrañar su voluntad, posteriormente debe integrarla en caso de que existan algunas, y finalmente aplicarla.

Las lagunas pueden originarse:

- a) por voluntad del legislador
- b) Por imprevisión u olvido.
- c) Por ignorancia.

2. Ahora bien, indudablemente las lagunas de la ley se llaman a través de los medios de integración, señalados por los autores cuando se ocupan de esta cuestión.¹⁻²

3. El artículo 14 Constitucional, párrafo final, establece que "en los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

4. La pregunta que nos interesa es si el Derecho Penal, tiene lagunas.

⁴² *Tratado de Derecho Penal*, II. pág. 476, 2ª ed. Editorial. Buenos Aires, 1958.

¹ Se mencionan como medios integrativos: la analogía, los principios generales del derecho, la equidad, el derecho natural, la costumbre y la libre investigación científica.

² El problema de la integración de las lagunas de la ley, pág. 60. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, IX, México, 1947.

Los autores, basándose en el principio de reserva penal o de legalidad, sostiene que no se puede integrar la ley penal. Así Manzini nos dice que “no pueden admitirse lagunas en la ley penal, porque toda ley de esta naturaleza, es completa, en tanto que todo lo que la misma no prohíbe sigue siendo jurídicamente lícito o indiferente”.³ Por su parte, Jiménez de Asúa, expresa que “en la leyes civiles hay lagunas y que la plenitud hermética del derecho obliga a llenarlas: mientras que el Derecho Penal, no las hay, pues el espacio libre entre las conductas típicamente antijurídicas, es jurídicamente permitido a virtud del principio de reserva,”⁴ y “precisamente porque el orden jurídico penal es herméticamente pleno, una conducta no definida como delictiva, no puede incriminarse”.⁵ En fin, Florian indica, que los postulados fundamentales *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, esculpen como el granito los confines del Derecho Penal: hacen en realidad del Derecho Penal vigente un sistema cerrado, así como el Derecho Penal no tiene lagunas, porque fuera de él se encuentra la libertad de comportamiento individual, la norma antes indicada “*nullum, etc.*” Es en verdad una norma de clausura, de inhibición,⁶ sosteniendo finalmente que no es necesario decir que no puede ni remotamente tener aceptación en el campo del Derecho Penal la tendencia llamada del Derecho libre.⁷

De acuerdo con nuestro Derecho Constitucional, no puede integrarse la ley penal en lo referente al delito y a la pena, pues el artículo 14 del ordenamiento mencionado estatuye el “principio de reserva” o “de legalidad”: el “dogma penal”, o sea que no hay delito ni pena, sin ley penal. En consecuencia, en la ley penal mexicana no puede haber lagunas, respecto a delitos y penas, porque cada zona no incriminada es una zona de libertad.

5. El problema de las lagunas en el Derecho Penal, lo enfocamos en la forma siguiente:

El ordenamiento penal está constituido por un conjunto de norma, las cuales se dividen en dos clases: en sentido amplio y en sentido estricto. En este último sentido está considerada la norma penal, abarcando el precepto y la sanción, y en sentido amplio, cualquier precepto del restante ordenamiento jurídico penal.

Nadie puede afirmar la existencia de lagunas con relación a las normas penales en sentido estricto, puesto que el principio de legalidad o de reserva lo prohíbe terminantemente. Pero como no todo el ordenamiento jurídico penal constituyen las normas en sentido estricto, ¿es o no posible la existencia de lagunas?

³ *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 403. Buenos Aires, 1948.

⁴ *Tratado de Derecho Penal*, II, pág. 417. Buenos Aires, 1950; pág. 481, 2ª ed. 1958.

⁵ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*, II, pág. 417. Buenos Aires, 1950; pág. 481, 2ª ed. Buenos Aires, 1958.

⁶ *Parte general del derecho penal*, I, pág. 207. La Habana, 1929.

⁷ *Parte General del Derecho Penal*, I, pág. 208. La Habana, 1929.

Indudablemente que tienen que existir dichas lagunas respecto de normas que configuren delitos o no prescriban penas. Por ello ha pensado Pavón Aparicio que “la reserva no es en el fondo sino una consecuencia de la legalidad y no constituye un obstáculo para colmar los vacíos en que no intervenga la regla: *nullum crimen, nulla poena sine lege*”,⁸ concluyendo que “en algunos casos de carácter excepcional, es posible en el ordenamiento penal integrar las normas siempre y cuando no se afecte al principio de legalidad y reserva”.⁹ Y Vannini a este respecto enseña que “fuera de la esfera de los delitos, de las penas y de las normas excepcionales, puede haber en el sistema jurídico criminal lagunas colmables”.¹⁰

6. Uno de los medios de integración de la ley es la analogía.

La analogía¹¹ legis consiste, en aplicar una norma jurídica referente a un caso concreto, a otro semejante, no regulado por la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: “ Es de explorado derecho reconocer que por aplicación analógica se entiende aquella interpretación¹² mediante la cual el juzgador establece relaciones de semejanza a fin de comprender un caso no expresamente previsto por la ley, dentro de algunos de los mandamientos de ésta”.¹³ “Conforme al principio de aplicación de la ley por analogía, un precepto legal no sólo es aplicable a los casos expresamente previstos, sino también aquellos en los que existen iguales razones para tal aplicación”.¹⁴ “Lógica y jurídicamente la base de sustentación de este principio de analogía, no puede ser otra, que la semejanza que debe existir entre el caso previsto y el no previsto, y nunca la diferencia radical entre ambos, ya que las lagunas de la ley deben ser colmadas con el fundamento preciso de que donde hay la misma razón legal debe existir igual disposición de derecho”.¹⁵

7. La analogía exige: a) Un precepto jurídico referido a un caso concreto; b) Un caso no regulador; y c) Semejanza entre el caso no regulado y el previsto por la ley.

⁸ *Ensayo sobre la integración de la ley penal*, pág. 170. México, 1955.

⁹ *Ensayo sobre la integración de la ley penal*, págs. 183-184, México, 1955.

¹⁰ *Manuale di Diritti Penale*, pág. 33. Firenze, 1947.

¹¹ Cuello Calón expresa: “La interpretación analógica o analogía...” (*Derecho Penal*, I, pág. 202, 11ª ed, Barcelona, 1953; pág 199, 12ª ed. Barcelona, 1956); expresiones que son enteramente distintas.

¹² No se trata de interpretación sino de aplicación.

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, CV, pág. 562.

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, XCIX, pág. 970.

¹⁵ *Semanario Judicial de la federación*, XV, pág. 37. Cuarta Parte. Sexta época.

Sobre el problema de la analogía en Derecho Penal, Maurach expone, que “la analogía de Derecho, por esencia encierra una gran inseguridad –pues incluso su misma base, el derecho extralegal, es difícil de fijar-, no tiene razón de ser en el derecho penal, que en mayor medida a las restantes ramas del derecho debe procurar claridad en sus fronteras y seguridad jurídica. La analogía de ley, por el contrario, está admitida en la parte general sin limitación alguna –incluso, pues, en perjuicio del autor (ello es discutido, pero constituye el criterio de la teoría dominante)- y en la parte especial en tanto no resulte perjudicado el autor”.¹⁶

“En la analogía jurídica, nos dice Rivacoba y Rivacoba, la nueva norma se infiere, no de una sola, sino de varias disposiciones legales, que se refieren a instituciones diversas y en cuyos supuestos de hecho, se advierten determinadas coincidencias de carácter esencial y decisorio, con el de la situación cuyo régimen se trata de dilucidar y establecer”¹⁷

8. La analogía se divide en:

- a) Legal o *legis*.
- b) Jurídica o *iuris*.
- c) *In malam partem*.
- d) *In bonam partem*.
- e) Técnica, y
- f) Política.

a) La analogía legal o *legis* se denomina así, porque nace de la ley; es aquella que consiste en aplicar una norma jurídica que se refiere a un caso concreto, a otro semejante, no regulado por la ley.

b) Se denomina analogía *iuris* o jurídica, porque nace de los principios que informan el sistema del derecho positivo, y consiste, en llenar la laguna legal por un principio derivado del sistema del derecho positivo.

c) La analogía legal o *legis* origina la analogía *in malam partem*, puesto que crea analógicamente delitos o penas, y debe ser rechazada en base a los principios de legalidad o de reserva y de garantía de la pena.

¹⁶ *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 117. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

¹⁷ Rivacoba y Rivacoba. *División y fuentes del Derecho Positivo*, pág. 189. Valparaíso, 1968.

En México está prohibida la analogía, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el párrafo 2º, del artículo 14, determina, que “en los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.

d) En cuanto a la integración de la ley penal en beneficio del acusado, se sostienen dos criterios:

1º El que admite la integración de la ley a favor del acusado (analogía *in bonam partem*),¹⁸ y

2º El que la rechaza¹⁹ no a la interpretación analógica que es distinta a la analogía, y sobre la cual no todos los autores tienen un mismo concepto.

La interpretación analógica consiste en obtener equiparadamente por mandato de un texto legal, hipótesis semejantes a las previstas en la misma norma penal.

¹⁸ Antolisei expresa: “Somos de parecer, consiguientemente, que cuando se trata de discriminantes es admisible el procedimiento analógico, de acuerdo con la enseñanza de los más grandes penalistas, incluyendo a Carrara quién escribió: <<Por analogía no se puede extender la pena de caso a caso: por analogía se debe extender la excusa de caso a caso>>. Lo que se ha dicho para las causas de justificación valen para las causas que excluyen o disminuyen la imputabilidad, y con mayor razón para las normas penales explicativas o declarativas. Respecto a las segundas, la tesis contraria a la admisibilidad de la analogía no tiene el más débil punto de apoyo y es una manifestación de formalismo estrecho. En cambio, la cuestión con respecto a las causas de extinción del delito y de la pena se presenta más compleja. La solución incondicionalmente negativa de Vassalli no nos convence porque nos parece que tales causas, y en especial las que obran sólo con referencia a algunos delitos, no constituyen siempre derogaciones a directivas generales del ordenamiento jurídico. La cuestión, por consiguiente a nuestro parecer, debe resolver con gran cautela caso por caso. *Manuale di Diritto Penale*, pág. 70, 3ª ed. Milano, 1955.

¹⁹ Cavallo piensa: “La prohibición de la analogía existe para las disposiciones penales *in malam partem* como *in bonam partem* y por consiguiente también para las disposiciones que establecen las causas de exclusión de la punibilidad, en primer lugar, porque la interpretación analógica de ellas conduciría a la abrogación de la norma que prevé la punición de aquél determinado delito, al cual de hecho se aplicaría la no punibilidad, y ninguna disposición autoriza tal abrogación. Más aún, habiendo nosotros excluido una costumbre abrogativa en el derecho penal, porque toda norma penal sólo puede ser abrogada por otra, no podemos aceptar la interpretación analógica de las normas favorables al reo, porque, aplicándose a los casos no previstos, llegaríamos en tales casos a una abrogación injustificada de la norma penal que derogarían. En segundo lugar, con la aplicación analógica de las causas de no punibilidad, no habría protección al interés jurídico para el cual la norma penal se ha emanado. Las disposiciones penales, incluso las referentes a las causas de exclusión de la punibilidad, si no son restricción para la libertad personal de aquél que sería necesario castigar, son restricción de la libertad del titular del interés o valor jurídico tutelado, cuya protección no se produciría. Es necesario no olvidar que precisamente por la importancia por nosotros dada a la interpretación teleológica, para dar un fin realístico al derecho penal se tiene en cuenta en la interpretación el valor tutelado, teniendo éste importancia no desde el punto de vista privatístico sino para el interés público que tiene no sólo la libertad individual, sino cualquier otro interés que se ha considerado digno de tutela penal. Y como la interpretación analógica no debe aplicarse a las disposiciones contrarias al imputado, para no restringir su libertad, así tampoco ha de extenderse a las disposiciones procesales para no disminuir ni anular la tutela de los derechos de libertad o de otros derechos del sujeto pasivo del delito, de los cuales son también tutelados en el interés público”. Y concluye que “a su parecer deberá ser el legislador, si la conciencia colectiva exige la aceptación de nuevas causas de no punibilidad, quien emane las disposiciones relativas, pero las normas penales son de derecho público, dictadas en el interés colectivo y los valores sociales que tutelan no pueden desecharse por el intérprete, porque éste tiene solamente la tarea de revelar el significado y el alcance de las mismas a los fines de su aplicación para mantener el equilibrio y armonía de los intereses en los límites en que los tutelan”. *Diritto Penale*, I, págs. 233, 235. Napoli, 1948.

a) La interpretación analógica constituye, nos dice Paoli, un medio lícito de comprensión de la ley penal, en el sentido de que una disposición dudosa puede ser entendida de acuerdo con otros textos penales que regulen casos semejantes.²⁰ Para José Antón Oneca, debe entenderse por interpretación analógica (*intra legem*) la interpretación de un precepto por otro que prevé caso análogo, cuando en el último aparece claro el sentido que en el primero está obscuro,²¹ concluyendo que no es pues, otra cosa que una forma de interpretación sistemática.²²

De acuerdo con las opiniones de Paoli y Antón Oneca, los requisitos necesarios para la existencia de la interpretación analógica, son:

- a) Que exista una disposición dudosa u oscura respecto de un caso, y
- b) Que exista una disposición clara respecto a un caso semejante.

b) Jiménez de Asúa no le otorga el mismo sentido a la interpretación analógica. Explica que "a veces, como ocurre en los Códigos Penales, la propia ley quiere que se completen sus preceptos por analogía",²³ porque "el legislador ha comprendido que la fórmula casuística empleada no ha podido prever todos los casos",²⁴ observando que "entonces está en la voluntad de la ley que ésta se aplique a situaciones análogas a las previstas, pero, precisamente por estar en el pensamiento de la ley la aplicación de sus preceptos, beneficiosos o perjudiciales, no se trata de propia y verdadera analogía, sino de interpretación analógica que lejos de estar prohibida está aceptada por la ley misma".²⁵

El Código Penal nos proporciona entre otros, los siguientes casos de interpretación analógica: El artículo 5º del Código Penal, en la fracción IV, establece, que se consideran como ejecutados en territorio de la República: "los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores". El 167 del mismo ordenamiento nos dice, que se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos; I. Por el sólo hecho de quitar o modificar sin la debida autorización, uno o más durmientes, rieles, clavos, tornillos, planchas y demás objetos similares que los sujeten, o un cambiavía de

²⁰ *Il Diritto Penale italiano*, I, pàg. 131. Padova, 1936. En el mismo sentido, Juan P. Ramos. *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 120. Buenos Aires, 1935.

²¹ *Derecho Penal*, I, pág. 100. Madrid, 1949.

²² *Derecho Penal*, I. Pàg. 100. Madrid, 1949.

²³ *Tratado de Derecho Penal*, II, pág. 457. Buenos Aires, 1950; pág. 528, 2ª ed. 1958.

²⁴ *Tratado de Derecho Penal*, II, pág. 457. Buenos Aires, 1950; pág. 528, 2ª ed. 1958.

²⁵ *Tratado de Derecho Penal*, II, pág. 458. Buenos Aires, 1950; pág. 528, 2ª ed. 1958.

ferrocarril de uso público". El artículo 169, determina: "se ponga en movimiento una locomotora como, carro, camión o vehículo similar y lo abandone o de cualquier otro modo haga imposible el control de su velocidad y pueda causar daño, se le impondrán...", y el artículo 306, dispone, que "se aplicará sanción de... II. Al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o destreza del agresor, o de cualquiera otra circunstancia semejante....".

10. ¿La analogía es interpretación analógica? ²⁶ Esta cuestión es la relativa a precisar si puede hablarse de interpretación analógica cuando se hace referencia a la analogía. No es posible, porque para interpretar una norma, es preciso que ésta exista y es imposible interpretar la norma inexistente; no se interpreta, sino que se aplica analógicamente la norma, y en la interpretación analógica, se interpreta el texto analógicamente,

11. No pueden confundirse la analogía y la interpretación extensiva. Cuando existe analogía, hay extensión de la ley penal, porque ésta que regula un caso concreto, se extiende para aplicarla a un caso no previsto por la misma. En la interpretación extensiva, se extiende el texto de la ley adecuándolo a la voluntad de ésta, con relación al caso que ella misma prevé.²⁷ De aquí que no compartamos la opinión de que "puede suceder, evidentemente, que el límite, entre la interpretación extensiva, y el método analógico sea difícil de trazar",²⁸

Comparando la analogía y la interpretación extensiva, resulta:

a) En ambas hay una extensión de la ley, y b) En la interpretación extensiva, la extensión se hace sobre un texto legal y para el caso previsto en el mismo, en tanto que en la analogía, se extiende la norma para una hipótesis no regulada por la ley.

²⁶ Jiménez de Asúa considera que "cree tener derecho a la prioridad sobre la tajante distinción entre el procedimiento analógico o analogía... y la interpretación analógica". *Tratado de Derecho Penal*, II, pág. 457. Buenos Aires, 1950; pág. 528, 2ª ed. 1958.

²⁷ Antolisei indica claramente la diferencia entre la analogía y la interpretación extensiva: "En la interpretación extensiva, nos movemos dentro del ámbito de una norma: el caso en cuestión entra en la hipótesis abstracta configurada por el legislador, dando a las palabras de la ley un significado más amplio de aquel que resulta aparentemente de las mismas. En la analogía en cambio, el caso por resolver no puede de ninguna manera estar comprendido en la disposición, aunque ésta sea extendida por el interprete hasta el límite de su máxima expansión; por ello, el caso señalado antes, está fuera de la norma y damos al mismo la reglamentación establecida para una hipótesis diversa. Por consiguiente, nos parece que la diferencia entre los dos procedimientos no puede negarse". *Manuale di Diritto Penale*, págs. 66-67, 3ª ed, Milano, 1955.

²⁸ Graven. Los principios de la legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el derecho penal suizo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, fascículo I, pág. 35.

CAPITULO III

LA VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO

1. El conflicto de leyes en el Derecho privado.-2. Identificación de la validez espacial de la Ley penal con el llamado conflicto de leyes en el espacio.-3. Los principios que rigen la validez espacial de la Ley penal.-4. ¿Cuáles son los principios aceptados por el Derecho positivo mexicano?-5. Concepto de territorio.-6. La extradición.-7. La extradición Inter.-regional.

1. EL CONCEPTO DE LEYES EN EL DERECHO PRIVADO

En razón de su más antigua formación y de la riqueza de la biografía elaborada sobre el tema, al abordar el tema, al abordar el estudio de la *validez espacial de la ley penal* hemos decidido, previamente, hacer breve referencia al conflicto de leyes en el Derecho privado, ya que los principios elaborados por la doctrina en este campo, constituyen los antecedentes de los postulados cuya validez se reconoce con la relación al conflicto de leyes dentro del Derecho Penal.

Nos corresponde aclarar, en primer término, lo indebido de la denominación “conflicto de leyes” al problema de determinar el ámbito de validez espacial de la ley, pues la simple ubicación de esta materia, dentro del Derecho Internacional Privado, nos demuestra que se trata de normas de carácter nacional, reglas recogidas por cada legislación, cuya finalidad es determinar los preceptos positivos aplicables entre aquellos sistemas que pretenden regular un caso concreto.

Aún cuando no se conoce con precisión la solución dada en el Derecho romano a los conflictos de leyes, no podemos desconocer que se plantearon y recibieron soluciones más o menos satisfactorias. Más tarde, a la caída del Imperio y como consecuencia de la formación de multitud de grupos que conservan cierta unidad racial y jurídica, se presentaron conflictos personales en los cuales los protagonistas invocaban el sistema de Derecho a cuyas reglas se consideraban sometidos por virtud de raza. Por ello, en la historia del llamado conflicto de leyes surgió como primera institución jurídica la “*professio juris*”, en la cual se invocaba el Derecho aplicable a una persona en razón de su raza u origen y que habría de ampararla en cualquier relación jurídica.

Sin desconocer la importancia de la *Escuela Italiana* de los Postglosadores, la cual pretendió establecer un criterio válido para diferenciar los casos de aplicación territorial o extraterritorial de la ley según la naturaleza de la misma¹ y atendiendo igualmente, para determinar la ley competente, a la *naturaleza de las cosas*,² fue la *Escuela Francesa*, la primera en precisar, hasta cierta medida, el fundamento del Derecho *Internacional Privado*, estableciendo el objeto de los estatutos y los límites de su aplicación.

A partir de D'ARGENTRÉ, quien trató de separarse del influjo de los glosadores y de sus casuísticas y desordenadas distinciones, se clasifican los estatutos en *reales y personales*, señalándose a los primeros como sujeto *las cosas*, mientras los segundos tienen como tal a *las personas*. De esa manera, las leyes referentes al Derecho de propiedad forman parte de los estatutos reales, mientras las leyes concernientes al estado civil se consideran, en principio, integrando los estatutos personales. No obstante el adelanto representado por la escuela francesa, la clasificación de los estatutos reales y personales resultó insuficiente, obligando a algunos, como FROTAND a tratar de agrupar en lugar aparte cuestiones no ubicadas en forma perfecta en los anteriores. "Otros, procediendo con más lógica, procuraron incluídas, por todos los medios, en los estatutos personales o reales, según sus respectivos puntos de vista. La lectura de los autores del Siglo XVIII es muy instructiva a este respecto. Obligados a servirse de dos categorías únicas, tergiversaron el sentido normal de los estatutos con el fin de que todos ellos fuesen necesariamente personales o reales. De este modo, BOUHIER hace de la forma de los actos un estatuto personal, *con el único fin de poder asegurarle un efecto extraterritorial*, fundamentando esta denominación en la idea de que el funcionario que ha redactado el acto es una persona. También afirma que es preferible inclinarse en caso de duda a favor de la personalidad".³

¹ "Según LAINÉ que indudablemente ha sido el autor que mejor ha conocido el Derecho antiguo, los postglosadores formulan, ante todo, esta verdad primordial, que más tarde será perdida de vista para reaparecer penosamente en la época moderna: es *preciso dar a cada ley la aplicación que le corresponde según su propia naturaleza*. Para resolver esta dificultad, los postglosadores no podían tomar como punto de partida un *a priori*, como más tarde hizo D'ARGENTRÉ y después la escuela francesa. Las relaciones jurídicas, sin limitación de número y susceptibles de formar un conjunto, fueron examinadas por los postglosadores, dividiendo las materias jurídicas en tantos grupos como estimaron necesario, para investigar después el modo de dar a cada uno de ellos la solución que racionalmente requerían. Así se explica que BARTOLO hiciese objeto de su examen las materias más variadas (contratos, delito, testamentos, etc.)" J. P. NIBOYET, *Principios de Derecho Internacional Privado*, pp. 209 Y 210, 2ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid.

² "Cuando llegó el momento de elegir una ley competente los postglosadores no siguieron un procedimiento adecuado para asignar a cada ley su verdadera aplicación, sino que se inspiraron en el buen sentido y en la equidad, o sea, en lo que después se ha llamado la *naturaleza de las cosas*. Su doctrina en este punto ha sido, sin duda alguna insuficiente. Desprovistos de ideas generales y de todo sistema, cayeron en un verdadero impresionismo jurídico que los condujo a numerosas incertidumbres y vacilaciones y a discrepancias entre los autores. En vez de construir un edificio, los postglosadores acumularon materiales". NIBOYET, *ob. cit.*, p. 210,

³ "Al comentar D'ARGENTRÉ el artículo 218 de la costumbre de Borgoña, estudia el problema del efecto extraterritorial de las leyes y ataca duramente a los postglosadores, particularmente a BARTOLO, no encontrando sentido para los fundamentos de la doctrina de éste, seguramente porque el jurista bretón no mira el sentido que en el Sacro Imperio tenía el Derecho romano, viendo en él un importante tratado teórico, Partiendo de la misma afirmación de DUMOULIN, lleva mucho más lejos la territorialidad absoluta, le la ley, pues se limita a aceptar la aplicación extraterritorial de determinadas leyes sólo en razón de 'un sentimiento de protección a los extranjeros', estableciendo como 'deber jurídico la aplicación dentro del territorio de determinadas leyes extrañas; y aunque es de suponerse que parte ya D'ARGENTRÉ de los postulados fundamentales del Derecho natural para justificar esa extraterritorialidad, no lo afirma así, ni sus conclusiones están de acuerdo con esa idea, ya que, para determinar los casos en que una ley debe surtir efectos

NIBOYET, al señalar el segundo carácter de la doctrina de D' ARGENTRÉ, se refiere a su formulación de la siguiente manera: *las costumbres son reales; excepcionalmente pueden ser personales*. De ahí que éste afirmara que la *territorialidad de la ley* es casi regla general estricta con la excepción de determinados casos en los cuales se admite la aplicación de leyes extranjeras. "Para la Escuela Francesa -relata NIBOYET-, la realidad es la regla; sin embargo, las leyes extranjeras *deben* aplicarse en materia de estatuto personal. Pero esta concesión no se otorga como un favor, sino que es una obligación *exigida* por el Derecho. Se le expresa frecuentemente diciendo que la aplicación de la ley extranjera tiene como base una *idea de justicia*, afirmación opuesta a la pura cortesía, en la cual se inspira más tarde la escuela holandesa. Ciertas relaciones jurídicas de orden puramente personal, no pueden ser regidas por una ley distinta de la ley extraterritorial".⁴

Dentro de las denominadas antiguas escuelas, por ser anteriores a las surgidas a partir del siglo XIX, la *holandesa* representa la síntesis de las ideas más avanzadas de su época. Apoyándose íntegramente en las conclusiones de la escuela francesa, la cual enarbó la bandera de la territorialidad de la ley, basada en la soberanía de los Estados, la nueva escuela, reconociendo que el principio de la territorialidad no admite ninguna excepción, ni en orden al estatuto personal, proclama la necesidad de aplicar, en casos excepcionales, la ley extranjera, rechazando el criterio de la *obligación*, pero admitiendo el principio de la *cortesía internacional*.

Las modernas escuelas se pueden agrupar de la siguiente manera:

- a) Escuela de la *territorialidad*
- b) Escuela de la *personalidad* del Derecho, y
- c) Escuela del *objeto social de las leyes*.⁵

La primera, proclamadora del principio de la *territorialidad* de la ley, afirma que las leyes de los países son territoriales y por tanto se aplican, dentro del territorio, a todas las personas y a las cosas. Aún reconociendo la posibilidad del funcionamiento, en casos excepcionales de la ley extranjera, niega a ésta eficacia jurídica y

fuera, de su territorio, no ve al mínimo de derechos establecidos como naturales en el hombre, sino a la materia regulada por la ley y así, divide los estatutos en tres categorías: reales, personales y mixtos. Considera que sólo los estatutos personales pueden tener aplicación extraterritorial subdividiéndolos en generales y especiales. Entiende por estatutos personales generales aquellos que se refieren a la persona pura y universalmente, pudiendo éstos ser invocados ante tribunales extranjeros, y por estatutos personales especiales aquellos que regulan la capacidad especial para un acto determinado o en relación a bienes, y estos estatutos deben ser territoriales en vista de su estrecha relación con las cosas". Eduardo TRIGUEROS, *La evolución doctrinal del Derecho internacional Privado*, p. 15, Ed, Polis, México, 1938.

⁴ *Ob. cit.*, pp. 218-219.

⁵ NIBOYET, *Ibidem*, p. 225.

establece la razón de su aplicación en una simple *cortesía*.

La Escuela de la *personalidad* se afirma en el criterio del carácter personal de las leyes y por tanto las estima *extraterritoriales*. Pasquale Stanislao MANCINI, al publicar su obra "Della Nazionalista como fodamento del diritto della genti", da nacimiento a esta escuela, seguida posteriormente en Francia por Andrés WEISS. En síntesis MANCINI hace observar que el Derecho protege, por un lado, intereses sociales y, por el otro, intereses privados, limitándose así su acción frente a la de los particulares y logrando un verdadero orden jurídico. Al examinar el Derecho privado encuentra en él dos clases de normas: unas de carácter obligatorio, a las que designa con el nombre de Derecho privado *necesario*; las otras, no obligatorias, cuyo cumplimiento o modificativa compete a los particulares, a las cuales denomina Derecho privado *voluntario*. En las primeras se incluyen las leyes dictadas por el poder público para regular el estado y capacidad de los súbditos, teniendo obligatoriedad en virtud de afectar en forma directa su soberanía y respecto de las cuales afirma su *necesaria territorialidad*, mientras las segundas, referidas a obligaciones derivadas de convenios privados, pueden aplicarse *extraterritorialmente*, según lo hayan determinado los individuos que hubieren intervenido en la relación jurídica.

Dentro de la tercera escuela se coloca el pensamiento de PILLET, referente al mantenimiento del objeto social de *las leyes*, aún cuando los tratadistas aluden, por lo general al escuela de SAVIGNI con antelación, como ya que, colocándose en un justo termino intermedio entre las modernas escuelas holandesa e italiana, pretendió negar, *a priori*, el valor absoluto de los principios territorial y extraterritorial. Al decir de NIBOYET combatió y destruyó el dogma de los estatutos personales y reales.

Para SAVIGNI, al igual que la norma de Derecho "regula las relaciones jurídicas en un tiempo determinado, 'que no siempre es el mismo', también toda norma esta destinada a dominar sobre cierto territorio 'que no siempre es el mismo', admitiendo así *a priori*, con apoyo en los postulados fundamentales de la doctrina histórica, que las leyes pueden tener, además de un efecto territorial, efectos ultraterritoriales".⁶

Partiendo de la idea de que cada estado debe admitir con un criterio de paridad, los sistemas jurídicos de los demás Estados en forma *eventual*, rechaza el principio de la territorialidad para afirmar la *no territorialidad* de la ley. Ahora bien, reconociendo queda por determinarse cuál es el sistema aplicable por el juez y fundamentalmente el criterio de elección, SAVIGNI pretende que sólo mediante el examen de la verdadera naturaleza de la relación puede precisarse su sede en determinado sistema; más esta solución no resulta

⁶ Eduardo TRIGUEROS, *ob, cit, p.69*.

inflexible pues admite como excepciones, las siguientes: cuando el país del juzgado existe una norma de carácter obligatorio, en cuyo caso se aplica la ley vigente en el territorio, y cuando la institución recogida en la sede jurídica de la relación resulta prohibida en la ley territorial del que juzga.

Antoine PILLET es el creador de la tercera escuela difundida por su discípulo NIBOYET, la cual afirma la creación de un Derecho Internacional privado común a todos los estados, aún cuando no desconoce la autonomía de la legislación interna de los mismos. Dentro de la escuela queda superada la fórmula de la "cortesía internacional" y se reconoce el *respeto* de las soberanías y cuyo fundamento es, precisamente, el Derecho de Gentes, ya que se parte de considerar el respeto a las soberanías no como una graciosa concesión, sino precisamente un derecho. Este respeto, constitutivo en el pensamiento de PILLET de la única fórmula capaz de dar solución a los conflictos y que surge del concepto de soberanía de los estados, que quiere determinar el *objeto social de las leyes*.

Eduardo TRIGUEROS, al examinar esta teoría, dice que el respeto absoluto, "*único* medio de lograr la solución de los 'conflictos' entre las diversas soberanías, puede resolverse, según ellos (PILLET y NOBOYET), teniendo en cuenta dos ideas básicas: la *finalidad social de la ley* para fijar la ley competente para crear una situación jurídica; y el *respeto* que todos los Estados deben a los derechos adquiridos. Por lo que se refiere a la primera de sus ideas fundamentales, PILLET hace constar que es siempre preciso que la ley pueda producir, no sólo en el territorio del Estado que la dicta, sino internacionalmente, el efecto que por ella se trata de lograr y para determinar cuál ha de ser ese efecto procede a un análisis atractivo de las características preponderantes de ella"⁷

2. IDENTIFICACIÓN DE LA VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL CON EL LLAMADO CONFLICTO DE LAS LEYES EN EL ESPACIO

PORTE PETIT, al iniciar el estudio de este capítulo, expresa que a la validez espacial se le conoce generalmente como *conflicto de las leyes en el espacio*, pero que tal denominación no puede ser acertada, pues tratándose de Estados soberanos no es posible hablar de conflicto de leyes y la cuestión así planteada es ya de suyo antigua dentro del Derecho privado, a pesar de lo cual y de lo equívoco de la expresión, se sigue usando en nuestra disciplina.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 130.

⁸ *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal.*, p. 63, México, 1960.

Al identificar los términos: *validez espacial de la ley penal y conflicto de leyes en el espacio*, se está reconociendo el hecho innegable, ya señalado por MEZGER, de que "los preceptos jurídicos que regulan la validez espacial, temporal y personal del Derecho Penal no son *Derecho Penal sino Derecho de aplicación del Derecho Penal*",⁹ cuestión íntimamente conectada tanto con el Derecho internacional privado como con el Derecho internacional público. Tal ha sido la razón por la cual un problema de estricto Derecho nacional, cuyas soluciones se ubican en el Derecho público interno, haya sido colocado como formando parte de un supuesto Derecho penal internacional que, como observa CASTELLANOS TENA, no tiene de internacional sino el nombre.¹⁰

Con toda claridad JIMÉNEZ DE ASÚA hace notar la incongruencia de denominar "Derecho Penal Internacional" a un conjunto de normas jurídicas de Derecho interno que tratan de resolver el problema de la aplicación de la ley penal en el espacio en forma unilateral, e invocando a Franz Von LISZT observa que el verdadero Derecho penal Internacional se integra mediante un conjunto de tratados por los cuales los Estados signatarios se obligan a dictar leyes tendientes a proteger determinados bienes jurídicos de interés común.¹¹

3. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

De los principios elaborados por la doctrina, el de mayor importancia es el llamado de la *territorialidad* de la ley. Este principio, fundado en el criterio de la soberanía, pretende que la ley penal *tiene validez exclusivamente en el territorio del Estado que la dicta* y se enuncia expresando que la *ley debe aplicarse sin excepción alguna dentro del territorio*, sin atender a la necesidad de quienes participan en la relación criminal, cualquiera que sea su nacionalidad.

Ricardo C. NÚÑEZ hace hincapié en que siendo la ley penal una expresión de la soberanía del Estado tiene obligatoriedad para todos los residentes, nacionales o extranjeros, en su territorio, en razón de los delitos cometidos en su interior, siendo tal el fundamento de la territorialidad cómo principio esencial.¹² Esta opinión es

⁹ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 95. Madrid, 1955.

¹⁰ *Lineamientos Elementales de Derecho Pella*. p. 96. Ed. Porrúa. 1976.

¹¹ *La ley y el delito*, p. 176, Editorial Hermes, 2ª edición, Buenos Aires, 1954.

¹² *Derecho Penal Argentino*, 1, p. 182, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959. Para Jiménez de Asúa y Antón Oneca, la ley penal del Estado se aplica, a *todos* los delitos cometidos en su territorio, con independencia de la nacionalidad del delincuente y del titular del bien jurídico, principio del cual se deduce que en cada Estado deben castigarse los delitos cometidos en su territorio contra bienes jurídicos de otro, debiendo concederse la extradición del propio ciudadano por delitos cometidos en el extranjero, por no ser lícito castigarle en su país. *Derecho, Penal conforme al Código de 1928*, I, pp. 82-83, Editorial Reus, Madrid, 1929. "El sistema *territorial* - dicen los autores citados antes-, ofrece ventajas notables sobre los demás. La función penal es una emancipación de la soberanía del Estado y en el concepto de éste es fundamental la noción del territorio. Un delito es siempre un ataque a las condiciones de existencia de la sociedad y, aunque en un sentido más o menos remoto, sus consecuencias pasan las fronteras, claro está que resulta lesionada

unánime no sólo en la doctrina sino en el Derecho positivo.

En virtud de que el principio de la *territorialidad*, aceptado en forma, rigurosa lleva, indudablemente, a extremos perjudiciales, ha sido motivo de crítica. PUIG PEÑA¹³ hace notar que su aplicación estricta provocaría el aislamiento de los Estados y constituiría la negación a una defensa adecuada de los bienes jurídicos tutelados a través de las normas penales, propiciando la impunidad del delito pues bastaría, como observa JIMÉNEZ DE ASÚA, salvar las fronteras del territorio del país en donde se delinquirió para que, en forma automática, la sanción resultaría, imposible de aplicar,¹⁴ a pesar de lo cual, aún a la fecha, tanto los juristas ingleses como americanos siguen defendiendo la aplicación estricta de tal principio.¹⁵

La *territorialidad*, imperante como norma genérica en las legislaciones penales, queda excepcionalmente relegada cuando la ley penal se aplica en forma *extraterritorial*. Por tanto, la *extraterritorialidad* de la ley constituye una excepción al principio aludido y pretende subsanar los excesos a que llevaría su aplicación estricta.

Dentro del criterio extraterritorial de la ley se han elaborado otros principios. Ellos son: el *personal* o de la *nacionalidad*; el *real* o de la *protección* y el *universal* o de la *justicia universal*.

El *principio personal*, o de la personalidad o de la nacionalidad, cuyo funcionamiento es excepcional, parte de la base de estimar la aplicación del Derecho penal nacional para aquellos *delitos cometidos en territorio extranjero criando el delincuente es un nacional*. Este principio atiende, pues, a la *nacionalidad del delincuente*, puede decirse, en consecuencia, que la soberanía del Estado sigue a su nacional hasta el lugar del hecho delictivo. A este principio se le conoce también como *estatuto personal* y consiste, según PORTE PETIT, "en aplicar la ley del Estado con relación a los delitos cometidos por sus nacionales fuera del territorio, es decir, la ley

más íntimamente la sociedad nacional, y es en ella donde por ley natural debe producirse la reacción. Por otra parte, no deben olvidarse otras razones prácticas como es la facilidad para recoger la prueba del delito y perseguirlo. Pero tampoco debe dominar el principio territorial de un modo absoluto, pues un Estado no puede desinteresarse por completo de lo que ocurre fuera de su territorio, porque entonces no prestaría defensa adecuada a los bienes jurídicos que está llamado a tutelar". *Ob. cit.*, p. 84.

¹³ *Derecho Penal*, I, p. 187. Madrid, 1955.

¹⁴ *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 652, Buenos Aires, 1950

¹⁵ "En la sesión del Instituto de Derecho Internacional, habida en Cambridge en 1931, se sostuvo esta tesis por James BROWN SCOTI, secretario general de la Fundación Carnigie; por Edwin BORCHARD, profesor de la Universidad de Yale, por F. WILLIAMS y por BRIERLY. En la práctica, la jurisprudencia angloamericana ha encontrado remedios para las consecuencias que podría tener la teoría estricta. En primer término, la legislación inglesa ha admitido excepciones para asegurar la libertad de la navegación. Pero los ingleses y norteamericanos, han recurrido, sobre todo, a lo que se ha llamado la teoría de la *jurisdicción territorial/objetiva*. Basándose en donde se realiza la intención criminal y no donde se forma, esta teoría alcanza al inculpado tanto en el país donde materialmente ejecutó el acto como en el sitio en que es aprehendido. Esta es una ficción -una extrema ficción- con la que ciertos tribunales norteamericanos han condenado al ladrón ahí donde se le ha hallado con una parte del botín: cada vez que se desplaza con el objeto robado -dicen- manifiesta de nuevo su intención de apropiarse del bien sustraído. Llevado a estos extremos el concepto del lugar del delito, la teoría inglesa ha reivindicado, contra la justicia de Francia, la competencia exclusiva del Tribunal de la India, para juzgar a un hombre en las Indias en el célebre asunto Sarvarkar". Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, pp. 652-653.

del Estado sigue al sujeto activo del delito; por tanto, es opuesto, irreconciliable con el principio de la territorialidad".¹⁶

Algunos autores distinguen, dentro de este principio dos aspectos diversos: la *personalidad activa* cuya aspiración es la aplicación extraterritorial de la ley nacional a delitos cometidos en el extranjero, cuando el *sujeto activo* es un nacional, cualquiera que sea el bien jurídico lesionado, y la *personalidad pasiva*, que pretende igualmente la aplicación de la ley nacional a delitos cometidos en territorio extranjero, cuando el *sujeto pasivo* sea un nacional o bien se lesione un interés jurídico del Estado, posición con la cual no nos mostramos de acuerdo.

La Escuela Positiva, a través de FEDOZZI ha sostenido el criterio de la *personalidad* de las leyes penales, argumentando que es la ley del país del delincuente la aplicable, pues siendo el delito el producto de la concurrencia de factores antropológicos, físicos y sociales, no puede considerársele en forma aislada, sino tomando en cuenta a su autor. De ahí que sea el juez del país, cuya nacionalidad ostente el delincuente, el más capacitado para conocer del hecho y aplicar su ley nacional. "Para logrado -expresa JIMÉNEZ DE ASÚA-, la extradición debería adaptarse, no sólo para los que delincan en su patria y se refugien en el extranjero, sino también para los nacionales que en cualquier lugar realicen acciones punibles conforme a la ley del Estado a que pertenecen. Sin embargo, la extradición debería aplicarse teniendo en cuenta la distinción fundamental entre delincuentes natos y delincuentes ocasionales: los primeros deberían ser reclamados; los segundos no, ya que el alejamiento del ambiente que ocasionó el delito sería bastante sanción. Este sistema, propuesto por el internacionalista FEDOZZI, y luego defendido por BALDOSSARI no fue bien recibido por los penalistas del positivismo: FLORIÁN y FERRI han propugnado, con más o menos paliativos, el régimen de la justicia universal".¹⁷

El *principio real* o de la protección, al igual de los anteriores, encuentra su raíz en la pretensión de soberanía del Estado dictador de la ley penal; afirma que *ésta es aplicable a todos aquellos casos de delitos cometidos en territorio extranjero cuando el bien jurídico que se lesiona pertenece a un nacional o bien al propio Estado*. Según CASTELLANOS TENA, este principio *atiende a los intereses jurídicamente protegidos* y por ello la ley aplicable será la adecuada para la protección.¹⁸ Von LISZT, por su parte, estima que tal principio se dirige a la sanción de los delitos cometidos en territorio extranjero cuando con ellos *se lesionan los intereses de la nación o*

¹⁶ Ob. cit., p. 68.

¹⁷ *Tratado*, II, pp. 654-655.

¹⁸ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, pp. 96-97. Editorial Porrúa, 10ª edición. 1976.

*bien los de sus nacionales.*¹⁹ En fin, JIMÉNEZ DE ASÚA explica: "El sistema real, cuya tradición es antigua y que sería mejor denominar de protección, exige que se aplique la ley del Estado a todas las infracciones que amenacen su seguridad interior o exterior, hasta cuando han sido preparadas y consumadas fuera de su territorio e incluso cuando han sido cometidas por un extranjero".²⁰

Partiendo de la premisa de que el delito no debe quedar impune, sea cual fuere el lugar donde se cometa, el principio llamado de la *justicia mundial o universal* pretende que la ley penal a aplicarse es, *aquella del lugar en que el delincuente se encuentre*, ello significa que *la ley penal aplicable podrá ser la de cualquier Estado*. Conforme a este principio "todas las naciones tendrían derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, cometidos en territorio propio o ajeno".²¹

4. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS ACEPTADOS POR EL DERECHO POSITIVO MEXICANO?

El artículo 1 del Código Penal del Distrito Federal vigente consagra el principio de la *territorialidad* de la ley al declarar que "se aplicará en el distrito Federal por los delitos de la competencia del fuero común cometidos en su territorio". De igual manera, se adopta dicho principio en el Código Penal Federal, así denominado por decreto publicado el 18 de mayo de 1999 en el *Diario Oficial de la Federación*, cuyo artículo 1 determina. "Este Código se aplicará en toda la república para los delitos del orden federal".

Por cuanto al artículo 2 del Código citado en el segundo término, la fracción primera se refiere a aquellos casos de delitos *iniciados, preparados o cometidos en el extranjero cuando produzcan o se pretendan que tengan efectos en el territorio de la República*. Esta primera fracción prevé dos hipótesis bien diferentes: la primera cuando se trata de delitos que *producen sus efectos* en el territorio nacional; aquí evidentemente, se consagra el principio de la *territorialidad de la ley*, atendiéndose a que la lesión se produce, a través de los efectos, en el

¹⁹ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 106.28, Edición, Madrid, 1927, Trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. En opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO, el principio *real* o de la *protección* "decide la naturaleza del bien jurídicamente protegido", dado que el Estado requiere la protección de sus intereses, materia de tutela por la ley nacional, en cualquier lugar en que se les ofenda. "Por eso la operatividad de este principio -afirma- suele reservarse para aquellos delitos que de alguna manera afectan a la subsistencia" organización o intereses vitales del propio Estado", tales como su seguridad exterior o la falsificación de su moneda nacional. *Derecho Penal. Parte General*, p. 165. Ed. Civitas, Madrid, Primera reimpresión, 1978.

²⁰ *La ley y el delito*, p. 178.

²¹ CASTELLANOS TENA, *Ob. cit.*, p. 97. El fundamento de este principio de "justicia universal", se pretende encontrar en ese *interés* de la comunidad internacional en perseguir y castigar hechos delictivos que lesionan a una pluralidad de Estados, tales como la trata de personas, genocidio, etc., lo que apoya la idea de que deben ser juzgados por la ley nacional. "Mientras los principios de territorialidad, personal y de protección obedecen, en última instancia, a un pensamiento nacionalista, el de justicia mundial aparece como ideal desideratum, presagio de un ordenamiento comunitario Internacional verdaderamente solidario. El principio del foro cosmopolita responde a una pureza integral de la extraterritorialidad, según la máxima del *index deprevensionis*. El *ius puniendo* se desliga de su adscripción a la soberanía nacional y se convierte en una misión de cooperación internacional, al servicio del interés predominantemente humano y no meramente internacionales". Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Ob. cit.*, p. 166.

territorio de la Republica; la segunda situación prevista se refiere a los casos de delitos que se inician, preparan o cometen en el extranjero, *pero cuyos efectos se pretende tengan lugar en el territorio de la Republica*; esta última situación recoge tanto el *principio real o de la protección como el personal o de la nacionalidad*, según se trate de afectar el interés jurídico de un nacional o de la nación mexicana o bien cuando el sujeto activo del delito lo sea un nacional. La fracción segunda del mencionado artículo se refiere a los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal de los consulados mexicanos opera el *principio real o de la protección*. La pretensión de validez espacial de la ley penal mexicana queda subordinada a la condición de que los *delitos no hayan sido juzgados* en el país en que se cometieron, siempre que el *autor se encuentre en territorio de la República*.

El artículo 3 prevé la situación de los *delitos continuos* cometidos en el extranjero que se sigan cometiendo en la Republica, y al declarar la aplicación de la ley penal mexicana esta recogiendo el principio de la *territorialidad*, pues el delito se comete en territorio nacional.

Con referencia al artículo 4, debemos considerar que regula varias situaciones: cuando el delito lo comete *un mexicano contra un extranjero*, estamos en presencia de la operancia del *principio personal*, pero cuando el delito lo comete *el extranjero contra el nacional* funciona el *principio real o de la protección*. El mismo precepto condiciona la aplicación de la ley mexicana a las circunstancias siguientes: I. Que el acusado *se encuentre en la Republica*; II. Que el reo *no haya sido definitivamente juzgado* en el país en que delinquiró, y, III. Que la *infracción de que se le acusa tenga en carácter de delito en el país en que se ejecuto y en la República*.

La redacción del artículo 5 nos demuestra la consagración del principio de la *territorialidad* con relación a los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros *en alta mar a bordo de buques nacionales*; los ejecutivos a bordo de un *buque de guerra nacional* surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación; igual solución priva cuando el delito se cometa en un buque mercante, siempre y cuando el delincuente no haya sido juzgado en la nación a que el puerto pertenece; los delitos cometidos a bordo de un buque extranjero, surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la Republica, *si se turbase la tranquilidad publica o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación* (en caso contrario se obrara de acuerdo con el derecho de reciprocidad); los delitos cometidos a bordo de *aeronaves nacionales o extranjeras* que se encuentren en territorio o atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en los casos análogos a los señalados para buques por las fracciones anteriores y, por último, los delitos cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.²² Resulta clara la

²² El anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, elaborado por la Procuraduría General de la República en 1958, suprime la fracción V del artículo 5 del Código vigente, superando la vieja idea de que la porción de suelo en que se ubican las

identificación, en todos esos casos, del principio de la *territorialidad* de la ley si se atiende a que, tratándose de naves o aeronaves nacionales, bien en alta mar o en puertos extranjeros, bien en tierra, en aire o sobre aguas territoriales éstas se encuentran bajo la protección de la bandera americana y por ficción de la ley se consideran parte integrante del territorio de la nación. Igual situación guardan las naves extranjeras surtas en aguas nacionales, pero solo en los casos en que se turbe la tranquilidad pública o bien cuando el delincuente o el ofendido no pertenezcan a la tripulación, aún cuando en la segunda hipótesis parece funcionar el principio real o de la protección.

5. CONCEPTO DE TERRITORIO

CASTELLANOS TENA, al referirse al *territorio*, expresa que aún cuando etimológicamente la citada palabra significa lo relativo a la tierra, tratándose del Estado debe entenderse en sentido *lato*, pues el territorio no sólo está formado por el *suelo*, sino también por el *subsuelo*, la *atmósfera*, una *faja a lo largo de las costas* y la *plataforma continental*: por ello estima que territorio del Estado es *todo el espacio sobre el cual este ejerce su poder*.²³ PORTE PETIT considera que el territorio de Estado abarca: a) El *espacio terrestre*, que a su vez comprende: *el suelo* y el *subsuelo*; b) El *mar territorial*, integrado por la *superficie* del mar, el *fondo* del mismo y el *subsuelo marítimo*; c) El *aire territorial* o *espacio aéreo*, y d) Las costas o *territorio ficticio*, en el que se incluyen las *naves* (territorio flotante) y las *aeronaves* (territorio volante).²⁴

El *territorio* o *espacio terrestre* propiamente tal de la nación, se encuentra determinado por el artículo 42 de la Constitución General de la República, mientras los artículos 43, 44, 45, 47 y 48 precisan cuáles son las partes integrantes de la Federación; el territorio integrante de ellas; el régimen al que deben someterse los Estados en cuestiones de límites y la jurisdicción a la cual quedan sometidas las islas de ambos mares pertenecientes al territorio nacional. El primer dispositivo señala que el territorio de la República comprende las partes integrantes de la Federación y, además el de las islas incluyendo los arrecifes y cayos de los mares adyacentes, y el de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico, así como la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes.

embajadas y legaciones debe considerarse territorio nacional.

²³ Ob. cit., p. 97.

²⁴ Ob. cit., p. 65. Para REYES ECHANDIA, por territorio se entiende el *espacio dentro del cual el Estado ejerce su soberanía* y el mismo comprende: a) el *ámbito superficial* que abarca la superficie territorial (continente, islas, archipiélagos) y el territorio ficticio (*fictio iuris*) que se refiere a las *naves marítimas y aéreas*, sean mercantes o de guerra; b) el *espacio marítimo*, y e) el *espacio aéreo*. *Derecho Penal. Parte General*, p. 69, Editorial Témis, Undécima edición, segunda reimpresión, Bogotá, 1990. Coincide con el concepto de territorio, RODRÍGUEZ MOURULLO al afirmar que por tal se entiende "no sólo la propia *tierra* (continente e islas), sino también todos nosotros lugares o espacios donde la soberanía del Estado ejerce su autoridad y jurisdicción", de: manera que forman parte del territorio el mar territorial, el espacio aéreo y los buques y aeronaves con bandera y pabellón nacional, *Ob. cit.*, p. 144.

Respecto al *subsuelo*, parte del territorio, se encuentra sujeto al régimen de dominio directo de la nación según lo declara el artículo 27 Constitucional, en su párrafo cuarto, que textualmente dice: “Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos, y el espacio situado sobre el territorio nacional en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional”.

Con relación al territorio marítimo o *mar territorial*, forma parte del territorio nacional, según lo declara el propio artículo 42, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al decir: “El territorio nacional comprende: V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional, y las marítimas interiores”. A su vez, el artículo 27, párrafo quinto de la misma Constitución declara: “Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional...” El propio artículo en su párrafo octavo expresa: “La nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona exclusiva se extenderá a 200 millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesaria, mediante acuerdo con éstos estados”, complementando las disposiciones constitucionales invocadas, los artículos 1º, 2º, fracciones II, IV, IX y demás relativos de la Ley General de Bienes Nacionales de 22 de diciembre de 1981, promulgada por el Ejecutivo Federal el 23 del mismo mes y año, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 8 de enero de 1982, pues el primero de tales preceptos declara que componen el patrimonio nacional, tanto los bienes de *dominio público*, entre otros, los precisados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo, y 42., fracción IV, de la Constitución General de la República, etc. El artículo 18, fracción II, de la Ley General de Bienes Nacionales, que se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación de 30 de enero de 1969, expresamente señaló, como bien de *uso común* el *mar territorial* que comprende las aguas marginales hasta una distancia de 12 millas (22,224 metros), de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes que de ella emanen y el

derecho internacional, en la inteligencia de que salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, la anchura del mar territorial se medirá a partir de la línea de bajamar, a lo largo de las costas y de las islas que forman parte del territorio nacional.^{24 bis}

En cuanto al *espacio aéreo* territorial, constituye una materia en formación, en la cual la doctrina no muestra conclusiones homogéneas ni definitivas. Son tres las teorías elaboradas al respecto: la de la *libertad*; la de la *soberanía* y la *mixta*, que sostienen criterios divergentes. La primera proclama la libertad del espacio aéreo, mientras la segunda pretende considerar como parte integrante de su territorio a la capa atmosférica comprendida dentro de los límites de sus fronteras territoriales. La tercera teoría concilia las anteriores estableciendo un espacio aéreo soberano y otro libre. Sobre este particular, escribe Eduardo Novoa que “para algunos todo el espacio aéreo debe ser libre como la alta mar; otros proponen una línea ideal, trazada horizontalmente a una altura determinada –las alturas propuestas varían desde los 500 hasta los 25,000 o más metros- que separe un espacio inferior reservado a la soberanía del Estado subyacente y otro superior que resultaría libre; los más creen que el espacio aéreo, cualquiera que sea su altura, debe quedar sometido a la soberanía del Estado subyacente, si bien respetando el libre tránsito aéreo internacional. La mayoría de los tratadistas, legislaciones y convenciones han apoyado esta última tesis, basándose en que así es necesario para la *razonable* seguridad del Estado correspondiente, que puede verse amagado desde lo alto sin limitación de altura... La reciente conquista por el hombre del espacio cósmico, altera profundamente los conceptos existentes hasta ahora en esta materia y habrá de dar origen a soluciones nuevas. En todo caso, ha de advertirse que la ley chilena se refiere únicamente al ‘espacio atmosférico’ y éste no alcanza a más de 800,000 metros sobre el nivel del mar”.²⁵

^{24 bis} El párrafo segundo de la citada fracción II del artículo 18, decía textualmente lo siguiente: “En los lugares en que la costa del territorio nacional tenga profundas aberturas y escotaduras y en las que haya una franja de islas a lo largo de la costa situadas en su proximidad inmediata, podrá adoptarse como medida para trazar la línea de base desde la que ha de medirse el mar territorial el de las líneas de base rectas que unan los puntos más adentrados en el mar. El trazado de esas líneas de base no se apartará de una manera apreciable de la dirección general de las costas y las zonas de mar situadas del lado de tierra de esas líneas, estarán suficientemente vinculadas al dominio terrestre para estar sometidas al régimen de las aguas interiores. Estas líneas podrán trazarse hacia las elevaciones que emerjan en bajamar, cuando sobre ellas existan faros o instalaciones que permanezcan constantemente sobre el nivel del mar, o cuando tales elevaciones estén total o parcialmente a una distancia de la costa firme o de una isla que no exceda de la anchura del mar territorial. Las instalaciones permanentes más adentradas en el mar, que formen parte integrante del sistema portuario, se considerarán como parte de la costa para los efectos de la delimitación del mar territorial.”

²⁵ *Curso de Derecho Penal Chileno*, p. 157, Editorial Jurídica de Chile, 1960. Nuestra Constitución no consagra normas especiales, delimitando el espacio aéreo, pues en este aspecto se remite a la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional. El artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción VI, prescribe lo siguiente: “El territorio nacional comprende: *El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional*”.

6. LA EXTRADICIÓN

Llámase extradición al acto de cooperación internacional mediante el cual un Estado hace entrega a otro, previa petición o requerimiento de un delincuente que se encuentra en su territorio, para ser juzgado por el delito cometido, o bien para que compurgue la pena impuesta. *

Esta institución surgió como una necesaria cooperación en el orden internacional para evitar la impunidad del delito, cobrando día a día mayor importancia en virtud de la rapidez de las vías de comunicación que facilitan al delincuente el substraerse a la acción de la justicia del país en que delinquiró.

Es regla casi común que en los Tratados de extradición se incluyan, entre otras, las siguientes condiciones para conceder la entrega de los delincuentes: 1º Que el hecho imputado esté *expresamente previsto dentro del catálogo de delitos que pueden ser materia de la extradición*; 2º Que tal hecho tenga el carácter de delito en los países que suscriben el Tratado; 3º Que se encuentre viva la acción penal para perseguirlo; y 4º Que la pena que corresponda al mismo no sea menor de un año de prisión. Normalmente se excluyen de los referidos Tratados a los reos políticos, aunque esta regla no tiene carácter general, y a los súbditos nacionales: como simple ejemplo se puede citar el Acuerdo de Ginebra de 30 de septiembre de 1921.^{25 bis}

La extradición puede revestir las formas: *activa* y *pasiva*. La extradición es *activa* cuando se contempla desde el punto de vista del Estado solicitante, es decir, cuando se requiere la entrega del sujeto declarado culpable o sobre quien pesa una orden de detención para ponerlo bajo el imperio soberano de su ley nacional. La extradición es *pasiva* cuando se contempla desde el punto de vista del Estado que hace la entrega del delincuente reclamado, pero, en puridad, se trata de una sola extradición y no de dos, aunque la doctrina se haya referido a estas formas con relación a la actitud que el Estado toma como solicitante o solicitado. En realidad y

* La extradición: dice REYES ECHANDIA, es el acto en virtud del cual un Estado solicita, ofrece o decide la entrega de una persona a otro Estado interesado para los efectos del juicio penal o la ejecución de una sentencia condenatoria contra ella proferida. Para LOZANO Y LOZANO, a virtud de la extradición se pretende hacer posible "el juzgamiento de los delincuentes en el país de origen o en aquel donde cometieron el delito, cuando se han trasladado a otro tratando de burlar a la justicia". En fin, para RODRÍGUEZ MOURULLO la extradición consiste, de hecho, "en la entrega que un Estado hace a otro de un acusado o condenado que buscó refugio en el territorio del primero de ellos a fin de que el segundo pueda juzgarlo o ejecutar la condena" (A. REYES ECHANDIA, Ob. cit., p.75; LOZANO Y LOZANO, *Elementos de Derecho Penal*, p. 347. Ed. Témis, Bogotá, 1979; RODRÍGUEZ MOURULLO, Ob. Cit., p. 167).

^{25 bis} RODRÍGUEZ DEVESA señala como *principios* que informan la extradición: a) Relativos a los delitos: 1º *Principio de legalidad*, que consiste en no admitir otras causas de extradición que las expresamente señaladas en el derecho escrito (nulla traditio sine lege); 2º *Principio de identidad*, el cual se satisface a virtud de la *doble incriminación*, esto es, que el hecho que motiva la extradición debe estar incriminado tanto en la legislación del estado requirente como en la del requerido; 3º *Principio de la especialidad*, que significa que el extraditado no podrá ser juzgado por ningún delito distinto del que motivó la extradición; 4º *Principio de la no entrega por delitos políticos*, el cual encuentra su fundamento en el *derecho de asilo*; 5º *Principio de la no entrega por delitos esencialmente militares*, y 6º *Mínima non curat praetor*, principio bajo el cual se excluye la extradición relativa a infracciones de mínima gravedad: b) Relativos a los delincuentes: *Principio de no entrega del nacional*. Ob. cit., pp. 232-238.

como se ha destacado frecuentemente, la importancia de la distinción anterior radica en la distinta posición guardada por el Estado solicitante y el solicitado, ya que la extradición activa engendra, se ha dicho, una mera expectativa, en tanto en la pasiva se trata de un problema que entraña aspectos jurisdiccionales que deben satisfacerse previamente a la decisión gubernamental de acceder o no al requerimiento de entrega. Dicho en otro giro, y como lo expresa RODRÍGUEZ MOURULLO, "la extradición activa es, por esencia, facultativa, ya que el pedir es siempre libre, mientras la pasiva suele entrañar cierta obligatoriedad, derivada de tratados, leyes internas, costumbre o reciprocidad".²⁶

JIMÉNEZ DE ASÚA aduce que hay autores que se refieren a una extradición llamada *voluntaria*, la cual consiste en la entrega que de su propia persona hace el delincuente, sin formalidad de ninguna especie.^{26 bis} Tal forma de extradición no debe confundirse con la *espontánea*, consistente "en el ofrecimiento de la extradición, por parte del Estado supuesto reclamado".²⁷

Por último, se habla también de la extradición de *tránsito*, la cual consiste en la autorización dada por un Estado para que por su territorio transite el reo entregado a otro Estado y pueda así llegar al lugar de su destino, situación ésta a la cual se le niega, por algunos; su carácter de extradición, alegando se trata de un simple permiso administrativo de tránsito.

La Constitución mexicana, salvo los casos de excepción regulados por el artículo 15, no pone taxativa alguna al contenido o materia de los tratados de extradición. Tal precepto prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos políticos o para aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; igualmente prohíbe convenios o tratados en virtud de los cuales se alteran las garantías o derechos establecidos por la Constitución para el hombre o el ciudadano.

Nuestro país ha celebrado, entre otros, los siguientes tratados, convenios o convenciones de extradición: Convenio de Extradición *con el Reino de Bélgica*, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 15 de agosto de 1939;²⁸ Tratado de extradición con la República de El Salvador, de 12 de agosto de 1912; Tratado con los

²⁶ *Derecho Penal. Parte General*, p. 170. Editorial Civitas, Primera Reimpresión, Madrid, 1978.

^{26 bis} *La ley el delito*, p. 193. Comentando la ley española y después de precisar que la extradición *voluntaria* es aquella en que la persona *consiente* su extradición, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO expresa que el consentimiento de la persona, reclamada determina, conforme a la ley mencionada, que el juez pueda acceder a la, demanda de extradición, sin necesidad de "elevar las actuaciones a la audiencia", siempre que no se suscitaren obstáculos legales. *Ob. cit.* p. 170.

²⁷ PORTE PETIT, *ob. cit.* p. 84.

²⁸ El artículo 1 de dicho Convenio expresa: "El Gobierno mexicano y el Gobierno de Bélgica se comprometen a entregarse recíprocamente, por petición que uno de los Gobiernos dirija al otro, los individuos acusados, procesados, o condenados por las autoridades competentes de aquel de los dos países en donde la infracción se hubiera cometido como autores o cómplices de los

Estados Unidos de Norteamérica de 22 de febrero de 1899; Convenio adicional, al Tratado anteriormente citado, de fecha 28 de marzo de 1903; Convenio adicional al propio Tratado, publicado en el *Diario Oficial* de 13 de agosto de 1927, que aumentó la lista de los delitos comprendidos en el mismo con aquellos cometidos contra leyes dictadas para la supresión del tráfico y del uso de narcóticos, contra las leyes relativas a la manufactura ilícita o al tráfico de substancias nocivas a la salud, o productos químicos venenosos, así como sobre contrabando; Convención celebrada con la República de Guatemala con fecha de 25 de septiembre de 1895; Tratado con Italia de 18 de octubre de 1899; Tratado y Convención alebrados con los Países Bajos, de fecha de 16 de diciembre de 1907; Tratado entre México y Cuba, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 25 de abril de 1936, en cuyo artículo 1º se establecen como condiciones para la entrega de los delincuentes: A) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado; y b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad; Convención internacional para la represión de la falsificación de moneda celebrado con Albania, Alemania, Australia, Bélgica, Gran Bretaña e Irlanda Septentrional, India, China, Colombia, Cuba, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Luxemburgo, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Reino de los Servios, Croatas y Eslovenos y Unión de las Repúblicas Socialistas y Convención Internacional relativa a la represión de la trata de blancas mayores de edad entre *México* y varios países.²⁹

Al decir de Von LISZT, el procedimiento del delincuente entregado queda sujeto al *principio de la especialidad*, ya que sólo puede juzgársele por el delito por el cual se ha pedido y obtenido la extradición, de manera que la condena por delitos diversos cometidos con anterioridad a la extradición será admisible, como excepción, cuando consientan el Estado que ha concedido la extradición o el delincuente, o cuando éste haya tenido tiempo suficiente para ausentarse del territorio del Estado requirente o cuando haya regresado de nueva cuenta a él.³⁰

Por *reextradición* se entiende la entrega del delincuente hecha por el Estado que obtuvo la extradición, en favor de un tercer Estado, previa solicitud, a efecto de ser juzgado por delito distinto al que ameritó su extradición y cometido con anterioridad, o para que cumpla la sentencia que se le hubiere impuesto.

Por Decreto del Ejecutivo Federal de 22 de diciembre de 1975 se promulgó la *Ley de Extradición*

crímenes y delitos enumerados en el artículo 2 a continuación y que se encuentren en el territorio de uno u otro de los dos Estados contratantes.”

²⁹ *Diario Oficial de la Federación* de 8 de julio de 1936.

³⁰ *Derecho Internacional Público*, p. 322, Barcelona, 1929.

Internacional, expedida por el Congreso de la Unión el 18 de diciembre del propio año, publicándose en el *Diario Oficial* de la Federación el 29 del mismo mes y año, mediante el cual se abrogó la Ley de Extradición hasta entonces vigente, la cual se había abrogó la Ley de extradición hasta entonces vigente, la cual se había dictado el 19 de mayo de 1897. La ley ahora vigente recibió reformas mediante decretos publicados los días 4 de diciembre de 1984, 10 de enero de 1994 y 18 de mayo de 1999.

La nueva Ley declaró, en su artículo 1º, de orden público y de carácter federal sus disposiciones, así como las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, cuando no exista tratado internacional, a los acusados ante sus tribunales, o condenados por ellos, por delitos del orden común; el artículo 3º dispone que las extradiciones solicitadas por el gobierno mexicano se regirán por los tratados vigentes y a falta de éstos, por los artículos 5, 6, 15 Y 16 de la misma Ley.

Son *principios* esenciales que rigen la extradición internacional, de acuerdo a la ley vigente:

a) Podrán ser objeto de extradición los individuos contra quienes en otro país, se *haya incoado un proceso penal* como presuntos responsables de un delito, o que sean reclamados para la *ejecución de sentencia dictada por las autoridades judiciales* del Estado solicitante (artículo 5º).

b) Darán lugar a la extradición los *delitos internacionales* definidos en la ley mexicana, cuando sean punibles en ésta y en las del Estado solicitante, *con pena de prisión cuyo término medio aritmético por lo menos sea de un año de prisión*, y tratándose de delitos culposos, considerados como graves por la ley, sean punibles conforme a ambas leyes con pena de prisión, y no se encuentren comprendidos en alguna de las excepciones previstas por la misma ley (artículo 6º)

c) El Estado mexicano exigirá, para el trámite de la solicitud de extradición, que el Estado solicitante se comprometa a la *reciprocidad*; a que *no serán materia del procesa*, ni aún como circunstancias agravantes, los *delitos cometidos con anterioridad* a la extradición, salvo los casos de excepción señalados; que el presunto extraditado *será sometido a tribunal competente* establecido *por* la ley con anterioridad al delito que se le impute en la demanda; que *será oído en defensa* y se le facilitarán los recursos legales; que si el delito imputado se sanciona con pena de muerte o algunas de las prohibidas por el artículo 22 constitucional, *sólo se le impondrá la de prisión*; que no se concederá la extradición del mismo individuo a un tercer Estado, salvo los casos de excepción señalados (artículo 10).

No se podrá conceder la extradición:

- a) *Tratándose de personas que puedan ser objeto de persecución política del Estado solicitante, o cuando el reclamado haya tenido la condición de esclavo en el país donde cometió el delito (artículo 8°);*
- b) *Cuando el delito por el cual se pide la extradición es del fuero militar (artículo 9°);*
- c) *Cuando el reclamado haya sido objeto de absolucón, indulto o amnistía o cuando hubiere cumplido la condena relativa al delito que motive el pedimento (Artículo 7°, fracción I);*
- d) *Falte la querrela de parte legítima, si conforme a la ley penal mexicana el delito exige ese requisito (artículo 7°, fracción II);*
- e) *La acción o la pena de encuentren prescritas, conforme a la ley penal mexicana o a la ley aplicable del Estado solicitante (artículo 7°, fracción III);*
- f) *Cuando el delito se haya cometido dentro del ámbito de la jurisdicción de los Tribunales de la República (artículo 7°, fracción IV);*
- g) *Ningún mexicano podrá ser entregado a un Estado extranjero sino en casos excepcionales a juicio del Ejecutivo (artículo 14), pero la calidad de mexicano no impedirá la entrega del reclamado, cuando haya sido adquirida con posterioridad a los hechos que motiven la petición de extradición (artículo 15).*

El párrafo tercero del artículo 119 de la Constitución General de la República precisa que *"Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales"*.

7. LA EXTRADICIÓN INTER-REGIONAL

De acuerdo con el artículo 119 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según su texto actual, *"Cada Estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán, con intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia, en los términos de los convenios de colaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios de colaboración con el Gobierno Federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República."*

El referido texto se originó en el Decreto promulgatorio del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, del Decreto expedido por la Comisión Permanente del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, previa aprobación de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión, así como de la mayoría de las legislaturas de los Estados, sobre reformas a diversos artículos de la Constitución Política, decreto aquél que aparece publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993. El anterior texto decía:

"Cada Estado tiene obligación de entregar sin demora los criminales de otro Estado o del extranjero, a las autoridades que los reclamen. En estos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria de extradición, será bastante para motivar la detención por un mes, si se tratare de extradición entre Estados y por dos meses cuando fuere internacional". La Ley reglamentaria de este precepto, (119) de 29 de diciembre de 1953, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 9 de enero de 1954, aunque no derogada expresamente ha quedado de hecho sin aplicación, cuando menos parcialmente, atento al contenido del nuevo artículo 119 constitucional.

En efecto, en el Diario Oficial de la Federación de 3 de diciembre de 1993, se publicó el Convenio de Colaboración que, con base en el artículo 119 constitucional, celebraron la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de los treinta y un estados integrantes de la Federación, - el 25 de septiembre del propio año, cuyas cláusulas son las siguientes: "PRIMERA. La Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia Estatales, *con la finalidad de colaborar recíprocamente dentro de sus respectivos ámbitos de competencia en la modernización, agilización y optimización de la lucha contra la delincuencia, se comprometen a instrumentar las siguientes acciones:*

"A) *En materia de investigación de hechos delictivos y aseguramiento de instrumentos, vestigios, objetos y productos relacionados con los mismos, intercambiarán información en forma ágil y oportuna, actuarán con absoluto respeto a la Constitución General de la República, a las Constituciones de las entidades federativas y a las Leyes Penales y de Procedimientos que las rigen.*

"Se pondrá particular cuidado y eficacia en el intercambio de información en los siguientes casos:

"1. Cuando de las investigaciones practicadas con motivo del trámite de una averiguación previa se desprenda que existen datos de la posible comisión de delitos perpetrados en otra entidad federativa.

"2. Cuando de los datos recabados en una averiguación previa se compruebe que se trata de uno o varios hechos delictivos relacionados entre sí o que se hayan iniciado, ejecutado, continuado o consumado en más de una entidad.

"3. Cuando el Ministerio Público, de las diligencias practicadas, advierta que el hecho delictivo que investiga tiene ramificaciones o existen indicios de su comisión o de la participación de alguna persona en otra entidad federativa.

"Cuando sea necesario las Procuradurías abrirán averiguación previa a solicitud de cualquiera de ellas hecha telefónicamente, por telex, fax o cualquier otro medio de comunicación otorgándose recíprocamente todas las facilidades para el éxito de las investigaciones.

"Las partes se entregarán sin demora los instrumentos, vestigios, objetos o productos del delito que sean necesarios para integrar una averiguación previa o para ser presentados en un proceso, aunque no medie requerimiento expreso.

"Para efectos de investigación, la policía judicial de cualquiera de las partes signatarias podrá internarse en el territorio de otra con la autorización del correspondiente Ministerio Público y bajo su responsabilidad. La comisión para tal efecto se contendrá en un oficio de colaboración.

"B) En materia de entrega de indiciados, procesados o sentenciados, con escrupuloso respeto a los derechos humanos, las partes acuerdan regirse por las siguientes reglas.

"1. Cuando la Procuraduría de cualquier entidad federativa tenga en su poder una orden de aprehensión, podrá requerir por cualquier medio de comunicación, a la Procuraduría de otra entidad la ejecución inmediata de dicha orden y la entrega de la persona aprehendida.

"2. Las órdenes de aprehensión vigentes podrán ser ejecutadas por cualquier Procuraduría firmante, sin necesidad de previo requerimiento. La Procuraduría que ejecute la orden, informará de inmediato a la de la entidad en que se haya emitido dicho mandamiento y, de común acuerdo dispondrán los términos del traslado.

"3. La Procuraduría requerida podrá autorizar expresamente a la requirente para: que agentes de esta última se internen en el Territorio de la primera y ejecuten la aprehensión y el traslado correspondiente.

"4. En los casos de flagrancia o urgencia previstos en el artículo 16, si durante la persecución o búsqueda de una persona, por delito cometido en una entidad, ella se refugia o localiza en otra, el Procurador de Justicia de la primera o el servidor público que lo substituya, podrá solicitar por cualquier medio al de la segunda entidad que

ordene su detención y entrega inmediata.

"Durante la persecución que se realice en este tipo de casos la policía que efectúe la misma podrá continuada en territorio de otra entidad, dando aviso inmediato a las autoridades de esta última.

"5. La solicitud para ejecutar una orden de presentación, detención por urgencia, o aprehensión, será hecha por el Procurador o cualquiera de los Subprocuradores.

"6. La autoridad requirente se dirigirá por oficio a la autoridad requerida. Este oficio podrá hacerse llegar por cualquier medio de comunicación entre los cuales se consideran incluidos el telégrafo, el telex, el telefax, así como cualquier otra tecnología por la que pueda transmitirse el escrito.

"7. Cuando no se disponga de un medio para hacer llegar el oficio de manera inmediata a la autoridad requerida, se podrá realizar la solicitud telefónicamente. En tal caso cada autoridad levantará un acta en que se hará constar la razón de la solicitud telefónica, la hora y circunstancia en que ésta se hizo, y a la brevedad posible se hará llegar el oficio correspondiente a la autoridad requerida. Esta realizará la detención e indicará el traslado con base en la solicitud telefónica.

"8. El oficio por el que se requiera la entrega, contendrá lo siguiente:

"I. Referencia de la autoridad que emitió la orden de que se trate y los datos que permitan identificar el documento en que consta.

"II. Nombre o nombres con los que se conozca a la persona buscada, y sus apodos si los tuviere. .

"III. Descripción de la persona buscada en la que se aporte la mayor cantidad de datos para su identificación.

"IV. Indicación de los elementos de que se disponga para localizar a la persona buscada.

"V. Firma del servidor público requirente.

"Cuando la transmisión se haga por telégrafo o telex el operador hará constar que tiene a la vista la firma correspondiente.

"De ser posible se remitirá copia de la orden de que se trate y la fotografía de la persona buscada.

"La no disponibilidad de alguno de los datos previstos en las fracciones II, III Y IV no restará validez a la solicitud.

"9. La autoridad requirente y la autoridad requerida podrán convenir en cada caso, incluso de manera verbal, los términos en que las policías de ambas colaboren para la localización y captura de la persona buscada.

"La autoridad requerida podrá autorizar, en este caso siempre por escrito a los agentes de la policía que comisione la autoridad requirente para que se internen en el territorio de la autoridad requerida y ejecuten la aprehensión y traslado correspondiente.

"En estos casos deberá identificarse plenamente a los agentes autorizados para actuar en la entidad requerida y el área del territorio de dicha entidad en la que podrán hacerlo.

"10. Cuando una persona fuere reclamada por autoridades de dos o más entidades federativas, la entrega se hará de preferencia a la autoridad en cuyo territorio se hubiere cometido el delito que amerite una sanción mayor, según las leyes de las autoridades requirentes. Si las sanciones son iguales, se dará preferencia a la autoridad del domicilio del inculpado, y a falta de domicilio cierto, a la que primero hubiere hecho la reclamación.

"11. Si la detención se efectúa por agentes de la policía de la entidad requirente, previa la autorización correspondiente para dicha actuación, éstos deberán realizar de inmediato el traslado del detenido para ponerlo a disposición de la autoridad requirente.

"Si la detención es efectuada por la policía de la autoridad requerida, ésta indicará de inmediato a la autoridad requirente el sitio donde se encuentra a su disposición el detenido. La autoridad requirente deberá disponer de inmediato lo necesario para su traslado, salvo que se convenga en el caso concreto que dicho traslado se efectúe por agentes de la autoridad requerida o por los de cualquiera otra de las partes signatarias de este convenio.

"12. Cuando la persona requerida se encuentre purgando una pena en la entidad requerida, su entrega se diferirá hasta que extinga su condena.

"La autoridad requirente efectuará, en el marco de su legislación lo necesario para que se interrumpa la prescripción.

"13. Cuando la autoridad requerida tuviere noticia de que la persona buscada se encuentra en otra entidad, de oficio remitirá o retransmitirá la solicitud a la autoridad de esa entidad y lo avisará de inmediato a la autoridad requirente.

"C) En materia de intercambio y análisis de información criminológica y de datos relativos a personas involucradas en el trámite de una averiguación previa, la comunicación entre las Procuradurías será permanente y se organizarán como instrumentos de apoyo en esta materia, mecanismos de enlace entre los sistemas de información con que cuenta cada una de las instituciones signantes respecto a personas o cosas relacionados con algún hecho ilícito, a servidores públicos, dados de baja por alguna causa de responsabilidad en ejercicio y con motivo de sus funciones en el área de procuración de justicia y en general de los datos con que se cuenten en sus respectivos archivos criminalísticos y criminológicos.

"D) En materia de modernización del funcionamiento de las labores sustantivas de procuración de justicia, las Procuradurías se proporcionarán recíprocamente asesoría y cooperación científica y técnica en las especialidades periciales y de avance informático que se requieran.

"E) En materia de capacitación y desarrollo del personal del Ministerio Público, Policía Judicial, Servicios

Periciales y de Administración, se diseñarán y ejecutarán programas conjuntos tendientes a su profesionalización y especialización.

"F) En materia de promoción a las labores desarrolladas a nivel nacional en el ámbito de procuración de justicia, en caso de concurrir intereses armónicos en la edición de manuales, guías, prontuarios, formularios o cualquier otra publicación, las partes podrán publicados como coeditores.

"SEGUNDA. El presente convenio de colaboración, no tiene carácter limitativo para las partes signantes, por lo que de acuerdo a necesidades o requerimientos locales, regionales o nacionales, podrán suscribirse acuerdos, convenios o bases independientes o complementarias a las presentes, entre dos o más Procuradurías. Estos convenios y los indicados en la cláusula siguiente deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en los órganos oficiales de las entidades signatarias.

"TERCERA. Las partes convienen en mantener vigentes los convenios bilaterales o multilaterales que tienen suscritos entre ellas en todo lo que no se oponga a lo aquí pactado.

"CUARTA. Las partes firmantes convienen en gestionar las adaptaciones legales necesarias para el mejor cumplimiento de este convenio.

"QUINTA. Las partes se comprometen a resolver de común acuerdo cualquier duda o controversia que surja con motivo de la interpretación y cumplimiento del presente convenio de colaboración y a expedir a la brevedad posible los manuales de procedimientos y de operación necesarios para instrumentar las acciones acordadas.

"SEXTA. El presente instrumento quedará depositado en la Procuraduría General de la República, la cual gestionará su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

"Las entidades firmantes lo publicarán en sus respectivos órganos oficiales.

"En tanto se efectúa la adecuación de las leyes orgánicas que lo requieran en los casos en que se haga necesario, los titulares de los Poderes Ejecutivos Estatales podrán ratificar mediante oficio, que también se depositará en la Procuraduría General de la República, el contenido del presente convenio."

CAPITULO IV

LA VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO

1. El tiempo de validez de la ley penal.-2. La excepción al principio básico que rige la validez temporal de la ley penal.-3. Hipótesis que puede originar la sucesión de leyes penales.-4. Concepto de ley más benigna.-5. La retroactividad de la ley y la cosa juzgada.

1. EL TIEMPO DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

Las instituciones jurídicas, como obra de los hombres, están llenas de imperfecciones. De ahí la enorme importancia que tiene la labor vivificante de la jurisprudencia, la cual, al paso del tiempo, hace día a día vestir nuevas galas al cuerpo a veces vetusto del Derecho positivo. Siendo la ley el producto de un conjunto de factores de diversa índole y naturaleza, cuya pretensión es regir situaciones futuras, es lógico surja en un momento dado la necesidad de su reforma o de su total substitución, al variar aquellos factores que le dieron vida. Las leyes, como los hombres, nacen, viven y mueren.

La ley penal, como cualquiera otra, tiene validez desde que surge su *obligatoriedad*, a raíz de su publicación, hasta su *derogación* o *abrogación*. Por lo mismo, la vida de la ley abarca desde su nacimiento hasta su extinción o muerte. De lo anterior se desprende, como principio básico, que *la ley rige para los casos habidos durante su vigencia*, lo que implica su inoperancia para solucionar situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la misma.

Al referirnos a las fuentes del Derecho hicimos relación al proceso legislativo y establecimos, invocando la legislación civil, las reglas que nos precisan el momento en el cual surge la *obligatoriedad* de la ley. Si es éste precisamente el momento que marca la vigencia de la ley, no puede presentarse problema alguno por cuanto a los hechos jurídicos surgidos durante la *vacatio legis*. La derogación y la abrogación marcan el límite terminal de la vigencia de la ley, pudiendo la segunda ser *expresa* o *tácita*, según lo determine de manera explícita el nuevo texto, o bien cuando éste resulte contradictorio con lo anterior.

En el lenguaje jurídico, los términos *derogación* y *abrogación* se usan en ocasiones como sinónimos, queriéndose con ellos designar el fenómeno por el cual cesa la vigencia de la ley en forma *parcial* o *total*.

Técnicamente, sin embargo, son conceptos distintos, pues mientras *derogar* significa *quitarle una parte* a la ley, *abrogarla* equivale a *suprirla totalmente*. Se habla de *abrogación expresa*, cuando es la propia ley explícitamente la que ordena la supresión de otra ley, usando la expresión: “Queda abrogado el Código”, etc., en cuyo caso se trata de una abrogación expresa *directa*. Si el término de duración de la ley está precisado en ella misma, como en el caso de las leyes *temporales*, o bien la ley se ha dictado para regir una situación transitoria, como cuando la vigencia de una ley excluye la vigencia de la otra por reglamentar una misma materia, operando el principio “*lex posterior derogat priori*”, o bien por reglamentarla en sentido opuesto: *leyes posteriores priores contrarias abrogan*.

El principio básico general enunciado, encuentra consagración con el artículo 14, párrafo segundo de nuestra Constitución: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Ello significa que el hecho ilícito penal deberá ser juzgado y castigado *precisamente por la ley vigente en el momento de cometerse*, lo cual origina la ultractividad de la ley penal cuando entre el delito cometido y la sentencia que se dicte ha surgido una nueva ley.

2. LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO BÁSICO QUE RIGE LA VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

El principio *tempus regit actum*, equivalente al de *no retroactividad* o *irretroactividad* de ley, recogido en el artículo 14, párrafo primero de nuestro texto constitucional, tiene como excepción el de *retroactividad de la ley penal más benigna*. Ello se infiere de la interpretación a *contrario sensu* del precitado artículo 14, párrafo primero, que declara: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, excepción reconocida en forma unánime por la doctrina y el derecho positivo. El código penal vigente en el Distrito Federal, al igual que el Código penal federal, recoge dicha excepción al declarar que *cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad, entrase en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado*, esto es, se podrá aplicar *retroactivamente* la nueva ley, lo mismo se trate de procesados que de sentenciados, adquiriendo carácter obligatorio su retroactividad, cuando resulte ser más benigna.¹

¹ “Artículo 56. Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la

No se puede negar, como se afirma de ordinario, que la retroactividad de la ley va vinculada o bien se contempla con el fenómeno de *ultractividad* de la misma, *cuando es más favorable al acusado*, lo que obliga al juzgador aplicar la ley vigente en el momento de la comisión del hecho delictivo, aún cuando ésta haya dejado de existir. En la doctrina y en la práctica judicial plantéase la cuestión de determinar la ley aplicable en el caso de la posible *sucesión de leyes*, cuando el proceso abierto por algún delito se encuentra *sub-judice*. Se habla entonces de leyes *intermedias*, siendo evidente a nuestro entender que resulta aplicable la ley intermedia, de resultar ésta la más favorable al acusado. ^{1 bis}

En Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, se ocupa en sus artículos 6 y 7 de las hipótesis que pueden presentarse con relación a la sucesión de leyes, reglamentando los siguientes casos: a) Cuando la nueva ley *disminuya* la sanción; b) cuando la *substituya* por otra menos grave; c) cuando se cambie la *naturaleza* de la sanción; d) cuando se *modificaren los elementos* constitutivos del delito y la conducta o el hecho imputado quedare comprendido en la nueva ley. Los artículos del citado Anteproyecto dicen así: Art.6. “Cuando entre la comisión del delito y la sentencia que deba pronunciarse, se promulgaren una o más leyes que disminuyan la sanción o la substituyan por otra menos grave, se aplicará la más favorable al reo; en caso de que cambien la naturaleza de la sanción, se aplicará la más benigna. Si pronunciada una sentencia ejecutoria se dictare una nueva ley que, sin cambiar la naturaleza de la sanción, disminuya su duración, se aplicará en la misma proporción en que estén el máximo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la ley posterior. Cuando la nueva ley deje de considerar una determinada conducta o hecho como delictuoso, se ordenará la absoluta libertad de los procesados o sentenciados, cesando el procedimiento o los efectos de la sentencia pronunciada”. Art.7. “Cuando después de cometido el delito se dictare una nueva ley que modifique los elementos típicos del mismo, si la conducta o el hecho se ajustaren a la nueva descripción legal, se aplicará ésta sólo en el caso de que la pena sea más favorable al delincuente”

El Código Penal Tipo, elaborado en acatamiento a una de las recomendaciones del III Congreso Nacional de Procuradores de Justicia, regula en el Capítulo II del Título Primero del Libro Primero, según se precisa en su *Exposición de motivos*, “las normas alusivas al problema de la sucesión de leyes penales, haciendo referencia a

sanción aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término medio aritmético conforme a la nueva norma”.

^{1 bis} Véase a Alfonso REYES ECHANDIA, *Derecho Penal. Parte General*, p.62. Editorial Témis, Bogotá Undécima edición, Segunda reimpresión. En el ámbito *temporal* de aplicación de la ley penal, la doctrina se ocupa de las leyes *temporales* y de las leyes *excepcionales*, siendo las primeras aquellas que determinan expresamente el periodo de su vigencia, en tanto las segundas son dictadas para regir situaciones excepcionales, leyes cuya vigencia no precisada queda dependiendo de la existencia de las situaciones particulares que le dieron la vida, las que al desaparecer originan la extinción de su vigencia.

la modificación de la ley y al caso de que ya no repute determinado hecho como delictuoso, manteniéndose el principio de la ley más favorable al acusado, con base en el artículo 14 de la Constitución General de la República”.

Se ocupan de la *aplicación de la ley en el tiempo*, los artículos 4 y 5 del Código Tipo, estableciendo el primero de ellos: “Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia que sobre él debiera pronunciarse, se promulgare una ley más favorable que la ley vigente al cometerse el delito, se aplicará la nueva ley. Si pronunciada la sentencia irrevocable se dictare una nueva ley que, dejando subsistente la sanción impuesta en la misma proporción que guardan las sanciones establecidas en ambas leyes. En el caso de que cambiare la naturaleza de la sanción, si el condenado lo solicita, se substituirá la señalada en la ley anterior por la señalada en la posterior”. El artículo 5, prescribe: “Cuando la nueva ley deje de considerar una determinada conducta o hecho como delictuosos, se ordenará la libertad de los procesados o sentenciados, cesando el procedimiento o los efectos de la sentencia, con excepción de la reparación del daño, cuando ya se haya hecho efectiva”.

3. HIPÓTESIS QUE PUEDE ORIGINAR LA SUCESIÓN DE LEYES.

La doctrina señalada como situaciones originadas por la sucesión de leyes penales las siguientes:

a) *Creación de un nuevo delito no sancionado en la ley anterior.* Atendiendo al principio de *no retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna*, es imposible incriminar aquellas conductas o hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley. Además del imperativo anterior surge aquí, en toda su plenitud, el principio “*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale*”, complementándose ambos para garantía de los ciudadanos frente al poder público.

PORTE PETIT plantea, dentro de esta hipótesis, los problemas surgidos según se trate de delitos *instantáneos, permanentes o continuados*. Con relación a los primeros precisa que la nueva ley no puede abarcar los hechos o conductas de consumación instantánea por resultar en tal caso retroactiva. Tratándose de los segundos se inclina por la aplicación de la nueva ley cuando la conducta o el hecho se continúan realizando hasta su vigencia, invocado al respecto las opiniones de MANZINI, RANIERO Y BATTAGLINI. En cuanto a los últimos aduce que puede suceder que se hayan realizado conductas o hechos (antes de la nueva ley),

continuándose hasta su vigencia, en cuyo caso ésta será aplicable con relación a los que caen bajo su obligatoriedad.²

b) *Supresión de un delito que la ley anterior sancionaba.* A la inversa de la situación planteada en la hipótesis anterior, en ésta se hace obligatoria la *retroactividad* de la nueva ley. Las razones invocadas para sostener tal criterio se hacen consistir, fundamentalmente, en la *falta del interés estatal para punir un hecho que ha dejado de ser estimado delictivo.*

c) *Modificaciones en la nueva ley respecto a la pena.* Esta situación puede referirse:

1° A una *disminución* de la pena establecida en la ley anterior.

2° A una *substitución* de la pena por una menos grave.

3° A la *agravación* de la pena con relación a la señalada en la ley anterior.

En los dos primeros casos se aplicará retroactivamente la nueva ley, mientras en el último priva el principio de la irretroactividad.

d) *Modificaciones en el tipo penal respecto a sus elementos constitutivos.* Esta situación puede consistir:

1° En *augmentar los elementos del tipo o ampliar su alcance*, como sucedería en el delito de estupro si se señalara en veinte años a la edad de la mujer, y

2° En *disminuir tales elementos o restringir su alcance*, para facilitar la punición del hecho. Tal sería el caso en el delito de estupro si se suprimieran los medios comisivos: seducción o engaño.

e) *Modificaciones en la nueva ley, referentes a las circunstancias atenuantes o agravantes.* Bien puede suceder que la nueva ley no modifique la punibilidad de la conducta o del hecho, sino amplíe o restrinja el alcance

² *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, I, p. 91. México, 1960. Tratándose de los casos de *pluralidad* de actos o de omisiones integrantes de *una sola conducta*, los cuales caen bajo la vigencia parcial de dos leyes penales, una *anterior* y otra *posterior*, para precisar el momento de su consumación resulta determinante, como lo pone de manifiesto RANIERI, aquel en que se realiza el último acto, junto con su resultado, o se efectúa la última omisión, por lo que siempre habrá de aplicarse la *ley posterior*, sin importar que sea menos favorable. Textualmente expresa RANIERI: "En cuanto hace a la hipótesis de *delito permanente*, por haberse prolongado voluntariamente el estado antijurídico, que cae bajo la nueva ley, es ésta la que ha de aplicarse. Y en el caso de *delito continuado*, puesto que se tiene una pluralidad de hechos, de los cuales una parte cae bajo la ley anterior y otra bajo la ley posterior, si ésta última es abrogatoria, no verificado bajo la nueva ley, y si ésta es simplemente modificadora, entonces deberá ser aplicada". *Manual de Derecho Penal*, I pp. 93-94, Editorial Témis, Bogotá, 1974. Versión castellana de Jorge GUERRERO, sobre la cuarta edición italiana.

de las circunstancias que conectadas con ella hacen operar un aumento o disminución de la sanción. En tales casos podrá o no aplicarse la nueva ley, según beneficie o perjudique al acusado.

4. CONCEPTO DE LEY MÁS BENIGNA

En algunos casos de disminución de pena, de sustitución de la sanción, de modificación de los elementos constitutivos del delito o de modificación de las circunstancias conectadas con la punibilidad, parece presentarse con claridad el concepto de ley más favorable o benigna como aquella que causa menos perjuicios al acusado, tanto en su libertad como en sus bienes patrimoniales. No obstante, como se encarga de hacerlo notar NÚÑEZ, habrá casos en que resulte dudoso precisar la ley más benigna. “La doctrina universal – aduce-, ha planteado la cuestión en ciertos casos desde hace tiempo. ¿Qué se resuelve cuando, tratándose de penas de la misma naturaleza, la nueva ley rebaja al máximo, pero eleva su mínimo, o al revés? ¿En el caso de penas de diferente naturaleza, se ha de estar a la gravedad relativa de ellas o se ha de recurrir al principio de su valor relativo a la conversión?”³ Es evidente que las situaciones dudosas no puede establecerse un criterio preciso sino en orden al conjunto de las “consecuencias penales del delito” y mediante el examen del caso concreto, pues no puede atenderse en modo general a la gravedad de las penas recogidas en los Códigos sino a la situación personal del reo.

Este último criterio parece ser el de más aceptación doctrinal, pues sólo frente al caso particular es posible establecer cuál resulta ser la ley más benigna. En este sentido se ha inclinado la Jurisprudencia alemana, según lo pone de manifiesto MAURACH, para quien la *ley más benigna es la ley más favorable al autor en el caso concreto*.^{3bis} Comparte dicho punto de vista ALFREDO ETCHEBERRY, al afirmar que la benignidad de la ley debe determinarse no en abstracto sino en concreto.⁴ Es por ello que corresponde únicamente al juzgador decidir cuándo la nueva ley debe aplicarse retroactivamente, sin que el indicado tenga intervención de ninguna especie dicha decisión, por ser ésta una cuestión de orden público.^{4 bis}

³ *Derecho Penal Argentino*, I. p. 142, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.

^{3bis} *Tratado de Derecho Penal*, I, 143 Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Trad. Juan Córdoba Roda.

⁴ *Derecho Penal*, I, p.125. Ed. Gibas Santiago de Chile, 1965.

^{4 bis} CUELLO CALÓN se pregunta, como tantos juristas, cuál es la ley más benigna. Si bien el problema tiene fácil solución cuando la nueva ley señala una pena menor, no siempre se presenta tal cuestión con esa claridad y en esos casos la determinación de la pena más favorable resulta sumamente difícil, lo que ha dado pie a la proposición de varias soluciones, incluso la de sostener el criterio general de no retroactividad. “Pero en tales casos –concluye- lo más racional sería dejar que el reo determine la ley por la que desea ser juzgado y sentenciado, pues nadie mejor que él puede conocer las disposiciones que le son más benéficas”. *Derecho Penal*, I. pp. 222-223. Bosch, Barcelona, Décima Cuarta Edición, 1964.

5. LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY MÁS BENIGNA Y LA COSA JUZGADA.

Nuestro Código acepta, en su artículo 56 ya citado, la *retroactividad de la ley más benigna*, no sólo en aquellos casos ubicados en el periodo procesal sino aún tratándose de los que han sido fallados en el periodo procesal sino aún tratándose de los que han sido fallados en definitiva, reconociendo así la eficacia de aquel principio durante la condena.

J. Ramón PALACIOS expresa que la autoridad de la cosa juzgada sufre, en materia penal, dos excepciones: “La primera, consignada con lenguaje infeliz en el artículo 57 del c.p. de 31, se concreta en la destrucción de la eficacia de la sentencia, cuando el Derecho substancial quitó a la conducta el carácter de delictiva que las normas anteriores estatúan. El fundamento yace en la consideración de que si el Estado ha conceptuado que el proceder del sujeto no necesita sancionarse, las penas resultan superfluas y contrarias a la conciencia éticojurídica, del momento. Con mayor razón el proceso en curso se extingue. La segunda excepción prevista por el diverso 56 del mismo Código penal es todavía más desafortunada, porque no solamente peca al despreciar el léxico técnico, sino que adopta un sistema contradictorio al exigir solicitud del condenado para la aplicación retroactiva de la ley penal y deja que surta efectos la ley anterior, mezclándolos con los de la ley posterior, ya que se reduce la pena impuesta en la sentencia ejecutoria, `en la misma proporción en que estén el mínimo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior´...”.⁵

El sistema de excepción a la autoridad de la cosa juzgada es seguido, entre otros, por los Códigos argentino (artículo 2), brasileño (artículo 2) y español (artículo 24), que declaran la retroactividad de la ley más benigna tratándose del condenado. Consagran sistema opuesto, limitando la aplicación retroactiva hasta el momento de dictarse la sentencia, entre otros los Códigos italiano de 1930 (artículo 2) y chileno. Eduardo Nova, refiriéndose al último comenta: “La retroactividad de la ley más favorable no tiene lugar cuando el juicio ha sido fallado.

Concluida la litis, la intangibilidad que la ley reconoce a la cosa juzgada impide que la ley posterior más benigna pueda ser aplicada al reo”.⁶

⁵ *La Cosa Juzgada*, p. 24. Editorial Cajica, Puebla, 1953. Conviene aclarar que el texto actual del art. 56 del Código Penal no corresponde al que mereció tan oportuna crítica del jurista poblano y, en cuanto al Art. 57, se encuentra actualmente derogado. No obstante, con independencia de la defectuosa estructura de los preceptos en cuestión, que merecieron la justa crítica señalada, asiste plena razón a PALACIOS en los razonamientos o comentarios hechos al respecto.

⁶ *Curso de Derecho Penal Chileno*, p. 196, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

CAPÍTULO V

LA VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO

El principio de igualdad ante la ley penal. 2.- Las excepciones al principio de igualdad ante la ley penal.- 3.- La inmunidad diplomática.- 4.- El fuero. Responsabilidades políticas. Responsabilidades penales. Responsabilidades administrativas.- 5. Naturaleza jurídica del fuero.

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL.

Este principio, es de aplicación relativamente reciente y su valor no deja de ser puramente informativo ya que, como se verá más adelante, tiene dos fundamentales excepciones. Según Juan del ROSAL, “en la elaboración de la ley penal no reza este principio, al modo como fue entendido por contraposición a la arbitrariedad del antiguo régimen”.¹

El moderno Derecho penal afirma la *igualdad de los súbditos ante la ley*, pues ésta se dirige a todos, sin excepción, lo que la hace *impersonal*, atributo propio y fundamental derivado de la naturaleza *pública y general*. No obstante, este principio fue negado en otros tiempos históricos; el mundo antiguo no conoció otro orden de cosas que el de la desigualdad ante la ley. En el Derecho romano se distinguieron los *cives*, poseedores de toda clase de privilegios, el *peregrinus*, de inferior condición, y el *servís* perteneciente a la clase más baja en la organización social de la época y sobre quién recaían los castigos más extraordinarios. El mismo Derecho romano distinguió los *honestiores* de los **humilliores, colocados en situación diversa ante la ley**. En la Edad Media se acentuó aún más tal desigualdad, a pesar de que la esclavitud quedó reemplazada por la servidumbre feudal. En este periodo histórico existió notable diferencia entre los señores o nobles y los siervos o plebeyos, consagrándose el derecho del delincuente a ser juzgado por sus iguales, lo cual pone de manifiesto la diferente justicia impartida a unos y a otros.

2. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL.

¹ *Derecho Penal* (Lecciones), p. 230, Valladolid, 1954.

Son dos las excepciones al principio de la igualdad ante la ley: una de Derecho internacional público: la *inmunidad diplomática*; la otra de Derecho público interno: el *fuero*.

La *inmunidad* supone *inaplicación absoluta de la ley penal* y se la refiere a la persona de los representantes diplomáticos de países extranjeros. El *fuero*, por el contrario, no constituye sino un *privilegio* frente a ella; quien goza de fuero es responsable de los hechos delictivos cometidos, pero para serle aplicadas las sanciones respectivas debe, previamente, ser despojado de su privilegio, o bien satisfacerse determinados requisitos con antelación a su procesamiento.

3. LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA

Es cuestión antigua la inmunidad de los representantes diplomáticos; los pueblos primitivos respetaron la persona de los legados estableciendo el principio de su inviolabilidad. No obstante, la inviolabilidad absoluta no ha sido reconocida, en forma unánime, a pesar de constituir la corriente más aceptada: algunos ilustres autores del Derecho de Gentes han limitado su alcance, estableciendo excepciones para aquellos casos de actividades sediciosas, excitación a la rebelión, conspiración, etcétera, que ponen en peligro la integridad del Estado ante el cual se encuentran acreditados tales representantes diplomáticos, puesto que, afirman, la inmunidad diplomática protege a la persona, en razón de su investidura, poniéndola a salvo de cualquier acción que interfiera con su alta misión, pero no le proporciona impunidad.

Franz Van LISZT, al hacer historia sobre la inviolabilidad de los legados, afirma que fueron conocidos en la antigüedad pero no adquirieron carácter de institución de Derecho internacional hasta que "se establecieron las legaciones permanentes. Fueron los primeros en hacerlo los papas y los príncipes y repúblicas del norte de Italia (Venecia, Florencia). Los más antiguos legados permanentes fueron los 'apocrisari' (responsables) pontificios en la corte de Bizancio (siglo V-VIII). Al principio los agentes diplomáticos pertenecieron al clero y más adelante se escogían entre los más cultos humanistas (oradores), porque el latín fue, durante mucho tiempo, el lenguaje internacional y, sobre todo, el de los documentos diplomáticos. Así surgió una "diplomacia" en el sentido de una institución necesaria para mantener personalmente las relaciones entre los Estados, que GROCIO todavía conoció funcionando (in uso), pero que calificó de recusable. La diplomacia no adquirió su pleno desarrollo hasta después de la paz de Westfalia, que reconoció a los distintos Estados alemanes la libertad en las relaciones

internacionales, en tiempos y después de Luis XIV".²

El moderno Derecho internacional público reconoce al Jefe del Estado el derecho de representación. Tal principio se basa en que precisamente se encuentra investido de la autoridad suprema y no puede estar, por su propia naturaleza, sometido al imperio y autoridad de ningún otro Estado. Por ello, al trasladarse a territorio de otro Estado, representa en él la soberanía de su poder.

Los agentes diplomáticos "son los representantes permanentes del Estado que los nombra en todas sus relaciones internacionales con el Estado donde ejercen sus funciones. Tienen 'carácter diplomático', es decir 'representan' y personifican la autoridad soberana del Estado que los nombre".³

A partir del Reglamento de Viena de 19 de marzo de 1915 se reconocieron *tres* jerarquías de *agentes diplomáticos*, las cuales fueron ampliadas a *cuatro* a partir del Protocolo de Aquisgrán de 21 de noviembre de 1918. Tales jerarquías son las siguientes: 1º Los *Embajadores*; 2º Los *Ministros Plenipotenciarios* o *Enviados Extraordinarios*; 3º Los *Ministros residentes*, y 4º Los *Encargados de Negocios*.

Los *agentes diplomáticos* inician sus funciones con la recepción de sus credenciales por el Jefe del Estado ante el cual quedarán acreditados y las mismas terminan cuando el Estado que les confirió su representación la revoca o bien cuando el Estado en el cual residen suspende sus relaciones con el agente o las rompe con el Estado a quien éste representa, como sucede comúnmente en una situación de guerra.

La función específica encomendada a los agentes diplomáticos, cualquiera que sea su jerarquía, es *la de representar internacionalmente los intereses del Estado y sus relaciones con aquel ante el que se encuentran acreditados*, lo cual les da precisamente su carácter "diplomático". Por la naturaleza de su función y fundamentalmente por la representación que ostenta, el agente diplomático se encuentra investido de "inmunidad", lo cual significa el goce del privilegio de *no hallarse bajo el imperio de la autoridad y las leyes del Estado en que reside*. A esta situación frente al Estado ante el que ejerce su representación se le ha llamado *inmunidad o extraterritorialidad*.

La extraterritorialidad o inmunidad comprende la *inviolabilidad personal* del agente, la cual obliga al Estado de destino a otorgarle y garantizarle protección eficaz y aún a castigar severamente las ofensas que se le infieran.

² *Derecho Internacional Público*. pp. 174-175, Barcelona, 1929.

³ Franz Von LISZT, *ob, cit*, pp. 173-174.

Salvo los excepcionales casos de legítima defensa o necesidad extrema, el Estado ante el cual se encuentra acreditado no puede aprehenderlo, aunque su actividad intentara violar el orden jurídico, en cuyo caso su conducta puede originar que se le retire la confianza y se pida su destitución, o bien a que se rompan las relaciones con él y "se le expidan sus pasaportes". La inviolabilidad del agente lo ampara, como dice Von LISZT, al igual que a cualquier otro ciudadano contra los ataques injustos, pero como a ningún ciudadano contra los ataques justos.⁴

La inviolabilidad, consecuencia de la inmunidad diplomática, comprende tanto la exención de la aplicabilidad, con excepciones, de las leyes civiles y penales, como la inviolabilidad del domicilio; la inaplicación de impuestos y prestaciones personales, con excepción de los impuestos territoriales, industriales y otros, cuestiones éstas que pueden ser materia de acuerdos especiales. Entre las libertades otorgadas a dichos agentes existe la de libre comunicación con el Estado que representan e inviolabilidad de su correspondencia, así como el ejercicio de la jurisdicción sobre sus nacionales dentro de los límites señalados por el propio Estado de residencia.

Normalmente el agente diplomático sólo comparece como demandado ante los tribunales del Estado de destino tratándose de acciones relativas a bienes inmuebles situados en su territorio, regla privativa, igualmente, cuando se trata del edificio de la embajada o legación, aun cuando sobre este punto no hay unanimidad de criterio. "La presentación de una demanda o de una reconvencción ante los tribunales del Estado de destino y la contestación por el agente equivalen a la renuncia a la exención en cada caso concreto, hecha con la autorización de su gobierno. Sin embargo, las notificaciones deben hacerse, aún en este caso, por la vía diplomática. La rebeldía no equivale a la contestación. La ejecución forzosa es inadmisibles, porque se opone a ella la inviolabilidad personal del agente de su domicilio; en cambio, es posible con relación a bienes inmuebles que el agente posea en el Estado de destino, y a los bienes muebles que estén fuera de su residencia, y respecto al patrimonio que el agente posea en el Estado que representa. Esta exención sin embargo no es independencia de la ley en general, sino de las leyes del Estado de destino, con subordinación simultánea a las de su propio Estado. La exención de la jurisdicción de los tribunales del Estado de destino está, pues, compensada con el principio generalmente admitido, tanto por el Derecho internacional como en el Derecho nacional de los Estados civilizados, según el cual el agente es responsable en su patria, conforme a las leyes de ésta, de los delitos que haya cometido y puede ser perseguido ante sus tribunales por todas las obligaciones de Derecho privado que haya contraído".⁵

⁴ Franz Von LISZT, *Ibidem*, pp. 181-182.

⁵ Franz Von LISZT, *loc. cit.*

4. EL FUERO

Cuando se habla del fuero, dentro de los precisos límites del Derecho punitivo, se le da a este término una connotación diversa a la que tiene en el campo del Derecho en general. Fuero es dentro del derecho de aplicación del Derecho penal, un *privilegio de la persona, en razón de la función que desempeña, frente a la ley penal*.

Fuera de nuestra disciplina, a la palabra fuero se ha dado significados diversos, según se la refiere a la *competencia* del Tribunal que debe conocer de determinados delitos; según se aluda a la *jurisdicción* del mismo, o bien se trate de la persona. Así, por ejemplo, se habla del *fuero común* y *fuero federal*, para referirse a la competencia específica de determinados tribunales para conocer de los delitos cometidos, según sean estimados éstos por la ley como pertenecientes a uno u otro fuero; igualmente se habla de delitos del *fuero militar*, cuando de ellos deben conocer los tribunales castrenses. En el Derecho administrativo, en ocasiones y en forma impropia, se usa el término fuero cuando se hace referencia a determinados privilegios frente a la administración pública.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, al referirse al fuero, analiza las distintas acepciones de tal expresión. Afirma que en ocasiones el término *fuero* se refiere a un conjunto general de leyes dictadas en una época determinada, como por ejemplo, el *fuero juzgo*, el *fuero real*, etc., mientras en otras se hace alusión a aquellos usos o costumbres que han dado origen al Derecho consuetudinario, o bien a situaciones de privilegio en razón del linaje de las personas, tales como exención de impuestos, mercedes, etc., o en razón del derecho que éstas tienen para ser juzgadas por determinados tribunales creados ex profeso.⁶

Se ha discutido apasionadamente, en la doctrina constitucional, cuál es el fundamento de la existencia de los privilegios conocidos con el nombre de fuero. Hay quien opina que la razón justificativa de la existencia de los mismos es, dentro del régimen constitucional republicano, *la necesidad de garantizar su existencia estableciendo un justo equilibrio entre los distintos poderes*, pues el enjuiciamiento del Congreso o de la Suprema Corte por "un juez común sería un atentado tan reprobado por la Constitución como el proceso de una Legislatura o de un Tribunal de algún Estado". Otros afirman que la razón de estos privilegios no radica en la necesidad de preservar la existencia del régimen constitucional republicano, pues en tal caso los titulares de los poderes debían estar provistos de fuero, lo que en realidad no sucede, debiéndose buscar, en otro argumento, la razón de la existencia

⁶ *Los delitos de los Altos Funcionarios y el Fuero Constitucional*, p. 27, México, 1946.

de los mismos. Se pretende que ella radica en *la necesidad de permanencia de los individuos* en relación a las importantes funciones que deben desempeñar y por eso, para ponerlos a salvo de ataques injustificados e impedir en esa forma las ausencias que pudieran quedar en la Administración Pública, se han creado, como una garantía, los privilegios derivados del anteriormente llamado fuero constitucional.

Hasta antes de la reforma de diciembre de 1982, los artículos 108 a 113 de la Constitución General de la República, consagraron el fuero constitucional, estableciendo el procedimiento a seguir para poder exigirle responsabilidad por delitos comunes y oficiales a los altos funcionarios de los tres Poderes de la Unión. Los preceptos en cuestión declararon que los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho y el Procurador General de la República eran responsables por los delitos comunes que cometieran durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurrieran en el ejercicio de ese mismo cargo. El Presidente de la República sólo podía ser acusado, durante el tiempo de su gestión por traición a la patria y delitos graves del orden común. Igualmente se declaraba que los Gobernadores de los Estados y Diputados a las Legislaturas locales eran responsables por violaciones a la Constitución y leyes federales (art. 108).

No obstante las declaraciones anteriores, el procedimiento para exigirles responsabilidad no era el seguido en relación a cualquier infractor de la ley penal y en ello precisamente radicaba el privilegio constitutivo del fuero. El artículo 109 constitucional declaraba: *"Si el delito fuere común, la Cámara de Diputados, erigida en Gran Jurado, declarará, por mayoría absoluta de votos del número total de miembros que la formen, si ha o no lugar a proceder contra el acusado. En caso negativo no habrá lugar a ningún procedimiento ulterior; pero tal declaración no será obstáculo para que la acusación continúe su curso cuando el acusado haya dejado de tener fuero, pues la resolución de la Cámara no Prejuzga absolutamente los fundamentos de la acusación. En caso afirmativo, el acusado queda, por el mismo hecho, separado de su encargo y sujeto a la acción de los tribunales comunes, a menos que se trate del Presidente de la República; pues en tal caso sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores, como si se tratase de un delito oficial."* En cuanto al procedimiento a seguirse por la comisión de Delitos Oficiales, el artículo 111 derogado prescribía: *"De los delitos oficiales conocerá el Senado, erigido en Gran Jurado; pero no podrá abrir la averiguación correspondiente sin previa acusación de la Cámara de Diputados. Si la Cámara de Senadores declarase por mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros, después de practicar las diligencias que estime convenientes y de oír al acusado, que éste es culpable, quedará privado de su puesto, por virtud de tal declaración, e inhabilitado para obtener otro por el tiempo que determine la ley. Cuando el mismo hecho tuviere señalada otra pena en la ley, el acusado quedará a disposición de las autoridades comunes para que lo juzguen y castiguen con arreglo a ella. En los casos de este artículo y en los del 109, las*

resoluciones del Gran Jurado y la declaración, en su caso, de la Cámara de Diputados, son inatacables. Se concede acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios de la Federación... Cuando la Cámara mencionada declare que hay lugar a acusar, nombrará una comisión de su seno para que sostenga ante el Senado la acusación de que se trate. El Congreso de la Unión expedirá a la mayor brevedad, una ley de responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de/os intereses públicos y del buen despacho, aun cuando hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos o faltas serán siempre juzgados por un Jurado Popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el artículo 20. El Presidente de la República podrá pedir ante la Cámara de Diputados la destitución, por mala conducta de cualquiera de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los Magistrados de Circuito, de los Jueces de Distrito, de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y de los Jueces del Orden Común del Distrito Federal. En estos casos, si la Cámara de Diputados, primero, y la de Senadores, después, declaran por mayoría absoluta de votos, justificada la petición, el funcionario acusado quedará privado desde luego de su puesto, independientemente de la responsabilidad legal en que hubiere incurrido, y se procederá a nueva designación. El Presidente de la República, antes de pedir a las Cámaras la destitución de algún funcionario judicial, oirá a éste, en lo privado, a efecto de poder apreciar en conciencia la justificación de tal solicitud."

Como se aprecia en la transcripción anterior, para que los altos funcionarios de los Poderes de la Unión pudieran ser procesados por delitos del orden común, se requería la determinación en tal sentido de la Cámara de Diputados, la cual se erigía en Gran Jurado. La decisión de éste constituía el desafuero del funcionario que quedaba, por ello, bajo el dominio de la acción de los tribunales comunes. Respecto a los delitos oficiales, era el Senado, erigido en Gran Jurado, el que hacía la declaratoria de culpabilidad, cuya consecuencia era la de que el funcionario quedara privado de su puesto e inhabilitado para obtener otro por el tiempo en que la ley lo determinara.

A pesar de que el artículo 108 transcrito, se refirió a los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, colocándolos en la situación privilegiada de los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Secretarios del Despacho y al Procurador General de la República, siendo el procedimiento previo a su enjuiciamiento penal el mismo relacionado con anterioridad, el penúltimo párrafo del artículo 111 establecía la posibilidad de su destitución por mala conducta, lo cual llevó a Alberto Bremauntz a sugerir la reforma pertinente, por estimar que "nadie puede hablar en México de independencia del Poder Judicial, ni mucho menos, de predominio 'jurisdiccional' del mismo, mientras subsista el artículo 111 constitucional, en sus párrafos finales, los

que facultan al Presidente de la República para pedir ante las Cámaras legislativas, la destitución, por mala conducta, de los Ministros de la Corte, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito y Magistrados y Jueces del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, siguiéndose un procedimiento sumarísimo contra el acusado con absoluta falta de garantías de defensa para el mismo". Después de referirse a dicho procedimiento, agrega: "Como fácilmente se comprende, dicho sistema constituye en sí una absoluta arbitrariedad y una injusticia para los funcionarios de la justicia, toda vez que no se concibe que los delincuentes ordinarios gocen de todas las garantías procesales que establece la Constitución y en cambio, los funcionarios judiciales pueden ser separados de sus puestos sometiéndolos a un tribunal de conciencia, o mediante lo que se ha llamado 'juicio político' que es en realidad un sistema que los puede hacer víctimas de la arbitrariedad y del error de un solo hombre, el Presidente de la República; y decimos de un solo hombre, porque en la práctica se ha visto que, en los pocos casos en que se ha aplicado dicha sanción, las Cámaras han aprobado la petición de destitución sin objeción ni estudio, como ocurrió en la XXXV Legislatura del Congreso de la Unión de la que formamos parte, y en la cual no pudimos, algunos Diputados, ni siquiera poder usar de la palabra en la tribuna para defender a un funcionario judicial honorable, de la notoria injusticia, que con él se cometió en la forma más festinada atendiendo las peticiones del Presidente, general Abelardo Rodríguez".⁷

Con fecha 2 de diciembre de 1982, el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, presentó iniciativa a la Cámara de Senadores, para reformar entre otros preceptos, los artículos 108 a 114 constitutivos del Título Cuarto de la Carta Magna, señalando que con tal iniciativa se pretende reordenar el citado Título, "estableciendo los sujetos a los responsabilidades por el servicio público (artículo 108); la naturaleza de dichas responsabilidades y las bases de la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito (art. 109); el juicio para exigir las responsabilidades políticas y la naturaleza de las sanciones correspondientes (art. 110); la sujeción de los servidores públicos a las sanciones penales y las bases para que no se confundan su aplicación con represalias políticas (arts. 111 y 112); la naturaleza de las sanciones administrativas y los procedimientos para aplicarlas (art. 113); y, finalmente, los plazos de prescripción para exigir responsabilidades a servidores públicos (art. 114)". La iniciativa alude a que "preserva principios y procedimientos constitucionales para determinar las responsabilidades de los servidores públicos: el juicio político sustanciado en el Congreso de la Unión, el procedimiento ante la Cámara de Diputados para proceder penalmente contra los altos funcionarios públicos, durante el ejercicio de sus encargos, a los que hay que ofrecer una protección constitucional para que la acción penal no se confunda con la acción política, y la sujeción a responsabilidades civiles de todo servidor público durante el ejercicio de su empleo, cargo o comisión".

⁷ *Por una Justicia al Servicio del Pueblo*, pp. 68,69, Ed. Casa de Michoacán, México, 1955.

Con fecha 22 de agosto de 1996 se publicaron, en el *Diario Oficial de la Federación*, reformas a diversos artículos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, declarando el nuevo texto del artículo 108, ahora vigente, que *"Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputará como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables de los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones"*, señalando el mencionado precepto, en sus párrafos siguientes, que el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común; que los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a la Constitución ya las Leyes Federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, y que las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos que el párrafo primero del artículo 108 transcrito, y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios.

Con independencia de la procedencia del *juicio político*, para imponer las sanciones que precisa el artículo 110 constitucional a los servidores públicos que este mismo precepto señala, y que consisten en la *destitución* e *inhabilitación* para desempeñar funciones, empleo, cargos o comisiones, y del procedimiento a seguirse a tal fin, el artículo 111 de la propia Constitución, en lo que a la materia compete, textualmente expresa: *"Para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado. Si la resolución de la Cámara fuese negativo se suspenderá el procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación. Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades*

competentes para que actúen con arreglo a la ley. Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable. Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda. Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados o Senadores son inatacables. El efecto de la declaración, de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutaria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto. En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá la declaración de procedencia. Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita. Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados”.

Otras disposiciones constitucionales, relacionadas con responsabilidades de orden penal, son las contenidas en el artículo 112 y en el párrafo segundo del artículo 114, el primero que *excepciona de la declaración de procedencia de la Cámara de Diputados a los servidores públicos que cometan algún delito durante el tiempo en que se encuentren separado de su encargo*, en tanto el segundo determina que la responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo de su encargo, por cualquier servidor público, *será exigible de acuerdo con los plazos de prescripción consignados en la ley penal*, que nunca serán inferiores a tres años en la inteligencia de que dichos plazos se *interrumpirán* mientras el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111.

Ahora bien, las sanciones aplicables por las *responsabilidades políticas* en que incurren los servidores públicos, consisten en *destitución* e *inhabilitación* "para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público", y para su aplicación, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la *mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión*, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado; de la acusación conocerá la Cámara de Senadores, erigida en jurado de sentencia, aplicando las

sanciones correspondientes mediante resolución de las dos terceras partes de los Miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado.

En cuanto a las *responsabilidades administrativas*, el artículo 109, fracción III, de la Constitución de la República, determina que se aplicarán las sanciones de índole administrativa a los servidores públicos "*por los actos y omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones*". El mismo precepto determina que los procedimientos "*para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente*", pero "*no podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza*", agregando el dispositivo en cuestión que "*las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivo del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan (...)*".

Consecuentemente, queda claro que de acuerdo con la Constitución son distintas las responsabilidades de orden político, administrativo y penal, mereciendo sanciones de diferente naturaleza para los servidores públicos que en ellas incurran.

Con fecha 31 de diciembre de 1982 y fe de erratas del 10 de marzo de 1983, se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación la nueva Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos, la cual "tiene por objeto la reglamentación del Título Cuarto Constitucional, al que nos hemos venido refiriendo, ordenamiento aquél que precisa los sujetos de la responsabilidad en el servicio público.; las obligaciones que los mismos tienen en el servicio público, las responsabilidades y sanciones administrativas, así como las que se deban resolver mediante juicio político, precisando las autoridades competentes y los procedimientos para aplicar tales sanciones, por una parte, y las autoridades competentes y procedimientos a seguirse para declarar la procedencia del procesamiento penal de los servidores públicos que gozan de fuero.

Tales materias se encuentran reguladas en 4 Títulos y 90 artículos. El Título. Segundo precisa las sujetos, las causas del juicio político y las sanciones a aplicarse, materias que en términos generales quedaron ya precisadas al ocuparnos de los diversos artículos que integran el Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Título Tercero se ocupa de los sujetos del servicio público y las obligaciones del servidor público, así como de las sanciones administrativas y de los procedimientos para aplicarlas, en tanto el

Título Cuarto se limita a regular el registro patrimonial de los servidores públicos.

En lo que a la materia penal interesa, el llamado Fuero se encuentra regulado dentro del Capítulo III del Título Segundo de la citada Ley, por cuanto el artículo 25 de la misma prescribe que cuando se presente denuncia o querrela por particulares o requerimiento del Ministerio Público, cumplidos los requisitos procedimentales respectivos para el ejercicio de la acción penal, "a fin de que pueda procederse penalmente en contra de algunos de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución General de la República, se actuará, en lo pertinente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el capítulo anterior en materia de juicio político ante la Cámara de Diputados. En este caso, la Sección instructora practicará todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la Sección dictaminará si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculcado. Si a juicio de la Sección, la imputación fuese notoriamente improcedente, lo hará saber de inmediato a la Cámara, para que ésta resuelva si se continúa o desecha, sin perjuicio de reanudar el procedimiento si posteriormente aparecen motivos que lo justifiquen. Para los efectos del primer párrafo de este artículo, la Sección deberá rendir su dictamen en el plazo de sesenta días hábiles, salvo que fuese necesario disponer de más tiempo, a criterio de la Sección. En este caso se observarán las normas acerca de ampliación de plazos para la recepción de pruebas en el procedimiento referente al juicio político". Realizado lo anterior, según prescribe el artículo 26 de la propia ley, dada cuenta del dictamen correspondiente, el Presidente de la Cámara anunciará a ésta que debe erigirse en Jurado de procedencia al día siguiente a la fecha en que se hubiese depositado el dictamen, haciéndolo saber al inculcado y a su defensor, así como al denunciante, al querellante o al Ministerio Público en su caso. Según reza el artículo 28 de dicho Ordenamiento, "Si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el inculcado, éste quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes. En caso negativo, no habrá lugar a procedimiento ulterior mientras subsista el fuero, pero tal declaración no será obstáculo para que el procedimiento continúe su curso cuando el servidor público haya concluido el desempeño de su empleo, cargo o comisión. Por lo que toca a Gobernadores, Diputados a las Legislaturas locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados a quienes se les hubiere atribuido la comisión de delitos federales, la declaración de procedencia que al efecto dicte la Cámara de Diputados, se remitirá a la Legislatura local respectiva, para que en ejercicio de sus atribuciones proceda como corresponda y, en su caso, ponga al inculcado a disposición del Ministerio Público Federal o del órgano jurisdiccional respectivo".

Por último, el artículo 29 se ocupa del caso de excepción en que se sigue proceso penal a un servidor

público de los mencionados en el artículo 111 constitucional, sin haberse satisfecho el procedimiento establecido en el propio capítulo a que nos venimos refiriendo, en cuyo caso "la Secretaría de la misma Cámara o de la Comisión Permanente libraré oficio al Juez o Tribunal que conozca de la causa, a fin de que suspenda el procedimiento en tanto se plantea y resuelve si ha lugar a proceder".

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL FUERO

Naturaleza jurídica del fuero. Establecido con precisión que el fuero no equivale a inmunidad o inviolabilidad, por no constituir una excepción al carácter de generalidad de la Ley Penal, al radicar su esencia de en un privilegio de naturaleza procesal que impide la actuación natural de los órganos jurisdiccionales, sin la previa satisfacción de ciertos requisitos constitutivos de un permiso de actuación al Juez, habremos de afirmar que el fuero se identifica con un requisito procesal. Nada impide que satisfechas las exigencias del previo desafuero o permiso para proceder judicialmente contra el acusado, derivado de la determinación del órgano expresamente facultado por la ley, el hecho punible pueda ser conocido por los Tribunales competentes y dar fundamento a la aplicación de la pena. Por ello nos afirmamos en la idea de que tal permiso previo, necesario a la actuación del órgano jurisdiccional no es sino *un requisito procesal* que detiene o impide la aplicación de la ley pero no la excluye.

CAPITULO VI

EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENALES

SUMARIO

1. Concepto.- 2. Su ubicación en la sistemática de la Parte General.- 3. Principios elaborados para la solución del concurso aparente de normas.- 4. El concurso aparente de normas y el concurso ideal. 5. El principio de la especialidad.-6. El principio de la consunción o absorción.- 7. El principio de la subsidiaridad.- 8. El principio de la alternatividad.

1. CONCEPTO

Una de las instituciones de más interés y utilidad para la aplicación de las normas penales la constituye el *concurso aparente de leyes* o normas, también llamado *conflicto de leyes* o *conurrencia de normas*

incompatibles entre sí,¹ cuyo estudio y desarrollo es de época reciente, pues de ordinario se la confundía con el concurso formal o ideal de delitos. Se afirma la existencia de un concurso aparente de normas penales *cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo*. El problema consiste en dilucidar *cuál norma debe aplicarse con exclusión de las demás*. Tal conflicto puede surgir entre normas tipificadoras de conductas o hechos delictivos; entre normas de la parte general de los Códigos, o bien entre las primeras y las segundas.

GRISPIGNI se refiere a la designación "conflicto" explicando que el ordenamiento jurídico, ya sea explícita o implícitamente ofrece el criterio para determinar la aplicabilidad de una u otra de las disposiciones concurrentes, por lo cual tal conflicto es sólo "aparente".²

Con relación al concepto, Federico PUIG PEÑA precisa la existencia de un *concurso de leyes* cuando *una misma acción cae bajo la esfera de dos preceptos legales reguladores, excluyéndose el uno al otro en su aplicación*³ CUELLO CALÓN se refiere igualmente al *concurso de leyes* afirmando existe cuando *a una y misma acción son aplicables dos más preceptos penales que se excluyen entre sí recíprocamente*.⁴ Para Celestino PORTE PETIT, la institución se presenta cuando una materia *se encuentra disciplinada por dos o más normas incompatibles entre sí*.⁵

2. SU UBICACIÓN EN LA SISTEMÁTICA DE LA PARTE GENERAL

El concurso aparente o concurrencia de normas incompatibles entre sí se coloca generalmente dentro del estudio de las *formas de aparición del delito* y concretamente en los *concursos de delitos*. Tal es el sistema seguido en Alemania por Edmundo MEZGER,⁶ en España por CUELLO CALÓN⁷ y PUIG PEÑA⁸ y en México

¹ Término usado por Celestino PORTE PETIT, *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, I, p. 172, México, 1959.

² *Diritto Penale Italiano*, I, p. 415, 2a edición, Milano, 1947.

³ *Derecho Penal* II, p. 293, Madrid, 1955. Al ocuparse de la *determinación* de la ley aplicable, RODRÍGUEZ MOURULLO hace observar que en ocasiones un determinado comportamiento resulta "a primera vista comprendido en varias disposiciones legales" cuando ya uno de los mismos "capta por completo el contenido de ilicitud y culpabilidad del hecho", concurso de leyes denominado en la doctrina "aparente" o "impropio" por ser sólo aplicable una de dichas leyes al desplazar a las demás, ejemplificando con relación a la codificación española el caso de la madre que mata al hijo recién nacido para ocultar su deshonra, hecho que puede quedar comprendido en los artículos 410 y 405, el primero referente al infanticidio y el segundo al parricidio, pues aisladamente recogen el hecho de dar muerte al recién nacido. Ello sin embargo, no implica la aplicación de ambas normas conjuntamente, pues la madre no realiza al mismo tiempo un delito de infanticidio más otro de parricidio, siendo en estos casos misión del intérprete "precisar la relación existente entre las disposiciones legales que concurren y, en consecuencia, determinar cuál de ellas resulta aplicable y cuáles desplazadas". *Derecho Penal Parte General*, pp. 114-115, Ed. Civitas, Madrid, Primera reimpression.

⁴ *Derecho Penal*, I, p. 576, 9a edición, 1963.

⁵ *Ob. cit.*, I, p. 101

⁶ *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 379 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ.

⁷ *Ob. cit.*, pp. 576 y ss.

por VILLALOBOS y CASTELLANOS TENA.⁹ Otros prefieren ubicarlo dentro de la *Teoría de la Ley Penal*, como GRISPIGNI¹⁰ en Italia y PORTE PETIT¹¹ en México. JIMÉNEZ DE ASÚA se adhiere a este último criterio por estimarlo el correcto.¹²

En realidad no hay razón justificante para el primer punto de vista, supuesto que la concurrencia de normas es un problema de simple *aplicación de la ley*, en el cual el concurso es *inexistente*. GRISPIGNI, aceptando la sistemática correcta hace notar que la expresión "concurso de leyes" es ciertamente impropia, pues en realidad no se trata de un concurso sino a lo más de la "concurrencia" de una norma con otra, existiendo en ambas la pretensión de regular el caso concreto.¹³

3. PRINCIPIOS ELABORADOS PARA LA SOLUCIÓN DE LA CONCURRENCIA DE NORMAS

Felipe GRISPIGNI señala que puede arribarse a la solución de la concurrencia de normas mediante la aplicación de los principios de *especialidad*, de *consunción* y de *subsidiaridad*.¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA se refiere a los mismos principios, a los cuales agrega el de *alternatividad*.¹⁵ SOLER precisa su número en tres: *exclusividad*, *especialidad* y *subsidiaridad* (expresa o tácita),¹⁶ mientras MEZGER proclama sólo dos: el de *especialidad* y el de *consunción*.¹⁷ ANTOLISEI reduce tales principios a uno solo: el de la *especialidad*.¹⁸

4. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y EL CONCURSO IDEAL

Como se verá más adelante, en el Título relativo a las *formas de aparición del delito*, el concurso *formal* o *ideal* supone necesariamente la concurrencia de normas *compatibles entre sí*; de tal manera se habla de *unidad* del delito en virtud de que la conducta o el hecho caen bajo una *pluralidad* de sanciones, teniendo por ello, como lo expresa SOLER "un encuadramiento múltiple".¹⁹

⁸ *Ob. cit.*, II, pp. 293 Y ss.

⁹ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, pp. 298-299, Editorial Porrúa, 10a edición. México, 1976.

¹⁰ *Ob. cit.*, I, pp. 414 Y ss.

¹¹ *Ob. cit.*, I, pp. 101 Y ss.

¹² *La Ley Y el delito*, pp 154 Y ss., 2a edición, Editorial Hermes, 1954.

¹³ *Ob. cit.*, I. P. 415

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ *Ob. cit.*, pp. 157 Y ss.

¹⁶ *Derecho Penal Argentino*, II, p. 175, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951. El problema del concurso de leyes es tratado, por el autor, dentro de las *relaciones de las figuras penales*.

¹⁷ *Tratado*, II, pp. 380 Y ss.

¹⁸ *Sul concorso apparente! di norme. Scritti Diritto Penale*, pp. 260-261, Milano, 1945, Cfr. PORTE PETIT, *ob.cit.*, I, pp. 189-190.

¹⁹ *Ob. cit.*, II. P. 175

En el llamado concurso aparente de leyes, según lo ha precisado MEZGER, el punto de partida coincide con el concurso ideal, pues en la misma acción unitaria concurren varias leyes penales (tipos penales), diferenciándose ambos, sin embargo, en que en el primero "una de las leyes penales desplaza y excluye de antemano a la otra. Por ello se habla también en ocasiones de 'concurso ideal aparente'; parece, en primer término, que a la acción han de aplicarse al mismo tiempo varias leyes penales, mientras que, en *verdad*, uno de los puntos de vista jurídicos es consumido totalmente por el otro, y, en consecuencia, *sólo* se aplica en realidad a la situación táctica *una de las leyes penales*.²⁰

5. PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD

Pretende encontrar el fundamento de la *exclusión* de las normas no aplicables, en el carácter de *especial* que con relación a aquéllas tiene la que habrá efectivamente de regular el caso concreto. *Lex specialis derogat legi generali*, es decir, la ley especial excluye a la ley general, por ser de estricta lógica que la regla especial predomina sobre la general. PORTE PETIT señala como ejemplos donde funciona este principio, el delito de parricidio (artículo 323) con relación al homicidio (artículo 302), Y el de infanticidio (artículo 325) respecto al propio homicidio.²¹

Los ejemplos anteriores nos sirven para establecer la diferencia entre la *ley general* y la *especial*, pues tal habrá de ser la cuestión a determinar previamente por el observador para los efectos de la aplicación de la ley. Una norma tiene carácter *especial* con relación a otra cuando *contiene todos los elementos de ésta y además otros que le otorgan preferencia en su aplicación*.

JIMÉNEZ DE ASÚA, reduciendo el ámbito de aplicación del principio a las normas en sentido restringido o tipos penales, establece el concepto en los siguientes términos: "Se dice que dos leyes o dos disposiciones legales se hallan en relación de general y especial, cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que figuran otras condiciones calificativas a virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación. Las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma ley o de leyes distintas; pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en época diversa, y en este último caso puede ser posterior tanto la ley general como la especial. Pero es preciso que ambas estén vigentes contemporáneamente en el instante de su aplicación, porque, en el supuesto contrario, no sería un caso de concurso, sino que presentaría un problema en orden a la ley penal en el tiempo."²² Para RODRÍGUEZ MOURULLO

²⁰ *Ob. cit.*, II, pp. 379-380.

²¹ ²¹ *Ob. cit.*, I, p. 105.

²² *Ob. Cit.*, p. 160.

la relación de *especialidad* supone que la calificada como disposición penal *especial* reproduce las características de otra disposición penal *general*, a las que añade todavía ulteriores notas individualizadoras, y ejemplifica razonando, en relación a la legislación española, que el *infanticidio* del artículo 410, contiene todas las características del parricidio del artículo 405, "a las que suma otras más específicas (sujeto activo sólo puede ser la madre o los abuelos maternos; sujeto pasivo sólo el hijo o el nieto recién nacido; el móvil ha de ser el de ocultar la deshonra, etc.). El criterio rector es el de que la ley especial deroga a la general. En el ejemplo expuesto la figura del infanticidio (ley especial) desplaza a la del parricidio (ley general). El fundamento del principio *lex specialis derogat legi generali*, radica en que la ley especial recoge un mayor número de peculiaridades del hecho" (*Ob cit.*, p. 115)

En la legislación mexicana, si bien no había encontrado admisión expresa el principio de especialidad, pues los códigos de 1871 y de 1929, al igual que el actual de 1931, sólo remitían a la ley especial cuando se trataba de delitos *no previstos* en ellos, al ser adicionado el artículo 6° con un segundo párrafo que reza: "*Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general*", se consagra en lo relativo a la concurrencia de normas incompatible el referido principio de especialidad, según se verá más adelante.

6. PRINCIPIO DE LA CONSUNCIÓN O ABSORCIÓN

La opinión mayoritaria de la doctrina pretende ver la operancia del principio cuando la situación regulada en una norma queda comprendida en otra de alcance mayor, de tal manera que ésta excluye la aplicación de aquélla. En esta posición se coloca JIMÉNEZ DE ASÚA: "Este principio -señala- ejerce su imperio cuando el hecho previsto por una ley o una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que ésta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera" ²³ PORTE PETIT abunda en tal opinión al expresar: "Nosotros pensamos que, basándonos en los casos en que pueda presentarse la concurrencia de normas incompatibles entre sí, debe darse al principio de consunción la amplitud que requiere. Por tanto, existe el principio de consunción o absorción, *cuando la materia o el caso regulado por una norma, quedan subsumidos en otra de mayor amplitud*". ²⁴

Así enunciado el principio (*lex consumens derogat legi consuptyae*) parece confundirse con el de especialidad y por ello Von HIPPEL le negó substantividad propia. JIMÉNEZ DE ASÚA, quien llama la atención

²³ *Ibidem*, p. 161.

²⁴ *Ob. Cit.*, I, p. 106.

sobre este particular, olvida el problema y se limita a referirse a las dos especies de consunción (delito progresivo y delito complejo) a que los autores se refieren (casos señalados por GRISPIGNI), dejando sin contestación el interrogante planteado.

Nos parece acertado el criterio de MEZGER, compartido por PUIG PEÑA,²⁵ que ve en la *relación valorativa* el factor decisivo para establecer la precedencia de una norma ante la otra.²⁶ "Cuando una ley –dice MEZGER-, que *conforme a su propio sentido* incluye ya para sí el desvalor delictivo de la otra, no permite por ello la aplicación de esta última y la excluye, el fundamento que justifica dicha exclusión no lo suministra la relación lógica de ambas leyes entre sí, sino más bien el propio sentido de la misma con arreglo a una interpretación valorativa".²⁷

Tal forma de precisar el funcionamiento de la *consunción* se hace patente en el homicidio consumado con relación a las lesiones. Igualmente en la tentativa de homicidio con las propias lesiones, excluyendo el primer tipo la aplicación del segundo, en virtud de que la *interpretación valorativa* en el caso concreto llega a establecer precedencia de la figura más amplia (tentativa acabada de homicidio) que absorbe a la menor de lesiones.²⁸

7. PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIDAD

Adquiere realidad o funcionamiento este principio cuando la ley o disposición tiene carácter *subsidiario* respecto de otra, en cuyo caso ésta excluye la aplicación de aquélla.²⁹ Tal principio se expresa así: *lex primaria derogat legi subsidiariae*.

Enunciado el principio surge el problema de establecer cuándo una norma tiene carácter subsidiario respecto de otra. Sobre esta cuestión, JIMÉNEZ DE ASÚA nos ilustra precisando que una ley tiene tal carácter con relación a la principal "cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la

²⁵ *Ob. cit.*, II, pp. 294-295.

²⁶ Semejante criterio sigue SOLER, al señalar que la exclusión no se produce en razón de que los valores sean equivalentes, "sino que, al contrario, en uno de ellos hay una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no sólo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo. Los casos de consunción revisten la mayor importancia y están constituidos por aquellas situaciones en las cuales la ley, expresa o tácitamente, da por sentado que cuando se aplique determinado tipo de delito, por él han de entenderse consumidas otras fases de la acción realmente sucedidas y punibles, conforme a otro o al mismo tipo. Ello sucede en los casos en los cuales las figuras tienen una relación de menos a más, de parte a todo, o de imperfección, o de medio o de fin conceptualmente necesarios a presupuesto". *Ob. cit.*, II, p. 180.

²⁷ *Ob. cit.*, II, p. 382.

²⁸ Algunos estiman, como criterio para establecer la norma de mayor amplitud, el del bien jurídico tutelado.

²⁹ En este sentido, GRISPIGNI, *ob. cit.*, I, p. 419.

principal, queda absorbido por ésta".³⁰Tal es el caso de una disposición cuya aplicación se condicione a la circunstancia de que el hecho no constituya un delito sancionado en forma más grave, usando una expresión equivalente.

De ahí que tanto SOLER ³¹ como MEZGER ³² distingan entre subsidiaridad *expresa*, cuando la ley dispone la aplicación de una norma condicionándola a la in aplicación de otra, y subsidiaridad *tácita*, a la cual se llega mediante el camino de la interpretación.

8. PRINCIPIO DE LA ALTERNATIVIDAD

Se habla de la alternatividad *cuando las normas concurrentes protegen el mismo interés jurídico, aun cuando sus elementos constitutivos 110 sean idénticos*. Dentro de su peculiar forma de precisar el contenido de los principios regentes del concurso aparente de normas, Sebastián SOLER explica que en ocasiones la alternatividad se produce como consecuencia de la equivalencia de las valoraciones contenidas en la ley penal, de tal manera que resulta indiferente la aplicación de una u otra norma. "Los tipos son siempre incompatibles y se excluye toda posibilidad de aplicación simultánea, porque cualquiera de ellos es *suficiente* para alcanzar el grado de penalidad y a éste le es indiferente que *además* de uno de los tipos, se haya también ejecutado la acción correspondiente al otro tipo, y claro está, sea ello con un sólo hecho o no".³³

Si bien los códigos penales de 1871 y 1929, al igual que el de 1931, éste en su texto original, remitían a la *ley especial* tratándose de *delitos no previstos en ellos*, mediante la reforma contenida en Decreto del Congreso Federal de 29 de diciembre de 1984, promulgado por el Ejecutivo de la Unión, mediante Decreto de la misma fecha y año, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de enero de 1985, el artículo 6° quedó redactado de la siguiente manera: *Cuando se cometa un delito no previsto en este Código pero sí en una ley especial o en un Tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.*"

Según se advierte, la referida reforma consagró la adopción del *principio de la especialidad*, tratándose no

³⁰ *Ob. cit.*, II, p. 385.

³¹ *Ob. cit.*, II, pp. 192 y ss.

³² *Ob. cit.*, II, p. 385

³³ *Ob. cit.*, II, p. 177.

solamente de delitos no previstos en el Código y sí en una Ley Especial o en un Tratado internacional, sino con relación a cualquier clase de concurrencia de normas donde, la misma materia, aparezca regulada: por diversas disposiciones que, por su naturaleza incompatible, se excluyan unas a otras, en cuyo caso la norma *especial* prevalecerá sobre la *general*. La adecuada interpretación del precepto, nos llevará, seguramente, a estimar que el concepto de *ley especial* encuentra en la norma positiva del artículo 6°, párrafo segundo, del Código Penal, un alcance mayor al que señalamos al principio doctrinal de la especialidad, pues dentro de él se comprenden, igualmente, los casos que ordinariamente caerían bajo la regulación del principio de consunción o absorción.

Dentro del Título relativo a la “*aplicación de las sanciones*”, precisamente en el Capítulo I, que establece las normas generales, el legislador mexicano había recogido, en el artículo 59, el criterio de la *sanción mayor* al declarar: “*Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor*”. Ahora bien, a virtud de la reforma al artículo 6°, se derogó en forma expresa el artículo 59 mencionado, lo cual reafirma el criterio interpretativo, de que el artículo 6° consagra el *principio de la especialidad*, el cual abarca o comprende también los casos de consunción. Parece ser, a *prima facie*, que no sólo la deficiencia estructural del artículo 59, derogado, sino su contenido ideológico, ha sido superado por el párrafo segundo del artículo 6° del Código Penal. En efecto, en cuanto a su redacción, el artículo 59 dejaba mucho que desear, pues no era el delito el que recibía, con relación al derecho, diverso tratamiento en su estructura típica, al ser captado a través de dos o más normas, sino *el hecho ejecutado* y respecto del cual el jurista debía, al aplicar la ley, encuadrar en la norma tipificadora adecuada, para los efectos de su sanción. La cuestión que surge, con relación al texto del artículo 6° de reciente creación, es la de considerar si dentro del concepto de ley especial debe captarse también aquella ley que, por su mayor entidad valorativa, consume a la de menor alcance, pues de ser así, como lo hemos admitido, el principio de la especialidad comprendería la noción de la consunción. El criterio de la pena mayor podrá seguir siendo válido, apoyado en el de la especialidad, cuando las normas en concurrencia permitan, mediante dicho principio, la aplicación de la pena más grave. Desde un punto de vista *objetivo*, se vino diciendo en el pasado que el criterio de la sanción mayor constituía una limitación a la regla de que debe estarse a lo más beneficioso al acusado, pues el principio “*in dubitante pro reo*” opera fundamentalmente, igual que el enunciado “*in dubio pro reo*” en el ámbito de las normas procesales.

Sobre el particular, FEDERICO PUIG PEÑA precisa que en realidad no se trata de una excepción al principio de estarse a lo más beneficioso al acusado, sino de una manifestación legal del “verdadero sentido que deben tener las normas punitivas”, ya que si existe duda respecto a la responsabilidad de una persona es cuando el principio debe actuar, pero si se tiene la convicción de que el sujeto ha realizado un hecho delictivo, no puede

entrar en aplicación el principio citado "porque a la sociedad no le queda ningún escrúpulo frente al que ha violado la paz y la tranquilidad".

En realidad, el principio de la especialidad puede o no concurrir con el criterio de la aplicación de la sanción mayor, pues ello dependerá, fundamentalmente, del alcance punitivo de las normas en concurrencia incompatible.

3. B. Castellanos Tena, Fernando
Lineamientos Elementales de Derecho Penal
Cuadragésima edición.
Editorial Porrúa. Año 2002.
Tema III La norma penal Subtema 3.2

CAPÍTULO VII

DE LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: I. De las fuentes del Derecho en general -2. Las fuentes propias del Derecho Penal -3. La ley como fuente única. - 4. Los dogmas penales.-5. La tipicidad penal.-6.Las fuentes penales en el Derecho positivo mexicano.

1. DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL. "El término fuente -dice Du Pasquier- crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio de donde ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del Derecho."¹

Generalmente, al hablar de las fuentes del Derecho se hace la distinción entre fuentes reales, fuentes formales y fuentes históricas. Por *fuentes reales* se entiende *el conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas*; esto es, las causas que impulsaron al legislador a darles vida. Son los motivos de conveniencia social tomados en cuenta por el legislador en un momento histórico dado y en un determinado lugar; constituyen la materia misma de la Ley. Por *fuentes formales* se entiende *el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas*;² son aquellos procedimientos mediante los cuales se concreta la regla

¹ Citado por E. GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*. 1ª edición, pág. 96.

² E. GARCÍA MAYNEZ. *Op. cit.* pág. 95.

jurídica y se señala su fuerza obligatoria: en otras palabras, son los modos por los que se nos hacen palpables las normas jurídicas; se trata de los medios para conocer el Derecho. Al decir de García Amaines, las fuentes formales representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las fuentes reales.³ Las *fuentes históricas son los medios materiales que nos permiten conocer el Derecho vigente en el pasado* y consisten en los libros, documentos, papiros, inscripciones, etc., siempre y cuando contengan el texto de una ley.

Celestino Porte Petit, después de analizar las opiniones de diversos autores, clasifica las fuentes del Derecho en: a) formales; b) reales o sustanciales; c) de producción; y d) de cognición o de conocimiento. Por lo que respecta al segundo grupo, o sea las fuentes reales (o sustanciales) las subdivide, a su vez, en: a) racionales (perennes) y b) históricas (variables). Las de cognición o de conocimiento pueden ser: a) escritas; b) no escritas; c) inmediatas o directas; y d) mediatas o indirectas.⁴

Las fuentes formales del Derecho son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. García Máynez hace notar que a la ley no se le debe considerar como fuente formal del Derecho, por ser producto de la legislación; y así como la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, de igual manera la ley no representa el origen sino el resultado de la actividad legislativa.⁵ Nosotros, no obstante, seguiremos considerando a la ley como fuente formal del Derecho, pues mediante ella se nos manifiesta el orden jurídico y tradicionalmente se le ha tenido como la fuente por excelencia. Por otra parte, la afirmación del maestro mexicano es válida tratándose de las fuentes de producción del Derecho, mas no de las fuentes de conocimiento del mismo.

La *Ley* es una norma emanada del poder público, general, abstracta y permanente, provista de una sanción. Es una regla obligatoria por imponerla el poder del Estado y su observancia se asegura mediante sanciones. La Ley (ordinaria) puede igualmente definirse como la norma obligatoria, general, abstracta y permanente, emanada del Estado según los trámites que marca la Constitución para el ejercicio de la función legislativa, promulgada por el Ejecutivo y provista de una sanción.

La costumbre está integrada por los usos que la colectividad considera obligatorios. Las costumbres son, pues, reglas sociales que se van transformando en Derecho cuando quienes las practican les reconocen obligatoriedad, pero para adquirir fuerza jurídica es menester que el Estado así lo declare, expresa o tácitamente,

³ *Op. cit.*, pág. 96.

⁴ Notas del Primer Curso de Derecho Penal, 1958.

⁵ *Op. cit.*, pág. 97.

mediante una disposición al respecto; por ello quedan supeditadas a la ley misma; y como expresa Trinidad García,⁶ su fuerza obligatoria emana de la ley, única fuente inmediata o directa del Derecho.

La jurisprudencia se constituye por el conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los tribunales.

La doctrina está formada por todos los estudios jurídicos llevados al cabo por los hombres de ciencia. Sólo es fuente formal del Derecho cuando así lo establece la ley; de lo contrario únicamente sirve de guía a los jueces al interpretar las normas positivas, sin que pueda ser invocada para exigir su necesaria observancia, por carecer de fuerza obligatoria.⁷

2. LAS FUENTES PROPIAS DEL DERECHO PENAL. Aplicando las anteriores ideas al campo del Derecho Penal, debe concluirse que sólo es fuente del mismo, directa, inmediata y principal, *la ley*.

Las costumbres no pueden ser fuentes del Derecho Penal en ningún sistema de tipo liberal y menos en el nuestro, porque la Constitución, en su artículo 14, establece la prohibición terminante de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría de razón si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego para la existencia del delito se requiere una ley que lo establezca.

La jurisprudencia, según nuestra Ley de Amparo, sólo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito. Se forma mediante cinco ejecutorias en el mismo sentido y no interrumpidas por una en contrario, precisándose, además, que cada ejecutoria haya sido aprobada por lo menos por cuatro Ministros, tratándose de las Salas y por ocho, si emana del Pleno.* La de los

⁶ *Introducción al Estudio del Derecho*. pág. 16, edición. 1935

⁷ TRINIDAD GARCÍA, *Op. cit.* pág. 21.

* La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (publicada en el *Diario Oficial* del 26 de mayo de 1995), señala: "Art. 2. La Suprema Corte de Justicia se compondrá de once ministros y funcionará en Pleno o en Salas. El Presidente de la Suprema Corte de Justicia no integrará Sala."

"Art. 4°. El Pleno se compondrá de once ministros, pero bastará la presencia de siete miembros para que pueda funcionar, con excepción de los casos previstos en el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fracción I penúltimo párrafo y fracción II en los que se requerirá la presencia de al menos ocho ministros."

"Art. 15. La Suprema Corte de Justicia contará con dos Salas, las cuales se compondrán de cinco ministros, bastando la presencia de cuatro para funcionar."

Hasta la fecha de esta edición no ha sido reformado el Título Cuarto, Capítulo Único, de la Ley de Amparo, relativo a la Jurisprudencia de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito, pero el artículo Décimo Quinto Transitorio de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación dispone: "Las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros", por lo cual los preceptos de la Ley de Amparo relativos a la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, quedan sin efecto en lo conducente.

Tribunales Colegiados de Circuito obliga cuando existen también cinco ejecutorias en el mismo sentido, sin una en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de los tres Magistrados integrantes de cada Tribunal. Nótese cómo la Ley de Amparo da restringido alcance a la jurisprudencia; únicamente se refiere a la derivada de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito y no a las decisiones de los demás órganos jurisdiccionales.** El artículo 197 -A de la mencionada Ley de Amparo, señala que cuando los Tribunales

** La Ley de Amparo en vigor dispone:

"192.-La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas, en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales.

"Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas." (De acuerdo con el mencionado artículo Transitorio de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, las resoluciones para formar jurisprudencia del Pleno, deben ser aprobadas por lo menos por ocho ministros.)"También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados". "193.-La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada Tribunal Colegiado".

ART. 194.-La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por catorce ministros. si se trata de la sustentada por el Pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito. (Ahora, por ocho ministros tratándose de la jurisprudencia del Pleno).

"En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.

"Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación."

"195.-En los casos previstos por los Artículos 192 y 193, el Pleno, la Sala o el Tribunal Colegiado respectivo deberán:

I.-Aprobar el texto y rubro de la tesis jurisprudencial y numerarla de manera progresiva, por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales;

II.-Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del término de quince días hábiles siguientes a la fecha de su integración, al Semanario Judicial de la Federación, para su publicación inmediata;

III.-Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del mismo término a que se refiere la fracción inmediata anterior, al Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y a los Tribunales Colegiados de Circuito, que no hubiesen intervenido en su integración; y

IV. -Conservar un archivo, para consulta pública, que contenga todas las tesis jurisprudenciales integradas por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales y las que hubiesen recibido de los demás.

El Semanario Judicial de la Federación deberá publicar mensualmente, en una gaceta especial, las tesis jurisprudenciales que reciba del Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito, publicación que será editada y distribuida en forma eficiente para facilitar el conocimiento de su contenido.

Las publicaciones a que este Artículo se refiere, se harán sin perjuicio de que se realicen las publicaciones mencionadas en el Artículo 197-B".

"196.-Cuando las partes invoquen en el juicio de amparo la jurisprudencia del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo harán por escrito, expresando el número y órgano jurisdiccional que la integró, y el rubro y tesis de aquélla.

Si cualquiera de las partes invoca ante un Tribunal Colegiado de Circuito la jurisprudencia establecida por otro, el tribunal del conocimiento deberá:

I.-Verificar la existencia de la tesis jurisprudencial invocada;

II.-Cerciorarse de la aplicabilidad de la tesis jurisprudencial invocada, al caso concreto en estudio; y

III.-Adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudencial.

En la última hipótesis de la fracción III del presente artículo, el tribunal de conocimiento remitirá los autos a la Suprema Corte de Justicia para que resuelva sobre la contradicción".

"197.-Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia, sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia,

Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, las partes interesadas podrán denunciarlas ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cuál tesis debe prevalecer, lo que da origen a la jurisprudencia por contradicción de tesis, que es obligatoria.

La jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del Derecho Penal; a pesar de su obligatoriedad, es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; viene a ser la ley misma; la Corte sólo desentraña el sentido de las normas jurídicas, para afirmar que dicen tal o cual cosa. Según nuestro sistema constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la genuina intérprete de las leyes, al corresponderle determinar su sentido. La ley es como una tabula rasa, expresa lo que según la Suprema Corte dice; luego la jurisprudencia no viene a ser sino un medio de desentrañar el sentido de la propia ley y por ende a ella equivale.

Si la jurisprudencia no puede ser fuente formal del Derecho Penal, menos aún la doctrina, a la cual ni siquiera se le reconoce el carácter de fuente del Derecho en general, salvo que la ley se lo confiera. Como en materia penal no puede aplicarse pena alguna sin establecerla la ley, es requisito *sine qua non* la existencia de un precepto penal que describa el delito y señale su sanción.

cualquiera de dichas Salas o los ministros que las integren, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, la que decidirá funcionando en Pleno cuál es la tesis que debe observarse. El Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días.

La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

El Pleno de la Suprema Corte deberá dictar la resolución correspondiente dentro del término de tres meses, y deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el Artículo 195.

Las Salas de la Suprema Corte de Justicia y los ministros que las integren y los Tribunales Colegiados de Circuito y los magistrados que los integren, con motivo de un caso concreto podrán pedir al Pleno de la Suprema Corte o a la sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación; el Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el Artículo 195".

"197-A.--Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales o los magistrados que los integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cuál tesis debe prevalecer. El Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días.

La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias contradictorias.

La Suprema Corte deberá dictar la resolución dentro del término de tres meses y ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el Artículo 195".

"197-B.-Las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los ministros y de los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito, que con ello se relacionen, se publicarán en el Semanario Judicial de la Federación, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla, además de la publicación prevista por el Artículo 195 de esta Ley. Igualmente se publicarán las ejecutorias que la Corte funcionando en Pleno, las Salas o los citados Tribunales, acuerden expresamente".

3. LA LEY COMO FUENTE ÚNICA. La garantía de legalidad, dicen los tratadistas, se conquistó por primera vez en Inglaterra con la Carta Magna expedida por Juan sin Tierra en 1215, en donde se prohibió la imposición de penas sin previo juicio legal. Mucho tiempo después César Bonnesana, Marqués de Beccaria, escribió que sólo las leyes pueden decretar las penas para los delitos y éstos deben ser establecidos por el legislador. A pesar de ello, fue en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a raíz de la Revolución Francesa, donde quedó definitivamente plasmado el principio de legalidad aludido, estableciéndose que nadie debía ser castigado sino a virtud de la ley anterior al delito, la cual se aplicaría según el procedimiento legal; nadie podía ser acusado, arrestado ni preso, sino en los casos previstos por las leyes. Desde entonces estos principios han sido casi universalmente aceptados.

El derecho a castigar del Estado encuéntrase, pues, limitado por la ley penal, fuente única del Derecho represivo, verdadera garantía para el delincuente, quien no puede verse sancionado por actos que la ley, de manera expresa, no haya previsto como delictuosos.

4. LOS DOGMAS PENALES. En torno a las ideas liberales de estricta legalidad, que constituyen verdaderas garantías para la persona humana, se han establecido diversos principios; el clásico y más importante dice: *nullum crimen, nulla poena sine lege*; es decir, no hay crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley; de ahí se deriva que la pena sólo puede aplicarse a consecuencia del delito y aquella y éste únicamente encuentran su origen en la ley. Esta máxima, a pesar de su vestimenta latina, no proviene directamente del Derecho romano; se debe a Feuerbach (1775-1833), pero el principio de legalidad que encierra posee antiguos antecedentes. Ya Santo Tomás de Aquino, después de afirmar cómo la justicia viva es mutable y no se encuentra en muchos hombres, declara que la ley debe señalar todos los casos que es preciso juzgar y dejar muy escaso lugar en este aspecto a la iniciativa de los jueces.⁸ La Iglesia católica, por boca del Papa Pío XII en el mensaje de navidad de 1942, afirmó la necesidad de mantener intacto el principio de legalidad.

En los tiempos que corren se han dado casos de legislaciones contrarias a las ideas anotadas. En Rusia se expidió un código en donde se permitía la aplicación analógica de la ley penal.

Además del principio ya apuntado, existen otros, como *nemo iude sine lege*, para significar que ningún juez puede tener autoridad o jurisdicción no derivadas de la ley; *non bis in idem*, con lo cual se expresa que nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito, etcétera.

⁸ *Summa Theologica*, cap. 95.

5. LA TIPICIDAD PENAL. Según las ideas expuestas no puede ser punible un hecho si no lo ha previsto la ley; por eso, dice Beling, no hay delito sin tipicidad. Emilio Pardo Aspe, en su clase de Derecho Penal, expresaba que el injusto se conoce y determina por referencia al tipo total como creación autónoma del Derecho. Si la tipicidad es la adecuación del comportamiento voluntario al tipo, el encuadramiento de la conducta con la hipótesis prevista por el legislador, sólo será delictuosa la acción típica, es decir, la coincidente con la formulada en abstracto por la ley (por supuesto, si se integran los demás elementos del delito). Podemos hablar ahora de la norma penal en blanco, cuya característica esencial es que "no expresa completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remite a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos".* Tal es el caso del artículo 419 del Código Penal Federal que exige que el aprovechamiento de los recursos maderables en cantidades superiores a cuatro metros cúbicos rollo o su equivalente, deberá ser autorizado conforme a la Ley Forestal.

6. LAS FUENTES PENALES EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. La afirmación de que sólo la ley es fuente del Derecho Penal no debe interpretarse en el sentido --que sería erróneo-, de identificar la ley penal con el Código Penal, el cual sin duda alguna, constituye la más importante y más rica ley penal, pero no la única. Al lado del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (ahora Código Penal Federal, en virtud del decreto que reforma la denominación y el artículo 1° de este ordenamiento), existen múltiples disposiciones penales en otros cuerpos legislativos; por eso el artículo 6° del propio Ordenamiento preceptúa: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."⁹

Como ejemplo de leyes penales contenidas en ordenamientos diversos al Código de 1931, pueden citarse, entre otras, el Código de Justicia Militar; los artículos 667 al 740 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, el artículo 5° del Decreto de 31 de diciembre de 1951 que adicionó la Ley Forestal vigente, etcétera.

Conforme a nuestra Constitución Federal (Art. 14), nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente

* Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, 5a edición, Barcelona, 1998, pág. 33.

⁹ Reformado por Decreto de 29 de diciembre de 1984, publicado en el *Diario Oficial* del 14 de enero de 1985, en vigor a los treinta días.

establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y *conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho*. El mismo precepto establece, en materia criminal, la prohibición de imponer pena alguna por simple analogía o aun por mayoría de razón, si no está decretada *por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate*. Por su parte, el artículo 7° del Código Penal declara: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

El principio de legalidad plenamente reconocido y garantizado en el precepto constitucional citado, se complementa con la legalidad en la ejecución de las sanciones impuestas a los delincuentes por los jueces y tribunales.¹⁰ Esta tarea, en toda la República por lo que se refiere a delitos federales y en el Distrito Federal, por lo que respecta a los comunes, se confiere al Ejecutivo Federal, por conducto de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación (en los Estados al Ejecutivo local).

En el *Diario Oficial* de la Federación del 19 de mayo de 1971, se publicó la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y entró en vigor el 19 de junio del mismo año. Tiene como fin organizar el sistema penitenciario en la República Mexicana, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación social del delincuente. Destaca, como institución importante, la remisión parcial de la pena, que consiste en la reducción de un día de sanción privativa de libertad por cada dos laborados, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el reclusorio y revele, por otros datos, efectiva readaptación social. Esto último será, en todo caso, el factor determinante para la concesión de la remisión parcial de la pena. La Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, ha sido derogada para el Distrito Federal, por entrar en vigor la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, de fecha 17 de septiembre de 1999, en vigor el 1° de octubre del mismo año. El artículo 8° señala que el Sistema Penitenciario del Distrito Federal, se organizará en base al trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

NOTA.- ES IMPORTANTE TENER EN CUENTA QUE ACTUALMENTE EXISTE UN NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL DE FECHA 3 DE OCTUBRE DEL 2002.

¹⁰ Consúltense, en lo conducente, los artículos 15, 16, 18, 19, 20, 21 Y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación.

- 1.- ¿Qué se entiende por norma penal y explica sus elementos?
- 2.- ¿Quiénes son los destinatarios del Derecho Penal?
- 3.- ¿Qué se entiende por interpretación a la ley penal y explique sus clases?
- 4.- En qué casos se originan lagunas en la ley.
- 5.- Señala los medios de integración de la ley.
- 6.- ¿Qué se entiende por analogía y explique sus elementos?
- 7.- En qué consiste la interpretación analógica y señale sus requisitos.
- 8.- Explica brevemente los ámbitos de validez de la norma penal.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Vol. 3. Biblioteca Clásicos del Derecho Penal.
- Porte Petel Candaudop, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México 2001.

Teorías que estudian el delito y sus elementos

En esta unidad encontrarás aquellas corrientes doctrinarias que estudian al delito y sus elementos, como la Teoría causalista y finalista de la acción, Teoría psicologista, Teoría normativista, el modelo lógico y Teoría Sociologista; las cuales te permitirán determinar que corriente sigue nuestra Ley Penal.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 4.1. Realiza la lectura de las temáticas contenidas en esta unidad.
- 4.2. Elabora un cuadro que contenga las corrientes doctrinarias del delito con las siguientes columnas:

Corriente (Teorías causalistas y finalistas de la acción, Teoría Psicologista, Teoría Normativista, el Modelo Lógico y Teoría Sociologista), Los elementos de cada corriente, Relaciones de cada corriente con nuestra ley penal.

- 4.3. Elabora un escrito donde expliques la corriente bajo la cual se encuentra nuestra Ley Penal en todos sus aspectos.

Objetivo particular:

Analizar las corrientes doctrinarias que estudian el delito y sus elementos, relacionándolas con nuestra ley penal, para determinar que corriente es la que sigue ésta.

CONTENIDOS

- 4.1. Teoría causalista y finalista de la acción.
- 4.2. Teoría psicológica.
- 4.3. Teoría normativista.
- 4.4. El modelo lógico.
- 4.5. Teoría sociologista.
- 4.6. Teoría funcionalista.

Teoría del Delito
10ª Edición. Editorial Porrúa, México, 2002

UNIDAD IV

TEORÍAS QUE ESTUDIAN EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

La teoría del delito es una parte de la ciencia del Derecho Penal; comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Los elementos positivos del delito configuran la existencia de éste, mientras que los elementos negativos constituirán su inexistencia; las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo.

La teoría del delito “atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito de cada caso concreto”.¹ Es decir, esta teoría no se va a encargar de estudiar cada delito en particular, como el robo, el homicidio, el fraude, etcétera, sino las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no un ilícito. Estas partes o elementos son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad así como sus elementos negativos, ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, imputabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias respectivamente, todo esto con el fin de establecer cuándo se le podrán imputar un hecho delictivo a un sujeto.

“Si la teoría del delito –dice Maggiore- es ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que responda a criterios de rigurosa necesidad; determinar esa estructura, señalar la organización interna –íbamos a decir la articulación- de la doctrina del delito, es la parte más delicada de la ciencia del Derecho Penal y también a causa de esa delicadeza, la parte más controvertida.”²

En efecto, como dice Maggiore, la teoría del delito es la parte más delicada y polémica de la ciencia del Derecho Penal; por ello, se han formulado diversas teorías, algunas de las más importantes, las analizaremos en el presente capítulo.

“La doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones:

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 333.

² Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 268.

- a) La totalidad o unitaria, y
- b) La analítica o atomizadora, llamada por Bettioli: método de la consideración analítica o parcial”.³

El pensamiento totalizador o unitario, considera al delito como un todo, como un bloque monolítico indivisible, porque su esencia no está en cada elemento, sino en el todo; los autores que defienden esta concepción, principalmente Antolini y Carnelutti en Italia, y Schaffstein, Dahm y Kemperman en Alemania (Escuela de Kiel), identifican al delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, es decir, la realidad del delito se encuentra intrínseca en su unidad, y no se puede dividir.

La idea analítica estudia al hecho criminoso desintegrándolo en elementos, pero con una conexión entre sí que en conjunto forman la unidad del mismo. “Los que propugnamos semejante diferencia entre los elementos del acto punible, jamás hemos negado que el fenómeno delito viva existencia conjunta. Como el organismo fisiológico o patológico, es un todo que sólo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente. Pero el Fisiólogo no sabrá cómo funcionan en conjunto huesos y músculos, vísceras y vasos, si no los estudió uno a uno en la disciplina que se llama Anatomía.”⁴

Nosotros somos partidarios de la concepción analítica y así estudiaremos al delito, porque consideramos que el desintegrar a éste, para analizar cada parte, no es negar su unidad, sino es un medio para determinarlo; “el delito es un todo, un conjunto lógico unitario, en el cual se puede, sin embargo, discernir idealmente lo que tiene de accidental y lo que le es esencial. Fijar las notas esenciales, los rasgos característicos e inconfundibles de ese hecho jurídico que es el delito, es oficio del criminalista”.⁵

Para estudiar al delito y sus elementos, se han creado diversas corrientes doctrinarias. En la presente unidad, analizaremos las principales.

TEORÍAS CAUSALISTAS Y FINALISTAS DE LA ACCIÓN

La acción es un aspecto del delito y para la teoría causalista “es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), como en este

³ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983, p. 240.

⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamérica, Buenos Aires, 1990, p. 208

⁵ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1989, p.269.

movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado)".⁶

Esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerlo. De la acción sólo importa si el comportamiento movido por la voluntad, causó el resultado y no así, si la voluntad iba dirigida a éste, esto último es reservado por la teoría causalista. Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta o hecho. En este orden de ideas, a la acción se le considera como un hacer voluntario, pero en esa voluntad no hay contenido. No contempla el actuar lleno de sentido, sino la simple producción de dicha actuación referida al mundo exterior, a la que se le llama resultado. "El contenido de la voluntad –dice Maurach- separado, declarado irrelevante para la acción, debe aparecer en otro lugar de la construcción del delito, en la configuración del dolo, en el sentido propio de un *dolus malus*, será albergado como característica de la culpabilidad, en el último piso del edificio del delito." La culpabilidad, como analizaremos más adelante, es el nexo causal que une al sujeto con su acto, el sujeto tiene la plena intención de realizar el hecho delictivo.

Para la teoría causal, la acción "es una <<inervación muscular>>, es decir –expresa Zaffaroni-, un movimiento voluntario –no reflejo-, pero en el que carece de importancia o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige. Dentro de este concepto había una <<acción>> homicida si un sujeto disparaba sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin que sea necesario tener en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo por que esa finalidad no pertenecía a la conducta. Dicho en otros términos: acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado".⁸ Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora, contempla la sola producción del acto en el mundo externo y no el actuar lleno de sentido separan el contenido de la voluntad, es decir, la finalidad, el propósito con que o porque se hace algo, limitando a la acción a aparecer únicamente como función causal. Desde el punto de vista, la acción es considerada como un proceder con dependencia en la existencia, como reflejo instintivo, en el que no se considera a la acción con la finalidad de movimiento, sino simplemente como voluntad de hacer el movimiento.

Para la teoría finalista, "la acción no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever dentro

⁶ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I,

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, pp. 369 y 370.

de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos.”⁹

Los finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. Es decir, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin y este es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva a un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo.

Para los finalistas, la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, eligiendo los medios para lograrlo, finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo externo.

Para esta corriente la acción es un comportamiento anticipado mentalmente, de carácter consiente.

El concepto final de acción no cubre a todas las formas de comportamiento humano del mundo jurídico-penal; tal es el caso de los delitos cometidos, en los que el agente no tiene la intención de cometerlos, pero por descuido los realiza. Según los finalistas, la imprudencia consiste “en la ejecución descuidada de la acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución, no es precisamente momento alguno de su finalidad. La infracción de la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse sólo a la vista del resultado que había que evitar, el cual se haya en el hecho imprudente precisamente fuera de la relación final”.¹⁰

Debemos distinguir a las teorías causalista y finalista de la acción, en virtud a que la primera, considera a la acción como mecánica: un producto causal; en cambio la segunda determina dirección o propósito a ese producto causal, es decir, existe una voluntad orientada en determinado sentido.

Los finalistas consideran que “si la conducta siempre tiene una finalidad, al no tomarla en consideración, no se está tomando en cuenta a la conducta, sino a un proceso causal. Por ende, dentro de este sistema, el núcleo del injusto no será una conducta, sino un proceso causal. Esta afirmación es sumamente grave, porque contradice la esencia del derecho; lo típico y antijurídico no serán conductas, sino procesos causales. El Derecho no será para esta concepción un orden regulador de conductas, sino de procesos causales, lo que es absurdo: el

⁹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 293.

¹⁰ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 294.

derecho no regula 'hechos', sino sólo hechos humanos voluntarios, es decir, conductas".¹¹

Reinhart Maurach, al hablarnos de la acción, comenta como teorías causales el concepto naturalista de acción y el concepto social de acción. Este autor explica este último derivado de su existencia del criterio natural, el cual cataloga a la acción como una causación de un resultado, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo del comportamiento, sino considerándola como puro factor causal, es decir, como causación de un resultado; "el concepto naturalista de acción en la formulación clásica dada por Liszt, constituyo un concepto destacado y querido como prejurídico; y desde el punto de vista ontológico, como bajo el aspecto de su practicabilidad, pues se supuso que un tal concepto de acción podía servir, por obra y gracia de su total neutralidad valorativa, de base común a los delitos doloso y culposo. Se le designo como 'natural' por querer trasladar las leyes de la ciencia de la naturaleza al Derecho Penal, y considerar el cumplimiento del tipo como una simple consecuencia (naturalmente condicionada) de proceso causal precedente. Es el producto del pensamiento naturalista dominante en el último tercio del siglo XIX, infiltrado en las ciencias del espíritu. Al igual que todo suceso de la naturaleza, el delito es resultado de una cadena causal. El Derecho Penal, sin embargo, en la averiguación de la causación del delito, debe moverse en límites más estrechos que la criminología, situada en el lumbral de las ciencias de la naturaleza. Esta pretende remontarse hasta los orígenes de la cadena causal productora del delito; aquel se debe de limitar a averiguar la causa inmediata, relevante jurídico penalmente, del resultado incriminado. Esta causa no está integrada por todo acto humano, sino tan sólo por el hecho relevante para el tipo, vinculado directamente con el resultado; se prescindirá de los primeros eslabones de la cadena; la causalidad comienza con una acción adecuada al tipo."¹²

Según los causalistas de la teoría naturalista de la acción, eso produce un resultado y es la causación según las leyes de la naturaleza de causa efecto. Como bien menciona nuestro autor, para el derecho penal sólo tiene relevancia un resultado típico, idea inaceptable para los naturalistas, en virtud de sostener como imposible que un proceso natural produzca un resultado jurídico, ya que el resultado típico no se da en la naturaleza. Por lo tanto el concepto natural de acción se mantiene dentro de los efectos naturales de la causalidad. La acción se agota en un proceso y en consecuencias mensurables por la ciencia de la naturaleza, y es completamente libre valorativamente hablando. Ven a la acción como un movimiento muscular o descanso físico, según se trate de acción u omisión respectivamente, desprovisto de contenido volitivo respecto del resultado; así, se considera a la acción como un proceso causal extrajurídico, sin tomarse en cuenta en este concepto natural de acción, si el resultado es típico o no. Como no podría ser considerada la acción de un modo mecánico como simple

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 372.

¹² Maurach Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 198.

causación, sin tomar en cuenta su voluntad intrínseca con la evolución de ideas se desnaturalizó el concepto de acción, adoptando un concepto social de esta.

El concepto social de acción implica una relación valorativa con el mundo circundante, por patrones sociales. En este mismo capítulo en páginas posteriores explicaremos más detalladamente esta teoría.

Las teorías causales, proporcionan el concepto de acción como la simple producción de una conducta referida al mundo exterior y no el actuar lleno de sentido. Para los causalistas el contenido de la voluntad, separado y declarado irrelevante para la acción, debe aparecer en otro lugar de los elementos del delito, concretamente en la configuración del dolo forma o especie de la culpabilidad.

No podemos aceptar las teorías causalistas, por que la acción es actividad final humana; el sujeto piensa y medita la realización de la acción delictiva, escogiendo los medios para su cometido, es decir, el sujeto tiene el propósito de que el resultado se produzca. El Derecho Penal no puede formar un concepto de acción separado del contenido de la voluntad; los causalistas sólo agregan el momento voluntad sin contenido, lo que no es suficiente para el derecho penal. No basta que se haya querido realizar una acción, para ver una conducta o comportamiento humano, en determinada dirección al mundo exterior, debe anticiparse el resultado; lo esencial en el acto no es solamente la manifestación de la voluntad y el resultado, porque al derecho penal no le interesa lo que deba producirse como fenómeno natural, por no ser de importancia para la acción.

También se ha criticado la teoría finalista con respecto a los delitos imprudentes, ya que pueden darse hechos finales no dolosos, “una acción de muerte la comete tanto el que dispara apuntando con voluntad de matar, como el que al limpiar su escopeta la descarga sobre otro, olvida la referencia del actuar con el resultado. En el primer caso, el sujeto actúa en relación al homicidio (comete una acción de muerte); en el último, la finalidad está limitada a la conducta de limpiar la escopeta (se lleva a cabo una acción de limpieza, final irrelevante para el tipo, que por un descuido, causa el resultado típico)”.¹³

TEORÍA PSICOLOGISTA Y NORMATIVISTA

¹³ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pág. 208

Para el estudio de la culpabilidad, se considera otro elemento del delito que consiste en el nexo causal que une al sujeto con su acto, el cual estudiaremos más adelante. Se han creado dos criterios; uno que asume la teoría psicologista y otro la teoría normativista.

La culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y su conducta o el resultado material, según se trate de un delito de mera conducta o de resultado material. En el primer caso, hay un solo nexo psicológico, en el segundo dos, pues además de este, se requiere que exista un nexo psicológico entre el sujeto y el resultado material que produzca; por lo tanto, para la teoría psicológica, la culpabilidad se origina en cuanto existe el nexo psicológico.

Baumann expresa: "según el concepto psicológico de la culpabilidad, que antes predominaba, la culpabilidad era la relación psicológica entre el autor y su hecho. En consecuencia, la culpabilidad era algo que sólo existía en el autor y que, además, se agotaba en una relación interna frente a la acción."¹⁴

Para Bettiol, "el vínculo psicológico que une un evento a un sujeto agente, puede ser de este modo doloso o culposo; doloso cuando este ha sido previsto y querido; culposo cuando el evento no querido, fue previsto o era por lo menos previsible";¹⁵ anotando, "la concepción psicológica de la culpabilidad se basa, pues, sobre un vínculo de carácter subjetivo que une al hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa"¹⁶ y "una concepción meramente psicológica de la culpabilidad resulta incolora, naturalista, fría, incapaz de adecuarse a la rica casuística de las situaciones, para ver si es posible y hasta qué punto, un juicio de reproche".¹⁷

Se critica al psicologismo de imprecisión frente a la culpa, pues en ésta no hay nexo psicológico, sin que esta afirmación sea obstáculo para considerarse en todo caso, a la culpa con representación funcionando en el sistema psicológico. Así Maurach sostiene que "en cuanto a la culpa, no se puede establecer una conexidad psicológica en la voluntad del autor y el resultado de su acción",¹⁸ anotando a continuación, "en realidad, concebir tal conexidad, sería posible quizá en el caso de la culpa consciente (*luxuria*), porque el autor que actúa con *luxuria*, al menos se representa la remota posibilidad del resultado; construcción psicológica que es absolutamente imposible en el caso del más importante fenómeno de la culpa, que es el de la culpa inconsciente (negligencia), pues el autor de un crimen cometido por negligencia, no piensa en la posibilidad del resultado; éste

¹⁴ Baumann, Jürgen, *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistemas*, Ed. De Palam, Buenos Aires, 1981, p.206.

¹⁵ Bettiol, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p.320.

¹⁶ Bettiol, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 320.

¹⁷ Bettiol, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 321.

¹⁸ Maurach, Reinhart, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I. Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 321.

queda fuera de su pensamiento; la culpa inconsciente se caracteriza por la falta absoluta de nexo psicológico entre el autor y el resultado de su acción; en otras palabras, la negligencia no es un hecho psicológico sino un juicio de apreciación exclusivamente: la comprobación hecha por el juez, de que el autor tenía posibilidad de prever las consecuencias de su acción"¹⁹ finalizando en el sentido, de que "la teoría psicológica de la culpabilidad está condenada al fracaso porque postula una solución imposible",²⁰ pues "es imposible unir un concepto psicológico (el dolo) con un concepto normativo, la culpa, y colocarlos bajo un denominador común".²¹

Jiménez de Asúa nos hace ver que Welzel "desde la primera edición de su libro que era sólo de la parte general, hasta la última, publicada este año, la sistemática de la culpa ha cambiado radicalmente. La vemos saltar de un sitio a otro con enorme desasosiego que está indicando, en efecto, la falta de seguridad con respecto a ese punto".²²

Si el psicologismo consiste en un nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado, no puede fundamentar sino el dolo directo, el eventual y tal vez la culpa con representación, consciente o con previsión, pues en esta última hipótesis, aún cuando no quiere el resultado ni lo acepta en caso de que se produzca, lo prevé con la esperanza de que no se realizará, pero de ninguna manera puede admitirse en el psicologismo la culpa inconsciente, sin representación o sin previsión, porque en ésta, no se previó, el resultado previsible. Richard Busch apunta, "que todos los esfuerzos por comprobar también en la culpa una relación psíquica del autor con el resultado, fueron inútiles".²³

"No es aceptable la teoría psicológica de la culpabilidad, ya que el dolo o la culpa no basta para integrada, la concurrencia de la reprochabilidad de ese nexo psicológico; de otra manera existiría la culpabilidad en los casos de legítima defensa",²⁴ estado de necesidad y en las mismas eximentes putativas, en las cuales el sujeto actúa dolosamente pero no culpablemente. Es decir, un individuo es agredido injustamente, al defenderse obraría lícita y culpablemente, porque quiso el resultado.

¹⁹ Tres conferencias. La teoría de la culpabilidad en el Derecho Penal Alemán, Barcelona, 1963.

²⁰ Tres conferencias. La teoría de la culpabilidad en el Derecho Penal Alemán. Cfr. Córdoba Roda, *Una nueva concepción del delito*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963, p. 28.

²¹ Tres conferencias. La teoría de la culpabilidad en el Derecho Penal Alemán, Barcelona, 1963.

²² Jiménez de Asúa, Luis, *Bases para restructuración del Derecho Penal Democrático*, 1957, p. 40.

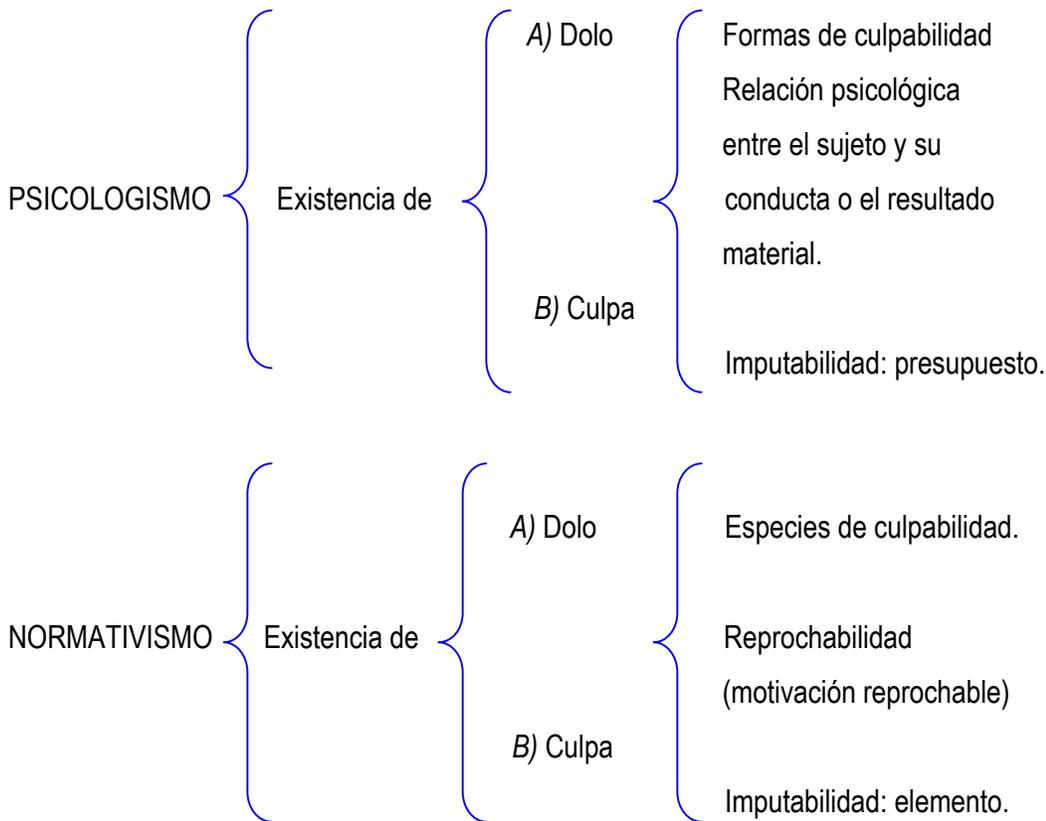
²³ Busch, Richard, *Modernas Transformaciones de la teoría del delito*, Ed. Temis, Bogotá, 1970, p. 12.

²⁴ Tres conferencias. La teoría de la culpabilidad en el Derecho Penal Alemán. Maurach expresa en otro lugar: "Una apreciación valorativa no podía sin embargo, desconocer que precisamente lo característico de la culpa inconsciente es la falta de todo nexo psicológico con el evento, y que la culpa sólo puede subsistir como culpabilidad si es comprendida como concepto normativo, como juicio valorativo sobre el autor." *Tratado de Derecho Penal*, II, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 18.

Frank, piensa, que "para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, tiene que darse un triple presupuesto: 1º Una aptitud espiritual normal del autor a lo que llamamos imputabilidad; 2º Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o aún la posibilidad de ésta, y 3º La normalidad de las circunstancias en las cuales el autor obra".²⁵

La reprochabilidad tiene existencia en tanto al sujeto se le pueda exigir una conducta distinta a la realizada, es decir, es culpable en tanto no obró conforme a derecho pudiéndolo hacer.

"En consecuencia, en la teoría normativa, el dolo y la culpa vienen a constituir un elemento de la misma",²⁶ pudiéndose presentar el siguiente cuadro sinóptico:



²⁵ A este respecto Jiménez de Asúa nos dice: "Adviértase esta paradoja, en cambio: si nos empeñamos en ver la intención como mero hecho psicológico, quien obra en legítima defensa -la más generosa causa de justificación- mataría con dolo a quien le ataca." *Tratado de Derecho Penal*, V, 2ª ed., Ed, Buenos Aires, 1956, p. 177. Igualmente Bettiol, expone que "si se pretende considerar que la culpabilidad se apoya sobre bases psicológicas, se llega a admitir que se puede hablar también de acción culpable cuando se actúa en legítima defensa o en cumplimiento de orden de autoridad pública", *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 321.

²⁶ *La estructura del concepto de culpabilidad*. Versión castellana de Sebastián Soler. Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966, pp. 30 y 31.

Ahora bien, si para el psicologismo la base es el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, y para el normativismo, es el reproche de esta conducta o hecho, es fácil observar la diferencia entre una y otra teoría de la culpabilidad, en orden a su aspecto negativo, puesto que la inculpabilidad en el psicologismo se presentará cuando se anule el hecho psicológico, y en el normativismo, se presentará aún sin afectar el hecho psicológico, porque no le es reprochable.

"El psicologismo -dice Porte Petit- llevaría a sostener que un individuo que es agredido de manera injusta, al defenderse, obró dolosamente porque quiso el resultado. Del mismo modo, un individuo, al creer encontrarse ante una agresión legítima, sería un inculpable culpable, porque, no obstante que hay error esencial e invencible a su favor, sería culpable porque quiso el resultado --explica el maestro- ahora bien, si para el psicologismo la base es el nexo psicológico entre el resultado y la conducta o el resultado material, y para el normativismo es el reproche de esa conducta, fácilmente se observa la diferencia entre una y otra teoría de la culpabilidad, en orden a su aspecto negativo, pues la inculpabilidad en el psicologismo se presentará cuando se anule el hecho psicológico, y en el normativismo se originará aún sin afectar el hecho psicológico, o sea, porque no le es reprochable su conducta, en virtud de que las circunstancias que lo llevaron a obrar dolosa o culposamente no le perjudican."²⁷

Para la corriente psicologista, la culpabilidad es el nexo psicológico que une al sujeto con su conducta, y para la corriente normativa, ésta es un juicio de reproche, porque este elemento del delito es reprochabilidad, un sujeto es reprochable porque es culpable, y dicho reproche no es más que la reacción social o jurídica determinada por el delito cometido con todos sus elementos constitutivos.

EL MODELO LÓGICO

Dentro del Derecho Penal contemporáneo se ha expuesto una forma para conocer y adentrarse en la ciencia jurídico penal, denominada "modelo lógico matemático del Derecho Penal"; en México, sus mejores exponentes han sido los doctores Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández, contando con los estudios de los modelos lógicos matemáticos de Lian Karp S. y Eduardo G. Terán.

Para explicar su teoría los doctores Islas y Ramírez utilizan dos latices, las cuales se pueden definir como las representaciones gráficas ordenadas de un conjunto de proposiciones lógicas. La primera se proyecta sobre

²⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Trillas, México, 1990, p. 591.

la segunda, teniendo esta última la función del latiz interpretativo.

Para tratar de explicar su teoría, además de las latices, se refieren a las aportaciones a la teoría del tipo obtenidas del modelo lógico matemático del Derecho Penal, mismas que sintetizan en ocho, siendo las siguientes:

1. La ubicación del tipo frente a la teoría del delito. En este punto, el tipo ocupa un lugar preferente y fundamental.

2. La segunda aportación se refiere a la agrupación de los elementos en dos subconjuntos; en el primero, se encuentran los presupuestos del delito y en el segundo, los elementos típicos constitutivos del ilícito.

3. En una tercera aportación, se incorpora al tipo como uno de sus elementos, la norma de cultura reconocida por el legislador; este criterio tiene sus antecedentes en el pensamiento de Carlos Binding y Max Ernest Mayer.

4. Como una cuarta aportación es la ubicación de la imputabilidad en el renglón o ámbito del sujeto activo; en este punto se considera que el sujeto tiene una capacidad genérica para el delito, la cual adquiere relevancia en cuanto se le relaciona con el caso concreto sometido a la consideración jurídico penal.

5. En esta aportación se considera como elemento típico a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; tales elementos, son para el modelo matemático, una noción fundamental.

6. En la sexta aportación, se incluye en el tipo, como uno de sus elementos a la antijuridicidad, la cual se concibe dentro de un juicio valorativo, donde se da la violación de la norma de cultura reconocida por el legislador.

7. Se incluye como aportación el vocablo "kernel", mismo que significa "núcleo": se utiliza la palabra "kernel" a juicio de los expositores Islas y Ramírez, por ser más afortunada que la denominación "núcleo", pero esta última, para algunos tratadistas, es el puro verbo, para otros es algo más además del verbo, así la palabra "kernel", se utiliza en un sentido de conducta típica, entendida tal como la describe el tipo, es decir, la sola conducta.

8. En la octava aportación se presentan los llamados elementos normativos y subjetivos, cuyos conceptos históricos no satisfacen al modelo lógico matemático. Tal criterio se sustenta, en relación a los elementos normativos, el mismo no es sólo valoración jurídica o cultural, o bien, antijuridicidad incluida en el tipo, y por ello, se elimina la expresión "elementos objetivos del delito"; aspecto parecido sucede con los llamados elementos subjetivos, ello se debe al criterio de que en el ilícito únicamente hay dolo y no tales elementos; textualmente señalan los doctores Islas y Ramírez.

"Para nosotros, la parte subjetiva del tipo, cualquiera que sea su extensión, en todos los casos se identifica con el dolo; esto es, solamente hay dolo típico, de manera, que si, por ejemplo, en el parricidio no se da esa dirección específica de la voluntad, no se integra el dolo típico de este delito: no hay parricidio. La subjetividad que el finalismo considera como excedente de lo que denomina dolo natural, para nosotros también es parte integrante del dolo. Además, la distinción que se hace del dolo en genérico y específico, y terminamos con la confusión que de ella se deriva."²⁸

Para concluir en defensa de sus aportaciones y en particular de las ventajas del modelo lógico matemático del Derecho Penal, los doctores Olga Islas y Elpidio Ramírez nos dicen: "Todas las aportaciones aquí expuestas, son de tal significación que constituyen nuevas y auténticas directrices, con proyecciones hacia todos los renglones del Derecho Penal. Verdaderos resortes que remueven toda la problemática de nuestra disciplina.

Bastaba con la ubicación del tipo al frente, con lo que se da la plena vigencia al *nullum crimen sine lege*, para declarar la bondad del método. Pero la segunda aportación, consistente en la división de los elementos típicos en dos subconjuntos: presupuestos y elementos del delito, es algo ya definitivo. La lesión, o puesta en peligro, del bien jurídico, plenamente identificada y con el rango de elemento autónomo del delito, no sólo llena el vacío que existía en la teoría del delito, sino que le confiere a ésta la explicación y sentido de que carecía, justificando, en último término, al mismo Derecho Penal. Este nuevo elemento puede servir, además de criterio, y el mejor, para distinguir entre el delito consumado y delito en grado de tentativa. Se requiere, para la validez del criterio, que la consumación implique necesariamente una lesión y la tentativa una puesta en peligro; o sea, estaremos frente a un delito consumado cuando, y solamente cuando, el bien jurídico sea lesionado, y estaremos frente a un delito en grado de tentativa cuando, y solamente cuando, el bien jurídico sea puesto en peligro. ¿Qué hace falta para adoptar este criterio? Una comprobación: la de que todos los delitos son delitos de lesión".²⁹

TEORÍA SOCIOLOGISTA

La concepción sociologista del delito proviene de la escuela positiva; ésta considera al delito como un fenómeno natural y social, producido por el hombre. Algunos autores la consideran en una posición intermedia entre las teorías causal y final, la cual se basa en que sólo las acciones que tienen sentido social pueden ser prohibidas por el Derecho Penal, porque únicamente pueden ser objeto de éste aquellas acciones que trascienden a terceros, o forman parte de las relaciones humanas, y no así las intrascendentes en el ámbito

²⁸ Revista UNAM, núm. 22, septiembre y octubre de 1967, México.

²⁹ Revista UNAM, núm. 22, septiembre y octubre de 1967, México.

individual. En este orden de ideas, serán acciones con relevancia penal, para los sociólogos, las que "perturben el orden social".

Zaffaroni piensa que "los autores que se alinean bajo este estandarte, comienzan a divergir, hasta que la misma teoría deja de ser tal para quedar reducida a escombros teóricos diversiformes que dan pie a estructuras del delito con injusto objetivo o con injusto complejo, con culpabilidad mixta o con culpabilidad normativa, es decir que, según las preferencias del autor que toma la 'teoría', debido a la nebulosidad de la misma, adoptará la estructura del delito que se compagina con la teoría finalista o con la causalista".³⁰

Este autor explica respecto a la teoría finalista, que para que la acción sea relevante socialmente, se debe entender finalísticamente, porque lo social se caracteriza por el interaccional psíquico y para su existencia, debemos conocer el contenido de las voluntades (el fin de la voluntad). Explica este mismo autor, "es un problema de tipicidad y no de conducta",³¹ es decir, la necesidad de la conducta de un individuo en trascender a la esfera de otro, es la relevancia social a la que se refiere la teoría sociológica, es considerada por Zaffaroni como un requisito de tipicidad y no de conducta como algunos autores pretendieron demostrar. La concepción sociológica proviene de la escuela positiva, como señalamos anteriormente, en donde Garófalo, uno de los máximos exponentes del positivismo, elaboró el concepto natural. "Garófalo, partiendo de la indagación de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas, afirma que el delito está constituido por la violación mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y de probidad, en la medida media en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Según este concepto, habría una delincuencia natural constituida por los ataques a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, y una delincuencia artificial que comprenderá los demás delitos que no ofenden estos sentimientos, los delitos contra el sentimiento religioso, contra el pudor, etc."³² Garófalo atribuye al delito como características primordiales, la oposición a la vida social y su pugna con la moralidad media, quedando fuera algunas figuras delictivas, en virtud de existir otros sentimientos, que pueden ser lesionados, como el patriotismo; además de ser relativo el concepto, al referirse a la medida media en que son poseídos los sentimientos de piedad y probidad.

Los sociólogos definen a la acción como comportamiento humano socialmente relevante. Será socialmente relevante un comportamiento cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante, es

³⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 374.

³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 273

³² Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General, 9ª ed., Ed. Editora Nacional, México, 1961, p. 255.

decir, cuando sus consecuencias alcancen a afectar a la sociedad.

Jescheck manifiesta: "Del concepto social de acción se deduce, por vía negativa, el círculo de comportamientos de antemano irrelevantes para la imputación jurídico penal. Esta función negativa se reconoce incluso por quienes combaten la posibilidad de un concepto general de acción.

a) Puesto que la acción representa la realización de una posibilidad de reacción de que dispone el hombre, la cooperación, al menos potencial, de sus fuerzas psíquico-espirituales ha de constituir el requisito mínimo del concepto de acción. Según esto, no son acciones los actos reflejos puramente somáticos, en los cuales el movimiento o la falta del mismo son desencadenados de forma inmediata por un estímulo directamente dirigido al sistema nervioso; los movimientos corporales en estado de inconsciencia ni, finalmente, los efectos producidos por una fuerza irresistible (*vis absoluta*).

b) La cualidad de acción debe negarse también cuando se produce la inactividad frente a una expectativa de acción porque falta al sujeto, y faltaría a cualquiera en su situación, la capacidad de acción.

La omisión sólo puede concebirse como realización de una posibilidad de reacción existente para el hombre, si puede afirmarse de forma general la capacidad de realización de la acción esperada con empleo de la finalidad. La capacidad general de acción pertenece, por ello, al propio concepto de omisión en el sentido de "comportamiento" socialmente relevante. En el examen de la capacidad de acción no puede, sin embargo, tomarse en consideración las características personales del individuo que permanece inactivo en el caso concreto, pues, si el concepto de acción ha de servir a la delimitación del ámbito de comportamientos humanos que importan de algún modo a la imputación jurídico-penal, la definición de omisión debe fundarse en la capacidad general de acción. Siendo así, podrá hablarse ya de la presencia de una omisión en el sentido del concepto de acción cuando otra persona en la posición del "autor", imaginado en posesión de todos los conocimientos y capacidades que resultarían necesarias en la situación concreta, hubiese podido realizar la conducta esperada.

c) Tampoco son acciones en sentido jurídico-penal las múltiples actividades sociales que proceden de personas jurídicas.

d) El requisito de un comportamiento trascendente al exterior excluye, por último, del concepto jurídico-penal de acción todos los procesos de la vida psíquica (pensamientos, planes, sentimientos, actitudes), incluso en el caso de que pudiesen constatarse mediante narco-análisis (*cogitationis poena nemo patitur*)."³³

³³ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona. 1989. pp. 297 a 299.

Como podemos ver, no son acciones relevantes para el Derecho Penal según los sociólogos, los actos reflejos, la inactividad, las actividades sociales que proceden de personas jurídicas y todos los procesos de la vida psíquica; esta pretensión de que no es acción lo que no trasciende del individuo y no es socialmente relevante porque no afecta a la sociedad, trae consigo una limitación al legislador, porque como veremos en capítulos posteriores, todas las actividades que describe Jescheck como irrelevantes para el Derecho Penal, según la concepción sociológica, son reguladas por el Derecho Penal.

El concepto social de acción, perteneciente a la corriente causalista, determina que la acción del sujeto no puede ser definida exclusivamente atendiendo a las leyes de la naturaleza, ámbito ajeno al Derecho Penal. La acción debe ser un concepto situado dentro del derecho. Para los sociólogos, no importa si la acción puede producir una modificación en el exterior, lo esencial es que ésta implique una relación valorativa con el mundo circundante social. El concepto social de acción es valorado por patrones sociales, es la realización de un resultado relevante socialmente; esta corriente también extrae, la dirección de la voluntad del concepto de acción.

"El concepto 'social' de acción aparte de introducir en la conducta problemas que son propios de la tipicidad, nada agrega al concepto finalista. Más aún, si expurgamos a este concepto de los componentes que pertenecen a la problemática de la tipicidad, no podemos hallar otra cosa que el concepto final.

Para que una acción tenga relevancia 'social' requiere, necesariamente, ser entendida finalísticamente. Si lo social se caracteriza por el interaccionar psíquico, creemos que es claro que cuando dos individuos que se conocen, pasan uno al lado de otro sin dirigirse la palabra, no sabemos si hubo o no interaccionar psíquico, a menos que consultemos los contenidos de sus respectivas voluntades: pueden no haberse visto -en cuyo caso no habría interaccionar psíquico alguno- o pueden haberse ignorado mutuamente porque media entre ellos una enemistad o algún sentimiento parecido.

De cualquier manera, repetimos que el requisito de la relevancia social, entendida como la necesidad de que la conducta trascienda de la esfera meramente individual del autor a la de otro, es un requisito de la tipicidad penal de la conducta, pero no de la conducta, que es tal, aunque no trascienda a nadie."³⁴

También Zaffaroni nos habla de la infecundidad del concepto social de acción: "no es posible extraer

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 374.

ninguna otra consecuencia de esta teoría que -por nebulosa se ha pretendido que sirve de base a todas las estructuras del delito. El requerimiento de la "relevancia social" como lesividad social es inadmisibile. Una conducta es tal aunque no sea socialmente lesiva. Por otra parte, la lesividad social de la acción en el plano pretípico no puede ser otra cosa que un juicio ético, lo que en una sociedad pluralista es sumamente difícil y, además, extremadamente peligroso. Implica un sociologismo hartó apresurado, cuyas consecuencias son imprevisibles.

Se ha pretendido que esta teoría puede solucionar el problema de la omisión, pero, como oportunamente veremos con más detalle, tampoco aquí ofrece otra solución que un apresuramiento sociológico peligroso por la incertidumbre que introduce en el sistema".³⁵

Por lo anteriormente expuesto, una acción tendrá relevancia social, cuando sea entendida finalísticamente. Ya hemos dicho, que la teoría social pertenece a la corriente causalista, por lo mismo, niega contenido a la voluntad; de ahí la nebulosidad de que habla Zaffaroni, porque no es posible que sea admisible el concepto de acción como el requerimiento de relevancia social por lesividad social, por lo cual se desprende que para que una conducta sea lesiva socialmente debe ser finalista; esto en virtud de que lo social se caracteriza por el interaccionar psíquico, que necesariamente están provistas de contenido sus respectivas voluntades.

Para concluir podemos insistir, que el concepto social de acción está en un plano pretípico, referido más bien a un juicio ético; además, para los sociologistas basta que algo se haya querido, mientras la cuestión referente a qué se ha querido, no será contestada por el concepto social de acción.

Maurach hace un examen crítico de los conceptos valorativos causales de la acción. El considera dentro de la corriente causalista al concepto social de acción, sostiene que se impulsa en tres direcciones: "Partiendo de la teoría basada en el concepto social, de que la referencia de la acción a lo social no permite una plena soberanía del derecho en función determinante, y de que el derecho debe antes que nada tener en cuenta ciertos elementos naturales dados, se preguntará, en primer lugar, si el concepto social de acción se mantiene dentro de estas fronteras. Se planteará, en segundo lugar, la cuestión de si el derecho vigente obliga a adoptar el concepto social de acción. Y por último, se deberá examinar si el concepto social satisface las exigencias que le deben ser impuestas, para desempeñar el papel de base común del delito."³⁶

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 375.

³⁶ Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 201.

Hemos dicho que las teorías causales, donde encaja el concepto social de acción, supuestamente para llenar las exigencias del Derecho Penal, contemplan la acción como la simple producción del actuar referida al mundo exterior, considerando esta producción como resultado, según hemos dicho, separa el contenido de la voluntad, declarándolo irrelevante para la acción. Ante esta posición se han dado diversas objeciones, porque el Derecho Penal no puede aceptar un concepto de acción separado del contenido de la voluntad; no es suficiente que los causalistas agreguen únicamente la voluntad, es decir, se puede aceptar que el acto puede ser un fenómeno social, pero también es necesario que la acción sea un obrar lleno de sentido, por eso Welzel determina a la acción como una totalidad real, llena de sentido; dentro de la vida social, con lo que estamos de acuerdo.

Para que exista una acción, ésta debe estar provista de voluntad, es decir, llevar un propósito su realización, "la simple voluntariedad de la conducta no basta, para dar lugar a la existencia de una acción en el requerido sentido social. Antes que nada se exige la referencia de la conducta a lo social. No basta, pues, que algo se haya querido, para que exista acción debe concurrir más bien una conducta orientada en determinada dirección hacia el mundo exterior. Lo que los criterios causales califican de acción, integra por el contrario tan sólo el torso de una acción, la manifestación de la voluntad rectora, perceptible en el mundo exterior; en pocas palabras, un proceso de causalidad. La "anticipación del resultado" es, para la acción, tan irrelevante como la selección y dirección de los medios. Con todo, la acción de la voluntad rectora no se separará, por supuesto, del concepto de acción; también para las teorías causales, es "acción" en el asesinato no sólo la causación de la muerte, sino el disparo, tal vez incluso -ello constituye, evidentemente, la frontera extrema- el disparo producido en dirección a la víctima. Pero la meta "final (finis-meta) del asesino no será ya elemento integrante de la acción; la cuestión de si el autor quería matar no es objeto de la teoría de la acción, sino del "examen de culpabilidad", que se debe llevar a cabo, por primera vez, tras haberse verificado la muerte de la víctima y la ausencia de una situación de legítima defensa. El que el criterio causal fusione en el concepto global de "acción" la manifestación de la voluntad y el resultado, no basta para poder entender la esencia del acto. El que la tentativa -una manifestación de voluntad sin resultado- se opone a la admisibilidad de un tal concepto, puede en principio dejarse a un lado, para la teoría de la acción lo importante es que su consideración, como proceso causal, no guarda conformidad con el natural proceso de desarrollo. La situación previamente dada resultará desplazada, de modo inadmisibles, desde el punto de vista temporal, lógico y estructural. Lo único que parece esencial es el obrar causal: lo que deba producirse carece de importancia para la acción. La finalidad, parte integrante del concepto de acción propio de la vida, resultará no sólo privada de su prioridad sistemática, sino eliminada por completo del concepto de acción. La voluntad rectora aparecerá más tarde como dolo, transformándose en un ulterior "reflejo

subjetivo" de un suceso puramente causal".³⁷

En este capítulo hemos analizado algunas de las teorías que estudian diversos elementos del delito como la conducta, el tipo, la culpabilidad. Estas teorías son de carácter doctrinario y nos permiten adentrarnos en la teoría del delito; empero, no se encuentran plasmadas en la ley, únicamente reflejadas algunas de ellas, aunque no en su totalidad. Si bien, insistimos, son para efectos doctrinales, que los estudiosos han realizado para esclarecer la idea del delito y de sus elementos.

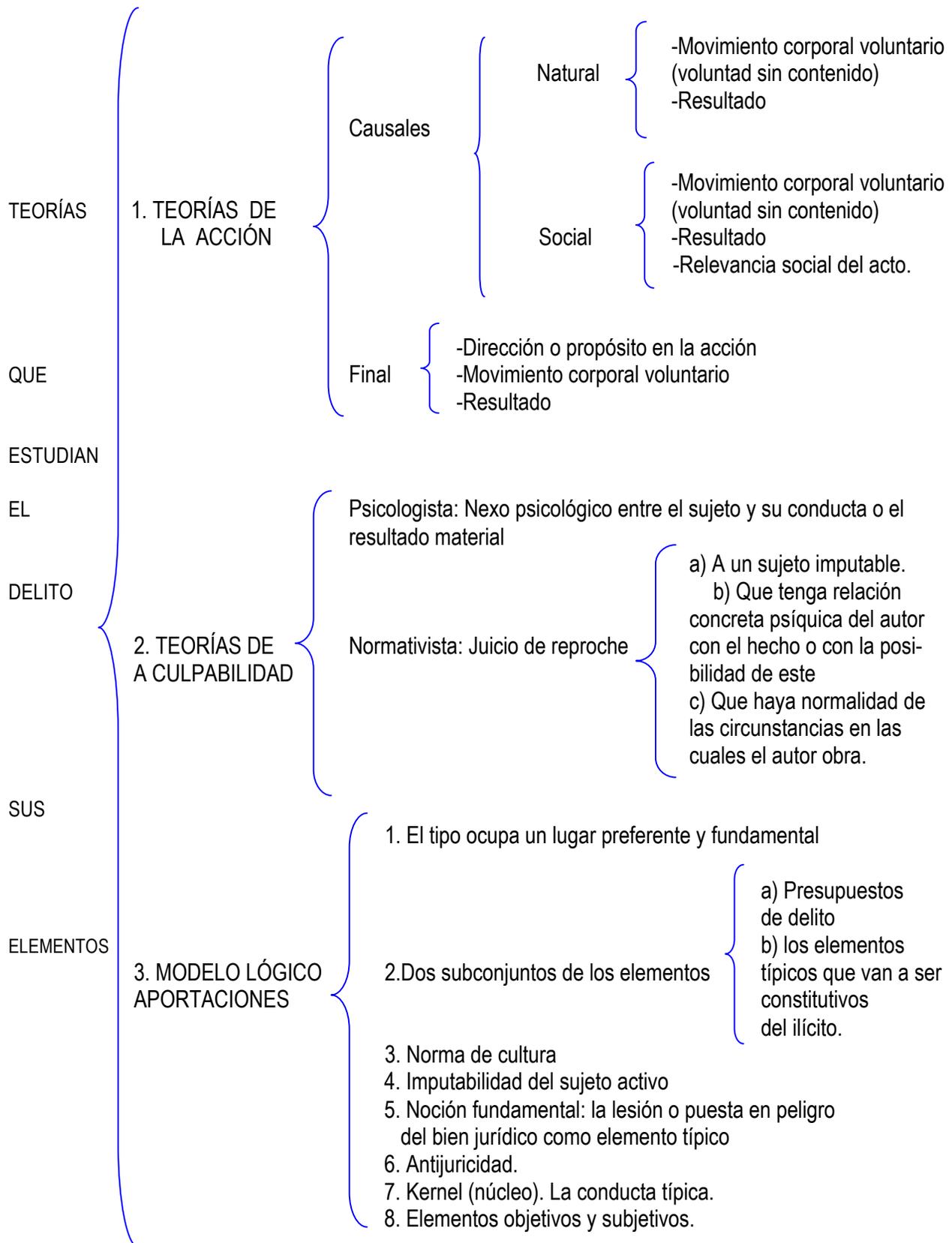
Estas ideas, como podemos observar, han ido evolucionando con el transcurrir del tiempo, pero es importante su estudio, porque cada una de ellas ha aportado criterios que han provocado el desarrollo del pensamiento penal, respecto al delito y a sus elementos.

El determinar qué corriente sigue nuestra ley penal vigente es un tema muy delicado; lo que podemos decir es que nuestro Código Penal Federal es un código clásico influenciado por el Derecho Español, actualmente orientado hacia el finalismo.

³⁷ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I. Ed. Ediciones Ariel, Barcelona. 1962, pp. 203 y 204.

CUADRO SINÓPTICO DE LA PRIMERA UNIDAD

TEORÍAS QUE ESTUDIAN EL DELITO Y SUS ELEMENTOS



GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación.

- 1.- ¿Qué trato le da a la acción la teoría causalista?
- 2.- ¿Qué trato le da a la acción la teoría finalista?
- 3.- ¿Qué importancia tiene la culpabilidad en la teoría psicológica?
- 4.- En la teoría psicológica ¿qué trato le da al dolo y a la culpa?
- 5.- En la teoría normativa ¿qué trato le dan al dolo y a la culpa?
- 6.- ¿Cómo considera la teoría sociológica al delito?
- 7.- ¿Cómo definen los sociólogos a la acción?
- 8.- Explica la teoría funcionalista.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Zaffoneni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general. 2ª edición. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.
- Reynoso Dávila, Roberto. Teoría general del Delito. Ed. Porrúa, México 1997.
- Bocigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Ed. Temis, S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia 1996.

Dentro de esta unidad encontrarás la información referente a los presupuestos del delito, iniciando con su concepto, naturaleza jurídica y clasificación, para que a partir de ellos, analices los presupuestos del hecho en sus elementos (sujeto activo, sujeto pasivo, el bien jurídico protegido y objeto material), y los presupuestos del delito en cuanto a norma y tipo penal, bien jurídico protegido, sujeto pasivo y la imputabilidad.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 5.1. Realiza las lecturas correspondientes a la unidad.
- 5.2. Elabora un cuadro sinóptico que contenga el concepto de presupuestos, su naturaleza jurídica y su clasificación.
- 5.3. Elabora un mapa conceptual que contenga los presupuestos del hecho en cuanto a sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico protegido y objeto material.
- 5.4. Elabora un mapa conceptual que contenga los siguientes aspectos referentes a los presupuestos del delito:
 - Norma Penal.
 - Tipo penal.
 - Bien jurídico protegido.
 - Sujeto Pasivo.
 - Imputabilidad.

Objetivo particular:

Analizar a los sujetos y circunstancias del hecho, así como los aspectos jurídicos que se requieren previamente para la existencia de un delito.

CONTENIDOS

- 5.1. Concepto.
- 5.2. Naturaleza jurídica de los presupuestos.

5.3. Clasificación de los presupuestos.

5.4. Presupuestos del hecho.

5.4.1 Sujeto activo.

5.4.2 Sujeto pasivo.

5.4.3 Bien jurídico protegido.

5.4.4 Objeto material.

5.5. Presupuestos del delito.

5.5.1. Norma penal.

5.5.2. Tipo penal.

5.5.3. Bien jurídico protegido.

5.5.4. Sujeto pasivo.

5.5.5. La imputabilidad

5. A.	PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 16ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002 Págs. 203 – 205
-------	--

CAPITULO I

LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO

SUMARIO

I. La Teoría de MANZINI.-2. Criterios de MASSARI y de MARSICH. 3. Posición de RICCIO.-4. La sistematización de PORTE PETIT.

1. TEORÍA DE MANZINI

A partir de MANZINI la doctrina ha tratado de elaborar una auténtica noción sobre los *presupuestos del delito*, trasladando el concepto originado en la teoría general del Derecho al campo de la disciplina penal, sin haber obtenido a la fecha resultados positivos.

MANZINI empieza por dar un concepto de *presupuestos del delito*, precisando se trata de elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y *de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate*.¹ A continuación distingue los *presupuestos del delito* de los *presupuestos del hecho*,

¹ *Trattato di Diritto Penal Italiano*, I, p. 521, Torino, 1933.

estimando éstos como los elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia se requiere para que el mismo, previsto por la norma, integre un delito, de manera que *su ausencia quita* carácter punible al hecho.²

Estos últimos presupuestos (del hecho) pueden ser *jurídicos o materiales*, de acuerdo con su naturaleza.

2. CRITERIOS DE MASSARI y DE MARSICH

Sin ocuparse de la diferenciación hecha por MANZINI, en presupuestos del delito y presupuestos del hecho, MASSARI precisa la distinción entre presupuestos *generales y particulares*, según funcionen en todos los delitos o en cada uno de ellos. Señala como presupuestos *generales*: a) el *precepto penal* sancionado; b) la existencia de *una sanción*, pues sin ellos todo delito sería inexistente.³

MARSICH, recogiendo la idea básica de MASSARI, distingue *los presupuestos constitutivos* de los *presupuestos del delito*, pero limita la proyección de éstos al hecho. "El delito - de acuerdo con el llorado autor-, no ha de ser considerado sólo como ente jurídico, es decir, como actividad o producto de actividad que el Derecho subordina a la propia disciplina, como *ente*, como *cuerpo* substancial atomizable; sino que debe considerarse también como fenómeno entre los fenómenos, y así, se estudian las condiciones subjetivas y objetivas cuya preexistencia es necesaria para la verificación del fenómeno. Presupuestos del delito *son los datos de hecho, existentes antes del delito, que contribuyen a dar al hecho significación y relevancia*".⁴

Para este autor, siendo el delito un hecho surgido del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia tanto de un *sujeto imputable* como de un *bien* susceptible de lesión y de una *norma penal*. Asimismo, la existencia del bien supone un titular de él, de donde es igualmente presupuesto *el derecho subjetivo del sujeto pasivo del delito*.⁵

² *Ob. Cit.*, p. 522.

³ *Il momento esecutivo del reato*, p. 142, Cfr., cit., en Stefano RICCIO, *Revista Jurídica Veracruzana*, XII, 1961

⁴ Cfr. Cit., en Stefano RICCIO, "*los Presupuestos del delito. Concepto y determinación*". Traducción de José Luis PÉREZ HERNÁNDEZ, *revista jurídica Veracruzana*, XIII, p. 150, 1961.

⁵ El error de la tesis de MARSICH, aduce R. SALES GASQUE, radica en identificar conceptualmente *delito con hecho*. "Desde su punto de vista -expresa nuestro distinguido discípulo-, es evidente que tanto el sujeto activo, el pasivo, la norma, el bien lesionable, etcétera, se tendrán que presuponer para que un hecho adquieran relevancia y significación. Ahora bien, el hecho no se identifica con la noción del delito, sino constituye un elemento de su esencia, y por lo tanto, hablar de presupuestos del delito implica determinar conceptualmente un elemento objetivo o subjetivo previo y necesario a la exigencia del delito, sin que el referido elemento forme parte de su noción. Si el delito es un hecho o conducta típico, antijurídico y culpable; de aceptar la autonomía y utilidad de la noción de presupuesto, tendrá que reconocerse la existencia de hecho o conducta, de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad, y en caso de aceptar que la punibilidad sea elemento y no consecuencia del delito también tendría que reconocerse la existencia de presupuestos específicos de la punibilidad. Estamos de acuerdo con MARSICH en que el delito es un fenómeno y como tal presupone

3. LA POSICIÓN DE RICCIO

El autor empieza por aclarar que la *acción*, referida a un delito, se transforma en *hecho*, por ser éste de mayor amplitud que aquélla, y como no puede concebirse la existencia de un delito sin la definición legislativa, debe de ello deducirse que el concepto de hecho no puede prescindir de la figura legal; de esa manera por supuesto entiende el *conjunto de los elementos materiales del delito*, como se encuentran descritos en la figura, con exclusión de la antijuridicidad y de la culpabilidad que constituyen elementos del delito pero no del hecho. Una vez precisados tales conceptos arriba a la noción de presupuesto, el cual debe señalar algo anterior al hecho y al delito, pues “el presupuesto de un fenómeno no sólo preexiste a éste, sino que hace posible su realización; es como el elemento preexistente a la composición química que, partiendo del mismo, se desarrolla a través de las reacciones y combinaciones”.⁶ En síntesis, define los presupuestos del hecho y del delito como los *antecedentes necesarios al hecho y al delito, que hacen posible la realización de estos: se hayan fuera del nexo causal entre agente y acción, y, de las relaciones entre ellos surge el delito*, concepto equivalente a este otro: *presupuestos son los elementos primeros, fundamentales, la materia prima, con que se desarrolla el delito, en concurso con los demás elementos y requisitos*.

Partiendo del concepto de *hecho*, como *conjunto de los elementos materiales que integran una figura legal*, establece como *antecedentes necesarios* (presupuestos) para la realización del mismo los siguientes: a) El *sujeto activo*; b) el *sujeto pasivo*; c) El *bien lesionable*, y d) La *norma descriptiva considerada en sí misma* y no como condición de ilicitud.

CAPITULO II

PRESUPUESTOS

SUMARIO

I. Los presupuestos en la doctrina.-2. Concepto.-3. Presupuestos del delito generales y especiales.-4. Ausencia de los presupuestos del delito generales.-5. Presupuestos del delito especiales.-6. Ausencia de los presupuestos del delito especiales.-7. Presupuestos de la conducta o del hecho.-8. Ausencia del presupuesto de

determinados elementos para su existencia. El hecho o conducta como manifestación fáctica, presupone al sujeto que actúe, lo discutible es si esta noción de sujeto, no obstante ser dato previo y necesario para la existencia del fenómeno, es ajena a la noción del hecho o conducta, ya que tal característica habría de tener para ser considerada presupuesto y no elemento. *El presupuesto en el Delito de Abuso de Confianza*, pp. 27-28, México, 1963.

⁶ Stefano RICCIO, *Ob. Cit.*, *Revista Jurídica Veracruzana*, XII, p. 157.

la conducta o hecho.-9. Analogías y diferencias entre presupuestos del delito y presupuestos de la conducta o hecho.-10. Opinión nuestra.

1. Antes de principiar el estudio de los elementos del delito y de sus aspectos negativos, debemos precisar ciertos conceptos, como son los de presupuestos, elementos y circunstancias, empezando por el primero, que constituye para Petrocelli, "una noción bastante atormentada en la reciente literatura penalística".¹ Considera Pannain, "que sobre el tema de los presupuestos del delito, subsiste aún incertidumbre".² Por su parte Maggiore advierte que "la noción de presupuesto no está aún bien definida en el terreno de la teoría general del derecho, tal vez por ser una apresurada trasposición de un dogma del derecho privado al campo del derecho penal",³ señalando que la categoría de los presupuestos no tiene razón de ser en asuntos penales, pues el único sentido que podemos darles es el de la antecendencia de un delito con relación a otro."⁴

En la doctrina existen dos corrientes sobre el tema de los presupuestos:

- a) Una negándolos, y
- b) Otra que los acepta, en la cual se cuentan los autores que admiten la clasificación:
 - a) De presupuestos del delito y del hecho; y
 - b) Los que sostienen únicamente los presupuestos del hecho.

Nosotros no vamos a colocarnos en una posición dual aceptando tanto los presupuestos del delito como de la conducta o del hecho, sino considerando que sólo hay presupuestos del delito.

2. Puede dársele el nombre de presupuesto, afirma Grispigni, a las circunstancias constitutivas antecedentes,⁵ es decir, toda circunstancia, antecedente indispensable, para que el delito exista.

3. Los presupuestos del delito han sido divididos en generales y especiales.

La doctrina enseña que son presupuestos del delito generales, aquellos comunes al delito en general, y presupuestos del delito especiales, aquellos propios de cada delito en particular.

Como presupuestos del delito generales se señalan:

¹ *Principi di Diritto Penale*, I, p. 247, 3ª ed. Napoli, 1950; p. 229, Napoli, 1955.

² *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, p. 180. Roma, 1942. Antolisei, afirma que sobre los presupuestos generales del delito, reina mucha discordia. *Manuale di Diritto Penale*. p. 148. Milano, 1955.

³ *Derecho Penal*, v. I, p. 276, 5ª ed., Temis. Bogotá, 1954.

⁴ *Derecho Penal*, v. I, p. 278, 5ª ed., Temis. Bogotá, 1954. En el mismo sentido Antolisei, al sostener que esta categoría no tiene razón de ser y debe ser eliminada. *Manuale di Diritto Penale*, p. 148. Milano, 1955.

⁵ *Diritto Penale italiano*, II, p. 174. Padova, 1945. Cfr. Maggiore. *Derecho Penal*, I, p. 276. Editorial Temis. Bogotá, 1954.

a) La norma penal, comprendidos el precepto y la sanción.⁶

Massari ha hecho notar, a este respecto, que uno de los presupuestos fundamentales del delito, es el precepto penalmente sancionado, o sea aquella parte de la norma penal que prescribe, bajo la amenaza de una pena, una determinada conducta.⁷

b) El sujeto activo y pasivo.⁸ e) La imputabilidad.⁹

d) El bien tutelado.¹⁰

e) El instrumento del delito.

Otros autores, consideran un mayor número de presupuestos generales del delito.

Ahora bien, como el delito, está formado por varios elementos los llamados presupuestos generales del delito, serán en su caso, presupuestos de cada uno de dichos elementos. Así el sujeto activo, lo será del elemento objetivo: conducta o hecho; el tipo o norma penal, de la tipicidad; el mismo tipo, de la antijuridicidad; la imputabilidad de la culpabilidad; y de la punibilidad, considerándola como consecuencia del delito, serán sus presupuestos, los elementos del delito.

Por otra parte, es sabido que existe una corriente negadora de la clasificación de los presupuestos en generales y especiales, destacándose en la misma corriente, Steffano Riccio, al estimar que la distinción entre presupuestos generales y especiales, es inadmisibile, habida cuenta que "lo que se define como presupuesto especial, no es sino modificación o del sujeto activo o del objeto del delito, o del sujeto pasivo o del bien lesionable".¹¹

4. Indudablemente puede haber ausencia de un presupuesto del delito, general o especial.

Empero, la falta, la ausencia de un presupuesto general, ¿qué consecuencias acarrea? Es indudable que la ausencia de la norma penal, de la imputabilidad, o de cualquier otro presupuesto general, originan según el

⁶ Cfr. Petrocelli. *Principi di Diritto Penale*, I, p. 250, 3ª ed. Napoli, 1950. Maggiore. *Derecho Penal*, I, p. 276. Editorial Temis, Bogotá, 1954.

⁷ Le dottrine generale del diritto penale, p. 71, año 1928.

⁸ Cfr.: Sales Gasque. El presupuesto en el delito de abuso de confianza, pp. 44-45. México, 1963.

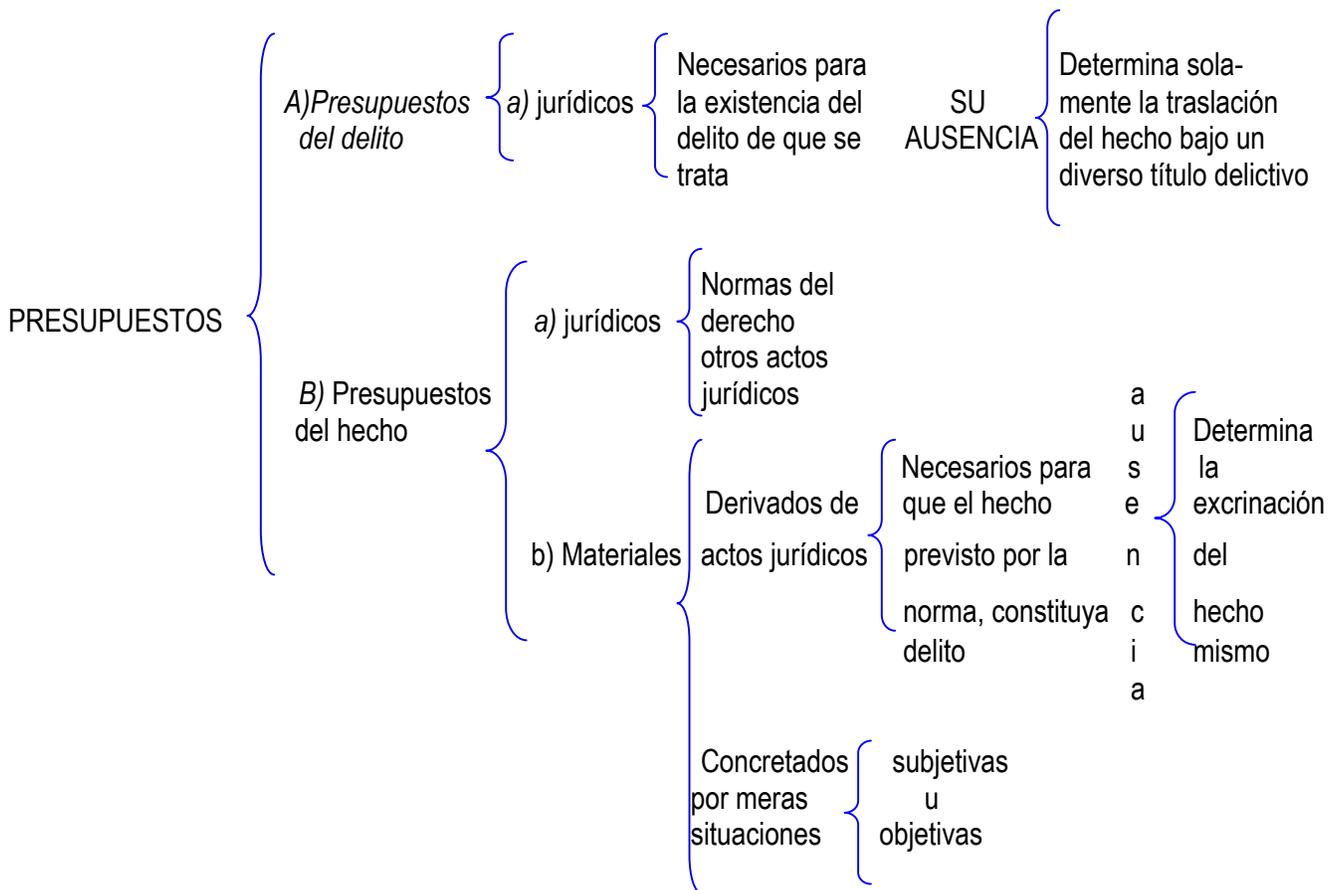
⁹ Salas Gasque. *El presupuesto en el delito de abuso de confianza*, pp. 46-47, México, 1963.

¹⁰ Cfr.: Petrocelli. *Principi di Diritto Penale*, I, p. 250, 3ª ed. Napoli, 1950.

¹¹ Los presupuestos del delito, concepto y determinación. *Revista jurídica veracruzana*, XII, p. 163.

caso, la ausencia de tipo o la inexistencia del delito, dándose como es lógico según los casos, diverso aspecto negativo del mismo. Así, cuando falte la norma penal, se dará una ausencia de tipo; cuando falte la calidad de el sujeto activo o pasivo exigidos por el tipo o el bien tutelado, habrá una atipicidad y cuando falte la imputabilidad, se originará una inimputabilidad.

5. El creador de la doctrina de los presupuestos es Manzini. Presentamos dicha teoría en forma sintética en el cuadro siguiente:



El autor citado, explica que presupuestos del delito, son aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a la existencia o inexistencia de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trata.¹²

¹² Manzini. *Tratado de Derecho Penal*, t. 2, v. II, p. 37. Buenos Aires, 1948. Otros autores dan el concepto de presupuestos del delito. Así Bettiol enseña que por presupuestos del delito deben entenderse los elementos, requisitos, factores, que deben preexistir o ser concomitantes al hecho material para que éste pueda configurarse como hecho delictuoso. *Diritto Penale Parte Generale*, p. 136. Palermo, 1945. *Diritto Penale*, p. 166, 3ª ed. Palermo, 1955. *Derecho Penal*, p. 177. 4ª. Ed. Temis. Bogotá, 1965. Para Cavallo son aquellas situaciones de derecho o de hecho, o sea aquellos elementos jurídicos, materiales y psíquicos anteriores al delito, que son condiciones

Nosotros podríamos definir los presupuestos del delito, especiales como aquellos requisitos jurídicos, previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo.

Los requisitos del presupuesto del delito, especiales son:

- a) Un requisito jurídico.
- b) Previo a la realización de la conducta o del hecho, y
- c) Necesario para la existencia del título o denominación del delito respectivo.

6. Generalmente los autores hacen alusión a la falta de los presupuestos del delito: especiales, diciéndose que la consecuencia de la ausencia de un presupuesto especial del delito, no es la inexistencia de éste sino la traslación del tipo delictivo;¹³ y para nosotros, se presentará la existencia de otro delito.

7. Con relación a los presupuestos de la conducta o hecho indica Antolisei, que debería designarse con una expresión más exacta, y precisamente con la locución «presupuestos de la conducta», porque aquellos elementos sí son independientes del comportamiento del sujeto activo, no son extraños al hecho previsto por la ley como delito.¹⁴

Estimamos que la expresión aconsejable si adoptáramos esa corriente es: presupuestos de la conducta o del hecho, en razón de que el tipo puede describir una u otro, en sus respectivos casos.

Presupuestos del hecho, observa Manzini, son aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito.¹⁵

indispensables para su existencia y cuya ausencia lo hace inexistente *Diritto Penale, Parte Generale*, v. 2, p. 116. Napoli, 1955. En fin Maggiore considera que los presupuestos del delito son los antecedentes lógicojurídicos requeridos para que el hecho sea imputable por el título delictuoso que se considera, y, faltando estos antecedentes, supone la traslación del hecho a un título jurídico distinto. *Derecho Penal*, v. I, p. 276, 5ª ed. Temis. Bogota, 1954.

¹³ Por ejemplo, la calidad de funcionario público es un presupuesto del delito de peculado, y de faltar, el hecho realizado encaja en el abuso de confianza.

¹⁴ *Manuale di Diritto Penale*, p. 149, 3ª ed. Milano, 1955.

¹⁵ *Tratado de Derecho Penal*, t. 2º, v. II, p. 38. Buenos Aires, 1948. Para Cavallo son presupuestos del hecho, los elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho, los cuales son condiciones para que éste pueda constituir una figura delictiva material del delito y si faltan, el hecho ya no es punible como delito. *Diritto Penale, Parte Generale*, v. 2º, p. 117. Napoli, 1955. Maggiore expresa que los presupuestos del hecho serían los elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia se requiere para que el hecho previsto por las normas constituya delito. *Derecho Penal*, v. I, pp. 276-277, 5ª ed. Temis. Bogotá, 1954. En fin,

Consideramos como presupuestos de la conducta o del hecho aquellos requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típicos.

Consecuentemente, los requisitos del presupuesto de la conducta o del hecho, son:

- a) Un requisito jurídico o material.
- b) Previo a la realización de la conducta o del hecho.
- e) Necesario para que pueda realizarse la conducta o hecho, descritos por el tipo.

8. La falta de un presupuesto de la conducta o del hecho, implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho, descritos por el tipo.

Como ejemplo de presupuesto jurídico, podemos señalar el artículo 279, que preceptúa que se impondrán hasta cinco años de prisión y multa hasta de \$500.00 al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales. En consecuencia, si no existe el antecedente jurídico: un matrimonio precedente, no podrá realizarse el delito de bigamia, o sea, la conducta típica descrita en el artículo 279. Como caso de presupuesto material, el previsto en el artículo 329 del Código Penal, que establece que aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Si no hay embarazo, no hay posibilidad de la realización del hecho configurado como aborto.

9. Para quienes admitan los presupuestos del delito especiales y presupuestos de la conducta o del hecho especiales, encontramos:

- a) Que ambos presupuestos están constituidos por requisitos anteriores o antecedentes.
- b) Que en los presupuestos del delito, los requisitos son de naturaleza jurídica y en los presupuestos de la conducta o del hecho, de carácter jurídico o material, y
- c) Que la ausencia de los presupuestos del delito especiales, dan por resultado la traslación del tipo, y la ausencia de los presupuestos de la conducta o hecho, la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho, descritos por el tipo, y por tanto, del delito.

Battaglini en forma más sintética, expresa que son los antecedentes, materiales o jurídicos, necesarios para que pueda subsistir el hecho, agregando que no tienen relación con la culpabilidad, y tampoco con la causalidad material, ya que se trata de elementos que cronológicamente están antes que la acción o la omisión. *Diritto Penale, Parte Generale*, p. 164. 3ª ed. Padova, 1949.

10. Como hemos dicho, se sostiene por algunos, que no existen sino presupuestos del hecho.

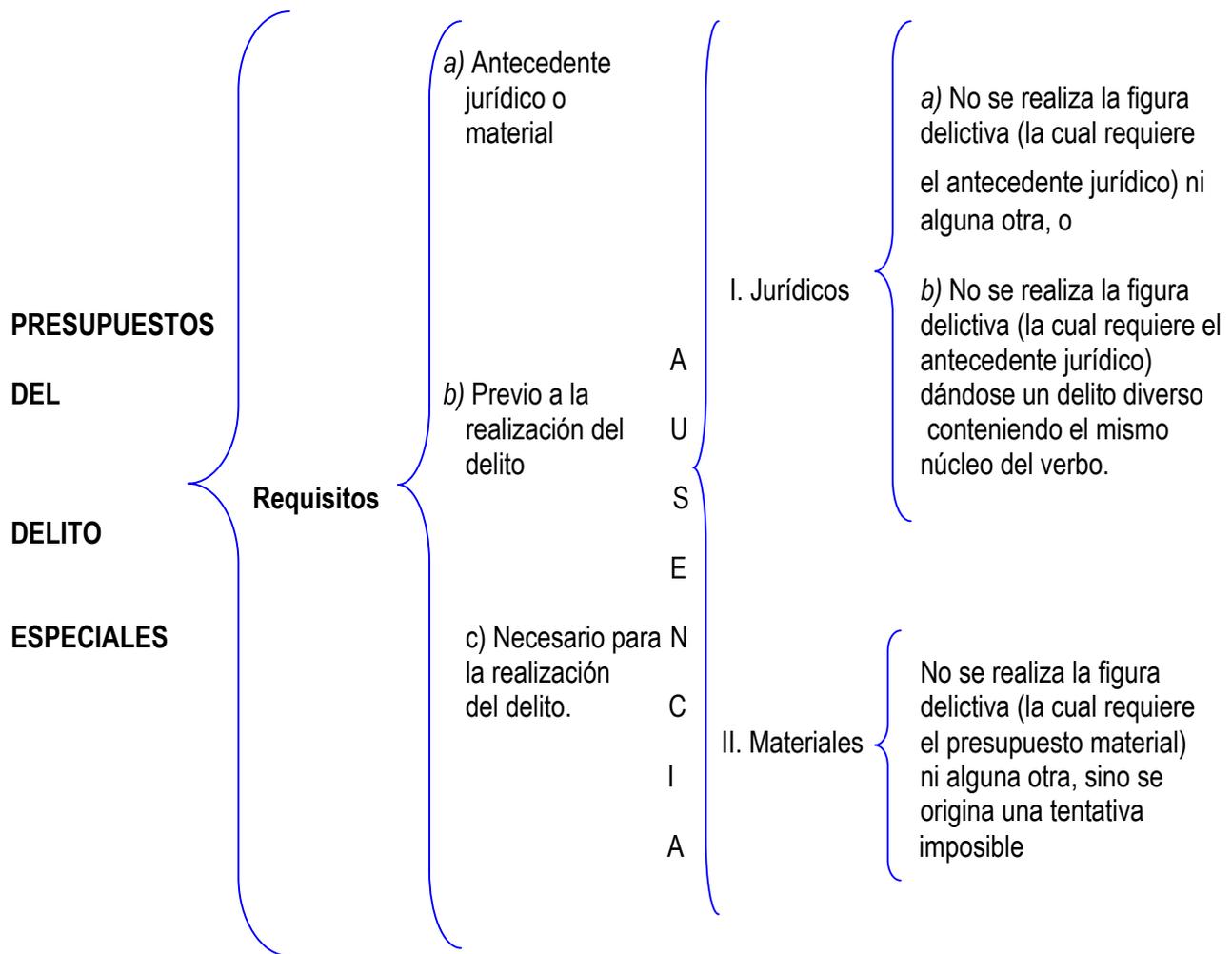
Stefano Riccio considera, que la distinción entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho no puede sostenerse, porque mientras por una parte, la falta de un presupuesto del hecho no implica sólo la inaplicabilidad de la sanción, sino que produce la inexistencia del hecho mismo, por otra parte, el presupuesto del delito no cae solamente sobre el título delictuoso particular, sino ante todo sobre la existencia del hecho, como previsto en el título del delito,¹⁶ añadiendo, que ninguna diferencia nacional, ni real existe entre los presupuestos del hecho y los presupuestos del delito, los cuales son una misma cosa y representan los antecedentes indispensables para la existencia de un determinado hecho.¹⁷

Algunos piensan, que tienen razón quienes sostienen el criterio de que solamente existen presupuestos de la conducta o del hecho, pues en los llamados presupuestos del delito, si falta el presupuesto de carácter jurídico, en realidad, no hay variación o traslación del título del delito como se afirma, sino que no se realiza la conducta o hecho típicos, dándose en todo caso otro delito. Consiguientemente, los que aceptan los presupuestos del delito, deben convenir en que si falta el presupuesto no se da la figura delictiva o título de delito respectivo, aconteciendo lo mismo que cuando falta el presupuesto de la conducta o hecho. Por tanto los que sean partidarios de que únicamente hay presupuestos de la conducta o del hecho, tienen que concluir que cuando falta el presupuesto de carácter jurídico, no se puede realizar el tipo descrito en la norma, originándose un delito diverso conteniendo el mismo núcleo del verbo, o bien, no se realiza la figura delictiva ni alguna otra, y que cuando falta el presupuesto material, no se realiza la figura delictiva ni alguna otra, o se origina una tentativa imposible.

Deben los presupuestos denominarse presupuestos del delito, porque ya sea que falte un presupuesto de carácter jurídico o material, lo que en realidad sucede, es que no se da el delito, sino otro, o bien, no se origina delito alguno.

¹⁶ Los presupuestos del delito, concepto y determinación. *Revista jurídica veracruzana*, XII, p. 149.

¹⁷ Los presupuestos del delito, concepto y determinación. *Revista jurídica veracruzana*, XII, p. 149.



CAPÍTULO III ELEMENTOS

SUMARIO

1. Denominaciones que han recibido las notas esenciales del delito.-2. Terminología aceptable.-3. Concepto de elemento en general y del delito.-4. Clasificación de los elementos del delito.-5. Clasificación de los elementos esenciales.-6. Elementos esenciales generales o genéricos.-7. ¿Cuáles son los elementos esenciales generales? -8. Elementos esenciales especiales.

1. Es imperativo responder a la pregunta formulada por Maggiore y Carneluti: ¿Cómo llamar a las notas esenciales del delito?

Como es bien sabido no existe una terminología unánime. Se dice "elementos", "aspectos", "caracteres", o bien "elementos" y "caracteres" (dándoles una connotación distinta), "requisitos", "presupuestos de punibilidad" y "fuerzas del delito".

Elemento, del latín *elementum*, significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo, y con respecto al cual Antolisei declara, que no obstante los argumentos en su contra, "no es suficiente para justificar el abandono de un término que de tiempo inmemorial ha sido adoptado por la ciencia penal y que está profundamente arraigado en la práctica del Derecho",¹ precisando, que "las cuestiones de nomenclatura no sólo son de escasa importancia, sino que en general no es conveniente cambiar la terminología corriente cuando esto no sea verdaderamente indispensable", no viéndose "qué inconveniente exista para seguir llamando a las notas esenciales del delito con el nombre de «elementos» una vez que quede claro que no se trata de casos totalmente distintos y separados".² Por su parte, Petrocelli asienta que las excesivas distinciones acerca del significado de los términos, elementos, aspecto, requisitos, caracteres, etc., no ayudan a la claridad del tema,³ y que se servirá del término elemento, tomándolo como sinónimo de requisito en el más inmediato contenido etimológico de esta palabra, o sea en el sentido de todo aquello que es requerido para que el delito exista, pues otro criterio sería inútil obstrucción y dañosa complicación.⁴

Aspecto, del latín *aspectus*, quiere decir, apariencia, o representación de los objetos a la vista, o bien, semblante, apariencia del estado de las cosas; término que indudablemente responde a la teoría unitaria del delito, debiendo entenderse por "aspecto", el delito visto en uno de sus lados.⁵

Requisito, del latín *requisitus*, debe entenderse como condición necesaria para una cosa, considerándolo algunos como equivalente a "elemento".

Fuerza, significa la parte principal de un todo, el estado más vigoroso de una cosa, virtud, energía y

¹ *El estudio analítico del delito*, p. 86, trad. de Franco Guzmán. Ed. Anales de Jurisprudencia. México, 1954.

² *El estudio analítico del delito*, p. 86, trad. Franco Guzmán. Ed. Anales de Jurisprudencia. México, 1954.

³ *Principi di Diritto Penale*, v. I, p. 234. Napoli, 1955.

⁴ *Principi di Diritto Penale*, v. I, p. 235. Napoli, 1955.

⁵ "El aspecto, significando, anota Cavallo, el ángulo visual desde el cual se puede mirar el todo, es más apropiado para indicar los perfiles desde los cuales se puede estudiar el delito en sentido unitario". *Diritto Penale, Parte Generale*, v. 2º, p. 112. Napoli, 1955, y "por tanto los aspectos, expresan un concepto más vasto de los elementos o caracteres, porque no suponen una descomposición del delito sino una visión de conjunto de aquel, desde un particular punto de vista". *Diritto Penale, Parte Generale*, v. 2º, p. 112, Napoli, 1955. Por ello dice Maggiore, que la palabra aspecto no denota "algo semejante a un segmento, o más bien a un gajo de delito, sino un momento de la vida misma del delito, en que éste se expresa en su totalidad". *Derecho Penal*, I, p. 447, 5ª ed. Temis. Bogotá, 1954.

eficacia natural de las cosas; término empleado por Carrara para denominar los elementos del delito.

Con relación al término "caracteres" existen dos posiciones:

1ª Aquélla que lo utiliza como sinónimo de "elementos", y

2ª La que le da un significado distinto al de "elemento",⁶ diciéndose, que al contrario de éste, el término carácter resulta solamente de la consideración unitaria del objeto;⁷ que los caracteres "son las notas generales y positivas que cualifican los elementos, precisando las cualidades peculiares que deben tener, las cimentan en su unidad y dan a ésta la cualidad de delito, es decir, son sus atributos".⁸

Algunos piensan que la denominación aceptable para las notas esenciales del delito, es la de presupuestos de punibilidad.

2. ¿Cuál es el término que debemos aceptar? Las opiniones a este respecto, pueden dividirse en dos:

1ª La de quienes no le dan importancia a la diversidad de los términos, como Maggiore que no cree que esta cuestión terminológica tenga mucha importancia, pues más que la palabra, vale el concepto, que es la substancia de aquélla, considerando que bien podemos llamar "elementos", "caracteres", "aspectos", etc., las notas esenciales del delito, pues lo único importante es que no las entendamos como partes y fragmentos en que se rompe la unidad del delito, el que permanece siempre único y monolítico, aunque se le considere desde uno u otro ángulo visual.⁹

2ª La de aquellos que, como nosotros, consideran que aceptando la teoría analítica o atomizadora, sin desconocer que entre los elementos existe una vinculación indisoluble en razón de la unidad del delito, los términos "elementos", "caracteres" y "aspectos", tienen una connotación diversa en la teoría del delito, debiéndose admitir que la acepción adecuada para denominar las notas esenciales del delito, es la de "elementos", a la que hace por otra parte referencia la Constitución General de la República, en el artículo 19: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas sin que se justifique con un auto de formal prisión y el Código de Procedimientos Penales, igualmente alude a "elementos", cuando

⁶ Para Ranieri, son caracteres esenciales, aquellos que el delito descubre en su totalidad y unidad jurídica, diversos de los elementos, que lo constituyen como parte de su estructura. *Diritto Penale. Parte Generale*, p. 91, Milano, 1945. Señala este autor como caracteres, la tipicidad, antijuridicidad y la punibilidad.

⁷ Battaglini. *Diritto Penale. Parte Generale*, p. 281, 3ª ed. Padova, 1949. Agrega: por ejemplo, el agua tiene elementos esenciales: el hidrógeno y oxígeno y presenta las características de ser inodora e insípida que pueden faltar sin que la esencia del objeto cambie. *Ob. cit.*, p. 281.

⁸ Cavallo. *Diritto Penale. Parte Generale*, v. 2º, p. 113. Napoli, 1955.

⁹ *Derecho Penal*, I, p. 270, 5ª ed. Temis. Bogotá, 1954.

determina que si para la comprobación de los elementos del tipo penal".¹⁰⁻¹¹

3ª Ya sabemos que por elemento en general, debemos entender la parte integrante de algo;¹² lo necesario para que ese algo tenga existencia.

Elemento del delito es todo componente *sine qua non*, indispensable para la existencia¹³ del delito en general o especial.

4. Los elementos del delito son divididos por la doctrina en esenciales o constitutivos y accidentales.

Elemento esencial, es aquel indispensable, necesario para constituir el delito en general o el delito en particular.¹⁴

Los elementos accidentales no contribuyen a la existencia del delito; su función es la de agravar o atenuar la pena; en suma, es lo que en la doctrina se llaman "circunstancias",¹⁵ y que originan los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, cualificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena.

5. Los elementos esenciales se dividen:

- a) Generales o genéricos, y
- b) Especiales o específicos.

6. ¿Qué debemos entender por elemento esencial general o genérico? El componente indispensable para integrar el delito en general.

7. Sobre este particular, recuérdese el tema relativo a la concepción del delito por el número de elementos,

¹⁰ Artículo 97.

¹¹ Artículo 115, del Código de Procedimientos Penales está derogado.

¹² Elemento, afirma Antolisei, significa condición necesaria para la existencia de un fenómeno y es por eso siempre un *quid* que lo precede. *Manuale di Diritto Penale*, p. 516, 3ª ed. Milano, 1955. Considera Battaglini que por elemento se entiende un componente esencial que entra en la estructura de un objeto y se obtiene de la descomposición del mismo. *Diritto Pena le. Parte Generale*, p. 281, 3ª ed. Padova, 1949.

¹³ Los elementos del delito, asienta Cavallo, representan los componentes en los cuales se organizan los momentos necesarios para su constitución. *Diritto Penale, Parte Generale*, v. 2º. p. 127. Napoli, 1955. Petrocelli estima que por elemento debe entenderse "todo aquello que es necesario para que el delito exista", *Principi di Diritto Penale*, I, p. 254. 3ª ed. Napoli, 1950.

¹⁴ Cfr.: Antolisei. *Manuale di Diritto Penale*, p. 144, 3ª ed. Milano, 1955. Ranieri. *Diritto Penale, Parte Generale*, p. 161. Milano, 1945.

¹⁵ Los elementos accidentales (*accidentalia delicti*), nos dice Antolisei, son aquellos elementos cuya presencia o ausencia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito, sino sobre su gravedad y más en general sobre la entidad de la pena. *Manuale di Diritto Penale*, p. 144, 3ª ed. Milano, 1955.

y según la postura de cada autor, podrá configurarse desde una concepción bitómica hasta una concepción heptatómica del mismo.

Los elementos esenciales generales se clasifican generalmente fundados en una concepción triédrica, en el sentido de que el delito lo constituye una conducta antijurídica y culpable.

8. Debemos entender por elemento esencial especial aquel que requiere la figura delictiva; elemento que cambia de una a otra figura de delito, imprimiéndole su sello particular.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación.

- 1.- ¿Qué entiendes por presupuestos del delito?
- 2.- Señala la posición de las dos corrientes que abordan los presupuestos.
- 3.- ¿Cómo han sido divididos los presupuestos del delito?
- 4.- Explica brevemente los presupuestos generales del delito.
- 5.- Explica brevemente los presupuestos especiales del delito.
- 6.- ¿Qué consecuencia crea la ausencia de un presupuesto general del delito?
- 7.- ¿Cuáles son los requisitos de los presupuestos de la conducta o del hecho?

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Betancourt López, Eduardo. Teoría del Delito. Décima Edición. Ed. Porrúa. México, 2002.
- Arilla Bas, Fernando. Derecho Penal. Parte general. Edit. Porrúa, México, 2001.

Conducta o hecho

Esta unidad contiene información referente a la conducta y al hecho como elementos esenciales del delito, iniciando con la conducta, haciendo énfasis en sus diferentes formas como son la acción, omisión y comisión (clasificación de los delitos en orden a la conducta), en un segundo momento encontrarás información referente al hecho, haciendo énfasis en sus formas como la acción, omisión, comisión por omisión y clasificación de los delitos en orden al hecho.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 7.1. Realiza las lecturas de los temas contenidos en esta unidad.
- 7.2. Elabora un mapa conceptual con el concepto, elementos y formas (acción, omisión y comisión) la conducta y el de hecho.
- 7.3. Realiza una síntesis que nos hable de la clasificación de los delitos en orden a la conducta y en orden al hecho.
- 7.4. Realiza un escrito donde expliques lo referente a la ausencia de la conducta.

Objetivo particular:

Aplicar los principios que rigen las obligaciones con pluralidad de sujetos o de objetos.

CONTENIDOS

- 7.1 Conducta.
 - 7.1.1 Concepto.
 - 7.1.2 Elementos.
 - 7.1.3 Formas: Acción, Omisión, Comisión.
 - 7.1.4 Por omisión. Elementos. Clasificación de los delitos en orden a la conducta
- 7.2. Hecho.
 - 7.2.1. Concepto.

7.2.2 Elementos.

7.2.3. Formas: acción, omisión, comisión por omisión. Elementos.

7.2.4 Clasificación de los delitos en orden al hecho.

7.3. Ausencia de conducta.

7. A.	PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 16ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002 Págs. 207–234, 263–299.
-------	---

CAPÍTULO III

EL HECHO Y SUS ELEMENTOS. LA CONDUCTA

SUMARIO

1. El hecho como delito y como elemento del delito.-2. El problema de la terminología.-3. Definición y elementos del hecho.-4. Concepto de la conducta como elemento del hecho.-5... Formas de la conducta.-6. Los coeficientes físico y psíquico de la conducta.

1. EL HECHO COMO DELITO Y COMO ELEMENTO DEL DELITO

El delito es un fenómeno fáctico jurídico que tiene realización en el mundo social. Por ello, en el campo del Derecho penal, se identifica el término "hecho" con delito mismo, dándosele, igualmente, una connotación diversa, en sentido restringido como elemento del delito. Así, por ejemplo, con referencia al homicidio, se dice que es el hecho consistente en la privación violenta de la vida, estimándolo no sólo en cuanto a su significación objetiva sino ligándolo al autor; pero ya cuando se habla en concreto del delito de homicidio, al *hecho* se le estima como aquel conjunto de elementos materiales que se encuentran descritos en el tipo que sanciona la privación de la vida. Por ese motivo, CAVALLO expresa que el término *hecho* "tiene dos significados: uno amplio, por el cual es considerado como comprensivo de todos los elementos que realizan el tipo legal descrito por la norma y otro en sentido estricto o técnico, por el cual se refiere solamente a los elementos materiales del tipo".¹ Por su parte, PANNAIN subraya que por *hecho* se entiende "al delito en el conjunto de sus elementos tanto objetivos como

¹ *Diritto Penale*, V. II, pp. 135-º37, Napoli, 1955.

subjetivos"² distinguiendo el hecho como delito del *acto* como una parte del mismo. El criterio anotado parece ser un punto de vista general aceptado por los autores.

Consideramos importante destacar la diferencia esencial entre *el hecho*, considerado como delito, y el propio *hecho* como -el elemento objetivo del delito; esta distinción es trascendente por cuanto el presente capítulo versará precisamente sobre el elemento *objetivo* de referencia, cuyo término denominativo, generalmente aceptado, se identifica con el concepto de *hecho*.

El delito dice PANNAIN, "es *un hecho* jurídico que se encuentra comprendido dentro de la categoría de los hechos jurídicos voluntarios".³ ANTOLISEI expresa que delito es, en todo caso, *un hecho* realizable en el mundo exterior; "en el delito, por consiguiente -afirma este autor-, existe indefectiblemente, un elemento material o físico (objetivo), sin el cual, por lo menos en la fase actual de la evolución del Derecho, aquél no es concebible".⁴

Desde un punto de vista lógico, antes de un resultado concreto se da un proceder humano, sea éste positivo o negativo. A tal proceder se suma, en algunos casos, un resultado que en nexo causal viene a configurar el hecho, el cual, al encuadrar en la hipótesis legal, se dice resulta típico. Por tanto, en un orden de prelación lógica, primero existe la *conducta o el hecho* y después la tipicidad; a continuación tiene lugar la calificación que se hace sobre la conducta o hecho típicos, bien en el plano puramente objetivo o en un estrado de valoración subjetiva para, por último, determinar la integración del delito mediante la suma de la punibilidad a los caracteres anteriores. Anteriormente hemos venido sosteniendo que son elementos del delito: *la conducta o el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad*. Sin entrar a examinar la posibilidad de la concurrencia, en el delito, de otros caracteres esenciales, y las opiniones vertidas por los autores, es conveniente precisar, desde este momento, que lógicamente corresponde, en primer término, el examen del primer elemento *objetivo* del delito, el cual se identifica con la *conducta* humana o con el *hecho*, comprendiéndose en este último término tanto la *conducta* como su *resultado* en el orden naturalístico, pero condicionado a la referencia típica.

De ahí que, antes de entrar al examen del citado elemento objetivo del delito, sea necesario precisar el alcance de la terminología a usarse, pues de otra manera incurriríamos en graves confusiones.

² *Manuale di Diritto Penale*, I, p. 170, Torino, 1950.

³ *Loc. Cit.*

⁴ *La Acción y el resultado del Delito*, p. 9, Ed. Jurídica Mexicana, México, 1959.

2. EL PROBLEMA DE LA TERMINOLOGÍA

Al citado elemento objetivo se le ha denominado de diversas maneras: unos hablan de *la acción*, término genérico comprensivo de la *acción*, en sentido estricto, y de la omisión; otros autores adoptan el término *conducta* y, dentro de ésta, incluyen tanto a la *acción* y a la *omisión* como al resultado. Entre nosotros, PORTE PETIT prefiere hablar de *conducta* o *hecho*, afirmando: "Pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, *elemento objetivo del delito*, según la descripción del tipo, originándose los delitos de *mera conducta* y los de *resultado material*. Nadie puede negar que el delito lo constituye una *conducta* o un *hecho* humano. Y dentro de la *prelación lógica* ocupan el primer lugar, lo cual les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito".⁵ Al pasar revista sobre los términos acción, acto, acontecimiento, mutación en el mundo exterior, conducta y hecho, aduce que tales términos adolecen del defecto de ser demasiado amplios o demasiado estrechos para el concepto que en ellos se trata de comprender; así, por ejemplo, con referencia a la acción, estima que "no es adecuado porque no contiene o abarca la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta", pues "la acción implica movimiento y la omisión todo lo contrario: inactividad". Si ambos términos, acción y omisión, son antagónicos, "uno de ellos no puede servir de género al otro"; igualmente el término *acto* no le parece aceptable, pues "a veces constituye la acción misma, pero otras, forma parte de la acción, al estar ésta constituida por varios actos, como lo comprueba la división de delitos *unisubsistentes* y *plurisubsistentes*". En síntesis, afirma PORTE PETIT, el acto "en unas ocasiones constituye el todo (la acción) y a veces, parte de ese todo".⁶

JIMÉNEZ DE ASÚA prefiere la expresión *acto*, considerando conveniente no hablar de *hecho* en virtud de resultar éste "demasiado genérico ya que, como BINDING señaló, con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito, mientras que por 'acción' se entienden voluntades jurídicamente significativas".⁷ El propio autor rechaza el vocablo *conducta*, pensando se refiere a un determinado comportamiento, "a una actuación más continuada y sostenida que la del mero 'acto psicológico' que... es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad" Por último, se niega igualmente a llamar acontecimiento al señalado elemento objetivo, en virtud de las razones que el propio autor expone al comentar el criterio de Max Ernesto MAYER.

⁵ *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, I, p. 287, Octava edición, Porrúa, México, 1983.

⁶ *Ob cit.*, pp. 290-291.

⁷ *Tratado de Derecho Penal*, III, pp. 292-293, Buenos Aires, 1951.

La palabra *acción* es usada, entre otros, por CUELLO CALÓN,⁸ ANTOLISEI,⁹ RICCIO¹⁰ y MAGGIORE,¹¹ mientras el vocablo *hecho*, tiene preferencia en la lexicología de CAVALLO,¹² KLEIN¹³ Y FRANCO GUZMÁN.¹⁴ El término *conducta* es adoptado por CASTELLANOS TENA¹⁵ Y JIMÉNEZ HUERTA,¹⁶ afirmando este último su preferencia "no solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior sino por reflejar también el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder afirmar que integran un comportamiento dado".¹⁷

Como se aprecia, cada autor prefiere usar, al referirse al primer elemento objetivo, el vocablo que estima más adecuado en orden a la sistemática adoptada al tratar tal elemento del delito. Nosotros plenamente convencidos de la intrascendencia de las objeciones formuladas al término *hecho*, preferimos esta denominación genérica, admitiendo que, en ocasiones, debe hablarse de *conducta*, con referencia a aquellos delitos en los cuales no existe, con concreción al tipo, la producción de un resultado de carácter material. Por esta razón estimamos acertada la opinión de PORTE PETIT cuando pretende que los términos adecuados son *conducta* o *hecho* según la hipótesis que se presente; se hablará de *conducta* cuando el tipo no requiere sino una *mera actividad del sujeto* y de *hecho* cuando el propio tipo exija no sólo una conducta sino además *un resultado de carácter material* que sea consecuencia de aquélla.

3. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DEL HECHO

Si recordamos que JIMÉNEZ DE ASÚA adopta el vocablo *acto*, para denominar el elemento fáctico del delito, es congruente cuando afirma que por tal debe entenderse "*la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera deja inerte ese mundo externo, cuya mutación se aguardan*".¹⁸

⁸ *Derecho Penal*, I, pp. 318 y ss., 12ª edición, Barcelona, 1956.

⁹ *Manuale di Diritto Penale*, pp. 136-137, 1ª edición, Milano, 1947.

¹⁰ "El delito es *acción*, más la acción además de realizar una especie legal abstracta, prevista en la ley penal, debe ser culpable de no estar sujeta a ninguna causa de justificación", *Presupuestos del Delito*, Criminalia, pp. 223 y ss., abril, 1959.

¹¹ *Derecho Penal*, I, pp. 309 y ss., 5ª edición, Bogotá, 1954.

¹² *Ob. cit.*, p.137.

¹³ *Ensayo de una teoría jurídica del Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1951.

¹⁴ *Ensayo de una teoría de la culpabilidad de los menores*, criminalia, p.747, noviembre, 1957.

¹⁵ *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, p. 145, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

¹⁶ *Panorama del Delito, Nullum crimen sine conducta*, pp. 7 y ss., México, 1950.

¹⁷ *Ob. cit.*, pp. 7 y ss.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 291.

Para JIMÉNEZ HUERTA la *conducta* "es siempre una *manifestación de voluntad* dirigida hacia un fin".¹⁹ Tanto este autor como JIMÉNEZ DE ASÚA concluyen, se hable de acto o bien de conducta, que son elementos de uno o de otra, la *manifestación de voluntad* y el *resultado*, elementos que se unen, en relación de causa y efecto, por la existencia del *nexo causal*.

PUIG PEÑA, al hablar de la *acción*, considera elementos de ella: *manifestación de voluntad*, *resultado* y *nexo causal*.²⁰ En fin, con referencia al hecho, CAVALLO,²¹ FRANCO GUZMÁN,²² PORTE PETIT²³ y otros autores más lo estiman integrado mediante los siguientes elementos: a) *conducta*, b) *resultado*, y c) *nexo de causalidad*.

Por nuestra parte, partiendo de la terminología aceptada y teniendo al *hecho* como género en los delitos que requieren, con relación al tipo, un resultado material, estimamos elementos del mismo: la *conducta*, el *resultado* y el *nexo de causalidad* existente entre el primero y el segundo. La conducta, como género, cuando por sí integra el elemento del delito, *no ha menester de resultado ni de nexo causal*.

4. CONCEPTO DE CONDUCTA COMO ELEMENTO DEL HECHO

Por regla general los autores, al abordar este problema, tratan de dar un concepto sobre la conducta haciendo referencia a las dos formas en que puede expresarse el proceder humano, es decir, aludiendo tanto a *la actividad* como a *la inactividad* del sujeto. Así LÓPEZ GALLO sostiene: "La conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria (o no voluntaria en los delitos culposos por olvido), que produce un resultado con violación: a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos; b) de una preceptiva en los omisivos; y c) de ambas, en los delitos de comisión por omisión".²⁴

PORTE PETIT, al estudiar la conducta expresa que para definirla *se debe abarcar la noción de la acción y de la omisión*, estimando que consiste "en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa)".²⁵

¹⁹ *Ob. cit.*, p. 10.

²⁰ *Derecho Penal*, I, p. 241, 4ª edición, Madrid, 1955.

²¹ *Ob. cit.*, pp. 139-140.

²² *Ob. cit.*, pp. 747-748.

²³ *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, p. 160, México, 1958.

²⁴ *El caso fortuito. Aspecto negativo de la conducta*, p. 99, México, 1957.

²⁵ *Apuntamientos*, I, p. 295.

Para RANIERI, por conducta debe entenderse *el modo en que se comporta el hombre dando expresión a su voluntad.*, por ello puede decirse que "es la manifestación en el mundo exterior mediante el movimiento o inercia corpórea del sujeto".²⁶

ANTOLISEI, después de dar un concepto de carácter *general* sobre la acción, el cual comprende no sólo los actos externos sino aún aquellos de naturaleza interna, limita su contenido a uno más restringido, tratando de darle una connotación de acuerdo con el origen de la misma y no otro que el proceder humano, cuando estos actos aparecen exteriorizados, es decir, en su aspecto físico.²⁷ Siguiendo su pensamiento, podemos decir que el hecho psíquico no tiene cabida dentro del Derecho penal al no poder jamás ser base de un delito. La existencia de éste requiere, expresa el autor, que el fenómeno *se concrete en un hecho exteriormente reconocido*, esto es, *en una acción*. De ahí que, para ANTOLISEI, acción no es cualquier comportamiento humano, sino sólo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior. A pesar de ello, agrega, no cualquier proceder exteriorizado del hombre es constitutivo de la acción, sino únicamente aquél que tiene *trascenden para el derecho*.

Estimamos que la conducta consiste en el peculiar *comportamiento* de un hombre que se traduce exteriormente en una *actividad o inactividad voluntaria*. Este concepto es comprensivo de las formas en las cuales la conducta pueda expresarse: *acción* u *omisión*. Conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una *actividad o movimiento corporal*, o bien en una *inactividad, una abstención, un no hacer*; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la *voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada con una finalidad específica*.

El concepto de acción que prescindía de la referencia a la finalidad o al fin de la acción fue calificado como "natural", criticándose su *latitud*, que le hacía perder su significación, en tanto más modernamente se pretende un definitivo rechazo al concepto de acción que involucra al fenómeno de la causalidad. La *acción* ahora debe verse, de acuerdo con esta tendencia moderna, como un *acto de voluntad final*, esto es, dirigido a una consecuencia conocida por el autor, estructura que en opinión de STRATENWERTH se percibe más claramente" en las acciones voluntarias racionalmente conformadas hasta en sus particularidades; en su comienzo se encuentra una representación de la meta que quiere alcanzarse que proviene de impulsos, tendencias e intereses; luego seguirá la elección de los medios que aparezcan adecuados para la realización del objetivo, la ponderación de las

²⁶ *Diritto Pena/e*, p. 167, Milano, 1945.

²⁷ La acción y el resultado en el delito, p.31

consecuencias accesorias posibles y por último, la decisión de acción que se convierte en hecho mediante la utilización de los medios elegidos (...). Este es más o menos, el esquema 'ideal' de la dirección final (...); la dirección final no se reduce a los actos voluntarios conformados racionalmente. Determinar en qué medida el sujeto no sólo percibió la situación en que decidió la acción, sino también tuvo conciencia de ella, qué circunstancias conforman en particular el contenido de experiencia, es una cuestión que se vincula con la delimitación interna de las diversas formas básicas del obrar, con el dolo y la culpa, pero que no afecta la calidad de la acción como tal. La característica común del obrar humano específico en sus diversas especies no es su carácter consciente o voluntario sino la *finalidad* (...). (*Derecho Penal. Parte General*, pp. 52 a 54. EDERSA, Madrid, 1982. Trad. Gladys ROMERO, a la segunda edición alemana de 1976).

Contra la concepción *causal* de la acción, surge con WELZEL, en Alemania, la concepción *final* que la estima como una *acción finalista* y no sólo causal. La actividad finalista de la acción está basada, según WELZEL, en el *conocimiento* que el agente tiene sobre la dirección del proceso causal, de manera que *puede prever* hasta cierta medida las consecuencias posibles de su actividad, de manera que "la finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es 'vidente'; la causalidad es 'ciega' (...)". De la aseveración anterior se extrae la idea de que la voluntad consciente del objetivo, la voluntad que dirige el acontecimiento causal "es la espina dorsal de la acción finalista"; que la voluntad finalista pertenece a la acción y por ello abarca los *medios empleados* estimados necesarios y las *consecuencias* secundarias vinculadas con dicha actividad que el autor *conoce* y *quiere*. Para WELZEL, por tanto, las acciones finalistas (no hay acciones finalistas *en sí*) están concretadas voluntariamente a realizar resultados "socialmente negativos" y son calificadas como antijurídicas por el Derecho en los *tipos dolosos*; por ello, el dolo es la *voluntad finalista de acción* dirigida a la *concreción* de las características objetivas de un *tipo de injusto*, en tanto las acciones contempladas en sus consecuencias causales y que no llevan un mínimo de dirección subjetiva finalista caen en el ámbito de los delitos culposos como "lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos", cuyo tipo de injusto consiste en ciertas "lesiones causales de bienes jurídicos, ocasionadas por aquellas acciones que no llevan consigo la cantidad de diligencia necesaria en el intercambio de dirección finalista (la diligencia indicada)" (WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 39 a 43. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956. Trad. Carlos FONTAN BALESTRA, con la colaboración de Eduardo FRIKER).

Lo anterior lleva a ubicar el dolo en la teoría de la acción otorgándole a la tipicidad un carácter valorativo, puesto que las normas contenidas en los tipos penales, ya prohibitivas o preceptivas, no pueden separarse de la acción del agente; lo *injusto* es la suma de los elementos objetivos y subjetivos, y la *culpabilidad* constituye un

juicio valorativo de reproche, relacionado con la capacidad y personalidad del autor, que se fundamente en la posibilidad de éste para actuar de manera distinta.

La influencia del finalismo en la metodología y sistemática del delito ha sido de una importancia innegable. Una de ellas es separar el estudio de la acción dolosa de la culposa, ya que el dolo "en cuanto voluntad de realización se confunde con la finalidad" en los delitos dolosos, pues como lo ha expresado -COUSIÑO MAC IVER, interpretando palabras de MAURACH, la finalidad y el dolo son parientes próximos, "aunque conceptualmente ellos juegan en diversas instancias; mientras se hace referencia a la acción, la voluntad es finalista, pero tan pronto como esa voluntad finalista está dirigida a la concreción de un tipo, ella se denomina dolo (...), ya que el propósito de matar, en el delito de homicidio (dolo), se confunde con la finalidad de la acción destinada a dar muerte (acción finalista)". (*Derecho Penal Chileno, Parte General, Vol. I, p. 472. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975*).

Para ROXIN la *acción* es expresión de la *personalidad* del autor y abarca todas las formas en que se manifiesta la conducta delictiva y además aquello que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como acción, por lo que las acciones dolosas e imprudentes, constituyen manifestaciones de la personalidad, al igual que las omisiones, incluyendo la omisión por imprudencia inconsciente, imputable al sujeto como *obra* suya. "El concepto de acción aquí sostenido -ha escrito ROXIN- es comprensivo en el sentido de que abarca, no un elemento parcial cualquiera del suceso, sino este mismo suceso en su totalidad. En el enjuiciamiento del suceso como manifestación de personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y sólo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo. Pero así como los peldaños valorativos del injusto y la culpabilidad se basan respectivamente en el suceso completo, pero éste sólo se tiene en cuenta en la medida en que sea necesario para el correspondiente aspecto valorativo (...), así también desde el punto de la acción sólo se necesita examinar lo que es necesario para comprobar que en todo caso concurre una manifestación de la personalidad (...). Por tanto está mal planteada la cuestión de si determinadas circunstancias (como causalidad, finalidad, resultado, relevancia social, etc.) 'pertenecen' a la acción. Todo ello, en su caso, pertenece a la misma, como también forma además el sustrato del juicio de injusto o de culpabilidad; pero sólo es importante para el examen de la acción en la medida que de ello dependa la existencia de una manifestación de la personalidad. Así, en un caso concreto puede que para comprobar que hay una acción sea necesario incluir también aspectos sociales y jurídicos (...), pero por regla general no hace ninguna falta. Tampoco es preciso incluir el resultado en el examen de la acción; pues, aunque algunas manifestaciones de la personalidad llevan consigo muchos resultados -extra jurídicos y jurídicos-, que en ese caso caracterizan a su vez más de cerca a la manifestación de la personalidad, no obstante su existencia es

independiente del resultado y además los resultados extrajurídicos sólo cobran importancia en la imputación al tipo" (*Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, pp. 255-256. Editorial Civitas. trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, de la Segunda edición alemana).

5. FORMAS DE LA CONDUCTA

Lo expresado anteriormente pone de manifiesto que la voluntad, al exteriorizarse, puede adoptar las formas de: a) *Acción*, y b) *Omisión*. Por cuanto a esta última, se le divide en: 1. *Omisión simple*, y 2. *Omisión impropia o comisión por omisión*.²⁸

La *acción* consiste en la conducta positiva, expresada mediante *un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario* con una *finalidad* específica que viola una *norma prohibitiva*. La omisión por lo contrario es una conducta *negativa*, una *inactividad voluntaria* cuya finalidad es la violación de una norma *preceptiva* (omisión simple), o bien de ésta y de una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).

Precisadas las formas de expresión de la conducta, cuyo estudio abordaremos más adelante, trataremos a continuación los *coeficientes físico y psíquico* de la conducta, a los que algunos autores dan tratamiento de *elementos* de la conducta, de la acción o del hecho.

6. LOS COEFICIENTES FÍSICO Y PSÍQUICO DE LA CONDUCTA

Si se analiza el concepto dado sobre cada una de las formas de expresión de la conducta (acción y omisión) se observará que en la acción, por ejemplo, se habla de *actividad*, en la cual se encuentra siempre un factor *físico*, consistente en el *movimiento corporal*, al que se suma uno de naturaleza *psíquica* identificado con *la voluntad* del sujeto de realizar dicha actividad (actividad voluntaria), mientras en la omisión el agente permanece *inactivo*, omitiendo voluntariamente un actuar esperado y exigido por el Derecho.

Algunos autores nos hablan de coeficientes *físico y psíquico* de la conducta (comprensiva de las formas de acción y de omisión) como *elementos* de ésta. Tal es el criterio sostenido por FRANCO GUZMÁN.²⁹

²⁸ Sobre este particular, véanse, entre otros, a JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, III, pp. 328 y 337). MAGGIORE (*Derecho Penal*, I, pp. 346 Y ss.), y MEZGER (*Tratado de Derecho Penal*, I, p. 288, Madrid, 1955).

²⁹ *Ob cit.* p. 748.

FRANCO GUZMÁN en este aspecto no hace sino seguir el criterio de ANTOLISEI, aunque ignoramos si con el mismo fundamento. Lo que no presenta escollo alguno en la acción, pues el coeficiente físico en ésta aparece con meridiana claridad identificado con el *movimiento corporal* del sujeto, resulta un poco menos diáfano tratándose de la omisión. ANTOLISEI al tratar inicialmente este problema, después de referirse al *aliud agere*, termina por afirmar categóricamente lo siguiente: "Por tanto, la omisión es indudablemente una realidad temporal y espacial: es un hecho físico, porque no es más que una acción. En consecuencia, el coeficiente material de la omisión no difiere del coeficiente de la acción: en los dos casos hay un movimiento corporal. En La acción en sentido estricto o positivo el movimiento del cuerpo es lo que constituye el aspecto exterior de la acción misma; en la omisión es el movimiento corporal propio de la acción que se ha verificado en lugar de la "que podía y debía ser ejecutada: de la actividad positiva, que excluye la acción obligatoria en la cual físicamente se ha concretado el comportamiento del sujeto."³⁰ De las líneas transcritas se deduce que, para el autor glosado, tanto en la actividad (acción en sentido estricto) como en la inactividad (omisión) existe un elemento físico, un *movimiento corporal*, el cual queda identificado, en la omisión, con aquella acción realizada en el tiempo y lugar de la que debía ser ejecutada.

De ninguna manera se puede aceptar como válido el anterior razonamiento y su conclusión. Ya Von BAR hizo notar³¹ la *intrascendencia para el Derecho* de la acción ejecutada en lugar de la omitida. La réplica de ANTOLISEI, apoyada en la antijuridicidad del *aliud agere*, por excluir la acción esperada, se hace consistir en que la omisión no es sólo la negación de la acción, sino que en ella siempre hay una actividad positiva" que constituye el otro aspecto del comportamiento del hombre", integrante de un solo hecho y no de dos distintos, el cual consiste en la *acción positiva* ejecutada en lugar de la omisión y que toma en cuenta el Derecho en cuanto su verificación hace "imposible" la otra acción que se esperaba del sujeto.³²

La cuestión así planteada, a pesar de su apariencia lógica, no deja de estar totalmente alejada de la verdad. Lo que fundamentalmente interesa al Derecho es *la omisión misma*, pues manifestada la voluntad se ha dejado de cumplir con el mandato, no siendo razonable ni jurídico pretender que la *acción contemporánea* a la omisión adquiriera carácter antijurídico por cuanto haya "contribuido" a la producción del resultado. Si el guardavía se pone a jugar pelota no puede decirse, en estricto sentido lógico y menos jurídico, que tal actividad tenga carácter de ilicitud y haya contribuido al resultado material de daños y privación de vidas humanas; tal actividad es indiferente al Derecho; *a éste trasciende únicamente aquella omisión voluntaria que no ha realizado la acción*

³⁰ Ob. cit., pp. 49 y 50.

³¹ Die Lehre von Kausalzusammenbaue in Rechte, besonders in Strafrechte, pp. 90 Y ss. 1871, citado por el propio ANTOLISEI, ob cit., p. 48.

³² Ob. cit., p. 49.

esperada y exigida y a consecuencia de la cual, en un hecho naturalístico de causalidad, se ha producido el evento.

Hasta qué grado es inexacta la primitiva postura de ANTOLISEI, compartida por MASSARI, lo prueba el hecho de que ocasiones habrá en las cuales no exista acción contemporánea alguna, sin concurrencia de un *aliud agere para poder establecer la identidad física de la omisión.*

Con posterioridad, en su *Manual de Derecho Penal*, claudica ANTOLISEI de su pensamiento, pues habiendo sido ferviente defensor de la teoría del *aliud agere* termina por rechazarla considerándola inconsistente. "A nuestro modo de ver -dice ahora-, la esencia, la verdadera esencia de la omisión está propiamente en el no haber obrado en un de terminado modo: en *no* haber realizado una determinada acción", posición que se hermana con el pensamiento de MEZGER sobre la *acción esperada*, cuyo origen se localiza en la *acción pensada* a que alude SAUER. ¿En dónde pues queda establecida la identidad física de la omisión? si no hay movimiento corporal en la acción esperada, ya que ésta debe ser fundamentada necesariamente "desde fuera", externamente, indudablemente tal acción esperada no puede constituir la expresión física de la omisión.

A nuestro modo de ver, tiene razón ANTOLISEI cuando afirma que la omisión es *indudablemente una realidad temporal y espacial*, pero su error ha consistido en tratar de identificar el coeficiente físico de la inactividad precisamente en un hacer, incidiendo en la equivocación en que han incurrido respetables tratadistas al querer encontrar en la omisión una acción en la cual fundar el problema de la causalidad. En la omisión concurre, al igual que en la acción, un coeficiente físico y éste lo constituye la propia inacción del sujeto, pues como con certeza expresa JIMÉNEZ HUERTA, "cuando se afirma que la conducta es movimiento o inercia corporal, se hace referencia al *elemento naturalístico* que, anida en la entraña del concepto, cualesquiera que fueren las valoraciones jurídicas que después reciba"³³

Dentro del mismo campo de los elementos de la conducta, se ha afirmado la existencia de un aspecto *psíquico* que funciona, al igual que el *físico*, con un carácter fundamental en la conducta, pues por sí mismo el hecho en su entidad física o material no basta para integrar la acción en el sentido que ésta interesa al Derecho, por requerirse además el concurso de un *factor psíquico* que pueda dar al movimiento corporal un determinado significado respecto al autor.³⁴

³³ *Ob. cit.* p. 23.

³⁴ ANTOLISEI, *ob. cit.*, p. 52.

Sobre este interesante problema, apunta ANTOLISEI han sido tres las fases que, en su desarrollo, han seguido las ideas elaboradas por los autores. En la *primera*, se sostiene, para la existencia de la acción, la urgencia de una correspondencia absoluta entre la voluntad y el hecho exterior, siendo indispensable que el hombre hubiese querido no sólo el movimiento del cuerpo, sino también los efectos del mismo, de manera que en sentido jurídico podía hablarse de "acción" cuando las consecuencias de ésta coincidían exactamente con la voluntad del hombre.³⁵ Para la *segunda* fase, más congruente con el desarrollo del concepto de acción, basta que el hombre haya querido el movimiento corporal o la inactividad, sin ser indispensable la proyección de la voluntad a los efectos que, incluso, pueden no haber sido queridos.³⁶ por último, para la *tercera* fase, partiendo de la idea de prescindir de las representaciones o motivos determinantes de la voluntad, pues evidentemente habrá multitud de casos en que la acción u omisión no estén en concordancia con la representación- motivo, "sólo es necesario que un impulso subjetivo consciente subsista como momento inicial y que exista un nexo causal entre este movimiento y la respectiva manifestación externa: es suficiente, en otras palabras, que el acto externo positivo o negativo tenga su origen en el querer: sea causado por la voluntad".³⁷

Considerando ANTOLISEI que el concepto de acción, aplicando el criterio de la voluntad, resultaría demasiado estrecho, por quedar fuera de él todos los actos involuntarios sin hacer distinciones entre éstos, concluye que el coeficiente psíquico de la acción no puede encontrarse en la voluntad, consistiendo "en otra cosa que se encuentra siempre, en las omisiones, hasta en aquellas que hemos tenido en cuenta de modo especial en la discusión general, del principio de la voluntariedad", para agregar, después de pasar revista a la esencia de los actos voluntarios en la psicología moderna,³⁸ que "la teoría de la voluntad por lo menos en lo que respecta al concepto de acción, debe ser abandonada por la ciencia del Derecho, porque es desmentida por los resultados de las ciencias experimentales. *El coeficiente psíquico de la acción no consiste en la voluntad*".³⁹

Tal conclusión no es definitiva o, cuando menos, no es la final en la investigación hecha por ANTOLISEI, pues él mismo le otorga un valor puramente negativo. Avanzando en su exposición, el autor afirma la existencia de determinados actos que precedidos por la clara noción de un fin, son el resultado de un esfuerzo volitivo, actos llamados electivos o de elección, los cuales derivan de un contraste de motivos (contraste que da lugar al fenómeno de la conciencia llamado volición) y de los actos impulsivos determinados por un solo motivo (acción ideomotriz). "Frente a este grupo está la gran categoría de los actos que son realizados por el hombre

³⁵ *Ibidem*, p. 56.

³⁶ *Ibidem*, p. 58.

³⁷ *Ibidem*, p. 61.

³⁸ *Ibidem*, P. 78

³⁹ *Loc. Cit.*

automáticamente, es decir, sin la conciencia de un fin. Son los actos habituales, instintivos y reflejos... De aquí... la primera distinción fundamental de los actos humanos en voluntarios e involuntarios... También para el acto negativo, es decir, para la omisión, vale la división que ahora acabamos de hacer, pues, es cierto que existen omisiones que son el resultado de un esfuerzo consciente y omisiones que se verifican inconscientemente, automáticamente... Los actos involuntarios, sí presentan siempre el mismo carácter (negativo) de no ser determinados por fines conscientes, no tienen todos sin embargo la misma naturaleza... Hay actos involuntarios que no tienen ningún significado para la constitución psíquica del sujeto, o sea, no expresan de ninguna manera el carácter y las tendencias del autor... Sea lo que fuere, no hay duda que existen realmente actos que no tienen ninguna significación para la personalidad humana. En este grupo caben algunos movimientos psicológicos que el hombre tiene en común con los seres inferiores, como los movimientos del tórax relacionados con el fenómeno de la respiración, el mecanismo del pulso etcétera; los movimientos que son determinados necesariamente por una causa física, por una violencia exterior. Frente a este grupo está la gran mayoría de los actos involuntarios, los cuales, a pesar de desarrollarse fuera de la zona lúcida de la conciencia, reflejan, manifiestan la constitución psíquica del sujeto, tal como resulta de las disposiciones hereditarias, de las disposiciones individuales formadas a través de la educación, instrucción, experiencia de la vida, ambiente familiar y social, creencias religiosas, etc. Los actos pertenecientes a este segundo grupo tienen valor sintomático respecto a la personalidad humana, porque demuestran las tendencias congénitas y adquiridas del autor, la energía (psicomotricidad, efectividad) de los grupos psíquicos que constituyen las tendencias mismas y por fin la mayor o menor eficiencia de los frenos inhibitorios del sujeto, o sea, de sus inhibiciones ético sociales, inhibiciones que los psicoanalistas, valiéndose de una imagen llaman censura. En los actos de que estamos hablando no puede encontrarse nada voluntario, pero puede la verificación de los mismos demostrar que los poderes inhibitorios no han podido rechazar, reprimir los impulsos provenientes de las estratificaciones más profundas de la personalidad".⁴⁰

Las líneas transcritas nos ponen en claro el pensamiento de ANTOLISEI. Dentro de los actos involuntarios deben distinguirse dos grupos: uno que comprende aquellos en los cuales el acto involuntario nada revela sobre la *personalidad psíquica* del sujeto; el otro, comprende todos los actos que, aunque involuntarios, sí revelan la personalidad psíquica del agente, pues a pesar de desarrollarse fuera de la zona de la conciencia, sin embargo reflejan, manifiestan la constitución psíquica del sujeto. Partiendo de esta consideración, ANTOLISEI concluye que el concepto de acción es mayor, de contenido más amplio al del acto voluntario, puesto que la acción abarca no sólo los actos voluntarios, tanto impulsivos como electivos, sino además gran parte de los involuntarios, o sea los que en alguna forma revelan la *constitución psíquica de/ sujeto*. De ahí establece ANTOLISEI que el común

⁴⁰ *Ibidem*. p. 80 Y ss.

denominador del concepto de acción "no puede consistir sino en el hecho de expresar, de reflejar la personalidad humana... Esta relación de conexión íntima entre el movimiento exterior y la personalidad del sujeto es todo lo que se exige para que haya acción. En esa relación consiste el coeficiente psíquico de la acción que, por ello, no debe encontrarse en la voluntariedad del acto, sino en la atribuibilidad del acto al sujeto; en otras palabras: en la propiedad exclusiva del acto: *suitas*. ¡He aquí el mínimo suficiente para la existencia de la acción! Consiguientemente, no sólo es acción el acto voluntario, sino cualquier otro, voluntario o involuntario, positivo o negativo, que tenga un valor sintomático para la personalidad del autor: que sea 'propio' de él: que pueda llamarse 'suyo'. . . ".⁴¹

FRANCO GUZMÁN, cuando se refiere a la conducta, dice que puede explicarse en virtud de la voluntad; para que la acción u omisión sean producto de ésta se requiere *puedan ser atribuidos al sujeto*; en otras palabras, que los actos *sean del propio sujeto en un orden psicológico*; en síntesis, *el elemento psíquico liga a la persona con su acto*. JIMÉNEZ HUERTA identifica el elemento psíquico de la conducta con la voluntad al expresar que si bien el coeficiente psíquico de la conducta radica en la voluntad, ésta no puede ser entendida en el sentido estricto de "precisa y rectilínea voluntad", esto es, como acto concreto de voluntad, pues si así fuese quedarían fuera del concepto todos los actos en los que no existe por parte del autor una clara noción del fin, tales como los actos automáticos, instintivos o habituales, a pesar de que frecuentemente constituyen la base de un delito.⁴²

Lo que para ANTOLISEI son actos involuntarios reveladores de la personalidad psíquica del sujeto, para JIMÉNEZ HUERTA son voluntarios, pero en razón de que, aún no siendo producidos por una clara noción del fin, no puede decirse esté excluida de ellos la voluntad, pues no debe entenderse por ésta únicamente el impulso voluntario, o sea aquél dirigido a un fin concreto. JIMÉNEZ HUERTA, por tanto, se afilia a la moderna corriente alemana que estima el acto voluntario con independencia de la representación-motivo surgida en la psique del sujeto.

Si por acto voluntario debemos entender el que implica un impulso dirigido por una representación o con la idea de un fin, solamente podrán tenerse como trascendentes al Derecho los llamados actos electivos o de elección, pues en éstos es en los cuales existe intención consciente del sujeto para provocar el movimiento corporal o la inacción. No obstante, el examen del actuar del sujeto, tanto en el orden *instintivo* como *práxico*, nos demuestra que por acto voluntario debemos entender no sólo aquellos donde exista una representación que impulsa al sujeto a actuar o a abstenerse.

⁴¹ *Ibidem*. pp. 86 y 87.

⁴² Ob. Cit; pp.13 y ss.

En efecto, en el actuar instintivo distinguimos entre actuar instintivo *primario* y actuar instintivo *superior*; aunque en el primero es claro que no existe voluntad, por tratarse de actuares fijos, especializados o determinados por funciones propias de la especie, en el actuar instintivo superior, por lo contrario, existe ya un plan de actividad superior de la especie que, ligado a actuares instintivos del hombre, constituye una expresión que en su esencia identifica un proceso subordinado tanto a la inteligencia como a la voluntad. Esto nos demuestra cómo, a pesar de que en ocasiones estemos en presencia de actos de naturaleza instintiva, debemos estimarlos, para los efectos del Derecho, como actos voluntarios.

Igualmente debemos hacer notar que dentro del propio actuar *práxico* existe lo que en términos técnicos se ha denominado el actuar *práxico habituado*. La creación del hábito constituye, sin lugar a duda, un ahorro en el esfuerzo de la atención al cual se llega mediante la repetición constante de una actividad. Esta repetición simplifica, selecciona y automatiza los actos voluntarios, de manera que el sujeto lo realiza con independencia de su voluntad (querer consciente) por no requerirse ésta ni la atención para verificarlos.

Si bien es cierto que el acto automático en un momento dado puede estimarse como independiente de la voluntad, se encuentra ligado a ésta por cuanto el actuar inicial es voluntario y ha dado base a la creación del hábito. Esta conexión, notoriamente, es tomada en cuenta por el Derecho para apreciar como conducta, en algunos casos, el actuar automático.

En rigor estricto, tanto los movimientos reflejos como los instintivos y habituales son involuntarios, mas no siempre pueden estimarse así en todos los casos, pues aún dentro de la psicología moderna a muchos de tales actos se les reconoce una relación directa o indirecta con la voluntad por tratarse de actos ligados con la mente del hombre.

Vamos a admitir, con ANTOLISEI, que no todas las acciones (en sentido lato) son voluntarias. Esta afirmación es verdadera. No obstante, el hecho incontrastable de la existencia de acciones u omisiones involuntarias en un orden psicológico que constituyen conductas en el plano del Derecho y dan margen o fundamento a juicios de reproche, no pueden autorizarnos a negar categóricamente la identidad de la voluntad con el coeficiente psíquico de la conducta. En síntesis, es cierta la distinción entre acciones voluntarias e involuntarias y asimismo la existencia de omisiones de la misma índole, pero de ahí no puede deducirse que la voluntad sea un concepto estrecho y por ello inútil. La verdad es que *la voluntad constituye el coeficiente psíquico de la conducta*, con excepción de aquellas omisiones en las cuales, ni aun en forma indirecta, puede hablarse de

la existencia de la voluntad.

Admitimos pues la existencia de conductas en las cuales la voluntad, como querer consciente, no resulta criterio eficaz, pero esa aceptación no debe llevarnos a rechazar de plano a la voluntad como coeficiente psíquico y, en consecuencia, tratar de encontrar otro contenido de una supuesta mayor eficacia. Por ello consideramos más acertado el criterio que da contenido al acto voluntario no en razón de la representación, del motivo o del fin de la acción o de la omisión, sino exclusivamente en la voluntad, entendida en sentido amplio, para tratar de comprender en ella a todas las acciones u omisiones consideradas voluntarias, por cuanto a la ausencia del querer consciente, las cuales adquieren naturaleza de voluntarias por estar ligadas, en forma directa, a un acto anterior plenamente consciente del sujeto, superándose así los inconvenientes señalados al criterio de la voluntad y determinándose el contenido volitivo de muchos actos que, de aplicarse la concepción rígida de representación-motivo-fin, quedarían excluidos de la categoría de las conductas voluntarias.

El esfuerzo de ANTOLISEI para encontrar un coeficiente psíquico de la acción distinto al de la voluntad, tiene el defecto, como ya lo hizo notar JIMÉNEZ HUERTA, de carecer "de contenido substancial" y sumergirnos "en un círculo vicioso",⁴³ pues hablar de un hecho del autor ("suyo") implican necesariamente el reconocimiento de que el acto depende de su voluntad pues únicamente en razón de ella puede decirse que el acto sea del sujeto, atribuible a él.

Concretando, debemos reconocer la existencia de conductas en las cuales la acción o la omisión es no consciente, pero a pesar de ello tienen trascendencia en el campo del Derecho penal por cuanto traen consigo la estimación de ser acreedoras a una pena. Por ello MAGGIORE reconoce la existencia de actos que siendo típicamente involuntarios, no pueden considerarse de buenas a primeras, fuera del ámbito de la voluntad. El autor alude a los actos o movimientos instintivos, a los reflejos y a los llamados automáticos, para después agregar que aun cuando tales actos son involuntarios e inconscientes no están del todo sustraídos por ello al gobierno de la voluntad. Expresa MAGGIORE que la moderna fisiología ha demostrado el gobierno de tales actos, dentro de ciertos límites, por aquel poder espiritual llamado "atención"; por ello no están del todo fuera del ámbito de la voluntad, ni caen dentro de la zona de lo involuntario, "pues pueden ser gobernados por esa forma de voluntad negativa que algunos psicólogos llaman noluntad (o notición) para indicar el funcionamiento de la voluntad como una fuerza de resistencia, como un freno y que tiene función positiva".⁴⁴

⁴³ *Loc. Cit.*

⁴⁴ *Ob. cit.*, pp. 318 Y 319.

Se subraya la existencia de casos en los cuales la voluntad no se encuentra presente en la expresión física de la conducta. El propio MAGGIORE pone de relieve la existencia de muchos delitos culposos donde hay ausencia de gobierno de los actos habituales o automáticos, o bien insuficiencia de ese gobierno en relación a los propios actos o en la ejecución de trabajos manuales o labores semejantes, no obstante lo cual la ausencia de la voluntad consciente no podría dejar estas acciones u omisiones fuera del Derecho penal.

Con referencia a los delitos culposos debemos hacer hincapié en los llamados de olvido, en los cuales el sujeto, sin voluntad consciente, exterioriza el elemento físico de su conducta mediante una inacción o inactividad productora de un resultado lesivo al Derecho. En estos casos nos parece indudable que, aun cuando en sentido estricto se pueda hablar de ausencia de voluntad en la inactividad, sería aventurado negar la identidad del coeficiente psíquico con la voluntad, pues por ésta no debemos entender precisamente la inactividad consciente derivada de una representación-motivo-fin. Por ello, aunque parezca una *contraditio in terminis*, habremos de decir que la conducta involuntaria es *voluntaria* para el Derecho por cuanto *no ha sido inhibida por la voluntad que debía y podía impedir/a*. Cuando se realiza una actividad requirente de determinada atención, debe el sujeto poner en ella la agudeza necesaria de su voluntad para impedir surja aquella interrupción, en la capacidad de ejecución de la acción esperada, que pueda llevar a la producción de un resultado contrario al Derecho.

En resumen, aun en las acciones u omisiones llamadas involuntarias, cuando el sujeto ha estado en la posibilidad de inhibir la expresión física de su cuerpo (acción u omisión) mediante la propia voluntad, la conducta, positiva o negativa, aunque involuntaria por ser inconsciente en el momento mismo de verificarse, debe considerarse voluntaria.

Todo lo antes expuesto nos lleva a concluir que la conducta se integra con dos elementos *uno físico que consiste en el movimiento corporal o en la inactividad de/ sujeto* frente a la acción esperada por el Derecho y *otro elemento psíquico consistente en la voluntad de realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad*.

CAPITULO IV

LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

SUMARIO

1. La acción. Concepto. Elementos.-2. La omisión. Concepto. Elementos.-3. La omisión impropia o

comisión por omisión. Concepto elementos. Violación de dos categorías de deberes. Fundamentación del deber de obrar. Diferencias entre la omisión simple y la comisión por omisión.

1. LA ACCIÓN. CONCEPTO. ELEMENTOS

Para los que estiman la acción con un contenido *lato*, ésta constituye tanto *el movimiento corporal*, representado en su fase externa por el dominio sobre el cuerpo a través de la voluntad, como *el no hacer o inactividad* (omisión), mediante las cuales el agente pretende *una finalidad* determinada. Se ha afirmado, con toda razón, que la doctrina moderna sobre el concepto de la acción, *lato senso*, se mueve entre los conceptos del *causalismo* y del *finalismo*, concretándose el primero a considerar a la acción como una actitud física o corporal del autor que responde a una de carácter psicológico individualizada en la voluntad, de manera que acción es movimiento corporal o inactividad voluntarios, en tanto el finalismo concibe la acción, comprensiva de la acción en estricto sentido y de la omisión en la que el autor persigue una finalidad u objetivo concreto.

Pensamos que es un craso error considerar que los *causalistas* pretenden que el *movimiento corporal* o la *inactividad* u omisión marginan a la finalidad, lo que con evidencia es del todo inexacto, ya que un causalismo "puro" es difícil de comprender. Con cierta razón Carlos CREUS razona que no es obstáculo insuperable, en la teoría del delito, que se resuelva que la acción, como conducta con *finalidad* de querer hacer o no hacer, deje para la culpabilidad el examen de la "finalidad" hacia un objeto determinado (hacer o no hacer *para*, hacer o no hacer como), que relaciona la finalidad con el tipo y sirva de fundamento material al juicio de reproche. Esa ordenación no entraña las dificultades que los finalistas temen; las soluciones no difieren mayormente en una y otra tendencia y más de una vez, obvia la dificultad de distinguir la voluntad final *sobre* los hechos que contiene el tipo, de la voluntad final de *concretar el tipo en su totalidad*. En otras palabras -expresa el autor argentino-, reconocer la acción como quehacer voluntario final, no nos obliga a tratar en su teoría el objetivo (el para qué) de esa finalidad. Podemos, por tanto, conformarnos con el concepto de acción como *manifestación de voluntad*, pero *proyectada*, es decir, lanzada hacia al futuro, hacia adelante" (*Derecho Penal. Parte General*, pp. 157-158, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires, 1992).

Tratando de encontrar un concepto de acción, JIMÉNEZ DE ASÚA, que prefiere denominarla *acto*, precisa que este término, sustitutivo del de acción, es la *manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior*.¹ Para BELING, la acción positiva comprende la fase externa (objetiva) y la

¹ *La Ley y el Delito*, p. 227, Editorial Hermes, 2ª edición, 1954.

interna (subjetiva), identificando a la primera con el movimiento corporal ya la segunda con la voluntariedad, más el no hacer u omisión; por tanto, la acción comprende tanto el movimiento corporal como el no hacer u omisión.² CUELLO CALON considera a la acción, en sentido amplio, como "*la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado*";³ comprendiendo en su opinión tanto la conducta *activa, hacer positivo o acción en sentido estricto* como la conducta *pasiva, negativa u omisión*.⁴ Igual criterio sustenta MAGGIORE al decir que "acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior".⁵

El término genérico, como elemento del hecho, es *la conducta*, comprensiva tanto de la acción como de la omisión, las cuales constituyen sus *formas de expresión*. Por tanto, nosotros estimamos *la acción* como *el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria para la consecución de un fin*, concepto en el que no se alude al *resultado* de dicha forma de conducta por *no formar parte de la acción* sino constituir su consecuencia y entrar a formar parte del *hecho*, estimado como *elemento objetivo del delito*. Este criterio es compartido por PORTE PETIT cuando expresa: "Consideramos que la acción consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico",⁶ agregando más adelante, al enunciar los elementos de la acción, entre los que incluye el *deber jurídico de abstenerse*, que los mismos se desprenden del concepto de acción: actividad o movimiento corporal voluntario. "En otros términos -concluye-, la acción consiste en una actividad o un hacer voluntarios".⁷

Con referencia a la acción en *sentido estricto*, CUELLO CALÓN afirma que consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigido a la obtención de un fin determinado,⁸ recalcando que está constituida por actos voluntarios, quedando fuera de su concepto los actos reflejos y la fuerza física irresistible.

Para CAVALLO no debe estimarse a la *acción* como sinónima del *hecho*, pues ello equivaldría a hacer comprender en ella tanto el momento volitivo como el efectivo, incluyendo también el resultado, confundiendo una parte con el todo. Sobre este particular, asienta CAVALLO, algunos autores tienen de la acción un concepto puramente naturalístico, comprendiendo en ella la actividad física, entendida como conducta, separando el

² *Esquema de Derecho Penale*, pp. 19-20, Depalma, Buenos Aires, 1944.

³ *Derecho Penal*, I, p. 319, 12ª edición, Barcelona, 1956.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ *Derecho Penal*, I, p. 309, Editorial Témis, Bogotá, 5ª edición, 1954.

⁶ *Apuntamientos*, I, p. 300, Octava edición, Ed. Porrúa 1983.

⁷ *Ob cit.*, I. P. 302.

⁸ *Ob. Cit*; p.319

resultado. Otros, por lo contrario, cuando se refieren a la acción comprenden en ella a la consecuencia del movimiento corporal, es decir, a la mutación del mundo exterior. Por último, el propio CAVALLO se refiere a la teoría finalística de la acción, para la cual ésta no constituye un ciego proceso causal por comprender *el fin* que el sujeto se propone mediante la actividad voluntaria. "El motivo de la acción -expresa CAVALLO--, es el resorte que la hace surgir", mientras el fin es la meta que el agente, en el acto de la decisión elige porque lo considera, entre otros, el más digno de ser realizado".⁹ Al dar una definición sobre la acción, CAVALLO dice que es una "actividad humana que se expresa en el mundo exterior por uno o más actos para alcanzar un fin, en las formas previstas por la ley".¹⁰

En resumen, con relación concreta a la acción, *en sentido estricto*, los o autores estiman como tal a *la actividad voluntaria realizada por el sujeto*, haciendo referencia tanto al elemento *físico* de la conducta como al *psíquico* de la misma (voluntad). Resulta casi unánime, la opinión de que la acción consta de tres elementos: a) *Manifestación de voluntad*, b) *Resultado* y c) *Relación de causalidad*. No obstante, nosotros no la identificamos con el concepto de *hecho*, habiendo aclarado, en su oportunidad, que por éste debemos entender no solamente la conducta, expresada a través de acción o de omisión, con su elemento psíquico consistente en la voluntad, sino además al resultado y al nexo de causalidad, siendo por tanto los elementos de la acción los siguientes: a) *Una actividad o movimiento corporal*, y b) *La voluntad o el querer realizar dicha actividad orientada a un fin; a su vez, este segundo elemento se integra comúnmente mediante las siguientes fases: 1. La concepción; 2. La deliberación; 3. La decisión y 4. La ejecución*. La primera supone el nacimiento de la idea de actuar mediante el fenómeno de la representación; *la deliberación* constituye, al decir de CAVALLO, "el debate que se desarrolla en la conciencia del agente";¹¹ *la decisión* en el término de dicho debate con la *determinación* de actuar y, por último, *la ejecución* es la voluntad que acompaña la actividad misma, dándole a ésta su contenido psíquico. En síntesis, como lo han expresado anteriormente algunos autores, aún cuando se *limite* la noción de acción al movimiento corporal y a la voluntad que lo acompaña, ello no significa que se prescinda de la finalidad que esta voluntad contiene.

Como ya anteriormente nos referimos a la voluntad, sólo resta subrayar que, con referencia a la acción, ésta se integra con el *movimiento corporal voluntario* siempre con relación o referencia a la descripción contenida en el tipo legal.

⁹ *Diritto Penale*. V. II, pp. 144 Y 145, Napoli, 1955.

¹⁰ *Ob. cit.*, II p. 148.

¹¹ *Ibidem*, p. 146.

Ahora bien, el sujeto, con su actuar voluntario, viola siempre un deber, el cual en los delitos de acción es de *abstenerse* por contener un mandato de *no hacer*; por ello en tales delitos se viola siempre una *norma prohibitiva*. El examen del fundamento de este deber de abstenerse no corresponde al ámbito del hecho, por caer el problema dentro de los linderos de la antijuridicidad, no obstante lo cual creemos conveniente hacer brevísima referencia al mismo. Como los deberes de abstención únicamente pueden estar consignados en normas jurídicas, para poder estimar su violación contraria al Derecho, por prohibirse el actuar en consecuencia a la abstención ordenada en la norma, cuando se realiza una conducta positiva, de acuerdo con la descripción hecha por el tipo, se viola siempre la norma prohibitiva que es, necesariamente de *naturaleza penal*.

2. LA OMISIÓN. CONCEPTO. ELEMENTOS

Frente a la acción como *conducta positiva* (implica motividad del cuerpo traducida en una actividad típica voluntaria), encontramos a la omisión, forma de conducta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en *la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal*.*

La omisión puede presentar dos formas: a) *La omisión simple* o propia, originante de los delitos de simple omisión, y b) *La omisión impropia*, que da nacimiento a los delitos de *comisión por omisión*. Ambas formas presentan ciertas similitudes pero a la vez diferencias esenciales, como se apreciará más adelante.

* En términos generales, la doctrina pretende encontrar la razón fundadora de la *omisión* en el *deber de impedir* determinado resultado, reconociéndosele esencia *normativa*, dado que la omisión vulnera intereses cuya custodia compete al sujeto agente, siendo el *tipo* el que otorga trascendencia a la inactividad o al no hacer en que consiste la omisión. Para WELZEL, tanto la acción como la omisión que constituyen las formas de manifestación de la *conducta* del hombre, tienen como particular característica la de ser "dominables" por la voluntad de la actividad "final" del agente, siendo el dominio "potencial" del hecho lo que transforma la inactividad del sujeto en una omisión trascendente para el derecho. Como es sabido, WELZEL se refiere a la conducta como un superconcepto al comprender en ella tanto a la *actividad corporal* como a la *pasividad*, las cuales se encuentran sometidas a la capacidad de control final de la voluntad. Para salvar el escollo representado por los delitos imprudenciales o de culpa, en los que no aparece claro el dominio potencial del acontecimiento por la voluntad del agente, WELZEL acude al criterio de considerar a la acción dolosa como una verdadera y efectiva *actividad final*, en tanto en la acción imprudente sólo se da una *posible* actividad final.

En la actualidad y como se ha destacado en la doctrina, el concepto final de la acción no tiene la importancia que cobró en el pasado por varias razones, pero lo que a nosotros interesa es precisar que la afirmación de WELZEL, en el sentido de que tanto la *actividad* como la *pasividad* que desarrolla el ser humano al expresar su conducta, se encuentran sometidas a la "capacidad de control final por la voluntad" no puede sostenerse de manera absoluta, pues como lo expresa ROXIN "la capacidad para realizar una acción es algo distinto de la acción misma y por tanto comisión y omisión siguen estando separadas", resultando claro que la *finalidad*, tratándose de la acción dolosa (y ello ocurre en la omisión dolosa, como parte de la acción en *lato* sentido) tiene la importancia que se le ha reconocido (aunque en nuestra opinión no en todas sus consecuencias), lo cual no ocurre en la omisión culposa. Ya no se discute hoy, dice ROXIN, que el concepto final de acción no es adecuado como elemento base del sistema jurídico penal, por no acomodarse a los delitos de omisión, "pues, como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final. Con ello la teoría final de la acción vuelve a estar en la biparticipación del sistema, que ya RADBRUCH desde la perspectiva del concepto natural de acción reconocía que era inevitable (...). Otro finalista, STRATENWERT rechaza también el concepto final de acción como elemento base (...). Y finalmente, el discípulo de WELZEL, ARMIN KAUFMANN, le niega incluso a un concepto de acción previo al tipo toda función como elemento básico, de enlace y de límite "Derecho Penal, Parte General, Vol. I, pp.239 a 242, Editorial Civitas, Madrid, 1997. Trad. Miguel DIAZ y GARCÍA CONILLED, Diego Manuel LUZÓN PEÑA y J de VICENTE REMESAL.

En general, los autores al dar un concepto de la omisión aluden a sus elementos integrantes: *inactividad y voluntariedad*. Así, CUELLO CALÓN expresa: "La omisión es la conducta negativa. Mas no toda Inactividad es omisión, ésta es inactividad voluntaria. Puede, por tanto, definirse la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejercitar un hecho determinado"¹² CAVALLLO nos ilustra diciendo: "omisión puede definirse como la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación de realizar, que se expresa en una conducta que realiza una situación distinta de la querida por la norma" ¹³. Al decir de MAGGIORE, para el Derecho es omisión "toda inercia de la voluntad, consistente en alguna abstención, dolosa o culposa, de la acción material, contraria a la obligación de obrar y que produce alguna mutación en el mundo exterior"¹⁴ Para JIMÉNEZ HUERTA es una inacción corporal, "un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad" que es, como la acción, forma integrante de la conducta, pues la inactividad es un comportamiento frente al mundo externo.¹⁵ En fin, para MEZGER, los delitos de omisión¹⁶ consisten en un no hacer cuyo fundamento lo constituye "la acción esperada" y exigida sin la cual no es posible hablar de omisión en sentido jurídico.¹⁷

Con relación a los elementos que integran la omisión, se habla de: a) *Voluntad*, b) *Conducta inactiva o inactividad* y c) *Deber jurídico de obrar*,¹⁸ aun cuando el último no es propiamente un elemento, por pertenecer a la teoría de la antijuridicidad como con acierto lo afirma MEZGER.¹⁹ Al tratar sobre el concepto de la omisión simple, PORTE PETIT estima consiste "en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a 'un tipo de mandamiento' o 'imposición' ", por lo que en su opinión son elementos de ella: "a) Voluntad o no voluntad (culpa). b) Inactividad o no hacer. c) Deber jurídico de obrar, y d) Resultado típico (. . .). La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, en querer la inactividad, o bien en no quererla (culpa). En consecuencia, en la omisión, existe al igual que en la acción, en su caso, un elemento psicológico: querer la inactividad. Adviértase que cuando LISZT se refiere al elemento psicológico, nos dice que la manifestación de voluntad consiste en no

¹² *Ob. cit.*, I, p, 321.

¹³ *Ob. cit.*, II, p, 155.

¹⁴ *Ob. cit.*, I, p, 355.

¹⁵ *Panorama del Delito, Nullum crimen sine conducta*, p. 23, México, 1950.

¹⁶ *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 298 y ss. Madrid, 1955. En opinión de MALO CAMACHO el delito de omisión existe como un concepto *en referencia*, ya que la omisión en sí no existe, por requerir ser entendida en relación con una determinada acción. "En síntesis –precisa- mientras que los tipos activos o comisivos individualizan la conducta prohibida a través de su descripción típica, en los tipos omisivos, la individualización se da a través de la descripción de la conducta debida, lo que origina que resulte prohibida la conducta contraria". *Derecho Penal Mexicano*, p. 451. Editorial Porrúa, México, 1997.

¹⁷ Véanse además: CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, pp. 197-198, Antigua Librería Robredo, México, 1955; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, I, p. 282, Buenos Aires, 1956; GRAF Zu DOHNA. *Estructura de la Teoría del Delito*, p. 18, Buenos Aires; 1958., BETTIOL., *Diritto Penale*, p.161, Palermo, 1945; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 328, Buenos Aires, 1951, y otros.

¹⁸ CUELLO CALÓN. *Ob. Cit.*, I, p. 322.

¹⁹ *Ob. cit.*, p. 302, nota 29.

ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado, haciendo a un lado a la omisión culposa".²⁰ Por cuanto a la inactividad o no hacer, el propio autor expresa, estriba en "una abstención o inactividad voluntaria o involuntaria (culpa), violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse. Por tal motivo, expresa QUINTANO A. REPOLLÉS que son las omisiones a modo de acciones negativas".²¹

Siendo, en nuestro criterio, esencial para hablar de omisión propia, el deber jurídico de obrar contenido en la norma penal, sólo es posible establecer un concepto de la omisión con referencia a la acción esperada y exigida, siendo en consecuencia sus elementos: *inactividad*, *inacción* o *el no hacer esperado y exigido* por el mandato de obrar y *voluntad de omitir el deber de actuar*, sea en forma dolosa o culposa.

Con relación al fundamento del *deber jurídico de obrar*, que da contenido a la omisión, no puede encontrarse más que en una *norma penal*, por ser los delitos de omisión simple incumplimiento a *mandatos de hacer* contenidos en los tipos penales. Como dice acertadamente PORTE PETIT, un deber jurídico impuesto en un ordenamiento no penal no originaría una omisión típica, pues precisamente lo que constituye delito es la simple omisión típica sin resultado material.²²

²⁰ *Ob. cit.*, pp. 305-306.

²¹ *Idem*, p. 307. Con toda claridad, Eduardo NOVOA precisa que dentro de la teoría jurídica tradicional se han admitido ciertas normas que consignan obligaciones a cargo de determinados destinatarios, ya en razón de los cargos públicos que desempeñan o como simples particulares. Tales normas de mandato son creadas para lograr la armoniosa vida social y su desobediencia se ha tenido como una omisión, recayendo sobre el omitente una consecuencia jurídica prevista. Cuando tales omisiones son consideradas "esenciales para la subsistencia misma del orden social establecido, tal desobediencia ha sido sancionada, por lo general, de manera penal y originado la existencia de los respectivos delitos de omisión". Entre tales normas jurídicas que consignan mandatos, afirma NOVOA, hay algunos de origen predominantemente ético y que "no comprometen en forma tan directa y grave la subsistencia del orden social establecido", y en vía de ejemplo señala la llamada omisión de socorro en la que se sanciona la omisión de ayuda, cuando se puede prestar sin detrimento propio, a persona que se encuentra en situación de grave peligro para su vida o su salud, la cual no es sino la incorporación a la ley de la enseñanza evangélica sobre el buen samaritano (Lucas, X, 30-37), omisión que si bien no va a trastornar gravemente los fundamentos del orden social, "es tan fustigante desde el punto de vista moral que la ley hace suya la conclusión ética, la eleva a la jerarquía de norma jurídica e inspirándose, posiblemente, también, en propósitos de perfeccionamiento de la calidad humana de los miembros de la sociedad, opta por sancionada". Los mandatos jurídicos cuya desobediencia constituye una omisión de carácter penal, pueden originarse en causas diversas, entre las que se mencionan las de orden moral, las que se originan en las modernas condiciones de vida o por razones de solidaridad o para salvaguardar los derechos humanos sociales. *Fundamentos de los Delitos de omisión*, pp. 29 a 43, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.

²² *Ibidem*, p. El autor mexicano señala, entre otros, como delitos de *omisión simple*, los contenidos en los artículos 158, referente "al reo sometido a vigilancia de la autoridad que *no ministre* a ésta *los informes que se pidan sobre su conducta*"; artículo 176: "al empleado de telégrafo, estación telefónica o estación inalámbrica que conscientemente *dejar de transmitir un mensaje* que se le entregue con ese objeto, o *de comunicar al destinatario el que recibe de otra oficina*, si causare daño (...); artículo 179: "El que sin excusa legal *se negare a comparecer ante la autoridad*, a dar su declaración cuando legalmente se le exija (...)" artículo 182: "El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código, por el de Procedimiento Penales, agotados los medios de apremio, *se negare a otorgar la protesta de ley o a declarar* (...); artículo 214, fracción III, que se refiere al servidor público que comete ejercicio indebido de servicio, que "Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia (...) por cualquier acto u omisión *no informare por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades*"; artículo 215, fracción III : "Cuando *indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o curso de una solicitud*"; fracción IV: "Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se

3. LA OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN. CONCEPTO ELEMENTOS. VIOLACIÓN DE DOS CATEGORÍAS DE DEBERES. FUNDAMENTACIÓN DEL DEBER DE OBRAR. DIFERENCIAS ENTRE LA OMISIÓN SIMPLE Y LA COMISIÓN POR OMISIÓN

La esencia de la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. Por ello JIMÉNEZ DE ASÚA, con acierto, estima que dichos delitos existen cuando se causa una mutación en el mundo exterior no haciendo aquello que se espera del agente,²³ o como lo expresa CUELLO CALÓN, la omisión impropia consiste en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer.

A diferencia de la omisión propia o simple, en la cual no existe mutación del mundo fenomenológico, por ser el resultado puramente jurídico o típico, en la omisión impropia la inactividad del agente produce un cambio material en el exterior, razón por la cual muchos autores niegan su existencia, estimando tales delitos como de acción en los cuales, como dice JIMÉNEZ HUERTA, "la omisión no es más que el medio o modo de realizar la comisión".²⁴

En síntesis, se está en presencia de un delito de comisión por omisión cuando el agente llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no hacer voluntario o culposo, con violación de una norma

niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley"; fracción V: "Cuando el encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo"; fracción VI: "Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos, sin los requisitos legales reciba como presa, detenida (...) o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente, niegue que está detenida, si lo estuviere, o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente"; fracción VII: "Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones"; artículo 225, "Son delitos contra la administración de justicia: I. Conocer de negocios para los cuales (. . .) o abstenerse de conocer de los que les correspondan sin tener impedimento para ello; fracción V: "No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello"; fracción VI: "(. . .) u omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley"; fracción VII: "(. . .) incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebidos"; fracción IX: "abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda con arreglo a la ley, de una persona que se encuentra detenida a su disposición como presunto responsable de algún delito"; fracción XI: "No otorgar, cuando se solicite, la libertad caucional, si procede legalmente"; fracción XIII: "No tomar al inculpado su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación sin causa justificada, u ocultar el nombre del acusador, la naturaleza o causa de la imputación o el delito que se le atribuye"; fracción XIV: "Prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso"; fracción XVI: "Demorar injustificadamente el cumplimiento de las providencias judiciales, en las que se ordene poner en libertad a un detenido"; fracción XVII: "No dictar auto de formal prisión o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta a su disposición de éste al juez" (los subrayados son nuestros), etc. Apuntamientos, I, pp. 309 – 310.

²³ *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 340, Buenos Aires, 1951.

²⁴ *Ob. cit.*, pp. 40 Y ss.

preceptiva y de una norma prohibitiva.²⁵

Son, por tanto, elementos de la omisión impropia: a) *Voluntad* (no consciente en los delitos de olvido); b) *Inactividad o no hacer*, cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada y exigida, y c) *Un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados*,²⁶ aun cuando el último no constituye, en propiedad, un elemento, sino la valoración objetiva que sobre la omisión se hace desde el punto de vista de la antijuridicidad. *El resultado*, cuya diferencia precisamos en relación con la omisión simple o propia, constituye la *consecuencia* de la inactividad, expresión física de la conducta.

Como tratándose de la omisión impropia, no siempre es la norma penal el fundamento del deber de obrar, se impone pasar revista a los criterios elaborados.

a) Se afirma, en primer término, que el deber de obrar deriva de un *precepto jurídico*, bien sea, como lo hace notar MEZGER,²⁷ de la ley o de una ordenanza equiparada a ella, sin que pueda hacerse una "numeración cerrada", según expresión de V. HIPPEL, resultando determinante el total Derecho público y privado.²⁸

b) Un segundo criterio afirma la fundamentación del deber en una *especial aceptación*. "Aquí -dice MEZGER- pertenecen ante todo los casos de la aceptación de un deber *en virtud de un negocio jurídico*, y especialmente sobre la base de un contrato"²⁹ No obstante, el propio autor se cuida de aclarar que no es suficiente por *sí sola la existencia de un deber jurídicamente fundamentado*, siendo menester, en virtud de la aceptación de dicho deber, que se haya producido "*una situación especialmente peligrosa o un aumento del peligro ya existente* y la aceptación tiene lugar *al objeto de evitar dicho peligro*"³⁰

c) En ocasiones, los criterios anteriores no son suficientes. Por ello se acude a un tercer criterio que encuentra la fundamentación del deber de obrar en *un hacer precedent*. Cuando el sujeto, con su actuar, ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir la violación de bienes jurídicos, con la producción de un resultado material antijurídico, nace el deber para el mismo de realizar lo necesario a fin de evitar la lesión al

²⁵ En igual sentido PORTE PETIT, *ob. cit.*, p. 311.

²⁶ Véase sobre este particular a Celestino PORTE PETIT, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, p. 175, Nota 36, México, 1958. Para el autor citado son *elementos* del delito de *comisión por omisión*: a) Una voluntad o no voluntad (culpa). b) Inactividad. c) Deber de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse. d) Un resultado típico y material. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, I, p. 312. Octava edición, Ed. Porrúa, México, 1983.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 302.

²⁸ Citado por E. MEZGER, *Ob. cit.*, p. 302.

²⁹ *Ob. cit.*, p. 310.

³⁰ *Loc. cit.*

Derecho. La actividad o hacer precedente requiere, para fundamentar el deber jurídico de obrar, que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación de peligro, pues sólo ante esa posibilidad tiene la obligación, el sujeto, de actuar para eludir la producción del resultado antijurídico. Asiste razón a MEZGER cuando afirma: "Mientras que en los casos del deber jurídico fundamentado en la ley o deducido de una aceptación del sujeto (Grupo 1 y 2) el especial punto de vista de la *situación de peligro*, ofrece dificultades en orden a la fundamentación de la responsabilidad criminal y ha de ser examinado en cada caso concreto, en este tercer grupo es indudable la situación de peligro, pero, en cambio, el deber jurídico que de ella se deduce exige una cuidadosa y especial demostración"³¹

Sin embargo, no todo actuar precedente da origen al deber jurídico de obrar, pues tratándose de actividades dolosas encaminadas a la producción de un resultado ilícito, se está en presencia de un claro delito de acción y no de omisión, en el cual el sujeto tenía obligación de no hacer, violando, en consecuencia, un deber jurídico de abstenerse: *sólo podrá la acción precedente fundamentar el deber jurídico de obrar, cuando no tenga carácter doloso.*

Se señalan, como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión, las siguientes:

a) En la *omisión simple* se viola únicamente una *norma preceptiva penal*, en tanto en los delitos de *comisión por omisión*, se violan una *norma preceptiva penal* o de otra rama del Derecho y una *norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal*.

b) en los delitos de *omisión simple* sólo se da un *resultado jurídico*; en los de *comisión por omisión*, se produce un resultado tanto *jurídico* como *material*, y

³¹ *Ibidem*, pp. 313-314. El Código Penal del Distrito Federal, que en su artículo 7 declara delito "el acto u omisión que sancionan las leyes penales", adiciona el precepto con un segundo párrafo, originado en el decreto de reformas, adiciones y derogaciones publicado en el Diario Oficial de 10 de enero de 1994, cuyo texto refiriéndose a los criterios señalados anteriormente en los siguientes términos: "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos caso se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente".

Como se aprecia con facilidad, el precepto transcrito recoge las conclusiones de doctrina aceptadas por la mayoría de los tratadistas de la materia para determinar las "fuentes de la obligación de actuar en los delitos de *omisión impropia* (comisión por omisión) y que, en un principio limitaba, la posición de garante, al obligado a actuar por mandato derivado de la ley. Con posterioridad se advirtió que se pueden generar obligaciones por custodia por especiales aceptaciones, como ocurre con el maestro de natación respecto de sus alumnos principiantes, con la enfermera contratada para cuidar al enfermo grave al que debe procurar ciertas atenciones, como el darle los medicamentos prescritos, etc. En estos casos, si bien la obligación de actuar no deriva expresamente de la ley se está en presencia de una aceptación jurídica por parte del garante, la cual por otra parte no requiere de formalidad alguna, pues basta la aceptación de esa obligación de manera tácita o expresa. A los anteriores criterios vino a agregarse el del *hacer precedente peligroso*, el cual pretende fundamentar la obligación de actuar en la conducta creadora de situación de riesgo, como el ejemplo puesto por NOVOA MONRREAL del que embriaga a otro hasta hacerle perder la razón, conducta que le obliga "a prevenir cualquier mal que el embriagado pueda ocasionarse a sí mismo o a otros mientras permanezca en este estado" (*Fundamentos de los Delitos de Omisión*, p. 143, Depalma, Buenos Aires. 1984).

c) en la *omisión simple* es la omisión la que integra el delito, mientras en la *comisión por omisión* es el resultado material lo que configura el tipo punible.³²

CAPITULO VII

CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN RELACIÓN A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO

SUMARIO

1. Clasificación del delito en orden a la conducta.-2. Delitos de acción.-3. Delitos de omisión.-4. Delitos de omisión mediante acción.-5. Delitos mixtos: de acción y de omisión.-6. Delitos sin conducta (de sospecha o posición).-7. Delitos de omisión de evento o de resultado.-8. Delitos doblemente omisivos.-9. Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.-10. Delitos habituales.-11. Clasificación del delito en orden al resultado.-12. Delitos instantáneos.-13. Delitos instantáneos con efectos permanentes.-14. Delitos permanentes.-15. Delitos necesariamente permanentes.-16. Delitos eventualmente permanentes.-17. Delitos alternativamente permanentes.-18. Delitos formales y de resultado o materiales.-19. Delitos de peligro y delitos de daño o de lesión.

1. CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA

Celestino PORTE PETIT ha intentado una clasificación del delito, en orden a la conducta, la cual para fines exclusivamente pedagógicos nos permitimos adoptar. Esa clasificación es la siguiente:

*Clasificación del delito
en orden a la conducta*

- a) De acción.
- b) De omisión.
- c) De omisión mediante acción.
- d) Mixtos: de acción y de omisión.
- e) Sin conducta (de sospecha o posición).
- f) De omisión de resultado.
- h) Unisubsistentes y plurisubsistentes
- i) Habituales.¹

2. DELITOS DE ACCIÓN

Estaremos en presencia de un delito de acción cuando *la conducta se manifieste a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios*. Así, por ejemplo, el homicidio puede ser

³² Cfr. PORTE PETIT, *apuntes*, p. 96.

¹ *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, I, pp. 371 a 377, Octava edición. Ed. Porrúa, México. 1983.

un delito de acción pues en la mayoría de los casos la conducta del sujeto activo se manifiesta mediante *movimientos corporales*, tales como jalar del gatillo del arma de fuego y disparar sobre el cuerpo de la víctima, descargar los golpes lesivos con el puñal, etc. Para MAGGIORE los delitos de acción son los que se consuman *haciendo algo*; el elemento querido por el autor se realiza a través de un acto positivo, como cuando se quiere causar la muerte de otro y se le atraviesa el cuerpo con un puñal.^{1bis}

3. DELITOS DE OMISIÓN

Son aquellos en los cuales la conducta consiste en una inactividad, en un no hacer de carácter voluntario. Tal es el caso del delito previsto en el Artículo 341 del Código Penal del Distrito Federal: "Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo, se le impondrá de "quince a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa". Como se observa, en este tipo delictivo la conducta consiste exclusivamente en no prestar o facilitar asistencia a la persona atropellada, es decir, en una omisión del deber de obrar traducida en una inactividad corporal voluntaria. Los delitos de omisión propiamente dichos son aquellos, dice el propio MAGGIORE, que consisten en omitir lo que la ley manda hacer y se reducen a una desobediencia "legal", pues en ellos es indiferente el resultado que la omisión quería producir, como ocurre en la omisión de denunciar un delito por parte de un funcionario público, o bien rehusarse a prestar servicios que constituyen deberes impuestos por la ley, etc., casos en que basta la inacción, la simple desobediencia al mandato de la ley para perfeccionar el delito.²

4. DELITOS DE OMISIÓN MEDIANTE ACCIÓN

Hay quienes pretenden que se puede hablar, en orden a la conducta, de delitos de *omisión mediante acción*, por existir casos en los cuales para omitir el deber prescrito en la norma se requiere la realización de una acción. Tal criterio, cuya fundamentación es lógica, no autoriza a pretender una clasificación del delito refiriendo la omisión a una acción previa constitutiva del medio necesario para su expresión, pues si de acuerdo al tipo, lo relevante es la omisión misma, resulta indiferente llegar a la omisión, mediante una acción. Si no se pierde de vista la posibilidad de intentar una clasificación del delito, con relación a la conducta, en razón del tipo especial contemplado, es inadmisibles la designación de delitos de omisión mediante acción, pues si, como afirma PORTE PETIT, "la omisión como forma de la conducta consiste en un no hacer, en una inactividad, o sea lo contrario a la

^{1bis} *Derecho Penal*, I, p, 299. Ed. Témis, Bogotá, 1989. Trad. de José de J. ORTEGA TORRES de la 5ª edición italiana.

² *Ob. cit.*, I. P. 299.

acción, no es posible aceptar un delito de omisión cometido mediante acción. Es decir, no son admisibles estos delitos, considerando la esencia de las formas de la conducta, pues la conducta abarca el hacer o el no hacer, es inconcebible sostener la existencia de un no hacer mediante un hacer, en cuanto que, no se puede no hacer haciendo, lo que constituye una '*contraditio in terminis*', ni tampoco se puede no hacer no haciendo",^{2bis}

5. DELITOS MIXTOS: DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN

En estos delitos la conducta del sujeto se integra tanto con una acción como con una omisión, tratándose en consecuencia de una *conducta mixta* por cuanto se expresa en sus dos formas, ambas cooperantes -como afirma PANNAIN-, para la producción del evento, si éste es requerido por el tipo penal, o para agotar la pura conducta, agregamos por nuestra parte. Constituye ejemplo de delito mixto, de acción y de omisión, el tipo previsto en la fracción III del artículo 277 del Código Penal en la hipótesis referente a los padres que *presenten* a un hijo suyo al Registro Civil *ocultando* sus nombres: la *acción* consiste en la presentación del hijo ante el Registro y la *omisión* en ocultar sus nombres verdaderos. Otro ejemplo de delito de esta especie es el tipo recogido en el artículo 45 del Código Fiscal de la Federación Abrogado sancionador del contrabando, delito que consiste, en esencia, en *introducir o sacar mercancías* del territorio nacional *omitiendo el pago total o parcial de los impuestos respectivos*.

6. DELITOS SIN CONDUCTA (DE SOSPECHA O POSICIÓN)

Negamos desde luego la existencia de delitos sin conducta pues, como hemos afirmado con anterioridad, la conducta o el hecho, según la descripción típica, es un elemento esencial del delito. No obstante, MANZINI estima que se está en presencia de delitos sin conducta, de sospecha o posición, cuando no es requisito del tipo la existencia de una conducta positiva o negativa, o sea de una acción o una omisión. Estos delitos consisten, según se pretende, en una simple situación bajo la cual se coloca el sujeto, configurativa del hecho incriminado por la ley, como sucede, por ejemplo, en la vagancia y malvivencia. Coincide con nuestro pensamiento PORTE PETIT cuando expresa: "Nosotros creemos que no es posible aceptar la existencia de delitos sin conducta, puesto que un elemento del delito es la conducta (en sus dos formas: acción y omisión) o el hecho, según la descripción del tipo". Sobre esta cuestión, ANTOLISEI expresa que se ha puesto en duda que sea indispensable un comportamiento del agente (acción u omisión) para la existencia del delito, como se pretende ocurre en aquellos delitos a los que MANZINI denomina de *mera sospecha* y que BELLAVISTA llama *de posición*, como lo

^{2bis} Apuntamientos, I. p. 372.

sería entre otros el caso previsto en el artículo 708 del código penal italiano, preferente a quien entra en posesión de objetos de valor sin poder justificar su proveniencia. En su opinión, debe excluirse la admisión de delitos sin conducta, pues de acuerdo al estado actual del derecho, el comportamiento del hombre resulta indispensable, y tal es el criterio de la mayoría de los autores, para que pueda hablarse de violación de la norma y por tanto del delito.³

7. DELITOS DE OMISIÓN DE EVENTO O DE RESULTADO

Fue GRISPIGNI quien afirmó la existencia de delitos de *omisión de resultado*, los cuales existen, expresa el citado autor, cuando en el tipo se contiene *órdenes de resultado*, cuando la ley espera del agente una determinada modificación del mundo fenomenológico. Precisamente la no verificación de tal resultado configura el delito y en esa virtud, de acuerdo con la idea de GRISPIGNI, la conducta al expresarse trae como consecuencia la omisión del evento.

Nosotros diferimos de tal criterio dado que, como lo hemos sostenido, las normas penales contienen mandato de hacer o prohibiciones de no hacer, siendo indiferente si mediante el acatamiento de tales mandatos o prohibiciones, puede producirse una determinada mutación del mundo exterior del agente, pues lo interesante en realidad es la acción o la omisión que contraría el precepto legal. Esta opinión encuentra pleno apoyo en lo manifestado por CAVALLO cuando argumenta que los delitos omisivos consisten *en* la violación de normas de mandatos de resultado y como la acción esperada puede modificar el mundo exterior, la ausencia de tal modificación no constituye, en todo caso, más que una omisión de aquella acción.⁴

Ahora bien, a la argumentación de CAVALLO se puede agregar la de que en todos los delitos de omisión la norma espera, del acatamiento del mandato en ella contenido, una determinada mutación, la cual no se verifica en razón, precisamente, de la inactividad del sujeto, inactividad integrante de la omisión misma que, a su vez, impide la transformación esperada, siendo lo correcto hablar en estos casos de delitos de omisión y no de omisión de evento o de resultado.

8. DELITOS DOBLEMENTE OMISIVOS

³ C. PORTE PETIT. *Apuntamientos*, I, p. 375. F. ANTOLISEI. *Manual de Derecho Penal*, I, pp. 153-154, Editorial Témis, Bogotá, 1988, Trad. de Jorge GUERRERO y Marino AYERRA REDIN, sobre la 8ª edición italiana.

⁴ *Diritto Penale*, II, pp. 161 y 162, Napoli, 1955.

En realidad, esta especie de delitos no es sino una simple variedad de la anterior. RANIERI, a quien en este punto invoca PORTE PETIT,⁵ afirma que en los delitos *doblemente omisivos* el sujeto viola tanto un mandato de acción como uno de comisión, al no realizar un evento que debe ser producido omitiendo el mandato de acción. La idea de RANIERI coincide con la de GRISPIGNI, aun cuando éste se refiera únicamente a la omisión del resultado, mientras aquél alude también a la violación de un mandato de acción, de donde pretende concluir que cuando el evento no se produce tal omisión no es sino consecuencia de la otra omisión identificada con la no realización del mandato de hacer. El ejemplo señalado por RANIERI, del sujeto que no haciendo lo que debe hacer no lleva a conocimiento de la autoridad un determinado hecho, no puede considerarse propiamente un delito doblemente omisivo pues, en ese caso, lo sancionado por la ley es la no comparecencia ante la autoridad desacatando su orden.

9. DELITOS UNISUBSISTENTES y PLURISUBSISTENTES

El delito es unisubsistente *cuando la acción se agota en un solo acto*; es plurisubsistente *cuando la acción requiere, para su agotamiento, de varios actos*. El acto dispositivo en el abuso de confianza integra la acción por ser tal delito de *acto único*; en el homicidio se puede privar de la vida mediante varios actos, pero también con un solo acto. Si la acción se agota mediante un solo movimiento corporal el delito es unisubsistente; *si la acción permite su fraccionamiento en varios actos* el delito será plurisubsistentes.

El interés de esta clasificación se estima orientado a distinguir, (o a obtener cuando menos un criterio válido) los delitos que admiten la tentativa de los carentes de un proceso ejecutivo, así como para resolver el problema del tiempo y del lugar de comisión del delito. Se considera a los delitos unisubsistentes no susceptibles de tentativa, como sucede en el abuso de confianza, delito en el cual el puro acto dispositivo consume la conducta ilícita. A pesar de ello, ese criterio no es absoluto, pues siendo cierto que en algunos casos resulta acertado, en otros no es eficaz. Así por ejemplo sucede tratándose del delito de robo, recogido en el artículo 367 del Código penal, en que la acción constitutiva es el apoderamiento, pues a pesar de ser en algunos casos un delito de acto único, *unisubsistente*, admite sin embargo la tentativa.

PORTE PETIT, al referirse a estos delitos, expresa: "Es delito unisubsistente aquel que se consume en un solo acto y plurisubsistente cuando se consume con varios actos. Aquí insistimos en la conveniencia de distinguir el acto de la acción, ya que podemos estar frente a un delito unisubsistente, constituido por una acción, y ésta por

⁵ Programa de la parte general/ del Derecho Penal, p. 208. México, 1958.

tanto por un acto o ante un delito plurisubsistente *igualmente* constituido por una acción, y ésta a su vez por varios actos. En el primer caso, el acto forma la acción, y en el segundo, los actos la constituyen también, o sea, en este caso "la acción fue susceptible de fraccionamiento...".⁶

10. DELITOS HABITUALES

Por *delito habitual* se entiende, al decir de Eusebio GÓMEZ, aquel constituido por diversos actos cuya comisión aislada no se juzga delictuosa.⁷ MANZINI expresa que son los que exigen, como elemento constitutivo, la reiteración habitual de hechos que, considerados en forma aislada, no serían delictuosos. De lo anterior inferimos que en el delito habitual existe una pluralidad de hechos que sólo en forma conjunta integran el delito. Es excelente la definición dada por PORTE PETIT al decir: "Existe un delito habitual cuando el elemento objetivo está formado de varios actos habituales de la misma especie y que no constituyen delitos por sí mismos" De ahí desprendemos como elementos del delito habitual: a) una acción formada por una repetición habitual de varios actos; b) los actos repetidos deben ser de la misma especie; c) cada uno de los actos realizados no constituyen delito, y d) la suma de todos los actos es lo que constituye delito.⁸

11. CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO

El propio PORTE PETIT, en su *Programa de la parte General del Derecho Penal* clasifica el delito, en orden al resultado, de la siguiente manera:

⁶ *Apuntamientos*, p. 376.

⁷ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 417, Buenos Aires, 1948.

⁸ *Ob. cit.*, p. 378. Los delitos habituales, en opinión de COUSIÑO MAC IVER, requieren de la *repetición* de una determinada conducta para su configuración, sin que baste la unidad de hecho y resultado para dar cumplimiento a la hipótesis típica, siendo necesaria la reiteración de actos, por cuyo motivo cada hecho separadamente no lo integra, sino que la sanción opera cuando se da el conjunto de ellos. Menciona como casos de delitos habituales: el No 8 del art. 484 del Código penal chileno, que castiga "al que habitualmente y después de apercibimiento ejerciere, sin título legal ni permiso de la autoridad, las profesiones de médico, cirujano, farmacéutico o dentista", lo que hace impune el acto aislado, pues es su reiteración la que trasciende penalmente; es igualmente un delito habitual la vagancia (arts. 305 y 306); la mendicidad de menores (arts. 367). *Derecho penal chileno* (Parte general), I, p. 309, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

Clasificación del delito en orden al resultado	a) Instantáneos
	b) Instantáneos con efectos permanentes
	c) Permanentes
	d) Necesariamente permanentes
	e) Eventualmente permanentes
	f) Alternativamente permanentes
	g) Formales
	h) Materiales
	i) De lesión
	j) De peligro

12. DELITOS INSTANTÁNEOS

En el delito instantáneo la acción, expresa CASTELLANOS TENA, *se perfecciona en un solo momento*.⁹ Para nosotros es delito instantáneo aquel en el cual *la consumación y el agotamiento del delito se verifican instantáneamente*

Para elaborar un concepto sobre el delito instantáneo, la doctrina ha seguido los siguientes criterios:

- a) Uno que atiende a la *consumación* del delito, y
- b) Otro que se refiere a la *destrucción del bien jurídico*.

Ambos criterios pueden ser útiles, aun cuando, como es fácil apreciar, la definición apuntada atiende al criterio de la *consumación*, el cual es adoptado por BETTIOL al afirmar que el carácter instantáneo no se determina por la instantaneidad del proceso ejecutivo sino de la consumación, El mismo BETTIOL hace notar que por regla general son delitos instantáneos aquellos en los cuales la acción recae sobre bienes de naturaleza destructible.¹⁰

⁹ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, p. 137, Ed. Porrúa. 10ª Edición. México, 1976. "Se entiende por delitos *instantáneos* - dice COUSIÑO MAC IVER- aquéllos que se perfeccionan en un momento, o sea que se consuman y agotan en una fracción de tiempo inapreciable temporalmente y que, por ende, se encuentran terminados con la actuación y su efecto; como, por vía de ejemplo, en el falso testimonio, en que el hecho punible está acabado desde el momento en que se presta la declaración mendaz, o en el hurto y robo en que el delito se perfecciona con la apropiación de la cosa. De resultas de lo dicho, para los efectos de calificar el delito como instantáneo, no tiene mayor importancia la circunstancia de que, en un caso determinado, el agente activo haya realizado diversas y variadas acciones para consumado, v. gr., si el homicida con el fin de dar muerte a su víctima le ha dado dosis sucesivas y acumulativas de veneno. Lo único verdaderamente importante es el estudio del tipo descrito por la ley: en el caso del homicidio, el verbo rector es *matar* a otro y la muerte sobreviene en un momento inapreciable, por lo cual es un delito instantáneo". Ob. cit., I, pp. 316-317.

¹⁰ *Derecho Penal. Parte General*, p. 470. Ed. Témis, Bogotá, 1965. Versión castellana de José León PAGANO sobre la 4a. edición italiana. Como ejemplo, menciona BETTIOL el homicidio, que con frecuencia requiere un proceso ejecutivo que se desenvuelve en fases sucesivas. Sin embargo, a su entender lo que determina el carácter *instantáneo* de ese delito "es la imposibilidad de que la lesión del

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en Materia Federal, elaborado en 1958, en cuya Comisión tuvimos el honor de figurar, recoge el concepto de delito instantáneo dado por RANIERI al expresar en su artículo 10: "El delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos", concepto que atiende, en forma evidente, al criterio de la consumación.

De la definición apuntada desprendemos, con PORTE PETIT, que son elementos del delito instantáneo:

- a) Una conducta, y
- b) Una consumación y agotamiento instantáneo del resultado.

A través de las reformas y adiciones hechas en 1983 al Código Penal del Distrito Federal, de aplicación federal, se recogió en la fracción I del artículo 7 el concepto de *delito instantáneo* que se había consignado anteriormente en el artículo 10 del Anteproyecto del Código Penal de 1958, ya que el vigente precepto quedó redactado de la siguiente manera: "*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales (. . .) El delito es: I Instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos (. . .)*".

13. DELITOS INSTANTÁNEOS CON EFECTOS PERMANENTES

Son aquellos *en los cuales permanecen las consecuencias* nocivas. SOLER, al referirse a esta clase de delitos expresa: "Habrá pues, delitos instantáneos en su acción y en sus efectos, y serán aquellos que tras su momento consumativo no dejan más alteración que la lesión jurídica aun no reparada por una condena, como en los delitos que BELING llama de pura actividad. Pero, habrá también delitos *instantáneos de efectos permanentes* y éstos, que tan comunes son, deberán ser cuidadosamente distinguidos de los verdaderos delitos permanentes, en los cuales, lo que permanece no es un mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación".¹¹

Algunos autores, como PETROCELLI, niegan la utilidad de esta clasificación y del esfuerzo hecho para

bien jurídico dure en el tiempo". En efecto, aduce que el homicidio es instantáneo "porque la destrucción de la vida de un hombre no puede prolongarse en el tiempo, ya que hay un momento en que el hombre pasa de la vida a la muerte y precisamente en ese momento se consuma el homicidio. La consideración meramente abstracta de las figuras delictivas -concluye- no puede proporcionar siempre un criterio seguro para establecer el carácter instantáneo o permanente del delito. Es necesario atender a la naturaleza del bien tutelado. En general, son instantáneos aquellos delitos que tienen como objeto jurídico bienes destruyibles". *Ob. cit.*, p. 470-471.

¹¹ *Derecho Penal Argentino*, I, p. 274. Buenos Aires, 1951.

diferenciar al delito instantáneo con efectos permanentes del simplemente instantáneo pues, según su decir, la permanencia de los efectos carece de importancia en el ámbito del Derecho punitivo, observación no del todo inexacta, en nuestro criterio, aun cuando la utilidad de la clasificación es manifiesta en el campo de la doctrina.¹²

14. DELITOS PERMANENTES

Frente al delito instantáneo se coloca al delito *permanente*, también denominado *continuo o sucesivo*.¹³

"*Permanente* es el delito de consumación indefinida, el delito que dura (Dauerverbrechen), cuyo tipo legal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar"¹⁴ SOLER argumenta que "puede hablarse de delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Por ello se dice que existe delito permanente cuando todos los momentos de su duración puede imputarse como consumación y cuando eso no puede hacerse tiene, en cambio, un delito de efectos permanentes".¹⁵ Por su parte, MEZGER sostiene que los delitos permanentes "son aquellos en los que mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo se crea un ulterior estado antijurídico duradero, como, por ejemplo, en las detenciones ilegales del parágrafo 239 del Código"¹⁶

De las definiciones apuntadas extraemos como elementos del delito permanente:

- a) Una acción u omisión, y
- b) Una consumación duradera creadora de un estado antijurídico.^{16bis}

¹² Principi di Diritto Penale, p. 291, Nápoli, 1950.

¹³ La última denominación es usada por CARRARA, *Programa*, parág. 52.

¹⁴ G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, I, p. 373, Ed. Témis, Bogotá, 1954.

¹⁵ *Ob. cit.*, I, p. 275.

¹⁶ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 395, Madrid, 1955, Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ.

^{16bis} A BETTIOL le parece más delicada la determinación del concepto del delito *permanente* que la del delito instantáneo, cuestión que la ley toma en consideración, con cierta frecuencia, para establecer criterios respecto a la operancia del fenómeno de la prescripción y de la competencia territorial, y con referencia a VANNINI aduce que la naturaleza de ambas clases de delito "debe surgir exclusivamente de la formulación del precepto penal, sin ninguna relación con la naturaleza de los bienes ofendidos por la actividad delictuosa. Sólo de la configuración de la tipicidad se podría deducir si la consumación de un delito debe producirse instantáneamente o puede perdurar a lo largo de cierto período. Sin embargo, esta opinión tiene carácter formalista y olvida que la expresión formal de la tipicidad está siempre en relación con el contenido de la norma. Si bien es cierto -sigue diciendo BETTIOL- que el legislador es poderoso, también lo es que no alcanza la omnipotencia, en el sentido de que no puede convertir lo blanco en negro y viceversa, porque cuando la naturaleza del bien tutelado no consiente ser comprimida sino destruida, no es posible que en la norma se caracterice como permanente un delito que tiene por objeto un bien que no admite otra alternativa fuera de la de existir o no existir, cuando desaparecen las condiciones ambientales normales". Concluyendo su idea, BETTIOL sostiene que en su raíz el delito permanente individualiza un bien jurídico que no puede por su naturaleza ser destruido o disminuido, sino sólo obstaculizado en su goce o ejercicio, como ocurre en el delito de secuestro de persona, de donde en su opinión, advierte que únicamente los bienes inmateriales, que pueden ser objeto de "compresión" y los materiales "destruibles", son protegidos en los delitos permanentes. Pero es más, agrega, no basta para que se dé esta clase de delitos el que tengan como objeto un bien "comprimible", siendo además preciso ver cómo la naturaleza del bien se refleja en la norma. En fin, para que haya delito permanente, aduce, "es preciso que el agente esté en condiciones de hacer cesar el estado antijurídico de

Sirven de ejemplo de delitos permanentes los tipos delictuosos recogidos en los artículos 335, 336, 364, 366, 384 Y 395 fracciones I y II del Código Penal. En ellos, como expresa el nuevo texto del artículo 7º, fracción II del c.p. el delito es: "*Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo*", en contraste con el instantáneo en que, como lo precisa la fracción I del mismo precepto, "la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos".

La acción o la omisión constituyen la exteriorización de la voluntad criminal y su consecuencia es la creación de un estado antijurídico que se prolonga, por más o menos tiempo, el cual coincide con la consumación duradera. Este segundo elemento, al que alude PORTE PETIT (consumación duradera), comprende tres fases o momentos: a) *el momento inicial* (compresión del bien jurídico protegido en la ley); b) *el período intermedio* (el cual comprende desde la compresión del bien hasta *antes* de la cesación del estado antijurídico) y c) *el momento final* (cesación del estado antijurídico),¹⁷ distinguiendo al delito permanente del instantáneo como ya lo observó SOLER. Mientras en este la consumación es instantánea, en aquél la consumación perdura, existe un *período de consumación*, durante todo el cual el delito *se está consumando*. "Así como al verificarse el resultado la acción puede considerarse concluida, por cuanto ha consumado su *iter*, así el delito permanente tiende a tomar una apariencia de quietud, de inmovilidad propia del acabamiento completo. Esta apariencia dio a CARRARA la impresión de que el delito permanente tiene en sí algo negativo. 'Cuando el delincuente –observa- persevera en los conciliábulo rebeldes, en el disfrute de la posesión usurpada, en la detención injusta del ciudadano, en el abuso doloso de las cosas ajenas, esa prosecución del delito, aunque muestra la perseverancia de un ánimo malvado, no desarrolla, sin embargo, ulteriores violaciones a la ley. La prosecución consiste más bien en mantener vivos los efectos del primer delito de un modo casi *negativo*, y no en la renovación de una acción, en que haya verdaderamente una segunda infracción a las leyes'. Esta observación será psicológicamente aguda, pero no tiene importancia jurídica. Aunque sea verdad que, durante la permanencia, el agente no hace nada más de lo que hizo al ejecutar la acción, no es de ningún modo cierto que no haga nada, pues continúa violando la ley. No ejecuta una segunda violación, porque persiste en la primera. El que secuestra a una persona, no necesita secuestrarla por segunda vez, pero, al tenerla en estado de privación de la libertad personal, persiste voluntariamente en la acción inicial, que es una acción esencialmente positiva".¹⁸

compresión del bien, determinado por la acción. La norma jurídica, en tales supuestos, se desdobra en dos imperativos: el primero dirigido a prohibir todo comportamiento que pueda determinar la compresión del bien, y el segundo, a ordenar una acción para que el estado de compresión del bien cese". *Derecho Penal. Parte General*, pp. 471-472.

¹⁷ Apuntamientos, I. p. 388.

¹⁸ G. MAGGIORE, *Ob. cit.*, p. 374.

La idea de CARRARA que apunta la existencia de una fase negativa ha dado origen a la *concepción bifásica* del delito permanente, según la cual en estos delitos existen dos fases distintas: una *activa* (en los delitos de acción), identificada con el movimiento corporal que agota la actividad típica (el acto de ocupación de un inmueble ajeno), y la otra *omisiva* consistente en la no remoción, por parte del agente, del estado antijurídico creado con su acción. Frente al anterior criterio ha surgido la *concepción monofásica* del delito permanente que ve en él una acción o una omisión cuyos efectos se prolongan en el tiempo por continuarse la violación al bien jurídico. Así, en el delito comisivo, la acción que viola la norma prohibitiva creando un estado antijurídico por la compresión del bien jurídico tutelado, se continúa durante todo el tiempo en que tal estado no ha sido removido. En el delito omisivo sucede exactamente lo mismo: una conducta omisiva, violatoria de una norma preceptiva, que contiene un mandato de hacer o de obrar, crea el estado antijurídico y la propia omisión, al continuarse en el tiempo, impide la remoción de ese estado.¹⁹

Ahora bien, ¿quién hace cesar el estado antijurídico? En ocasiones es el propio agente o *sujeto activo*; tal sucede, por ejemplo, cuando pone en libertad a la persona a quien previamente había privado de ella. En otras es el propio *sujeto pasivo*, como cuando éste, sustrayéndose a la vigilancia del custodio, recupera la libertad de la cual había sido privado injustamente. En algunos casos puede ser *un tercero*, como sucedería si debido a la intervención de la autoridad la víctima recuperara su libertad. Por último, el estado antijurídico puede ser removido como consecuencia de la intervención ciega de *fuerzas de la naturaleza* o de animales: un ejemplo lo sería el caso de un rayo que abriera el recinto cerrado en cuyo interior estuviera la persona privada de libertad y

¹⁹ Con relación a la concepción monofásica, PORTE PETIT advierte que puede basarse en una sola conducta *comisiva*, o bien en una *omisiva*, y que de acuerdo con el primer punto de vista el delito existe mientras la *conducta positiva* continúa violando el bien que la norma penal protege, dándose permanencia de la acción, lo que sintetiza de la siguiente manera: delito permanente comisivo = conducta comisiva con violación de una norma prohibitiva y compresión del bien protegido por la ley. En cambio, tratándose del delito *permanente omisivo*, la conducta omisiva es violatoria de una norma preceptiva que origina la compresión del bien protegido por la ley, sin la remoción del estado antijurídico creado por la conducta omisiva. Por último, en la concepción bifásica o delito *permanente comisivo y omisivo*, su primera fase consiste en una conducta *comisiva* con violación de una norma *prohibitiva* que origina la *compresión* del bien protegido por la ley, en tanto su segunda fase comprende una conducta *omisiva* que consiste en la *no remoción* del estado antijurídico. Con referencia a esta cuestión del delito permanente, LEONE considera que la ley que lo recoge contiene un primer precepto que ordena o prohíbe una determinada acción, y un segundo que ordena la remoción del estado antijurídico creado con la violación de ese primer precepto, esto es, que el segundo precepto está condicionado al primero "en el sentido de que entra en funciones en la medida en que el primero es desobedecido", como ocurre en el delito de privación ilegal de libertad: el primer precepto prohíbe privar a cualquiera de su libertad personal, en tanto el segundo ordena, en el caso restituirla. RANIERI pretende poner las cosas en su sitio y niega que en el delito permanente se dé una conducta *mezcla* de *acción* y de *omisión* resultante de una fase anterior de *conducta positiva* y de una fase posterior de *conducta negativa u omisiva*, ya que la conducta posterior puede consistir en la *continuación* de la acción anterior, al no llevarse a cabo la conducta que haría cesar el estado antijurídico duradero, o bien seguir omitiendo, como en los delitos omisivos permanentes. Ahora bien, como en los delitos permanentes tiene relevancia no sólo la violación antijurídica inicial (acción u omisión) sino su permanencia en el tiempo, adquiere importancia el *deber jurídico* de hacer cesar el estado de antijuricidad, el cual se viola con la conducta posterior. "Por esto, -dice RANIERI-, debe sostenerse que la norma que prevé un delito permanente contiene un *precepto doble*, que se reduce a una prohibición (en los delitos permanentes comisivos) o a un mandato de acción (en los delitos permanentes omisivos) y a un mandato de acción o a una prohibición de acciones posteriores, para que se suspenda el estado antijurídico". C. PORTE PETIT, *Apuntamientos*, 1, pp. 388 a 390, Octava edición, Porrúa, 1983; LEONE: *Del reato abituale, continuato e permanente*, p. 392, Napoli, 1933; S. RANIERI: *Manual de Derecho Penal*, I, pp. 327-328, Ed. Témis, Bogotá, 1975, Versión castellana de Jorge GUERRERO a la 4a. edición italiana.

ésta pudiera escapar.

Interesante problema es determinar en qué momento se consuma el delito permanente. Para algunos *el momento consumativo es aquel en que tiene lugar la compresión del bien jurídico*, criterio inaceptable porque desconoce, como afirma LEONE, que la consumación continúa después de iniciada dicha compresión. Otros afirman que tiene lugar *cuando cesa dicha compresión*, pero este criterio olvida que en tal situación el delito ya ha cesado y, por otra parte, resultaría indiferente todo el período anterior a aquel en que se verifica la cesación. Una tercera posición, compartida por nosotros, estima que no hay un momento consumativo sino *un período de consumación* que va desde el inicio de la compresión del bien hasta la cesación de la misma y por tanto en todo ese período el delito se está consumando. De acuerdo con esta teoría no existe un momento, sino *un período consumativo* que abarca tres momentos de ese período: uno inicial que comprende a la compresión del bien jurídico protegido en la ley; uno intermedio: entre la compresión del bien hasta antes de la cesación del estado antijurídico; uno final: cesación de ese estado.²⁰

Hemos abordado la cuestión de precisar si existe o no un período consumativo en el delito permanente en razón de que la solución adoptada resulta de vital importancia para aclarar problemas tan importantes como el de determinar el tiempo y lugar de comisión del delito y, en consecuencia, cuándo empieza a correr el término de la prescripción; la competencia del tribunal que ha de juzgar el caso y, por último, el carácter con el cual interviene un tercero en el delito.

Si afirmamos la existencia de un período consumativo, es indudable que mientras el mismo perdura no corre el término de prescripción de la acción penal, y como el delito se está cometiendo momento a momento, cualquier persona, aun sin mandamiento judicial, puede intervenir haciendo cesar el estado antijurídico mediante la aprehensión del culpable, pues estaríamos en presencia de un *delito flagrante*.

La intervención de un tercero, con posterioridad a la consumación, en el delito instantáneo, integra la figura específica de encubrimiento, salvo que el acuerdo hubiera sido previo, en cuya hipótesis habrá encubrimiento como forma de participación, conforme al artículo 13 fracción VII del Código penal. En el delito permanente dicha intervención, coetánea al período consumativo, no integra la figura típica de encubrimiento, aun cuando se haya ya realizado la acción y la omisión, sino un concurso *eventual* de sujetos o *participación criminal*, pues el delito se estaría cometiendo y en esa virtud se participaría en su consumación. Sobre esta cuestión, SOLER estima: "Por

²⁰ C. PORTE PETIT. *Ob. cit.* P. 392.

ella asumen distinto carácter las participaciones de terceros en las acciones posteriores al acto inicial, pues la que se presta en un delito instantáneo sólo será encubrimiento, mientras que el que participa en un delito permanente, durante la permanencia, participa en la consumación y será coautor o cómplice, según el caso. Por otra parte, en el delito permanente será posible la legítima defensa después del acto inicial de consumación, pues todos *los* momentos subsiguientes son igualmente antijurídicos: en un delito instantáneo, claro está, ello no sería posible".²¹

Al igual que el delito instantáneo, el *delito permanente* se encuentra previsto en la ley, desde las reformas penales de 1983, vigentes a partir del 12 de abril de 1984, adoptándose el criterio de la *consumación*, pues la fracción II del artículo 7º declara: "*El delito es: II. Permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo (...)*", dispositivo que encuentra adecuada complementación en lo dispuesto en el artículo 102 fracción IV del Código Penal, el cual declara: "*Los términos de la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito en sus modalidades, y se contarán: IV. Desde la cesación de la consumación en el delito permanente*", dando con ello solución expresa a los casos prácticos en lo referente a la prescripción de la acción persecutoria y base legal para la adecuada resolución de otros problemas importantes, como los de la sucesión de leyes y de la competencia de los tribunales.

15. DELITOS NECESARIAMENTE PERMANENTES

"Es delito necesariamente permanente *aquel que requiere para su existencia un resultado antijurídico permanente*".²²

Esta clasificación atiende a la naturaleza del delito el cual requiere, en *forma necesaria*, la persistencia del estado antijurídico representado por la compresión del bien jurídico. Tal es el criterio compartido por nosotros con MAGGIORE y PANNAIN: el primero afirma que la permanencia "es necesaria, si la prolongación indefinida de la acción ha sido supuesta por la ley como elemento esencial del delito"²³ y el segundo expresa que en estos delitos "es absolutamente necesaria una actividad, positiva o negativa, prolongada por un tiempo más o menos largo".²⁴

16. DELITOS EVENTUALMENTE PERMANENTES

Contrariamente a lo que sucede en el delito necesariamente permanente, en el *eventualmente permanente*

²¹ *Ob. cit.*, I, p. 276.

²² PORTE PETIT, *ob. cit.*, I, p. 393.

²³ *Ob. cit.*, p. 295.

²⁴ *Manuale di Diritto Penale*, p. 235, Roma, 1952.

no se requiere la permanencia de la consumación, pero ésta puede darse en forma eventual. Son delitos eventualmente permanentes -expresa RANIERI-, aquellos en que no se exige la *persistencia* para que existan, pero si dicha persistencia se verifica se tiene *un solo delito* y no varios en concurso o en continuación, como ocurre en el de usurpación de funciones públicas a que alude el artículo 347 del código italiano.²⁵ ANTOLISEI por su parte, individualiza a los delitos *eventualmente permanente* como aquellos en los cuales la persistencia del estado antijurídico no es esencial, pero si existe no da lugar a una multiplicidad de delitos, sino a un solo delito. En fin, MAGGIORE expone que el delito es eventualmente permanente cuando típicamente instantáneo se prolonga indefinidamente en algunas circunstancias.²⁶

17. DELITOS ALTERNATIVAMENTE PERMANENTES

“Respecto al delito *alternativamente permanente*, PANNAIN recuerda que SABATINI añade la categoría de los delitos alternativamente permanentes, en los cuales se descubre una conducta culpable completamente diversa de la otra, como cuando se trata de raptó, que puede ser *instantáneo* en caso de que el agente ponga en libertad a la persona y *permanente* en caso de que la retenga”.²⁷

Por nuestra parte negamos la existencia de los delitos denominados alternativamente permanentes, pues o bien el delito es por su naturaleza instantáneo y en forma eventual puede convertirse en permanente, o es necesariamente permanente.

18. DELITOS FORMALES Y DE RESULTADO O MATERIALES

Si se tiene presente lo relativo al concepto de resultado, es clara la distinción entre delitos *formales* y de *resultado*, también llamados *materiales*. Esta distinción nacida en Alemania, como consecuencia de la aceptación del concepto naturalístico o material del evento ha sido, en la actualidad, sumamente criticada. Si se acepta que el resultado se identifica con el cambio en el mundo exterior producido por la conducta del sujeto, mutación de carácter material y correspondiente al contenido concreto y determinado del delito, como diría LIEPMANN, indudablemente existen delitos sin resultado material; a éstos se les ha denominado delitos de *simple actividad o formales*; los cuales se agotan con el simple hacer o el omitir del sujeto. Por lo contrario, cuando con relación al modelo legal se hace necesaria una determinada mutación material del mundo externo al agente, se está frente a

²⁵ *Ob. cit.*, I, p. 329.

²⁶ ANTOLISEI, *Ob. cit.*, p. 186; MAGGIORE, *Ob. cit.*, I, p. 295.

²⁷ *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, I, p. 217, edición 1960.

los delitos de *resultado o materiales*. La afiliación a la concepción jurídica o formal hace carecer de importancia la distinción entre delitos formales y materiales, ya que de acuerdo con tal criterio *todos los delitos tienen un resultado*, sea éste jurídico o jurídico y material. No obstante, sigue teniendo aceptación esta clasificación para distinguir las figuras consumadas con la mera actividad de aquellas que han menester de un evento de naturaleza material. En la misma concepción jurídica o formal, el resultado supone siempre una mutación en el mundo valorativo o jurídico, aunque tal transformación pueda, en ocasiones, coincidir con una material dando nacimiento a un delito de resultado; de ahí precisamente el interés de seguir conservando ésta que ha sido considerada ya como una clasificación clásica.

MAGGIORE, al referirse a esta cuestión, afirma que el *delito material* "es el que no se consuma sino al verificarse el resultado material", y *delito formal* "es el que se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado".²⁸ Evidentemente, el hecho de distinguir entre delitos formales y materiales tiene una utilidad práctica dado que, como el propio MAGGIORE argumenta, "en tanto que los delitos materiales admiten la tentativa por desarrollarse a través de un *iter criminis* (un camino del crimen), los delitos formales no la admiten, pues la simple tentativa basta para consumarlos jurídicamente".²⁹

MEZGER coincide con nuestra posición ideológica cuando dice: "En, conexión íntima con el concepto del *resultado* externo se haya la distinción, frecuentemente establecida entre los llamados *delitos de simple actividad* (puros delitos de acción, delitos formales) y los llamados *delitos de resultado* (delitos materiales). En los llamados *delitos de simple actividad* se agota el tipo penal en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un 'resultado externo'... Por lo contrario, en los llamados *delitos de resultado*, el tipo exige, además del movimiento corporal del agente, un resultado externo".³⁰

Como ejemplos de *delitos formales* o de pura actividad encontramos en nuestro Código, entre otros, los siguientes: la *portación de armas prohibidas*, consignado en el artículo 160; algunas hipótesis integrantes de *ataques a las vías generales de comunicación*, previstas en los artículos 166 y 167; la *violación de correspondencia*, enunciado en el artículo 173; la *desobediencia a la autoridad* a que alude el artículo 178; el *quebrantamiento de sellos*, tipificado en el artículo 187; la *posesión ilícita de drogas o sustancias enervantes*, hipótesis integrante de un *delito contra la salud*, recogido por el artículo 195* los *de ataque sexual*, previsto en el artículo 260; de *estupro y violación*, artículo 262 y 265; el *rapto*, antes previsto en el artículo 267, ahora derogado,

²⁸ *Ob. cit.*, p. 294.

²⁹ *Loc. cit.*.

³⁰ *Ob. cit.*, pp. 176 Y 177.

*Contenido en el Código Penal Federal.

pero ubicado actualmente en el artículo 365 bis, dentro del Capítulo Único del Título Vigésimo Primero_ del código penal, denominado "Privación de la libertad y de otras garantías"; las *amenazas*, artículo 282, fracciones I y II; y el de *robo*, artículo 367. Son ejemplos de delitos de resultado o materiales: el de *homicidio*, simple o calificado a que se refieren los artículos 302 y 323; las *lesiones*, artículo 288; los de *infanticidio y aborto*, el primero constitutivo de un homicidio calificado en razón del parentesco o relación, descrito en el artículo 323, al igual que el *parricidio*, en tanto el segundo está previsto en el artículo 329.

19. DELITOS DE PELIGRO Y DELITOS DE DAÑO O DE LESIÓN

CUELLO CALÓN estima como delitos de peligro aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para éstos una situación de peligro, debiendo entenderse por peligro la posibilidad de la producción, más o menos próxima de un resultado perjudicial.³¹ El propio autor afirma que son delitos de lesión "los que consumados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada"³² En México, CASTELLANOS TENA se afilia a los conceptos anteriores.³³

Federico PUIG PEÑA al escribir sobre estos delitos expresa: "Los alemanes a partir de BINDING, distinguen perfectamente los delitos de lesión de los de peligro. De lesión (*Verletzungdelike*), son los que una vez consumados ocasionan un daño directo y efectivo en un bien jurídicamente protegido. Estos son la mayoría de los delitos sancionados en el Código. Los de peligro. (*Gerdrungsdelike*) son aquellos que no causan un daño efectivo y directo en los bienes jurídicamente protegidos, pero crean para los mismos una situación de peligro".³⁴

CAPITULO VIII

EL LUGAR Y EL TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO

SUMARIO

1. La importancia de precisar el lugar y el tiempo de comisión del delito.--2. Su ubicación dentro de la sistemática de la ciencia del Derecho penal.--3. Teorías elaboradas: a) Teoría de la intención; b) Teoría de la actividad; c) Teoría del resultado; d) Teoría del efecto intermedio; e) Teoría unitaria o de la ubicuidad.--4. Lugar y

³¹ *Derecho Penal*, I, pp. 286 Y 287. 12ª edición, Barcelona, 1956

³² *Loc. cit.*

³³ *Lineamientos Elementales de Derecho penal*, p. 137, Ed. Porrúa. 10ª edición. México, 1976.

³⁴ *Derecho Penal*, I, pág. 345. Madrid, 1955.

tiempo en los delitos de omisión.-5. Lugar y tiempo de la tentativa.-6. Lugar y tiempo de comisión en los delitos permanentes y continuados.-7. La prescripción y el tiempo de comisión del delito.

1. LA IMPORTANCIA DE PRECISAR EL LUGAR Y EL TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO

Precisar el *lugar* y el *tiempo* de comisión del delito es relevante para la solución de diversas cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley penal en los ámbitos *espacial* y *temporal*. Sólo así puede saberse cuándo la conducta o el hecho han tenido lugar en el territorio de aplicación de la ley, dando nacimiento a la competencia de los tribunales locales, o bien cuándo la propia conducta o hecho típicos son o no punibles o deben calificarse de antijurídicos o culpables.

Un sujeto "A" dispara su arma, dentro del territorio del Estado de México, sobre un sujeto "B", ubicado en el territorio del Distrito Federal. El propio sujeto "A" envía una carta injuriosa al sujeto "B" radicado en una entidad federativa diversa. ¿Cuándo y en qué lugar se ha consumado el homicidio? ¿En qué sitio y tiempo se ha de estimar inferida la injuria?

Si se tiene presente¹ que en ocasiones no existe coincidencia entre el lugar y tiempo en donde se realiza la conducta y aquellos en los cuales se produce el resultado, surge con evidencia la importancia de determinar *cuándo* y *dónde* ha tenido verificativo el hecho delictuoso. Tal cuestión encuéntrase relacionada con los ámbitos *espacial* y *temporal* de aplicación de la ley penal, mas en ocasiones habrá de influir en la operancia de algún aspecto negativo del delito al permitir el funcionamiento de *causas de justificación*, de *inimputabilidad* o de *inculpabilidad*.

MEZGER señala, respecto a las justificantes, la operancia del consentimiento del ofendido, debiendo entenderse su posible funcionamiento en aquellos casos en los cuales se exterioriza el consentimiento una vez realizada la actividad pero antes de la producción del resultado.² La determinación de la *imputabilidad* y de la *culpabilidad* sólo es posible con referencia al *tiempo* en que tiene lugar la actividad, es decir, con el momento en el cual el agente ha verificado el *movimiento corporal*, debiendo recordarse los casos señalados por el propio MEZGER sobre la decisiva importancia de la *capacidad* existente en el sujeto al realizar la acción y la intrascendencia de la situación de inimputabilidad surgida posteriormente, así como el dolo y la culpa

¹ Véanse, entre otros a CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, p. 307 Y ss. 9ª edición, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 321-322, Madrid, 1955, Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ; JIMÉNEZ DE ASÚA. *La ley y el delito*, p. 237, Editorial Hermes, 2ª edición, Buenos Aires, 1954.

² *Tratado*, I, pp. 321-322.

subsecuente que impiden la punición del hecho por no haber existido coetáneamente al verificarse la actividad.³

CASTELLANOS TENA, al preguntarse si deben o no aplicarse los procedimientos para menores a quienes al realizar la conducta sean menores de dieciocho años, pero mayores por haberlos cumplido, cuando se produce el resultado, está conectando el problema del *tiempo* de ejecución del delito con el de la *imputabilidad* del autor.⁴ Igual interrogante puede plantearse cuando al verificarse la actividad, falta en ella el elemento psíquico del dolo respecto al resultado.

Es por ello que los especialistas destacan la importancia del *lugar* y *tiempo* del delito en la solución de los siguientes problemas:

1. El *lugar*.

a) Para saber con certeza *si el hecho es o no punible* en el territorio en el cual tiene obligatoriedad la ley penal, y

b) Para precisar la *competencia* de los tribunales locales.

2. El *tiempo*.

a) Para dilucidar *si es o no aplicable* la ley vigente;

b) Para *fundamentar*, en su caso, la *antijuridicidad*, la *imputabilidad* o la *culpabilidad* de la conducta o hecho realizados, y

e) Para esclarecer *si ha operado o no la prescripción* de la acción penal.

2. SU UBICACIÓN DENTRO DE LA SISTEMÁTICA DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Dar tratamiento diverso al *lugar* de comisión del delito y al *tiempo* de su consumación implica necesariamente, la ubicación de ambas cuestiones en lugares diferentes de la sistemática de la ciencia penal. Por ello BETTIOL estima a la primera formando parte del capítulo referente a la *aplicación de las leyes penales*, mientras la segunda la considera relacionada con la *sucesión de leyes penales*.⁵

³ *Ob. cit.*, I, p. 330.

⁴ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, p. 162, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

⁵ *Diritto Penale*, pp. 119-120, 3ª edición; Palermo, 1955.

La opinión mayoritaria pretende dar tratamiento *unitario* no sólo al punto de vista adoptado para solucionar el problema relativo al tiempo y lugar de comisión del delito, sino también a su ubicación dentro de la sistemática de la disciplina penal. Convencidos de la certeza del último criterio, hemos abordado el estudio del tiempo y lugar del delito precisamente a continuación de la conducta o hecho, por considerado el sitio correcto de su ubicación.

3. TEORÍAS ELABORADAS

a) *Teoría de la intención*. Pretende determinar el *lugar* de comisión del delito tomando en cuenta, como dice MEZGER,⁶ "la imagen de representación o el querer del sujeto", o sea el lugar donde el agente ha tenido intención de que el delito se produzca, el cual deberá tomarse en cuenta para la aplicación de la pena, excluyéndose todos los lugares no comprendidos por su intención, al no quedar abarcados por su culpabilidad.

b) *Teoría de la actividad*. Para ella es determinante la *acción ejecutada*, el movimiento corporal que exterioriza la voluntad criminal.

La utilidad de esta teoría es manifiesta respecto a la validez *temporal* de la ley penal, pues en ella encuentra plena vigencia el principio *nulla poena sine lege*. Para precisar el *tiempo* de comisión del delito interesa aclarar la "total acción" respecto a la punibilidad de la misma, pues como certeramente estima MEZGER, "no se trata, como ocurría en las cuestiones referentes a la determinación del lugar de la acción, de una conexión externa con ésta, sino de cosas que aparecen en el más estrecho vínculo con la punibilidad misma de la conducta. Por ello puede y debe buscarse aquí la conexión con aquello que es *médula y núcleo de la total acción*, esto es, con la actividad de la propia persona".⁷ La determinación de la imputabilidad y aún de la culpabilidad sólo es posible con referencia al momento en el cual el agente ha realizado su actividad.

c) *Teoría del resultado*. Son *lugar y tiempo* de ejecución del delito, según la teoría, aquellos en los cuales se produce el *resultado material* exigido por el tipo legal.⁸ Esta teoría es inobjetable tratándose de los delitos *materiales* que por su estructura requieren de una mutación en el mundo externo al sujeto, es decir, de un resultado, pues mientras éste no se produzca la simple actividad no consuma el delito. A pesar de ello, la teoría resulta inadecuada tratándose de los delitos de *simple conducta* o resultado puramente jurídico, así como respecto a la tentativa en la cual el proceso ejecutivo exige actividad en uno o varios actos, pero también la no

⁶ *Tratado*, I, p. 326.

⁷ *Ob. cit.*, I, p. 328.

⁸ Sobre el particular consúltense, entre otros, a CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, pp.304 y 305; MEZGER, *Tratado*, I, p. 323; CASTELLANOS TENA, *lineamientos*, p. 162 Y PORTE PETIT, *Apunte; de la Parte General del Derecho Penal*, I, p. 254, edición 1960.

realización del evento por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Igualmente se objeta el criterio adoptado por la teoría respecto de aquellos delitos en los cuales, como aduce PORTE PETIT, se producen *varios* resultados, por el conflicto que surgiría entre diversas jurisdicciones,⁹ o bien por los casos en que *al tiempo de ejecutarse la conducta* el hecho no era delictuoso pero *sí al producirse el resultado*.¹⁰

d) *Teoría del efecto intermedio*. A esta teoría le resulta adecuado, para precisar el lugar de la conducta (acción) el *efecto intermedio* de ella, debiendo entenderse por tal, el resultado inmediato productor de la lesión al bien tutelado; para algunos autores lo interesante es el efecto antijurídico *más próximo* propuesto por la acción. MEZGER, al referirse al anterior criterio, lo considera arbitrario en cuanto pretende excluir "en el proceso de la determinación local de la acción los resultados posteriores, pero pertenecientes aún al tipo".¹¹

e) *Teoría unitaria o de la ubicuidad*. Esta teoría, también, llamada de *conjunto* o *mixta*, pretende resolver la cuestión afirmando que el delito se comete tanto en el *lugar* y *tiempo* en los cuales ha tenido verificativo la actividad, sea en forma total o parcial, como en los que se produce el resultado. Con ello se intenta resolver todos los problemas derivados del *tiempo* y lugar de comisión del delito, tales como ley aplicable, competencia jurisdiccional, prescripción, etc., atendiendo en ocasiones no al total desarrollo de las características típicas del hecho sino a una o varias de ellas, posición seguida en Alemania, entre otros, por BINDING y V. HIPPEL.

En nuestro criterio y reconociendo de antemano la verdad de la afirmación de MEZGER, de que no es posible adoptar una posición general, uniforme para todos los casos, que "sólo es posible presentar soluciones en orden a los diversos problemas concretos",¹² es la teoría unitaria, mixta, de conjunto o de la ubicuidad, la que resulta de más utilidad para precisar el *tiempo* y lugar del delito, al adoptar un criterio ambivalente respecto a la actividad y al resultado. Tal criterio es adoptado por el Código italiano de 1930, en su artículo 6, recogido igualmente por el anteproyecto de Código Penal de 1958 para el Distrito y Territorios Federales, el cual en su artículo 5 declara: "Para todos los efectos penales, se *tendrá por cometido el delito* en el tiempo y lugar en que se realicen la conducta o el hecho o se produzca el resultado".

4. LUGAR Y TIEMPO EN LOS DELITOS DE OMISIÓN

Siendo la omisión *inactividad voluntaria* con violación de un *deber de obrar*, debe estimarse cometido el delito en el lugar y tiempo en que dicho deber era exigible legalmente, debiendo entenderse que, tratándose de

⁹ *Ob. cit.*, I, p. 254.

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ *Tratado*, I, p. 325. En sentido coincidente E. BELING, para quien la teoría del efecto intermedio no resuelve el cuándo y el dónde tiene verificativo la *tentativa* de un delito y los delitos de *pura actividad*, en el caso de que la ley pretenda precisar la cuestión para toda clase de acciones punibles. *Esquema de Derecho Penal*, p. 181, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944. Trad. Sebastián SOLER.

¹² *Ob. cit.*, I, p. 323.

obligaciones cuyo cumplimiento exige un actuar continuado, el delito se comete en *todo tiempo* y en *todo lugar* en los cuales existía dicho deber de obrar.

Expresa MEZGER que cómo la omisión sólo se fundamenta de modo externo y con relación al deber contenido en la norma, la *acción esperada exigida* "es determinante en los problemas del lugar y tiempo de la omisión".¹³ De ahí que la omisión deba entenderse cometida *en todos los lugares y momentos donde el sujeto hubiera debido desplegar una conducta activa*, siendo indiferente el lugar de residencia, salvo que la ley lo exija.¹⁴

Respecto a los delitos de *comisión por omisión*, cuya esencia radica en la violación de dos deberes, uno de obrar y otro de abstenerse, con producción de un resultado *material*, el lugar y tiempo quedarán determinados atendiendo al *resultado exigido por el tipo*. Esta es la solución propuesta por MEZGER, cuando afirma: "Los delitos de comisión por omisión se entienden cometidos además en el lugar *donde* se produce el resultado típico"¹⁵

Celestino PORTE PETIT, resumiendo las posiciones elaboradas por la doctrina, expresa son dos las corrientes que pretenden resolver el tiempo y lugar de la omisión: una de ellas propone idéntico criterio para la omisión simple y la comisión por omisión, mientras la otra establece puntos de vista diversos, diferenciando ambas formas de omisión. La primera adopta, como solución, el lugar y tiempo de la conducta *esperada y exigida*, la segunda distingue entre *omisión simple*, para la cual debe estarse a la conducta esperada y exigida, y la *comisión por omisión*, respecto de la que se acogen dos criterios distintos: uno sosteniendo que el tiempo y el lugar de la comisión son los en donde se produce el *resultado*, mientras el otro, identificando la forma de omisión con la acción misma, afirma que el lugar y tiempo son aquellos en que se realiza la *actividad*.¹⁶

5. LUGAR Y TIEMPO DE LA TENTATIVA

Siendo la tentativa un *principio de ejecución* del delito o la *realización total del proceso ejecutivo*, sin llegar a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, es indudable la eficacia del criterio de la *actividad*, con indiferencia sobre el tiempo y lugar en los cuales se tenía el propósito de producir el resultado. Ahí donde la voluntad criminal encuentra exteriorización, en un acto constitutivo de un *principio de ejecución*, se tiene por realizada la tentativa. MEZGER aclara que "cuando sólo es determinante el movimiento corporal, como en los

¹³ *Ibidem*, p. 331.

¹⁴ MEZGER. *Loc. cit*

¹⁵ *loc. cit*

¹⁶ *Apuntes*, I, p. 255.

problemas en orden al tiempo de la ejecución del delito, decide aquella parte de la actividad del sujeto en la que se halle el principio de ejecución".¹⁷

6. LUGAR Y TIEMPO DE LA COMISIÓN EN LOS DELITOS PERMANENTES Y CONTINUADOS

Al contrario de lo que sucede en los delitos *instantáneos*, en los cuales el tiempo y lugar se determinan de acuerdo con el criterio de la *actividad*, si son formales, o del *resultado* si el tipo exige una determinada mutación material en relación causal con la conducta, en los delitos *permanentes*, cuya naturaleza ha menester de un *período de consumación*, habrán de tomarse en consideración *todos los lugares y momentos* en que se verifique la acción típica constitutiva. En los delitos *continuados* priva idéntico criterio cuando el resultado sea el que venga a consideración debiendo tenerse presente *todos los diversos resultados*.¹⁸

7. LA PRESCRIPCIÓN Y EL TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO

En el código vigente es indudable, según nuestra modesta opinión, el funcionamiento de la teoría *unitaria* para resolver las cuestiones de prescripción. El artículo 102 clara y terminantemente señala que *los términos para la prescripción, de la acción penal serán continuos y se contarán: I. A partir del momento en que, se consumó el delito, si fuere instantáneo; II. A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa; III. Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado; y IV. Desde la cesación de la consumación en el delito permanente*. El precepto revela que no debe estarse únicamente al criterio de la *actividad*, sino también al del *resultado*, cuando éste forma parte integrante del tipo. Se justifica así la expresión, usada por MEZGER: de que sólo la existencia de la *total acción* permitirá que comience a correr el plazo de la prescripción.¹⁹

CAPITULO IX

AUSENCIA DE CONDUCTA

SUMARIO

1. Concepto.-2. Casos de ausencia de conducta.-3. La fuerza irresistible.-4. La fuerza mayor.-5. El sueño.-

¹⁷ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 333.

¹⁸ MEZGER, *ob. cit.*, I, p.331.

¹⁹ *Ibidem*, p. 330.

6. El sonambulismo.-7. El hipnotismo.-8. Los actos reflejos.

1. CONCEPTO

Afiliados a la concepción *analítica* del delito y concluido el examen de la *conducta* o *hecho*, el primero de sus elementos constitutivos, habremos ahora de fijar nuestra atención en su correspondiente aspecto negativo: la *ausencia de conducta o de hecho*.

El *hecho*, por su mayor contenido, comprensivo de la *conducta humana*, de su *resultado* y del *nexo causal* entre una y otro (relación de causalidad), integra comúnmente el término de mayor aceptación. Ya anteriormente hemos explicado la razón del empleo de esta doble terminología (conducta o hecho) para designar a un mismo elemento integral del delito. La ausencia del *hecho* y por ello del delito, surge al faltar cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: a) *ausencia de conducta*; b) *inexistencia del resultado*, y c) *falta de relación causal* entre la acción u omisión, integrantes de la conducta, y el resultado material considerado.

Salta a la vista que de las tres cuestiones propuestas, la primera resulta de esencial interés. La inexistencia del resultado en los delitos materiales y la incomprobación de la relación causal suponen una conducta humana, pero sin ésta no es posible siquiera plantear las hipótesis anteriores.

¿Cuándo el delito es *inexistente* por ausencia de conducta? Habremos primeramente de recordar que ésta, según lo expusimos, consiste en el peculiar comportamiento de un hombre, traducido exteriormente en una *actividad o inactividad voluntarias*. Este concepto comprende las formas en las cuales se puede expresar la conducta: *acción* u *omisión*. En el lugar debido expresamos: "Conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una *actividad o movimiento* corporal, o bien en una *inactividad*, una *abstención*, un *no hacer*; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la *voluntad de ejecutar la acción o de no verificar la actividad esperada*".

La idea expuesta facilita tanto el planteamiento como la solución del problema. Como bien dice, BETTIOL, "la acción consiste ante todo en un movimiento corporal, pero no todo movimiento muscular es una acción".¹ Igual razonamiento cabe hacer respecto a la omisión: ésta consiste en una inactividad, en un no hacer, pero no toda inactividad es una omisión. Si acción y omisión son las formas de la conducta, cabría concluir que no toda

¹ *Diritto Penale*, p. 154, Palermo, 1945.

actividad o inactividad integran una conducta humana, salvo cuando las mismas fueren *voluntarias*. La volición, pues, constituye el elemento o coeficiente psíquico indispensable para integrar una acción o una omisión, es decir, una conducta. El movimiento corporal sin voluntad, como la inactividad involuntaria, no conforman una conducta, considerada tal por el Derecho, pues a la expresión puramente física o material faltaría el *coeficiente* necesario para *atribuir* la acción o la *omisión* a un sujeto y decir que tal conducta "es suya". En síntesis, hay *ausencia de conducta* e imposibilidad de integración del delito, *cuando la acción u omisión son involuntarias*, o para decidir con más propiedad, *cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos la voluntad*.

2. CASOS DE AUSENCIA DE CONDUCTA

La moderna dogmática del delito ha precisado, como indiscutibles casos de ausencia de conducta:

- I. La *vis absoluta*, llamada igualmente *violencia, constreñimiento físico o fuerza irresistible*, y
- II. La *fuerza mayor*

JIMÉNEZ DE ASÚA; pretendiendo reducir a un sistema los auténticos casos de ausencia de conducta, los coloca en las siguientes categorías:

- a) El sueño y el *sonambulismo*, no debiéndose incluir ni la embriaguez del sueño ni el estado crepuscular hípico.
- b) La *sugestión, la hipnosis y la narcosis*.
- c) La *inconsciencia* y los *actos reflejos*, y
- d) La *fuerza irresistible*².

3. LA FUERZA IRRESISTIBLE

La *vis absoluta*, recogida como "excluyente de responsabilidad"³ en el artículo 15 fracción 1 del Código Penal, ha recibido en nuestro medio el nombre de *fuerza física*. En ella, el sujeto productor de la última condición

² *Tratado de Derecho Penal*, III, pp. 606-607, Buenos Aires, 1951. Raúl LÓPEZ GALLO considera como supuestos originantes de ausencia de conducta y de inexistencia del delito: " 1. Constreñimiento físico; 2. Fuerza mayor; 3. Actos reflejos; 4. Impedimento insuperable. y 5. Caso fortuito", *El Caso Fortuito, Aspecto Negativo de la Conducta*, pp. 99 Y 100. México, 1957.

³ Ya CARRANCA y TRUJILLO ha hecho notar lo inapropiado del término "excluyentes de responsabilidad", proponiendo el uso de la expresión "excluyentes de incriminación" que ha encontrado favorable acogida.

en el proceso material de la causalidad, pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su inactividad, es decir, su actuación física pero *no* su *voluntad*; actúa *involuntariamente* impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla. CARRANCÁ y TRUJILLO, reconociendo en la fuerza física una *ausencia de acción* (a pesar de lo cual la clasifica como causa de inimputabilidad, por impedir la imputación del hecho), expresa con claridad y acierto: "El que por virtud de la violencia física que sufre sobre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, sino sólo física; no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; *non agit, sed agitur*, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejercita sobre él la fuerza física. Así, mirando a los criterios clásicos falta la moralidad de la acción; y a los positivistas, es nula la temibilidad del sujeto medio, mientras patente la del sujeto causa. Por ello la acción no existe".⁴

La *vis absoluta* o fuerza irresistible supone, por tanto, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevantes para el Derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en *instrumento* de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse.

El precepto aludido del Código (artículo 15 fracción I) declara: "El delito se excluye cuando: I. *El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente*". Del texto inferimos que la *vis absoluta* tiene como requisitos:

- a) Una *actuación* consistente en una actividad o inactividad *involuntaria*.
- b) Motivada por una *fuerza física, exterior e irresistible*.
- c) Proveniente de *otro hombre que es su causa*.

De estos elementos se desprende una *autonomía psíquica* respecto al *sujeto medio* y al *sujeto impulsor*, pues aquél ha obrado como instrumento de éste, en el orden material, al no haber podido resistir el impulso de la fuerza física puesta consciente y voluntariamente en movimiento.

Raúl LÓPEZ GALLO resume el anterior criterio de la siguiente manera: "Por nuestra parte, suscribimos la opinión según la cual, en el constreñimiento físico, hay ausencia de conducta. No existe evidentemente el nexo psicológico entre el agente y el resultado, como afirman quienes sostienen que hay ausencia de culpabilidad; sin

⁴ *Derecho Penal Mexicano*, II, p. 32. 3ª edición, Robredo, México, 1950.

embargo, es preciso admitir la falta igualmente de la relación psíquica entre el sujeto y su propia conducta, la cual, por tal motivo, no llega a nacer. Por ello acertadamente dice CAVALLO, 'antes de entrar a la consideración del elemento subjetivo, es preciso agotar exhaustivamente el estudio del objetivo'; por esta razón no aceptamos la afirmación de quienes ven, en el constreñimiento físico, una ausencia de culpabilidad pero haciéndola derivar de la falta del elemento objetivo. En nuestra opinión, en este aspecto, no hay punibilidad a consecuencia de la falta de culpabilidad; pero la falta de ésta, a su vez, obedece a la ausencia de conducta (tanto material como jurídicamente relevante); ausencia de conducta que origina inexistencia del hecho y consiguientemente, inexistencia del delito. Reduciendo el pensamiento anterior a un raciocinio perogrullesco, es fácil colegir que, al faltar la conducta no llega a configurarse el elemento objetivo y, por consiguiente, no hay antijuricidad formal, y por ende no hay culpabilidad, ni como postrer corolario, hay punibilidad".⁵

Haciendo crítica respecto a la posición adoptada por algunos autores, de considerar a la *vis absoluta* como causa de exclusión de la punibilidad, valido del argumento anteriormente transcrito, LÓPEZ GALLO remata su argumentación al expresar que no es factible denominar *conducta*, tanto desde el punto de vista jurídico como natural, "al hecho inevitable originado por la constricción física de un tercero", puesto que la conducta es acción u omisión dirigidas "voluntaria y conscientemente a un fin determinado".⁶ La necesaria prelación lógica entre los diversos elementos del delito sería, a nuestro entender, razón suficiente para rebatir el criterio que ve una causa de exclusión de la punibilidad en la fuerza irresistible, pues ello supondría dada la conducta con sus elementos constitutivos y, como ya hemos visto, ésta no se integra por la ausencia de su coeficiente psíquico.

Por su parte, PORTE PETIT pasa revista a los criterios que ven, en la fuerza irresistible, una causa de *inimputabilidad* o bien de *inculpabilidad*. Después de rechazar ambos,⁷ termina por aceptar la postura de quienes, como JIMÉNEZ DE ASÚA y VILLA LOBOS, la consideran un caso de ausencia de conducta.⁸

⁵ *Ob. cit.*, pp., 111 Y 112. La crítica de LÓPEZ GALLO se dirige a destruir las afirmaciones de RANIERI y BETIOL, quienes si inicialmente aciertan, al considerar el constreñimiento físico como un caso de ausencia de conducta, terminan por equivocar el camino, pues mientras el primero deduce que constituye una causa de exclusión del elemento subjetivo del delito, el segundo concluye en considerado una ausencia de culpabilidad, posiciones hermanadas en considerar la exclusión del mismo elemento del delito.

⁶ *Ibidem*, p. 112. Termina LÓPEZ GALLO por señalar, como características del constreñimiento físico: "A. *con relación al sujeto constreñido*: a) Un hecho inevitable; b) Una fuerza física, humana, irresistible; c) Un resultado no atribuible a él; d) Naturaleza objetiva; e) Efecto jurídico: ausencia de su conducta. B. *Con relación al autor del constreñimiento*: a) Una conducta típicamente antijurídica; b) Por consiguiente, el resultado se le atribuye, puesto que es producido por él".

⁷ Argumentando con acierto, precisa PORTE PETIT que *inimputable* es el incapaz de querer y entender, puesto que imputable significa ser *capaz de culpabilidad* y que en la *vis absoluta* no se está frente a una condición psicológica del sujeto, sino, por lo contrario frente a un actuar en calidad de instrumento a virtud de la fuerza irresistible de otro. *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal*, p. 262, México, 1960.

⁸ *Ob. cit.*, p. 263. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en un principio se había debatido en la incertidumbre, incurriendo en contradicciones, ha encontrado a últimas fechas el camino correcto al ubicar la fuerza física como un aspecto negativo de la conducta. Es ilustrativa la tesis que informa el Amparo Directo 5191/48, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, p. 70 del tomo XXI, correspondiente a la Sexta Época, cuyo texto transcribimos: "FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE, COMO EXCLUYENTE. La

4. LA FUERZA MAYOR

En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad *involuntarias* por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. Por tanto, se diferencia de la vis absoluta en que en ésta la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras aquella encuentra su origen en una energía distinta, ya natural o subhumana.

La *involuntariedad* del actuar al impulso de esa fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta y por ello la *fuerza mayor* (vis mayor), como la vis absoluta, conforman casos de inexistencia del delito por *ausencia de conducta*. Si el hacer o el no hacer son *inatribuibles* al sujeto por ausencia de voluntad, no puede integrarse la conducta y tampoco el hecho, siendo en consecuencia imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano exclusivamente físico.

Son múltiples las definiciones dadas sobre la fuerza mayor, PORTE PETIT declara: "Existe la fuerza mayor o *vis mayor*, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad o un cambio en el mundo exterior, por una violencia física irresistible, natural o subhumana".⁹ LÓPEZ GALLO, la define así: "La fuerza mayor es una energía no humana (natural, subhumana o animal), física, irresistible, padecida por un sujeto que se ve arrollado en la producción de un hecho cuyo resultado no es posible atribuir a tal sujeto, por ser patente la ausencia de su conducta."¹⁰ En fin ANTOLISEI precisa: "Por fuerza mayor hay que entender en general toda fuerza externa que, por su poder superior, determine a la persona necesaria e inevitablemente, a realizar un acto positivo o negativo (movimiento corporal o inacción). Es, en una palabra la violencia *irresistible*. En tal caso, como decían los prácticos, el hombre *no agit sel agitur* (no actúa sino que es actuado). Ejemplo: un imprevisto golpe de viento arroja del andamio a un obrero, quien con el peso de su cuerpo mata a un transeúnte".¹¹

Erradamente, a nuestro juicio, algunos autores como BETTIOL,¹² consideran subsistente la acción, aun cuando ponen en claro la existencia de una voluntad viciada al no haberse podido determinar normalmente. Por

fuerza física irresistible suprime la conducta como elemento del delito y por lo tanto éste es inexistente; aquí el sujeto obra, produciendo un resultado ilícito, sin voluntad, sirviendo de simple instrumento a la actuación de una fuerza extraña que le ha servido de impulso y cuyo poder no ha sido vencido."

⁹ *Ob. cit.*, p. 267.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 116.

¹¹ *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 286, Editorial Témis, Bogotá, 1988. Trad. Jorge GUERRERO y Marino AYERRA REDÍN sobre la 8a. edición italiana.

¹² *Derecho Penal. Parte General*, p. 421, Ed. Témis, Bogotá, 1965. Versión castellana de José LEÓN PAGANO, a la cuarta edición italiana.

ello ubican, a la fuerza mayor, como un caso de *ausencia de culpabilidad*.¹³ BETTIOL razona que, en tales casos, el sujeto se ve determinado por una anormal situación en la cual involuntariamente se encontró, de manera que no es posible esperar de él un comportamiento acorde con la norma. Como se ve, BETTIOL encuentra en la inculpabilidad y más concretamente en *la no exigibilidad de otra conducta*, la correcta ubicación de la para nosotros clara ausencia de conducta, destacando su profunda analogía con el estado de necesidad, sin dejar de precisar la diferencia que entre ellas se desprende de los textos de la legislación positiva italiana.¹⁴

5. EL SUEÑO

El sueño, estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos *involuntarios* del sujeto con resultados dañosos. Así, por ejemplo, si una mujer de agitado sueño, al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí por el padre sin conocimiento de aquélla, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, un hacer, mas faltará el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del Derecho. Al no integrarse la conducta, por falta la voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito.¹⁵

A pesar de ello, en el mismo ejemplo, puede surgir responsabilidad culposa si la madre, sabiendo que su hijo recién nacido la acompaña en el lecho y conociendo lo agitado de su sueño, le produce la muerte por sofocación al aplastar su cuerpo sobre él durante un movimiento inconsciente, pues el resultado *no fue previsto*

¹³ Para ANTOLISEI las causas que eliminan el nexos psíquico excluyen tanto el dolo como la culpa, ubicando entre esas causas a la fuerza mayor, junto al constreñimiento físico y a la inconsciencia independiente de la voluntad. Se trata, por tanto, de una causa subjetiva de exclusión del delito. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 285-286.

¹⁴ *Loc. cit.*, p. 312. La *vis maior*, como la *vis absoluta*, encuentra idéntica ubicación dentro de la fracción I del artículo 15 del Código Penal, pues el texto del precepto se refiere exclusivamente a que el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, comprendiendo así tanto la fuerza que se origina en el hombre como en la naturaleza o en los animales.

¹⁵ "El sueño, según el común sentir de los autores de hoy e incluso de los de antaño, destruye la responsabilidad por los actos ejecutados durante él -palabras injuriosas dichas por el durmiente, en caso de un somnoloco, de que habla PESSINA- o por lo que omite. . . Los antiguos escritores --incluso muchos modernos, salvo los alemanes-- veían en el sueño una causa de inimputabilidad. Como acabamos de decir, debe valorarse dogmáticamente como ausencia de acto". *Luis Jiménez de Asúa*, Tratado III, p. 609. JUAN DEL ROSAL razona que cualquier actuación de una persona bajo el imperio del sueño no es una manifestación de voluntad, pues quien duerme carece de conciencia y de voluntad y por ello no realiza una acción: "Estamos ante un supuesto de ausencia de acción. El sueño destruye la responsabilidad criminal, pero en atención a que el individuo no decide libre y espontáneamente, sino que es algo así como un objeto o instrumento de sus propios sueños. . . Ya CARRARA, a propósito del problema del sueño, exponía que 'los actos cometidos durante el sueño, bien que los individuos que están sometidos al misterioso fenómeno del sonambulismo, presenten a primera vista la apariencia de inteligentes, son puramente maquinales, y no están dirigidos por una voluntad racional. Por tal causa todos admiten que al hombre no se le puede atribuir el dolo por lo que hace durante el sueño', Si bien no pase inadvertida la llamada a la confusión de inexistencia de dolo con la acción, cuyas existencias proyectan su eficacia en dimensiones distintas del sistema del delito. Estima que no hay dolo donde no se da en realidad acción, ya que con anterioridad dice que la persona que actúa bajo la proyección del sueño se comporta de una manera maquinal, lo cual da a entender que no existe una acción humana. Por lo que la alusión que hace al término dolo es imperfecta desde el punto de vista sistemático. *Derecho Penal Español* (Lecciones), I, 281, 3ª Edición, Madrid, 1960.

por ella *teniendo obligación de preverlo*, en razón de la naturaleza *previsible y evitable* del hecho, o habiéndolo representado, tuvo la esperanza de su no aparición. Esta cuestión habrá de ser examinada al estudiar las *acciones libres en su cama* (actio libera in causa).

6. EL SONAMBULISMO

El estado sonambólico es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto *deambula dormido*. Hay *movimientos corporales inconscientes* y por ello *involuntarios*.¹⁶

Para JIMÉNEZ DE ASÚA el sonambulismo "es una *enfermedad nerviosa*, o mejor dicho, posiblemente no es más que una *manifestación parcial* de otras neuropatías (como el histerismo) o de epilepsia, según han observado los psiquiatras, como por ejemplo HOCHE y WEYGANDT. Suele encontrarse principalmente en la edad juvenil, y, sobre todo, en la época del desarrollo de la pubertad, siendo frecuente que dure algunos años (...) Los accesos se repiten, a veces, todos los días, en horas determinadas, y van siempre precedidas del sueño. Como pródromos pueden observarse ligeras convulsiones o una rigidez cataléptica de los músculos. Antes de volver a la vigilia, el sonámbulo pasa por un estado de sueño ordinario o por una situación confusional soñolienta, más o menos prolongada".¹⁷

El mismo autor español, tratando de destacar la posibilidad de que un sonámbulo cometa delitos, cita una obra en donde se describe un episodio de interés relatado por BRILLAT SAVARÍN, quien afirma se lo transmitió DOM DUHAGET, prior de la Cartuja de PIERRE-CHATELLE, cuando él lo era en otro lugar: "Había un religioso de humor melancólico que era sonámbulo: 'Una noche --narra el prior-- que no me había acostado a la hora ordinaria, estaba en mi escritorio ocupado en examinar algunos papeles cuando oí abrir la puerta de mi celda, que jamás cerraba con llave, y bien pronto vi entrar al religioso en un estado de absoluto sonambulismo. Tenía los ojos abiertos pero fijos, no vestía otra ropa que la túnica de dormir, y llevaba un gran cuchillo entre las manos. Dirigióse directamente a mi cama, cuya situación conocía, y tanteando con la mano, para comprobar si efectivamente me encontraba allí, descargó tres grandes cuchilladas, tan terribles, que después de haber atravesado las ropas, la hoja penetró profundamente en el colchón, o más bien en la estera que servía de sostén. Cuando pasó ante mí tenía el rostro contraído, las cejas fruncidas. Una vez realizado el acto observé que su cara estaba tranquila, denotando cierto aire de satisfacción'. DOM DUHAGET añade: 'Al día siguiente hice llamar al

¹⁶ En opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA los actos realizados por el sonámbulo son *automáticos*, estando en ellos abolida tanto la conciencia como la voluntad.

¹⁷ *Tratado*, III, pp. 696-697. Ed. Lozada, Buenos Aires, 1965.

sonámbulo y le pregunté sin afectación qué había soñado la noche precedente. Ante esta pregunta se turbó: 'Padre mío --me respondió--, he tenido un sueño tan extraño, que realmente me cuesta trabajo referiroslo; quizá sea obra de un demonio y...' 'Os lo ordeno-- repliqué--. Un sueño es siempre involuntario, sólo es una ilusión; hablad con sinceridad'. 'Padre mío -dijo entonces-, poco tiempo después de haberme acostado soñé que habíais matado a mi madre, que su sombra sangrante se me había aparecido para pedir venganza y que a su vista fui presa de tal furor que corrí como un loco a vuestra habitación y que habiéndoo encontrado en el lecho os habla apuñalado. Poco tiempo después me he despertado bañado en sudor, horrorizado por mi atentado, y en seguida bendije a Dios por no haber cometido tan grave crimen'. 'Pues lo habéis cometido más de lo que pensáis --le dije, con un aspecto serio y tranquilo---'. Entonces le conté lo que había ocurrido y le mostré las señales de las cuchilladas que había creído dirigirme. Ante esto se arrojó a mis pies lagrimeando y gimiendo por la desgracia involuntaria que hubiera podido ocurrir, e implorando la penitencia que creyese debería inflingirle'. El prior no le impuso castigo alguno, por tratarse de 'un hecho involuntario'; pero tomó precauciones: le dispensó de asistir al servicio de noche y dio orden de que la celda de sonámbulo se cerrara después de la cena y sólo se abriera para la hora de asistir a la misa matinal. . ."¹⁸

Cuestión bien diferente es pretender la inexistencia de la conducta cuando el sujeto *conoce* su estado. En este caso el resultado puede serle imputado a título de culpa, por no haber tomado las precauciones necesarias a efecto de que aquél no se produjera, es decir, por no haber previsto lo previsible y evitable, o habiéndolo previsto haber abrigado la esperanza de que no ocurriría.

En general, algunos consideran el sonambulismo comprendido, como causa excluyente de responsabilidad, dentro del artículo 15, fracción VII, del Código, estimándolo como un trastorno mental transitorio, aun cuando, como lo hemos precisado, la ausencia de voluntariedad de los movimientos corporales impiden el nacimiento de la conducta. Se justifica por ello plenamente la afirmación de JIMÉNEZ DE ASÚA, en el sentido de no ser preciso buscar causa taxativa para no imputar el resultado al sujeto que actúa dormido.

7. EL HIPNOTISMO

El hipnotismo constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido totalmente verificada en múltiples experiencias. Consiste esencialmente en *una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial*. Tales manifestaciones pueden ir, desde un simple estado de somnolencia,

¹⁸ *Ídem*, III, p. 697, nota 5 bis.

hasta uno sonambúlico, pasando por diversas *fases* en las cuales se acentúa, en sus características externas, el grado de hipnotismo.

El estado sonambúlico del hipnotizado se identifica por la ausencia del dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hípnic, cuando se despierta de él. "Durante el sueño hípnic el sujeto, animado de vida ajena, obra por mandato del hipnotizador. Puede ocurrir que también obre por sugestión post-hipnótica, y ya en estado de vigilia".¹⁹

Se discute aún si en estado hipnótico se pueden realizar o no las órdenes dadas por el hipnotizador. Las opiniones se dividieron inicialmente en las corrientes representadas por:

a) La *Escuela de Nancy*, la cual sostiene la posibilidad de ejecución de los actos ordenados, bastando repetir e insistir en ello por parte del hipnotizador, con lo que se aumenta el grado de sugestión en el hipnotizado. Esto origina, de parte del sujeto en estado hípnic, un actuar verdaderamente *automático, involuntario*, impidente de la integración de la conducta.

b) La *Escuela de París*, que en posición opuesta sostiene la inexistencia de verdaderos actos automáticos por el hipnotizado, pues éste conserva capacidad de resistencia a las órdenes dadas por el hipnotizador, de tal manera que desacatará la orden si así lo desea.

e) La *Escuela ecléctica o intermedia*, para la que los sujetos en estado hipnótico pueden ordinariamente resistirse a ejecutar lo ordenado, pero en ocasiones excepcionales no, obrando en esta última situación por automatismo, fenómeno dado solamente en individuos de notoria debilidad mental y proclives al delito.

En síntesis, el hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador. La exclusión del delito se apoya en la ausencia de conducta (acción) y en la hipótesis de causación de daños por el hipnotizado, a virtud del mandato impuesto por el hipnotizador, la responsabilidad de éste surge como *autor mediato*, por no ser aquél sino un mero instrumento de éste, a través de la sugestión hipnótica. En todo caso, la operancia del mandato impuesto en el sueño hipnótico, depende de la persona hipnotizada y de la resistencia que oponga o de la obediencia que preste a la orden transmitida.^{19 bis}

¹⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, *ob.cit.*, II, p. 51.

^{19 bis} Para ALFREDO ETCHEBERRY el hipnotismo constituye una causa de *Inimputabilidad* porque el sujeto se encuentra privado temporalmente de la razón, esto es, de la capacidad de discernir. "Suele discutirse --explica-- si el hipnotizado puede o no ser obligado por el hipnotizador a realizar actos que pugnen con sus convicciones o principios morales. Pero, sea cual fuere la respuesta, demostrada la existencia del estado hipnótico debe concluirse que el paciente obró privado de razón, y la responsabilidad criminal, en su caso, recaerá sobre el hipnotizador. Si el paciente se ha hecho hipnotizar ex-profeso para cometer delito, surge el problema de las *acciones liberae in causa*". *Derecho Penal*, I, p. 266. 2ª Edición, Santiago de Chile, 1965. Consecuente con su concepto de acción, como

8. LOS ACTOS REFLEJOS

Estos son -al decir de MEZGER-, "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento".²⁰ En los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación

- 1.- ¿Qué se entiende por hecho?
- 2.- ¿Qué se entiende por conducta?
- 3.- Señala los elementos de la conducta.
- 4.- Señala los elementos del hecho.
- 5.- Explica brevemente las formas que puede adoptar la conducta.
- 6.- Para el causalismo ¿cómo se entiende la acción?
- 7.- ¿Cómo concibe el finalismo a la acción?
- 8.- ¿Qué se entiende por acción y señala sus elementos?
- 9.- ¿Qué se entiende por omisión y señala sus elementos?
- 10.- ¿Qué se entiende por omisión impropia?
- 11.- ¿Qué diferencias hay entre la omisión simple y comisión por omisión?
- 12.- Indica la clasificación del delito en orden a la conducta
- 13.- ¿En qué consisten los delitos doblemente omisivos?

expresión de la personalidad del agente, CLAUS ROXIN admite que "la causación psíquica por sí sola, como p. ej. los movimientos causados por sueños de alguien que duerme, aún no da lugar a una acción; pues como esos movimientos, aunque determinados psíquicamente, no muestran la menor relación con el mundo circundante, no entran en el mundo real como fenómenos de manifestación de la personalidad. Por otra parte, en los estados hipnóticos o poshipnóticos, coincidiendo con la opinión actualmente dominante, había que afirmar la cualidad de acción en los mismos, pues los hechos cometidos en esos estados son transmitidos psíquicamente y adoptados al mundo circundante. Como quiera que la ejecución de las ordenes hipnóticas choca con una 'barrera de carácter' en la persona influida, de tal modo que las acciones extrañas a la personalidad -p. ej. en la sugestión de un delito tampoco son ejecutadas por el hipnotizado, su atribución a la esfera de la personalidad es posible con independencia de la problemática de la conciencia (aunque naturalmente es distinta la cuestión de la responsabilidad)".

²⁰ *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 215-216, Madrid, 1955. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ.

- 14.- ¿En qué consisten los delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes?
- 15.- ¿En qué consisten los delitos habituales?
- 16.- ¿Cómo se clasifican los delitos en orden al resultado y explícalos brevemente?
- 17.- Explica brevemente el porque de la importancia de precisar el lugar y el tiempo de la comisión del delito.
- 18.- ¿Cuándo hay ausencia de conducta?
- 19.- Explica brevemente los casos de ausencia de conducta.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Arellena, Marco Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México 1999.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México 2002.

Dentro de esta unidad encontrarás información referente a la esencia del tipo y sus elementos generales y especiales, para que puedas entender la clasificación de los delitos en orden al tipo.

En un segundo momento encontrarás información del tipo de injusta del hecho imprudente y la ausencia del tipo.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 8.1. Realiza las lecturas correspondientes a la unidad.
- 8.2. Elabora un cuadro sinóptico en referencia al TIPO, en cuanto a su concepto, sus elementos generales y especiales, y la clasificación de los delitos en orden al tipo.
- 8.3. Elabora un escrito donde expliques el tipo de injusta del hecho imprudente y la ausencia del tipo.

Objetivo particular:

Analizar la esencia del tipo, sus elementos generales y especiales; así como la ausencia del tipo.

CONTENIDOS

- 8.1. El tipo.
- 8.2. Concepto.
- 8.3. Elementos generales.
- 8.4. Elementos especiales.
- 8.5. Clasificación de los delitos en orden al tipo.
- 8.6. El tipo de injusticia del hecho imprudente.
- 8.7. Ausencia del tipo.

8. A. PORTE Petit, Candaudap Celestino
Apuntamientos de la parte general del derecho penal
19ª ed.
Editorial Porrúa. México, 2001
Págs. 335-366.

CAPÍTULO XX EL TIPO

SUMARIO

1. El tipo como presupuesto general del delito.-2. Su concepto.-3. Jurisprudencia.-4. Teoría de la "pura coordinación".-5. Análisis de la teoría beligniana.-6. El tipo como función indiciaria de la antijuridicidad (teoría del indicio).-7. El tipo como *ratio essendi* de la antijuridicidad (teoría de la identidad o de la superación).-8. La antijuridicidad como *ratio essendi* del tipo.-9. El tipo como elemento de concreción y de conocimiento.-10. Opinión nuestra. Fase "destructiva".

1. El tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: *nullum crimen sine typo*.

2. Consideramos de especial importancia los conceptos emitidos sobre el tipo por Antolisei,¹ Jiménez de Asúa,² Maurach³ y Mezger.⁴

El contenido del tipo puede ser meramente material o material y normativo; conjuntamente material, normativo y subjetivo, o bien, material y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción material, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.

3. La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice, que "el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena".⁵ En otra ejecutoria se establece, que "bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización

¹ *El análisis del delito*, p. 51. Anales de Jurisprudencia. México, 1954.

² *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 654. Buenos Aires, 1962; p. 745, 2ª, ed. 1958, tomo III.

³ *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 262, 267 Y 268. Barcelona, 1962.

⁴ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 352. 2ª. edición. Madrid, 1946.

⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, CXIX, p. 2887. Cfr.: *Semanario Judicial de la Federación*, XVI, p. 257. Sexta Época. Segunda Parte.

va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse".⁶

4. De acuerdo con la prelación lógica en el delito, primeramente debe existir una conducta o hecho, y después la adecuación o conformidad al tipo. En consecuencia, ha de estudiarse con posterioridad de la conducta o hecho, la tipicidad y su aspecto negativo. Así Maurach expresa que en una exposición del delito que sirva a las necesidades prácticas, corresponde, pues, a continuación de la acción, estudiar la Teoría del Tipo.⁷

Según con la teoría de Beling, llamada de la "pura coordinación", se concibe al tipo como meramente objetivo o descriptivo.

5. La doctrina del delito-tipo formulada por Beling, como es natural, ha provocado numerosas adhesiones así como acervas críticas, tanto con referencia a su formulación de 1906, como la última de 1930.

Entre las opiniones favorables vamos a, referimos a la de Mezger, Ballvé, Pallise y Jiménez de Asúa. El primero observa, que el gran mérito de Beling constituye el haber despertado la atención respecto a esta importante figura del genuino tipo penal, que reviste una importancia básica en todo el sistema.⁸ El segundo indica, que hasta Beling no se había conseguido construir una dogmática del delito que constituyera una unidad orgánica,⁹ y finalmente Jiménez de Asúa, puntualiza que independientemente del papel que se asigne a la tipicidad no puede negarse, ni aun discutirse, su significación decisiva en la teoría jurídica del delito, y quienes tratan de negarla inciden en el más voluminoso error.¹⁰

Se refieren a la doctrina de Beling, entre otros, Maurach,¹¹ Antolisei,¹² Florian¹³ y Bettiol, considerando este último autor, que prescindiendo de toda discusión prolija acerca de la utilidad del dualismo de la mencionada teoría, a su modesto juicio no realiza desde el punto de vista metodológico un paso hacia adelante, ya que no permite sistematizar, de acuerdo con un esquema mejor, los elementos esenciales a la noción del delito,

⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, CXIX, p. 2884. *Semanario Judicial de la Federación*, XVI, p. 257. Sexta Época. Segunda Parte; CXXXI, p. 121. 5ª Época.

⁷ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 249. Barcelona, 1962.

⁸ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 352, 2ª edición. Madrid, 1946.

⁹ *Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito*, p. 111. México, 1951.

¹⁰ *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 684, año 1951.

¹¹ *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 271-272. Barcelona, 1962.

¹² *El estudio analítico del delito*, p. 55. Traducción de Franco Guzmán. Editorial Anales de Jurisprudencia. México, 1954.

¹³ *Parte General del Derecho Penal*, I, p. 382. La Habana, 1929.

subrayando, que la tripartición entre hecho, antijuridicidad y culpabilidad, ya enunciada en la "doctrina del delito" permanece inalterada, y si se agrega la distinción entre tipo de delito y cuadro dominante del mismo, las nuevas argumentaciones se toman sutiles pero poco fructuosas, y finaliza destacando, que por el hecho de que toda cuestión de Derecho Penal deba ser resuelta con referencia al *leitbild* de un tipo autónomo de delito, puede presentar el peligro de la inutilidad de la parte general del derecho penal.¹⁴

Nos dice Florían, que "esta doctrina del tipo (*tipicidad*) o conformidad con el contenido del acto punible, no hace más que revestir de muchas sutilezas y abstracciones un concepto tan simple, como es el de que un hecho para ser punible debe exactamente corresponder a alguna figura delictuosa descrita en el sistema del derecho vigente".^{14*}

6. La fase a que nos hemos referido, de Beling, se llama de "la independencia", o de la "pura coordinación", señalándose además, en la doctrina, las fases del "carácter indiciario", "del indicio" o de la "*ratiocognoscendi*"; la del tipo como "*ratio essendi* de la antijuridicidad", teoría "de la identidad" o "de la superación"; la antijuridicidad como *ratio essendi* del tipo"; la "del tipo como elemento de concreción y de conocimiento", y por último, la "fase destructiva".

La tesis del indicio, es sostenida por Mayer,¹⁵ que atribuye al *tipo* penal, un valor indiciario de antijuridicidad, o sea, que toda conducta que se ha conformado a un tipo, debe estimarse presuncionalmente antijurídica. Así piensan entre otros, Antolisei, cuando escribe, que el *tatbestand*, es la base del conocimiento (*ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad; en forma más simple, la conformidad al tipo, es un indicio de la ilicitud.¹⁶ Por su parte, Jiménez de Asúa considera que la tipicidad no es *ratio essendi* de la antijuridicidad sino, más bien, un indicio de ella, como M. E. Mayer expuso con acierto, o a lo sumo, función de concretización y de conocimiento de la antijuridicidad a los efectos penales.¹⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado el criterio de Mayer al sostener, que "el tipo delictivo es indicio de antijuridicidad, mas no fundamento de la culpabilidad".¹⁸ En otra ocasión ha sostenido, que "es bien sabido, que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se haga

¹⁴ *Revista italiana di Diritto Penale*, pp. 525 a 530. Tomo X. Padova, 1932.

^{14*} *Parte General del Derecho Penal*, I, p. 382. La Habana, 1929.

¹⁵ Considera Antón Oneca, que la teoría de la *ratio cognoscendi*, es un tránsito a la de Mezger. *Derecho Penal*, I, p. 186. Madrid, 1949.

¹⁶ *El estudio analítico del delito*, p. 41. Ed. Anales de Jurisprudencia. México, 1954.

¹⁷ *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 770. 2ª edición. 1958. Para Antón Oneca, la tipicidad y la antijuridicidad de acuerdo con la tesis de Max Ernest Mayer, estarían en relación como el humo y el fuego. *Derecho Penal*, I, p. 186. Madrid, 1949.

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXXIII, p. 103. 6ª Época.

una consecuencia jurídica; o, en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en los preceptos que lo definen y sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio, más no fundamento de la culpabilidad". (*Semanario Judicial de la Federación*, CCXXIX p. 535, 5ª Época).

Anticipándonos, debemos observar, que no es posible aceptar la tesis de Mayer, porque como veremos más adelante, no es exacto que toda conducta o hecho que se adecúe al tipo, es presuncionalmente antijurídica, habida cuenta de que la conducta es ilícita o lícita desde su nacimiento, pues de otra manera, habría que admitir que de acuerdo con la *ratio cognosendi*, al no existir una causa de licitud, la conducta se mantendría presuncionalmente antijurídica.

7. Esta tesis consiste en que el tipo es la *ratio essendi* de la antijuridicidad; fase que Puig Peña denomina de la superación.¹⁹ Como es natural, Mezger piensa que "un paso adelante dan aquellos escritores que conciben el tipo por lo menos como indicio, como fundamento cognitivo (aunque no como fundamento real), como *ratio cognosendi* (aunque no como *ratio essendi*) de la antijuridicidad de la conducta";²⁰ que los adversarios de la tesis aquí defendida, que sólo ven en el tipo penal un indicio, no el fundamento real de la antijuridicidad de la conducta, desconocen la significación verdadera del acto legislativo por el que surgen las leyes penales".²¹

Ahora bien, ¿cuál es la posición del autor alemán? Mezger, al hablar del tipo como fundamento de la antijuridicidad, expresa, que el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto;²² que el tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico, posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción; que es fundamento real y de validez (*ratio essendi* de la antijuridicidad), aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto, pues si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.²³

8. Este criterio es el sustentado por Blasco y Fernández de Moreda, en el sentido de que no sólo no es la tipicidad la *ratio essendi* de la antijuridicidad, sino que muy al contrario, es en la antijuridicidad donde hay que buscar

¹⁹ *Derecho Penal*, I, p. 262. Madrid, 1955.

²⁰ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 362, 2ª edición. Madrid, 1946.

²¹ *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 364-365, 2ª edición. Madrid, 1946.

²² *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 361, 2ª edición. Madrid, 1949.

²³ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 362, 2ª edición. Madrid, 1946.

la *ratio essendi* de la tipicidad,²⁴ ya que si una determinada conducta humana, llega a ser tipificada en las disposiciones penales, lo es porque la misma se reputa en la generalidad de los casos, es decir, cuando no concurren otros motivos justificantes de ella, como tan gravemente antijurídica en cuanto contraria a las normas de cultura en que el Estado encuentra su base jurídica, y conforme a las cuales orienta su función creadora del Derecho, que no halla medio más útil el legislador, para defender dichas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende, sujeta a la sanción penal.²⁵

9. La fase del tipo como elemento de concreción y de conocimiento, es sostenida por José Arturo Rodríguez Muñoz;²⁶ teoría que comentada por Puig Peña, ha dado lugar a que éste exprese: De acuerdo con ella, "el famoso elemento tiene una misión más modesta: de concreción y de conocimiento. De concreción, cuando existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento cuando, coincidiendo temporalmente (uno acto) la aparición de la antijuridicidad y el tipo, este último es indispensable al conocimiento de la primera,²⁷ agregando, que realmente con esta tesis, vuelve a ser este elemento del delito algo puramente descriptivo -determinativo- ya que su único papel es expresarnos que porción de la antijuridicidad debe ser sancionada con una pena.²⁸

10. Analizando las tesis de Mayer y de Mezger, encontramos:

De acuerdo con Mayer, debe existir:

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

Conforme a Mezger:

- a) Una conducta antijurídica,

²⁴ Si se admite, expresa el mismo Blasco y Fernández de Moreda, que la antijuridicidad, es la base de la tipicidad, es decir, su antecedente, fuera absurdo pensar en la identidad del antecedente, del antecedente con la consecuencia. La tipicidad, la antijuridicidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnica jurídica. *Criminalia*, IX, p. 444.

²⁵ Un gran maestro del Derecho. *Criminalia*, IX, p. 216. Por su parte, Jiménez Huerta, admite "que la antijuridicidad es la verdadera *ratio essendi* de la tipicidad". *La Tipicidad*, p. 33, nota 30. En otro lugar sostiene que "desde el punto de vista del fundamento del acto legislativo por el que surge el tipo penal, esto es, de su proceso formativo, la antijuridicidad es *ratio essendi* de la tipicidad; pero si contemplamos la cuestión una vez terminado el proceso formativo de la ley, con la vista fija en los tipos penales que integran el catálogo de tipos delictivos que constituye la parte especial de un Código Penal, resulta indudable que como certeramente afirma Mayer, la tipicidad es indicio, fundamento de cognición o *ratio cognocendi* de la antijuridicidad". *La tipicidad*, p. 34. nota 30. México, 1955.

²⁶ Problemas de la teoría del delito, valor funcional de la tipicidad. *Revista de Derecho Público*, pp. 150 y ss.

²⁷ *Derecho Penal*, I, p. 263. Madrid, 1955.

²⁸ *Derecho Penal*, I, p. 263, nota 6. Madrid, 1955.

b) A no ser que exista una causa de justificación.

Consideramos nosotros que, como el tipo existe previamente a la realización de la conducta, e igualmente preexisten las hipótesis del aspecto negativo de la antijuridicidad o sean, las causas de licitud, la conducta realizada, será antijurídica o lícita, tan pronto se conforme al tipo descrito por la ley: Es decir, la conducta será típicamente antijurídica o típicamente lícita, pues no puede negarse que desde que nace el elemento objetivo y se adecúa al tipo, la conducta típica es lícita o ilícita *nullum crimen sine previa lege penale* y estableciendo el bárbaro sistema de la analogía".²⁹

11. Con relación a la fase "destructiva", nos expone Ballvé Pallise, que "aparece cuando el nacional-socialismo arroja la careta, cuando la Memoria del Ministerio de Justicia prusiano de 1933 sobre la reforma penal nacional-socialista la basa sobre el postulado de que debe pensarse la voluntad y no la acción y cuando el lacayo Georg Dahm afirma que distinguir la antijuridicidad de la tipicidad es atentar a la idea misma del Derecho Penal, quedando con ello, repudiada abiertamente la gran conquista de la civilización.

CAPÍTULO XXI

ELEMENTOS DEL TIPO

SUMARIO

1. Presupuesto del delito.-2. Elemento material.-3. Modalidades de la conducta: a) Referencias temporales. b) Referencias espaciales. c) Exigencia en cuanto a los medios. d) Elementos del juicio cognitivo. e) Elementos normativos. f) Elementos subjetivos del injusto-4. Sujeto activo: a) Concepto. b) Clasificación del sujeto activo en cuanto a la calidad. c) Legislación positiva. d) Delito especial en sentido amplio. e) Delitos de propia mano. f) Diferencias entre el delito propio o especial y el delito de propia mano.-5. Clasificación del sujeto activo en cuanto al número.-6. Sujeto pasivo.-7. Objeto jurídico-8. Objeto material.

El tipo como se demuestra posteriormente, está compuesto de varios elementos, que estudiaremos en forma separada.

²⁹ La Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito, p. 27. México, 1951.

Para Heinrich Jescheck, "los pilares básicos del tipo son el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción, cada uno adornado de los demás elementos que los caracterizan de forma más precisa". (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, volumen primero, p. 350. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1981).

1. En primer lugar forma parte del tipo, el presupuesto del delito, originando su ausencia, una atipicidad.
2. La doctrina se refiere a elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo:

a) "Estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos «objetivos», fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva".¹

b) "Estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente del autor".²

Forma parte del tipo, el elemento material, que está constituido por la conducta o el hecho, originándose los delitos de mera conducta o los de resultado material.

3. Igualmente forman parte del tipo, las modalidades de la conducta: referencias de tiempo, lugar, "referencia legal a otro hecho punible" o "referencia de otra índole, exigida por el tipo", y los medios empleados.

Hay que observar que generalmente el tipo no contiene referencias de la conducta y por tanto, de existir son irrelevantes para la existencia de la tipicidad, por no ser exigidas. Por ello, Jiménez de Asúa, expresa, que "podemos decir que, en principio y en la mayor parte de los casos, las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un tipo legal".³ Pero como hemos indicado, el tipo puede requerir las referencias a que hemos hecho alusión. En consecuencia, debemos hacer relación a cada una de ellas:

¹ Mezger. *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 372. Madrid, 1946.

Expresa Jescheck, que "los elementos descriptivos (por Ej., «persona» en el párrafo 212; «menor de 14 años» en el párrafo 176; «matar en el párrafo 212) permiten una vinculación relativamente estricta del juez a la ley, porque el contenido lógico de esos elementos se deriva directamente de la intuición, de la experiencia o de otros criterios fácilmente constatables". (*Tratado de Derecho Penal*, I, p. 175. Bosch. Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1981).

² Mezger. *Tratado de Derecho Penal*, '1, p. 372., Madrid, 1946. Cfr., "Del mismo autor: *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte General*, pp. 146-147. Buenos Aires, 1958.

³ *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 807, 2ª ed. Buenos Aires, 1958; III, p. 707, 1951.

Mezger por su parte expone: "que las modalidades de la acción, esto es, sus referencias temporales y espaciales, los medios empleados para la consecución del resultado último, la referencia a otro hecho punible, etc., no interesan en el principio a la ley y ni influyen, por tanto en la existencia o ausencia de la tipicidad". *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 369. Madrid, 1946.

a) Referencias temporales. En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la tipicidad. Por ello, expresa Mezger, que la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusivamente típicos, y por tanto, no caerá bajo el tipo, la ejecución en tiempo distinto del que se señala en la ley."⁴

El Código Penal Mexicano hace alusión a referencias temporales, en los artículos 123-IV (Destruya o quite dolosamente las señales que marcan los límites del territorio nacional, ,o haga que se confundan, siempre que ello origine conflicto a la República, o ésta se halle en estado de guerra); VI (Tenga, en tiempos de paz o de guerra, relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjero o le de instrucciones, información o consejos, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior); VII (Proporcione dolosamente, y sin autorización, en tiempos de paz o de guerra, a persona, grupo o gobierno extranjeros, documentos, instrucciones o datos de establecimientos o de posibles actividades militares); XV (Cometa, declarada la guerra o rotas las hostilidades, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje o conspiración); 127 (Se aplicará la pena de prisión de cinco a veinte años y multa hasta de cincuenta mil pesos al extranjero que en tiempo de paz, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior, tenga relación o inteligencia. con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos. La misma pena se impondrá al extranjero que en tiempo de paz proporcione; sin autorización a persona, grupo o gobierno extranjero, documentos, instrucciones o cualquier dato de establecimientos o de posibles .actividades militares. Se aplicará la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al extranjero que, declarada la guerra o rotas las hostilidades contra México, tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información, instrucciones o documentos o cualquier ayuda que en alguna forma perjudique o pueda perjudicar a la Nación mexicana); 136 (A los funcionarios o agentes del Gobierno y a los rebeldes que después del combate causen directamente o por medio de órdenes, la muerte a los prisioneros, se les aplicará pena de prisión de quince a treinta años y multa de diez a veinte mil pesos); 137 (Cuando durante una rebelión se cometan los delitos de homicidio, robo, secuestro, despojo, incendio, saqueo u otros delitos, se aplicarán las reglas del concurso. Los rebeldes no son responsables de los homicidios ni de las lesiones inferidas en el acto de un combate, pero de los que se causen fuera del mismo, serán responsables tanto el que los mande como el que los permita y los que inmediatamente los ejecuten); 138 (No se aplicará pena a los que depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubiesen cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo anterior); 189 (Al que cometa un delito en contra de un funcionario público o agente de la. autoridad en el acto de ejercer sus funciones o con motivo de ellas. . .); 214-II

⁴ Tratado de Derecho Penal, I, p. 3611. Madrid, 1946.

(Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido); 215-II (Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere...); 227 (Las disposiciones...cuando en el ejercicio de su encargo ejecuten los hechos o incurran en las omisiones expresadas en .los propios artículos); 289 (Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se... Si tardare en sanar más de quince días se le impondrá); 248 (El testigo, perito o intérprete que... antes de que se pronuncie sentencia en la instancia en que las diere...); 250-III (Al extranjero... y después de vencido el plazo que aquélla le hubiere concedido); 360-1 (Si el ofendido ha muerto y la injuria, la difamación o la calumnia fueren posteriores a su fallecimiento, sólo se podrá proceder en virtud. de queja del cónyuge, de los ascendientes, de los descendientes o de los hermanos) y 364-1: Al particular que fuera de los casos previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días. Si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, la pena será de un mes más por cada día.

b) Referencias espaciales. Del mismo modo, el tipo puede demandar una referencia espacial, o sea de lugar. Mezger, a este respecto anota, que "esto quiere decir, que la ley fija exclusivamente como típicos determinados medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar no cae bajo el tipo".⁵ Por tanto, es necesario para que exista la tipicidad, que concurren estas notas locales, exigidas por el tipo.

El Código Penal contiene referencias espaciales en los artículos 166-III (Al que, para detener los vehículos y en un camino público...), V (Al que inundare en todo o en parte un camino público...); 273 (Se aplicará prisión... en el domicilio conyugal.. .); 342 (Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia...); 287 (Si los salteadores atacaren una población, se aplicarán...); 285 (Se impondrán... a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada); 286 (Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona); 381 bis (Sin perjuicio... al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose... En los mismos términos se sancionará al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública...; o al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas...); 397-1 (Se impondrá... de un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona), IV (Se impondrán... de bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos); 364-1 (Al... otro en una cárcel privada o en...); 381-1 (Cuando se cometa el delito en lugar cerrado), III (Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen, los cometa en,- la casa donde reciben

⁵ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 369. Madrid, 1946.

hospitalidad, obsequio o agasajo), V (Cuando lo cometan... en los lugares en que prestan sus servicios al público...), IV (Cuando, lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero, contra, sus dependientes o domésticos o contra cualquiera otra persona), VI (Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que, habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina, bodega u otros lugares a que tengan libre entrada por el carácter indicado); 343 (Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño...); 366-IV (Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario); 146-11 (Los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata); 242-II (Al que falsifique en la República los sellos, punzones o marcas de una nación extranjera).

c) Exigencia en cuanto a los medios. Los tipos en numerosos casos exigen determinados medios, originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados" o "limitados"; y ello quiere decir, que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exige el tipo correspondiente. De aquí que Mezger exprese que por delitos con medios legalmente determinados debemos entender aquéllos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina.⁶

Ahora bien, el medio exigido por el tipo, da lugar a consecuencias diversas que la doctrina se ha encargado de precisar⁷

d) Elementos del juicio cognitivo. Ahora bien, el propio Mezger, coloca entre los elementos típicos descriptivos⁷⁺ y los, puros normativos, a los elementos del juicio cognitivo, considerando que se trata de características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a: los conocimientos que ésta proporciona.⁸

e) Elementos normativos.⁹ Los elementos normativos son de dos clases:

⁶ *Tratado de Derecho Penal, I*, p. 369, 2ª ed. Madrid, 1946.

⁷ Cfr.: la bien fundamentada exposición sobre este tema, de Jiménez de Asúa, en su *Tratado de Derecho Penal*, III, pp. 810-817, 2ª ed. Buenos Aires, 1958.

⁷⁺ Elemento descriptivo, nos dice Bacigalupo, es aquel que el autor puede conocer a través de sus sentidos. *Lineamientos de la Teoría del delito*, p. 39, Buenos Aires, 1974

⁸ *Tratado de Derecho Penal, I*, p. 374. Madrid, 1946.

⁹ Jiménez de Asúa considera que contienen elementos normativos los artículos 125-IV, 173-I y II, 178, 179, 192, 194, 210, 212, 214-II, III, IV y X, 225-V, 226-II, 229, 230, 233, 245-III, 254-I Y III, 225-V, 257, 260, 280, 285, 342, 364, 367, 368-II y 386 del Código Penal mexicano de 1931. *Códigos Penales Iberoamericanos. Estudio de Legislación Comparada*, I, pp. 247-250. Caracas, 1946. III, pp. 782-784, año 1951. *Tratado de Derecho Penal*, III, pp. 901-903, 2ª edición. Buenos Aires. 1958. Los elementos normativos, son, nos dice Bacigalupo, los contenidos en una descripción de la conducta prohibida, que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captados un acto de valoración. *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 39. Buenos Aires, 1974.

- a) Elementos con valoración jurídica.
- b) Elementos con valoración cultural.

a) Existen estos elementos con valoración jurídica, cuando la ley dice por ejemplo "cosa ajena" (Art. 367); "funcionario" (Art. 189); "servidor público" (Arts. 212, 214, 215, etc.); "documento público" (Art. 243); "documento privado" (Art. 243); "bien mueble" (Art. 367); "derecho real" (Art. 395).

b) Estamos frente a un elemento normativo con valoración cultural, cuando el Código expresa "acto sexual" (art. 260), "ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres" (Cap. 1 del Tít. octavo), ,etc.

f) Elementos subjetivos del injusto. En fin, la doctrina hace hincapié en los elementos subjetivos del injusto, que consisten en "características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor".¹⁰

A este respecto nos dice Sainz Cantero, que "lo que en definitiva ocurre es que en tales casos la 'conducta no será típica por no ser antijurídica, por lo que pone de manifiesto la íntima conexión que existe entre tipicidad y antijuridicidad. Este es el caso del ánimo de lucrarse del tipo descrito en el Artículo 514, 19 del Código Penal". (*Lecciones de Derecho Penal*, n, p. 306. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982).

4. a) Concepto. El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquél, debiéndose entender por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice.

b) Clasificación del sujeto activo en cuanto a la calidad. El sujeto activo puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito general, común o indiferente; pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales¹¹ o exclusivos.¹² Esto quiere decir, que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo, con relación. a aquel sujeto que no tiene dicha calidad exigida; concepto de delito especial que posee a decir de Mezger destacada significación práctica en la teoría de la codelincuencia, indicando que la limitación del círculo de los que pueden ser autores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenecen a dicho círculo, esto es, los "no cualificados (extraños)" no puedan en absoluto ser sujetos del delito, pues si bien

¹⁰ Mezger. *Tratado de Derecho Penal*, I. p. 373. Madrid, 1946.

¹¹ Esta connotación es diversa a la que se le da a los "delitos especiales", Nos dice Mezger, que "bajo el nombre del delito especial (*delicta propria*) se comprenden a aquellos delitos en los que la posibilidad de la autoría, está limitada a un determinado círculo de personas". *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 299. Madrid, 1935.

¹² Es decir, son aquellos que pueden ser cometidos por personas determinadas, en razón de propiedades jurídicas o naturales.

no pueden ser autores en el sentido estricto de la palabra, queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean, por tanto, sujetos del delito,¹³ advirtiéndose de todo lo que antecede, que la tipicidad sólo se dará cuando el sujeto activo tenga la calidad demandada por el tipo.

e) Legislación positiva. Como delitos propios, particulares, especiales o exclusivos señalaremos los contenidos en los artículos 127 (Al extranjero...); 136 (A los funcionarios o agentes del Gobierno y a los rebeldes que, después del combate...); 146 (... y III. Los corsarios que...); 156 (Al extranjero expulsado de la República...); 176 (Al empleado de un telégrafo, teléfono o estación inalámbrica...); 216 (Cometen el delito de coalición de servidores públicos, los que teniendo tal carácter...); 222-I (Cometen el delito de cohecho: I. El servidor público que por sí, o por interpósita persona...); 223 (Comete el delito de peculado todo servidor público que para usos propios o ajenos...); 218 (Comete el delito de concusión: el servidor público que con, el carácter de tal...); 228 (Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares); 231 (Se impondrá suspensión... a los abogados o a los patronos o litigantes que no sean ostensiblemente...); 232-III (Además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres...: III. Al defensor, de un reo, sea particular o de oficio...); 233 (Los defensores de oficio que sin fundamento...); 235-IV (Comete el delito de falsificación de moneda el empleado de una casa de moneda que...); 246-I (También incurrirá en la pena señalada en el artículo 243: 1. El funcionario o empleado que...); II (También incurrirá en la pena señalada en el artículo 243: ... II. El notario y cualquier otro funcionario público que...); IV (También incurrirá en la pena señalada en el artículo 243: ... IV El Médico que certifique...), VI (También incurrirá en la pena... en el artículo 243: VI Los encargados del servicio telegráfico, telefónico o de radio que supongan o falsifiquen un despacho de esta clase...); 248 (El testigo, perito o intérprete que retracte espontáneamente...); 249-III (Se castigará:... III Al funcionario o empleado público que, en los actos propios de su cargo...); 256 (A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, gánzúas o cualquier otro instrumento que...); 272 (Se impondrá la pena... a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes... Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos); 311 (Se impondrán de tres días... al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad...); 325 (Llamase infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos); 336 (Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán...); 341 (El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje...); 343 (Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño que esté bajo su potestad...).

¹³ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 1168. Madrid, 1946.

d) Delito especial en sentido amplio. Nos dice Maurach, que "reciben el nombre de delitos especiales en sentido amplio, aquellos hechos punibles que, si bien pueden ser cometidos por cualquiera, motivan una punición agravada de ser realizados por una determinada esfera de autores", siendo "los delitos especiales en sentido amplio (discutido), variedades típicas no autónomas del delito básico".¹⁴

e) Delito de propia mano. Por otra parte, existen tipos en que el sujeto activo está limitado al igual que en los tipos propios, especiales o exclusivos, originándose los tipos denominados de propia mano, que son aquellos en que la conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto.¹⁵ En otros términos, constituyen delitos de propia mano, aquellos que únicamente se realizan en forma personal.

f) Comparando los delitos de propia mano con los delitos especiales, se observa que es sumamente difícil delimitar la frontera entre ellos. Mezger señala las notas características de los delitos especiales y de propia mano. Nos dice, que en los especiales, se circunscribe la posibilidad de la autoría a un determinado círculo de personas; pero estos a su vez, pueden fundamentalmente cometer el delito sirviéndose de otra persona como instrumento; viceversa, en los delitos de propia mano, el círculo de las personas que pueden ser autores es limitado, pero nadie puede cometer el delito sirviéndose de otro como instrumento; pero es posible que vengan en combinación ambos puntos de vista: si un delito especial es a la vez un delito de propia mano, sólo pueden cometerlo como autores un determinado círculo de personas, y éstos a su vez, personalmente, no sirviéndose de otro como instrumento.¹⁵

5. En orden al número, la doctrina, divide los delitos en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos, colectivos, de concurso necesario o pluripersonal.

Monosubjetivo es aquél en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos. El plurisubjetivo, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más personas, o sea, como dice Ranieri, son aquellos que, "según su modelo legal, pueden ser perpetrados sólo por la cooperación de varias personas".¹⁶

Autores italianos, como Manzini,¹⁷ Cavallo,¹⁸ Ranieri,¹⁹ Grispigni,²⁰ Pannain,²¹ y Bettiol,²² se ocupan de esta cuestión relativa a los delitos plurisubjetivos.

¹⁴ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 291. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

¹⁵ Cfr.: Maurach. *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 287. Barcelona, 1962.

¹⁵ *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 253, nota 3. Madrid, 1935.

¹⁶ *Manual de Derecho Penal. Parte General*, II, p- 75. Editorial Temis. Bogotá, 1975. 17

¹⁷ *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 115 y ss. Buenos Aires.

Por otra parte se clasifican los delitos plurisubjetivos: a) De conductas paralelas; b) De conductas congruentes, y e) De conductas contrapuestas.

Estos delitos plurisubjetivos se clasifican en sentido propio y en sentido amplio.

6. En todo delito debe existir un sujeto pasivo, sin olvidar que "no se da un delito sobre sí mismo, porque no es admisible un desdoblamiento de la personalidad humana de modo que ésta pueda considerarse, a un mismo tiempo, desde cierto punto de vista, como sujeto activo, y desde otro, como sujeto pasivo del delito".²³ Y cuando la conducta del sujeto recae sobre si mismo, no viene a ser sujeto pasivo sino objeto material del hecho delictuoso.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por sujeto pasivo? Es el titular del bien jurídico protegido por la ley.

Bettioli considera, que "en todo delito existen dos sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado-administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el titular del interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho-habiente, de la querrela, y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal".²⁴

Problema básico es el relativo a saber quienes son los sujetos pasivos del hecho delictuoso.²⁵

Por lo regular el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo, como en el robo; sin embargo, en algunos casos el sujeto pasivo se identifica al objeto material, como sucede en la violación, el estupro, atentados al pudor, homicidio, lesiones, etc.

¹⁸ *Diritto penale. Parte Generale*, II, pp. 763 y ss. Napoli, 1955.

¹⁹ *Manual de Derecho Penal. Parte General*, II, pp. 74 y ss. Editorial Temis. Bogotá, 1975.

²⁰ *Diritto Penale italiano*, II, pp. 222 y ss. Milano, 1947.

²¹ *Manuale di Diritto Penale*, pp. 548 y ss. Roma, 1942.

²² *Derecho Penal. Parte General*, pp. 495 y ss. Editorial Temis, Bogotá, 1965.

²³ Bettioli. *Derecho Penal. Parte General*, p. 607. Editorial Temis. Bogotá, 1965

²⁴ *Derecho Penal. Parte General*, p. 610. Editorial Temis. Bogotá, 1965.

²⁵ A juicio de Bettioli, pueden considerarse como posibles sujetos de delitos, el individuo, la familia, la sociedad, el Estado y la sociedad de los Estados. *Derecho Penal, Parte General*, p. 612. Editorial Temis. Bogotá, 1951.

El tipo puede igualmente exigir determinada calidad en el sujeto pasivo, y de no existir ésta, no puede darse la tipicidad, originándose cuando el tipo requiere tal calidad, un delito personal, y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera, se trata de un delito impersonal.

Se pueden presentar de acuerdo con la doctrina, estas hipótesis en relación al sujeto pasivo:

a) Que el sujeto activo y pasivo sean los mismos.

¿El sujeto activo puede ser sujeto pasivo? La respuesta ha de ser negativa. "No puede ser sujeto pasivo del delito, nos dice Novoa Monreal, la misma persona que interviene en el hecho como sujeto activo. Nunca pueden coincidir las calidades de víctima y responsable del delito, porque se opone a ello el principio de alternatividad que informa el Derecho. Solamente cae en el plano de lo jurídico y puede ser tenida como ilícita la acción de un hombre que afecte a otro hombre, o a un sujeto de derechos distintos de él mismo. Los casos en los que parecen confluir las calidades del sujeto activo y pasivo, tienen una explicación jurídica que disipa la apariencia". (*Curso de Derecho Penal chileno*, I, p. 242. Editorial Jurídica de Chile 1960).

Si el delito es relación entre hombre y hombre y si el delito es lesión de un derecho, expresa Ferri, no puede el mismo individuo ser a la vez autor y víctima de un delito. (*Principios de Derecho Criminal*, p. 377. Madrid, 1933).

b) Que el sujeto activo y pasivo sean distintos.

c) Que el sujeto pasivo sea el objeto material.

d) Que el sujeto pasivo sea distinto al objeto material.

e) Que el sujeto pasivo sea distinto de la persona sobre la cual se lleva a cabo la conducta o hecho

No siempre es la persona sobre la que recae la conducta, sujeto pasivo del delito. Así Novoa Monreal, anota, que "tampoco ha de pensarse que el ser humano sobre el que ejercita su actuación el delincuente, haya de ser siempre el sujeto pasivo del delito". (*Curso de Derecho Penal chileno*, 1, p, 242, Editorial Jurídica de Chile, 1960).

Hay que advertir que una cosa es el sujeto pasivo y otra, el perjudicado por el delito. Ya entre otros, Novoa Monreal oportunamente lo hace ver, cuando expresa, que "no debe confundirse el sujeto pasivo del delito con el perjudicado con el delito, porque esta última expresión denomina al que sufre el daño o perjuicio proveniente del

delito y, si bien de ordinario coincide, no se confunde necesariamente con aquél. Además, hay muchos delitos que pueden no originar perjuicio pecuniario, en los que hay sujeto pasivo, pero no perjudicado". (*Curso de Derecho Penal chileno*, I, p, 241. Editorial Jurídica de Chile, 1960).

7. También el objeto forma parte del contenido del tipo pues es inconcebible éste sin aquél, pudiendo ser el objeto, jurídico o material.

Nos dice Antón Oneca, que la teoría del bien jurídico investiga la antijuridicidad material, ahondando en el derecho positivo, buscando sus fundamentos y finalidad para la mejor interpretación. (*Derecho Penal. Parte General*, p. 181. Madrid, 1949). Y por su parte expresa Heinrich Jescheck, que el bien jurídico es el concepto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos, y, por tanto, un importante instrumento de la interpretación". (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, volumen primero, p, 352. Bosch, Casa Editorial, S, A, Barcelona, 1981). En fin, anota Rodríguez Mourullo que debemos entender por bien jurídico, todo aquello que, desde el punto de vista del orden social, aparece como un Valor positivo.²⁶

Debemos entender por objeto jurídico el valor o bien tutelado por la ley penal.

Es meta de la Parte Especial, determinar el bien jurídico que protege cada tipo en particular, sin desconocer que algunos tipos protegen no uno sino varios bienes, los cuales pueden tener igual valor o desigual, o sea, que alguno de ellos, tiene un valor superior, ocupando por consiguiente, el primer lugar o preferente y sirviendo de base para la respectiva clasificación de delitos así como para la interpretación de la ley penal.

Los bienes jurídicos se deben distinguir en bienes "individuales" y bienes "de la colectividad"; en bienes disponibles y bienes no disponibles.

8. El objeto materiales la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito.

²⁶ *Derecho Penal. Parte General*, p. 276, Editorial Civitas. S. A. Son bienes jurídicos, señala Heinrich Jescheck, aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el Derecho Penal. (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, volumen primero, p. 350. Bosch, Casa Editorial. S. A. Barcelona, 1981). Líneas adelante afirma que "el bien jurídico ha de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular tanto al particular como a la colectividad", (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, volumen primero, p. 351. Bosch. Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1981). Bien jurídico, nos dice Welzel, es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 5-6. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1956.

CAPÍTULO XXII

CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO

SUMARIO

1. Clasificación de Mezger.-2. De Jiménez de Asúa.-3. De Jiménez Huerta, A) Tipos Fundamentales o Básicos. B) Tipos Especiales. C) Tipos Independientes o Autónomos. D) Tipos Complementados, Circunstanciados o Subordinados. E) Tipo Presuncionalmente Complementado. F) Diferencia entre Tipo Especial y Tipo Complementado. G) Tipos de Formulación Libre, H) Tipos de Formulación Casuística. I) Tipos Mixtos de Formulación Alternativa. Formas de Conducta en los Tipos Alternativamente Formados .I') Tipos Alternativamente Formados en la Legislación Mexicana: a) Tipos Alternativamente formados por acciones. b) Tipos alternativamente formados por omisiones. c) Tipo alternativamente formado por acción u omisión. d) Tipos alternativamente formados por omisión o acción u omisiones. J) Tipos acumulativamente formados. K) Tipos acumulativamente formados en la legislación mexicana. a) Tipos acumulativamente formados por acciones. b) Tipos acumulativamente formados por acción más omisión. e) Tipos acumulativamente formados de omisión más acción. d) Tipos acumulativamente formados por omisiones. L) Tipos de resultado cortado o de resultado o consumación anticipada. M) Tipos de ofensa simple y de ofensa compleja.

Al igual que hicimos en orden a la conducta debemos obtener una clasificación en orden o con relación al tipo.

1. Al estudiar esta cuestión Mezger¹ elabora la siguiente clasificación:

- a) Delitos de resultado y de simple actividad.
- b) Delitos de lesión, de peligro concreto, delitos de peligro abstracto.
- c) Delitos básicos o fundamentales.
- d) Delitos cualificados o privilegiados.
- e) Tipo independiente.
- f) Tipo especial cualificado.
- g) Tipo especial privilegiado.
- h) Delitos de varios actos.

¹ *Tratado de Derecho Penal*, Y, pp. 376 Y ss. 2ª Ed. Madrid. 1946.

- i) Delitos compuestos en sentido estricto.
- J) Delitos permanentes.
- k) Delitos mixtos:
 - a) Acumulativamente formados
 - b) Alternativamente formados
- L) Tipos necesitadas de complemento (leyes penales en sentido amplio).

2. Según Jiménez de Asúa, los tipos se clasifican en:

- a) Tipos fundamentales y especiales: Tipos fundamentales, cualificados y privilegiados.
- b) Tipos independientes y subordinados: Tipos básicos y complementarios.
- c) Clasificación atendiendo al acto:

- a) Tipos de formulación libre, casuísticos, alternativos o acumulativos.
- b) Otras clasificaciones en orden al resultado.
- c) Los delitos condicionales (que no son especie de los tipos).
- d) Delitos de resultado cortado.

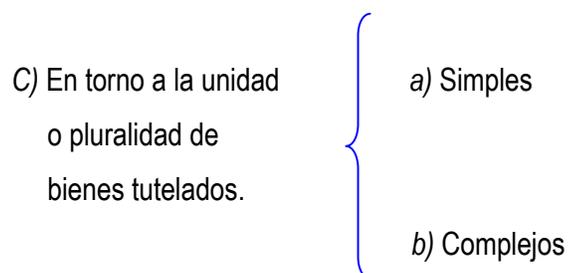
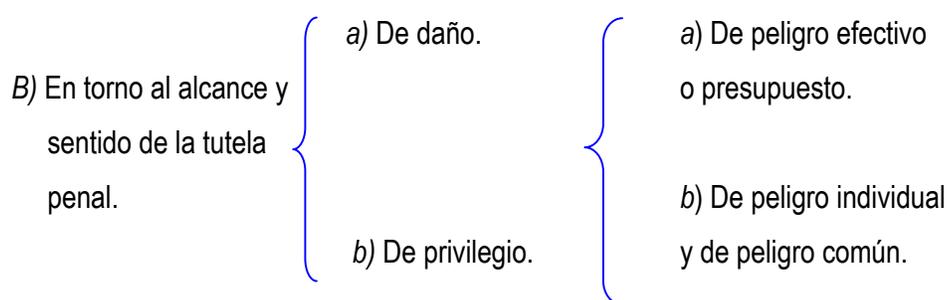
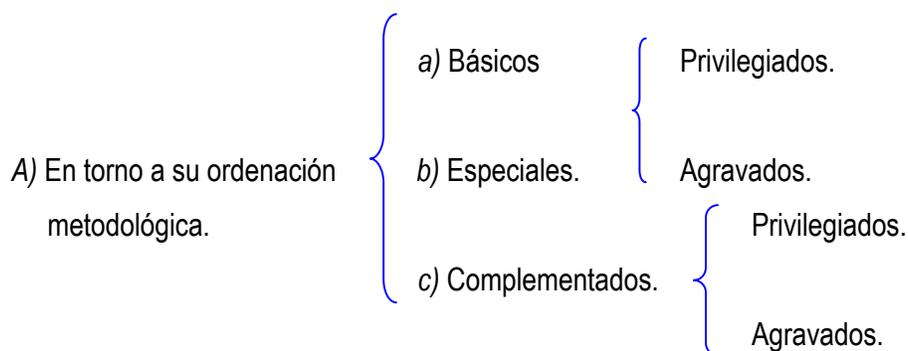
d) Clasificación atendiendo a los elementos subjetivos del injusto:

- a) Por los elementos subjetivos referentes al autor.
- b) Por los elementos subjetivos fuera del agente.²

3. Por su parte Jiménez Huerta,³ formula esta clasificación:

² *Tratado de Derecho Penal*. III, p. 904, 2ª ed. Buenos Aires, 1958.

³ *La tipicidad*, pp. 95 y ss. México. 1955.



La Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha dicho: "Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón «de su índole fundamental» y por tener plena independencia; los especiales «suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial», de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios «presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan». Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al «sujeto activo», de tal manera que sólo pueden cometer este delito aquéllos que reúnan las condiciones o «referencias típicas en el sujeto»; lo

mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal "calidad".⁴

Comencemos, pues, el estudio de la clasificación de los tipos.

A) Tipos simples, fundamentales o básicos. Con acierto precisa Mezger que los diferentes tipos de la Parte Especial del Código pueden ser referidos todos ellos a un número de tipos fundamentales (básicos), los cuales constituyen, por así decirlo, la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código.⁵

¿Qué debe entenderse por tipo fundamental simple o básico? Aquél, nos dice Jiménez Huerta, en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito.⁶ Es el que se presenta en su puro modelo legal, sin más característica que los *essentia delicti*,⁷ o bien, como estima Novoa, son aquellos que contienen una descripción que sirve de base a otros tipos derivados.⁸

Tipo básico, es aquel que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo: Son aquellos que no contienen circunstancia alguna que agrave o atenúe la penalidad.

B) Tipos especiales. En contraste con el delito fundamental o básico, existe el delito especial, que se forma autónomamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito.

Los tipos especiales pueden ser:

a) Privilegiados, o

b) Cualificados.⁹

a) Un delito es especial privilegiado, cuando se forma autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena.

⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, T. XV, p. 68. Sexta época. Segunda Parte

⁵ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 377, 2ª ed. Madrid, 1946.

⁶ *La tipicidad*, p. 97. México, 1955

⁷ Maggiorè, *Derecho Penal*, I, p. 292, 2ª ed. Temis. Bogotá, 1954.

⁸ *Curso de Derecho Penal chileno*, I, p. 324. Ed. Jurídica de Chile, 1960.

⁹ Mezger anota que frente a los tipos fundamentales o básicos, encontramos ciertas formas típicas que sólo constituyen una modificación de estos tipos básicos, y que pueden ser aquéllos cualificados con penalidad agravada, o privilegiados, con pena atenuada. *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 378. 2ª ed. Madrid. 1946.

b) Un delito es especial cualificado, cuando se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental o básico, otro requisito, que implica aumento o agravación de la pena.

C) Tipos independientes o autónomos. ¿Qué debe entenderse por un tipo independiente o autónomo? Es el que tiene vida, existencia autónoma o independiente. Así Jiménez de Asúa explica que hay en las leyes tipos que por estar solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento, poseen autonomía.¹⁰ "Por tipo independiente puede entenderse el que agota la descripción individualizadora de la conducta en sí mismo, sin que sea necesario acudir a otro tipo para hacerlo" (Zaffaroni. *Teoría del delito*, p. 253. Ediar, Buenos Aires, 1973).

¿Cuáles tipos tienen autonomía? Nosotros pensamos que, tanto los tipos fundamentales o básicos, como los especiales (sean privilegiados o cualificados), son autónomos, tienen absoluta independencia.

No piensan de igual modo Mezger y Jiménez de Asúa, al sostener, que el delito especial tiene relativa independencia. El primero expresa que "se habla de un *delictum sui generis* en contraste al delito básico simplemente cualificado o privilegiado cuando, teniendo en cuenta el sentido y conexión de los diversos artículos de la ley, la causa de agravación o atenuación, es utilizada para formar un hecho punible nuevo, independiente; pero en estos casos y desde el punto de vista del sistema, sólo hay en verdad una simple modificación del tipo básico; pero jurídicamente surge un delito que posee una relativa independencia".¹¹ El segundo nos dice, que "en cierto modo los tipos especiales *sensu stricto*, a pesar de proceder de otros de naturaleza fundamental, adquieren relativa independencia por hallarse completa la descripción en el propio tipo específico, calificado o privilegiado".¹²

D) Tipos complementados, circunstanciados o subordinados. Otra clase de tipo es el complementado, circunstanciado o subordinado, y es aquel que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo Jiménez de Asúa señala que el tipo complementado presupone la aplicación del tipo básico que se ha de incorporar a aquel.¹³

¹⁰ *Tratado de Derecha Penal*, In, pp. 789-790. Buenos Aires. 1951; pp. 909-910, 2ª ed. 1958.

¹¹ *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 378-379, 2ª ed. Madrid, 1946.

¹² *Tratado de Derecho Penal*, III, pp. 789-790. Buenos Aires, 1951; p. 909, 2ª ed. 1958.

¹³ *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 790, Buenos Aires, 1951, p. 909, 2ª. 1958. Cfr.: Jiménez Huerta. *La tipicidad*, p. 97. México, 1955.

De igual modo que los tipos especiales, los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, se dividen¹⁴ en:

a) Privilegiados, y

b) Cualificados.

a) Por tipo complementado, circunstanciado o subordinado privilegiado, debemos entender aquel que necesita para su existencia el tipo fundamental o básico (pero sin que se origine un delito autónomo, es decir, sin tener vida propia), al que se agrega una circunstancia, atenuándolo.

b) Tipo complementado, circunstanciado subordinado cualificado, es aquel que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico (pero sin originarse un delito autónomo), al que se agrega una circunstancia, agravándolo.

E) Tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado. De acuerdo con nuestra legislación penal podría hablarse de un tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado, cuando concurra cualquiera de las hipótesis señaladas en el Art. 315, párrafo final: a) Inundación; b) Incendio; e) Minas; d) Bombas; e) Explosivos; f) Venenos; g) Cualquier otra sustancia nociva a la salud; h) Contagio venéreo; i) Asfixia; j) Enervantes; k) Retribución dada o prometida; l) Tormento; m) Motivos depravados; n) Brutal ferocidad.

En estos casos, al tipo fundamental o básico: lesiones u homicidios, se le adicionan las circunstancias de inundación, incendio, o cualquier otra de las que señala la ley, originándose el delito de lesiones u homicidios, presuncionalmente premeditado.

F) Diferencia entre tipo especial y tipo complementado, circunstanciado o subordinado. Es indudable la diferencia entre ambos tipos. El tipo especial necesita para su existencia del tipo básico o fundamental, pero una vez creado el tipo especial, se independiza del básico, tiene autonomía, propia substantividad, pues, como indica Sauer, "se ha hecho independiente, como la colonia de la metrópoli y se da sus propias leyes: un *delictum sui generis*".¹⁵ Por su parte el tipo complementado, aunque necesita igualmente del tipo básico para su existencia, no tiene autonomía. Jiménez Huerta hace notar que "se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que en tanto que el tipo especial' excluye la aplicación del básico, el tipo complementado no solamente no la

¹⁴ Y siempre en orden al tantas veces mencionado tipo básico de homicidio, nos dice Jiménez Huerta, es un tipo complementado y agravado, el de homicidio premeditado alevoso, ventajoso o traicionero a que se refiere los artículos, 315 a 319; y complementado y privilegiado el de homicidio en riña o en duelo recogido en el artículo 308. *La tipicidad*, p. 98. México 1955.

¹⁵ *Derecho Penal*, p. 131, Barcelona, 1956

excluye, sino que presupone su presencia, a la que se agrega como aditamento la norma, que contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad".¹⁶

G) Tipos de Formulación Libre.

¿Qué debe entenderse por un tipo de formulación o forma libre? Vamos a enunciar algunos conceptos:

a) Antolisei afirma que son, tipos de forma libre aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquiera actividad que produzca un determinado resultado,¹⁷ (Figuras que la ley describe en términos puramente causales).

b) Pannain nos dice que en el delito de forma libre, la actividad productora del resultado no está descrita y determinada en el precepto penal;¹⁸ delitos de forma libre son aquellos para los cuales la ley se limita a enunciar un comportamiento genérico susceptible de comprender en su noción infinitas variedades, prefiriendo en substancia poner de relieve ciertos resultados y la relación de causalidad, esto es, una actividad cualquier productora del resultado mismo.¹⁹

Tipo de formulación libre, es aquel en que no se señala el medio para producir el resultado contenido en el tipo.

El referirse a un tipo de formulación libre, no significa que sea ilimitada en cuanto a los medios, la posibilidad de la producción del resultado, ya que no obstante no señalar en forma casuística la actividad productora del resultado típico, éste solamente puede realizarse con aquella actividad que sea idónea para ese fin. Por tanto, la formulación libre termina, en tanto la actividad no es apropiada para producir el resultado, y consecuentemente, no hay delitos de formulación libre en forma absoluta.

I) Tipo de formulación casuística,²⁰ vinculado o de medios legalmente limitados.

¹⁶ *La tipicidad*, p. 97. México, 1955.

¹⁷ *Manuale di Diritto Penale*, p. 190, 3ª. Ed. Milano, 1955.

¹⁸ *Manuale di Diritto Penale*, p. 200. Roma, 1942.

¹⁹ Pannain. *Manuale di Diritto Penale*, p, 201. Roma, 1942.

²⁰ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. III, p. 910, 2ª ed. Buenos Aires, 1958. Otros autores, denominan al tipo casuístico, tipo de "forma vinculada". Así Antolisei nos dice, que se llaman de forma vinculada, los delitos para los cuales la ley describe de manera detallada la actividad requerida para su realización, es decir, cuando la figura exterior del delito está completamente diseñada por el legislador. *Manuale di Diritto Penale*, p. 190, 3ª ed. Milano, 1955. Y Pannain considera que son de forma vinculada, aquellos para los

Pensamos que por tipo casuístico o vinculado, debe entenderse aquel en que se señala casuísticamente el medio productor del resultado típico.

Tenemos como tipos de formulación casuística, los contenidos en los artículos 262, 265 Y 267 del Código Penal.

II) Tipos alternativamente, formados. Indudablemente es suficiente una sola conducta o un hecho para que exista el delito. Empero, el tipo puede contener más de una conducta o un hecho.

Grispigni anota, que a, veces la figura delictiva legal, al indicar la especie de conducta, señala alternativamente dos, en el sentido de que el delito puede estar constituido o por la una o por la otra.²¹ En este caso estamos frente a un tipo alternativamente formado, en el que tiene una función básica la "o", y la que significa a veces, a decir de Beling, distintas modalidades equivalentes dentro del mismo tipo delictivo.²² Igualmente, Mezger al sostener, que la "o" expresa con frecuencia tan sólo diferentes modificaciones del tipo, todas ellas de igual valor y enumeradas en forma casuística careciendo de propia independencia y, por ello son permutables entre si debiendo ser determinadas alternativamente en el proceso judicial.²³

En consecuencia, ¿qué debemos entender por un tipo alternativamente formado? Aquel, nos dice Jiménez de Asúa, en que las hipótesis enunciadas se prevén una u otra y son, en cuanto a su valor, totalmente fungibles,²⁴ afirmando que para que la tipicidad exista, basta con que se realice uno de los casos, a menudo formulado con un verbo cada uno, para que la subsunción se realice.²⁵

El tipo es alternativo, cuando las conductas o hechos que contiene, están previstos alternativamente.^{25*}

Formas de conducta en los tipos alternativamente formados. ¿Cuáles son las diferentes hipótesis de conducta en un tipo alternativamente formado?

Pueden señalarse tres casos:

cuales la ley, en mayor o menor precisión, describe en el modelo legal, la actividad ejecutiva, la cual resulta por tanto determinada en la especie y en los elementos. *Manuale di Diritto Penale*, p. 201. Roma, 1942.

²¹ *Diritto Penale italiano*, II, p. 56. Milano, 1950. Cfr.: *ob. cit.*, p. 130.

²² *Esquema de Derecho Penal*, p. 38. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944.

²³ *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 380, 2ª ed. Madrid, 1946.

²⁴ *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 792. Buenos Aires, 1951; p. 911, 2ª ed. Buenos Aires. 1958.

²⁵ *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 911, 2ª ed. Buenos Aires, 1958.

^{25*} La alternatividad podría extenderse en cuanto a los sujetos, objetos, medios, etc.

1o Que las conductas previstas en, el tipo se concreticen en un hacer, es decir, comisivas alternativamente.

2o Que las conductas previstas se concreticen en un no hacer, o sea, en una inactividad, o sea, omisivas alternativamente.

3o O bien, en un hacer y en un no hacer alternativo.

A este respecto, indica Grisigni que tales especies de conductas pueden consistir o todas en una acción, o todas en una omisión, o bien, finalmente también en una acción y en una omisión.²⁶

l' Tipos alternativamente formados en la legislación penal mexicana. En el Código Penal mexicano encontramos como tipos alternativamente formados, entre otros:

a) Tipos alternativamente formados por acciones: 1. Sin cumplir las disposiciones constitucionales, celebre o ejecute tratados o pactos de alianza ofensiva con algún Estado, que produzcan o puedan producir la guerra de México con *otro*, o admita tropas o unidades de guerra extranjeras en el país (art. 124-I). 2. Acepte del invasor un empleo, cargo o comisión, o al que, en lugar ocupado, habiéndolo obtenido de manera legítima lo desempeñe en favor del invasor (art. 124-III). 3. Con actos no autorizados ni aprobados por el gobierno provoque una guerra extranjera con México, o exponga a los mexicanos a sufrir por esto, vejaciones o represalias (124-IV). 4. Se aplicará la pena de dos a doce años de prisión... al que incite al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extranjero (art. 125). 5. Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia: a las personas que se hallen a bordo (art. 146-1). 6. Al que empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones o resista al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal (art. 180). 7. Al que quite, corte o destruya las ataderas que detengan una embarcación u otro vehículo, o quite el obstáculo que impida o modere su movimiento (art. 166). 8. Al que importe, fabrique o venda las armas enumeradas en el artículo 160, o las regale o trafique con ellas (art. 162-I). 9. Por el solo hecho de quitar o modificar sin la debida autorización, uno o más durmientes, rieles, clavos, tornillos, planchas y demás objetos similares que los sujeten, o un cambiavía de ferrocarril de uso público (art. 167-1). 10. Por el simple hecho de romper o separar alambre, alguna de las piezas de máquinas, aparatos transformadores, postes o aisladores de

²⁶ *Diritto Penale Italiano*, II, pp. 56-57. Milano, 1947.

máquinas, aparatos transformadores, postes o aisladores empleados en el servicio telegráfico, telefónico o de fuerza motriz (art. 167-II). 11. Al que para detener los vehículos en un camino público, o impedir el paso de una locomotora, o hacer descarrilar ésta o los vagones, quite o destruya los objetos que menciona la fracción I, ponga algún estorbo, o cualquier obstáculo adecuado (art. 167-III). 12. Al que, con objeto de perjudicar o dificultar las comunicaciones, modifique o altere el mecanismo de un vehículo haciendo que pierda potencia, velocidad o seguridad (art. 167-VIII). 13. Todo ataque o violencia de cualquier género a los escudos, emblemas o pabellones de una potencia amiga (art. 148-IV). 14. Al que facilite o procure la corrupción de un menor de dieciocho años de edad... (art. 201). 15. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera (art 207-1). 16. Dirigir o aconsejar a las personas que ante ellos litiguen (art. 225-IV). 17. Al que inundare en todo o en parte un camino público o echare sobre él las aguas de modo que causen daño (art. 167-V). 18. Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca (art. 395-1). 19. Al que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los exponga, distribuya o haga circular (art. 200-1). 20. Al, que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas (art. 200-11). 21. Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio (art. 209). 22. Al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciera en el momento de hallados en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda ni con otro (art. 311). 23. Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente (art. 387-11). 24. Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo, o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución (art. 207-II). 25. Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos (art. 207-III). 26. Al que de propia autoridad y haciendo uso de los medios indicados en la fracción anterior, ocupe un inmueble de su propiedad, en los caso en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante (art. 395-II). 27. El que introduzca moneda legítima alterada de oro o de plata, o la altere en la República disminuyendo su valor, ya sea limándola, recortándola, disolviéndola en ácidos o empleando cualquier otro medio (art. 235-II). 28. El que mande construir, compre o construya máquinas, instrumentos o útiles para la fabricación de moneda, si únicamente pudieren servir para ese objeto (art. 235 fracción V). 29. Al que oculte, destruya o sepulte un cadáver, o un feto humano, sin la orden de la autoridad que deba darla o sin los requisitos que exijan los Códigos Civil y Sanitario o leyes especiales (art. 280-1). 30. Al que oculte, destruya o sin

la licencia correspondiente, sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia (art. 280-II). 31. Al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, mate o lesione a cualquier de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge (art. 310). 32. A los que substituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante (art. 277-IV). 33. Al que destruya en todo o en parte, o paralice por otro medio de los especificados en las fracciones anteriores, una máquina empleada en un camino de hierro, o una embarcación, o destruya o deteriore un puente, un dique, una calzada o camino, o una vía, (art. 167-VII).

b) Tipos alternativamente formados por omisiones: 1. El que, debiendo ser examinado en juicio y sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará una multa de diez a cien pesos (art. 182). 2. Al empleado de un teléfono, telégrafo o estación inalámbrica que conscientemente dejare de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto o de comunicar al destinatario el que recibiere de otra oficina (art. 176). 3. Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal (art. 340).

c) Tipo alternativamente formado por acción u omisión: 1. Conocer de negocios para los cuales tengan impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les corresponda sin tener impedimento legal para ello (art. 225-I).

d) Tipos alternativamente formados por omisión o acción o bien, por omisiones: 1. Al que, para eludir la práctica de una diligencia judicial o una notificación de cualquiera clase o citación de una autoridad, oculte su domicilio o designe otro distinto o niegue de cualquier modo el verdadero (art. 249-II). 2. A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas (art. 277-III).

J) Tipos "acumulativamente formados".

El tipo es acumulativamente formado, cuando las conductas o hechos que contiene, están previstos en forma acumulativa, y puede estar reglamentado:

- a) Alternativa o acumulativamente, en forma libre.
- b) Alternativa o acumulativamente, en forma casuística.
- c) Acumulativamente, en forma libre y casuística, y
- d) Alternativamente forma libre y casuística.
- e) Tipos acumulativamente formados en la legislación mexicana.

En el Código Penal encontramos estas hipótesis de tipos acumulativamente formados:

a) Tipos acumulativamente formados por acciones: 1. Los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata (art. 146-II). 2. Cuando, haga que se le entreguen algunos fondos, valores u otra, cosa que no se le haya: confiada a él y se las apropie o disponga de ellas indebidamente por un interés privado (art. 215- VIII). 3. Al que celebre con otro un contrato de que prive a éste de la libertad o le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre o que se apodere de alguna persona y la entregue a otro con el objeto de que ésta celebre dicho contrato (art. 365-II): 4. Al que sin ser funcionario público se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal (art. 250-I).

b) Tipos acumulativamente formados por acción y omisión: 1. Al que ponga en movimiento una locomotora, carro, camión o vehículo similar y lo abandone o, de cualquier otro modo, haga imposible el control de su velocidad y pueda causar daño (art. 169). 2. Al que compre una cosa mueble, ofreciendo pagar su precio al contado y rehúse, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor exigiere lo primero dentro de quince días de haber recibido la cosa del comprador (art. 387-V).

c) Tipos acumulativamente formados de omisión más acción: Al que oculte su nombre o apellido y tome otro imaginario o el de otra persona, al declarar ante la autoridad judicial (art. 249-1).

d) Tipos acumulativamente formados por omisiones: 1. A los médicos que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo lo abandonen en su tratamiento sin, causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente (art. 229).

e) Tipos de resultado cortado o mutilado o de resultado o consumación anticipada. Antes de exponer nuestro punto de vista, vamos a dar a conocer algunos conceptos sobre el tipo de "resultado cortado" o de "resultado o consumación anticipada".

Antolisei considera que en los delitos de consumación anticipada, lo que constituye el *minimun* para la existencia de la tentativa basta para la consumación.²⁷ Para Cavallo, en estos delitos la tentativa es, equiparada a la consumación.²⁸ Maggiore piensa que en los llamados de consumación anticipada, por voluntad de la ley, la tentativa se identifica con la consumación.²⁹ Jiménez de Asúa estima que delitos de resultado cortado son aquellos en que la impaciencia del legislador hace que la consumación se anticipe, considerando como tal, actividades que de otro modo deberían de entenderse como meramente preparatorias.³⁰ Para Sainz Cantero, en los tipos de consumación anticipada "basta para la consumación o realización completa del tipo, que se hayan iniciado los actos que tienden a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido". (Lecciones de Derecho Penal. Parte General, II, p. 314. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1982). Y según Cerezo Mir, los delitos de resultado cortado consisten en la realización de un acto con el fin de que se produzca un determinado resultado, que queda ya fuera del tipo". (Curso de Derecho Penal español, I, p. 410. Ternos. Madrid, 1981).

Nosotros consideramos como delito de resultado cortado o anticipado; cualquier momento del iter criminis anterior a la propia consumación: resolución manifestada, actos preparatorios, o bien, ejecutivos (tentativa).

f) Se hace referencia a tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja. Los primeros son aquellos en los que se lesiona un solo bien jurídico. Los segundos, son en los que se lesionan varios bienes jurídicos.

CAPÍTULO XXIII

AUSENCIA DE TIPO

SUMARIO

1. La ausencia de tipo como aspecto negativo de éste.-2." El "dogma' " *nullum crimen sine tipo*".-3. Ausencia de tipo y atipicidad.-4. Ausencia de tipo y delito putativo.

1. La ausencia de tipo, constituye el aspecto negativo del tipo. Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en una norma penal. Por tanto, como asienta Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo

²⁷ *Manuale di Diritto Penale*. p. 354, 3ª ed. Milano. 1955.

²⁸ *Diritto Penale*, II, p. 216. Napoli, 1955.

²⁹ *Derecho Penal*, I, p. 368, 5ª ed. Ed. Temis. Bogotá, 1954. Cfr.: Pannain. *Manuale di Diritto Penale*, pp. 227 y 432. Roma; 1942.

³⁰ *Tratado de Derecho Penal*. III. pp. 404 y 798. Buenos Aires, 1951. pp. 918-919 2ª ed. 1958.

presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica.¹

2. El dogma *nullum crimen sine tipo*, constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal.²

Se dice que hay en el Código Penal mexicano un número regular de casos, en que se punen conductas sin que la norma penal haga su descripción, dando lugar al problema de saber si se está vulnerando el principio: *nullum crimen sine tipo*.³

3. Es oportuno precisar, que la ausencia de tipo, es distinta a la ausencia o falta de tipicidad. En el primer caso, no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal, y en el segundo caso, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo. A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado: "Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda, presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley".⁴

¹ *La Ley y el Delito*, p. 263, 8ª ed. Buenos Aires, 1978.

² El Código Penal de 1932 del Estado de Veracruz establecía en el artículo 3: "En caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión, y no se halle penado por la ley, en la resolución que recaiga acordará exponer el hecho a la legislatura, por los conductos debidos y con las razones que le asistan para creer que debiera ser sujeto de sanción penal. Asimismo acudirá a la Legislatura exponiendo y proporcionando lo conveniente sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de este Código resultare penada una acción u omisión que, a su juicio, no debiera serlo o la pena fuere considerablemente excesiva, atendidos el grado de malicia del delincuente, el peligro social y el daño causado por el delito".

³ Almaraz se refiere al adulterio, al sostener, que el adulterio no existe como delito, pues el artículo 273 del Código Penal, habla solo de los culpables y de la pena que se les debe aplicar, y el 275 expresa únicamente, que se castigará el adulterio consumado; pero como la ley penal, es de estricta aplicación y como existe la garantía constitucional "*nullum crimen sine lege*", al juez le está vedado sentenciar y condenar a alguien por un hecho cuyos elementos constitutivos como delito no se encuentran en artículo alguno del Código represivo. *Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931*, p. 132. México, Carrancá y Trujillo señala como un caso de ausencia de tipicidad: el adulterio, previsto en el artículo 273 del Código Penal. *Derecho Penal Mexicano*, 1, p. 178, 4ª ed. México Beling nos dice, que "el delito-tipo significa sólo la función de los distintos contenidos como «esquema» para la figura delictiva correspondiente, agregando, que la «parte especial» del Derecho Penal es por eso la que regula la construcción de esos contenidos, y que las insuficiencias de la letra de la ley en las disposiciones especiales deben salvarse por medio de la interpretación; por ejemplo, donde los elementos delito-tipo en modo alguno se expresan, sino que sólo se da el nombre de tipo: -injuria-, gran alboroto-...". *Esquema de Derecho Penal*, p. 44. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944.

⁴ Boletín de Información Judicial, XIV, p: 262.

4. Respecto a la ausencia de tipo y de delito putativo, debemos considerar y sostener, que el delito putativo no es sino un caso de ausencia de tipo. Por ello, Ranieri expresa, que entra, entre las hipótesis de exclusión de la tipicidad por la ausencia de una norma penal a la cual referirse el hecho, el llamado delito putativo.⁵

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación.

- 1.- ¿Cómo la Suprema Corte de Justicia ha definido al tipo penal?
- 2.- Atendiendo a la teoría de la pura coordinación ¿cómo concibe al tipo penal?
- 3.- Explique brevemente el tipo como función indiciaria de la antijuridicidad.
- 4.- En que consiste la antijuridicidad como *rotio essendi* del tipo.
- 5.- ¿Cómo se concibe al *temo* como elemento de concreción y de conocimiento?
- 6.- Explique brevemente la clasificación del delito en orden al tipo.
- 7.- ¿Cuándo existe ausencia de tipo?
- 8.- ¿Qué importancia tiene el dogma *nullum crimen sine tipo*?
- 9.- ¿Qué diferencia hay entre la ausencia de tipo y el delito putativo?

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México 2002.
- López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 8ª edición. Ed. Porrúa, México 2000

⁵ *Diritto Penale*, p. 104. Milano, 1915.

En esta unidad encontrarás la información correspondiente a la tipicidad, iniciando con su concepto, importancia y relación con las demás notas esenciales del delito.

En un segundo momento encontrarás el concepto de atipicidad y sus causas.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 9.1. Realiza la lectura de los temas correspondientes a la unidad.
- 9.2. Elabora un cuadro sinóptico que contenga el concepto de tipicidad, su importancia y la relación con las demás notas esenciales del delito.
- 9.3. Elabora un cuadro sinóptico que contenga el concepto de atipicidad y sus causas.

Objetivo particular:

Analizar la tipicidad como elemento esencial, así como la atipicidad.

CONTENIDOS

- 9.1. Concepto.
- 9.2. Importancia.
- 9.3. Relación con las demás notas esenciales del delito.
- 9.4. Atipicidad.
 - 9.4.1. Concepto.
 - 9.4.2. Causas de atipicidad

9. A. PORTE PETIT, Candaudap Celestino
Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal
19ª Ed.
Edit. Porrúa México, 2001,
Págs. 331 a 333 y 367, 331 a 333 y 367 a 371

TIPICIDAD

SUMARIO

1. Papel que desempeña la tipicidad en la teoría del delito.- 2. Concepto de la tipicidad.- 3. Jurisprudencia.-
4. Opinión nuestra.- 5. Importancia de la tipicidad.

1. Una vez comprobado que existe una conducta o hecho, debe investigarse que haya adecuación al tipo.

Es necesario determinar el papel que le han asignado a la tipicidad en la teoría del delito:

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito. ¹
- b) La tipicidad es un requisito del hecho, según el Derecho positivo. ²
- c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito. ³
- d) La tipicidad es una condición, pero no elemento del delito.⁴

2. En cuanto al concepto de la tipicidad, vamos a referirnos a algunos emitidos:

a) “La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida.”⁵

¹ Beling. *La doctrina del delito*, p. 4. ed. Depalma. Buenos Aires, 1944. Ranieri, estima que la tipicidad es carácter esencial del delito. *Diritto Penale*, pp. 91 y 101. Milano, 1945.

² Battaglini. *Diritto Penale*, p. 159, 2ª ed. Padova, 1949.

³Castellanos Fernando. Las excluyentes de responsabilidad en el código penal de 1931. *Criminalia*, XXII, p. 656.

⁴ Matos Escobedo. Introducción al trabajo *Importancia de la dogmática jurídico-penal* de Celestino Porte Petit, p. 18. México, 1954. Agrega: “No cabe duda que sin el horno para cocer el pan, no habría pan, y no por ello se dirá que el horno o la fogata del horno son parte o elementos del pan”, p. 18. López Rey Arrojo, considera, que la llamada tipicidad ni siquiera en un sistema de garantía penales de índole lebrele, cabe estimarla como elemento del delito. *Proyecto Oficial de Código*, p. VIII. La Paz, 1943.

⁵ Francisco Blasco y Fernández de Moreda. La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnica jurídica. *Criminalia*, IX, p. 443.

b) "La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible, de ajustarse o adecuarse a la descripción formula en los tipos de la ley penal".⁶

c) "La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción".⁷

d) "La tipicidad como elemento se da, cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta, con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley".⁸

e) "Adecuación típica significa, pues encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias".⁹

f) "La tipicidad consiste en la descripción que contienen los artículos de la Parte especial de los Códigos Penales, a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción".¹⁰

3. La Suprema Corte de justicia de la Nación, ha establecido: "Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición 'de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuricidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos, constitutivos".¹¹ "La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la ley penal".¹²

4. La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento material porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto (a no ser que el tipo requiera solamente el

⁶ Laureano Landaburu. El delito como estructura. Revista penal, I, No. 1, p. 471.

⁷ Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*, III. P. 653. Buenos Aires, 1951; III, p. 744, 2ª. ed. Buenos Aires, 1958.

⁸ Pardo Aspe. *Parte General del Derecho Penal de Eugenio Florian. Eugenio Florian homenaje*, p. 232. México, 1940. Por su parte Carrancá y Trujillo nos dice que la tipicidad es el signo externo distintivo de la antijuricidad penal. *Derecho Penal mexicano*, I, p. 214, 4ª ed. México, 1955.

⁹ Jiménez Huerta. *La tipicidad*, p. 207. México, 1955.

¹⁰ Fontán Balestra. *Misión de garantía del Derecho Penal*, p. 18.

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación*, CXVII, p. 731.

¹² *Semanario Judicial de III Federación*, XXXIII, p. 103, 6ª época; XLIX, pp. 93 Y 103. Segunda Parte. Sexta Época.

elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Al respecto, recordemos las hipótesis del homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena (elemento objetivo); estupro (elementos objetivo y normativo); atentado al pudor (elementos objetivo y subjetivo del injusto), y abuso de confianza robo (elementos objetivo, normativo y subjetivo del injusto), debiéndose observar que la tipicidad tendrá una mayor o menor extensión, según el contenido del propio tipo.

5. Ahora bien, ¿cuál es la fundamental importancia de la tipicidad? Consideramos que consiste en que se establece en una forma clara y patente, que no hay delito sin tipicidad, encontrándonos en este caso, frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito: la ausencia de tipicidad o atipicidad.

Es de parecer López-Rey Arrojo que "es también un error, el identificar el principio «*nullum crime sine previa lege*», con el otro de más reciente fecha, de que no hay delito sin tipicidad",¹³ pues "la tipicidad es una cosa y el citado principio otra, so pena de retrotraer todas las consecuencias sobre la tipicidad, a la época, bastante remota, en que el principio garantizador se formuló"¹⁴ y que "aun admitida la tipicidad como elemento del delito, cosa que hemos negado, la misma puede coexistir con un sistema penal que admita la analogía; coexistencia que no es dable con la afirmación legal del citado principio,¹⁵ finalizando Con la idea de que este es un postulado fundamental; aquella una descripción, una *ratio determinandi*, que puede, no excluir, otros medios análogos de determinación.¹⁶

ATIPICIDAD

SUMARIO

1. El aspecto negativo de la tipicidad.- 2. Concepto de la atipicidad: a) Ballvé. b) Jiménez de Asúa. c) Ranieri. d) Beling. e) Sauer.- 3. Opinión nuestra.- 4. Hipótesis de atipicidad: A) Mezger. B) Ranien. C) Jiménez de Asúa. D) Díaz Palos. E) Puig Peña.- 5. Opinión nuestra.- 6. Consecuencias de la atipicidad.- 7. Legislación Mexicana.

1. El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad: no hay delito sin tipicidad. Viene a constituir la atipicidad, el aspecto negativo de una relación conceptual.

¹³ Proyecto Oficial de Código. Penal, p. XIV. La Paz. 1943.

¹⁴ Proyecto Oficial de Código. Penal, p. XIV. La Paz. 1943.

¹⁵ Proyecto Oficial de Código. Penal, p. XIV. La Paz. 1943.

¹⁶ Proyecto Oficial de Código. Penal, p. XIV. La Paz. 1943.

Jiménez de Asúa expone que a la tipicidad corresponde la ausencia de tipo o de sus referencias o elementos.² Por su parte Puig Peña sostiene que a la tipicidad se contraponen la ausencia de tipo o atipicidad.³

2. Es indudable que para dar el concepto del aspecto negativo de la tipicidad, es obligado a tener en cuenta el concepto de tipo.

Antes de exponer nuestro punto de vista vamos a dar algunas opiniones:

a) Ballvé considera que hay atipicidad y, consiguientemente, carencia de hecho punible, cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo, o sea, del tipo propiamente dicho.⁴

b) Para Jiménez de Asúa, ha de afirmarse que existe ausencia de, tipicidad: a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en leyes penales especiales, y b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica.⁵

c) Ranieri piensa que son causas de exclusión de la tipicidad: 1. La ausencia de una norma a la cual referir el hecho,⁶ y 2. En caso que la norma existe, la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal.⁷

d) Se da "carencia de delito-tipo", dice Beling, cuando la acción no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales (Tatbestandlichen).⁸

e) Sauer estima que se da ausencia de tipo, cuando no se presenta un carácter del tipo legal en el caso singular.⁹

3. Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos

² *Tratado de Derecho Penal*, III, pp. 811-812. Buenos Aires, 1951; p. 934, 2ª. ed. 1958 Considero que debe distinguirse la atipicidad y la ausencia de tipo.

³ *Derecho Penal*, p. 244, 4ª. ed. Madrid, 1955.

⁴ Función de la tipicidad en la dogmática del delito, p. 50. México, 1951.

⁵ *Tratado de Derecho Penal*, p. 812. Buenos Aires, 1951; p. 934, 2ª. ed. 1958. "La falta de alguno de los elementos contenidos en la figura rectora produce la atipicidad de la conducta; es decir, «la ausencia de tipicidad» o «causa de exclusión del tipo»". *Ob. cit.* p. 934, 2ª. ed. 1958. Cfr.: Nota Núm. 1.

⁶ En este caso se trata de una ausencia de tipo.

⁷ *Diritto Penale*, p. 102, Milano, 1945. Cfr.: notas 1 y 4. En otro lugar expresa que las causas que excluyen la tipicidad impiden que el hecho quede incluido en la previsión de un modelo legal, anotando que las causas de exclusión de la tipicidad no pueden consistir más que, o en la falta de una norma a la cual referir el hecho o en la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los que componen el tipo legal, y es obvio que cuando el hecho está totalmente fuera de la prescripción de un modelo legal, no puede decirse típico, pero, cuando está fuera sólo en parte, la causa de exclusión de su tipicidad puede existir. *Diritto Penale*, p. 103. Milano, 1945.

⁸ La *doctrina del delito-tipo*, p. 30. Trad. de Sebastián Soler. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944. Mezger nos dice que Beling denomina ausencia de tipo, la existencia incompleta de los elementos del tipo en un caso concreto. *Tratado de Derecho Penal*, II p. 215, 2ª. ed. Madrid, 1935.

⁹ *Derecho Penal*, p. 116. Barcelona, 1956.

del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere.¹⁰

Por otra parte, si la tipicidad consistiera en todos los casos, en la adecuación de la conducta o hecho descrita por el tipo, en caso de un sujeto que realizara la cópula, cometería simultáneamente violación, estupro e incesto, pues habría en todos esos casos adecuación de la conducta descrita en cada uno de esos tipos.

4. Para precisar exhaustivamente las causas de atipicidad, es necesario contar con el concepto de tipo, pues es indudable que según sea el que se tenga de aquél, la atipicidad abarcará un número determinado de causas que la originen, las que aumentarán o disminuirán en razón del contenido que se le de al propio tipo.

A) Según Mezger pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales es de antemano imposible la realización del tipo del delito: ¹¹

- a) Cuando falte el sujeto que la ley exige.
- b) Cuando falte el objeto que la ley exige.
- c) Cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley.
- d) Cuando falte la referencia local o espacial exigida especialmente por la ley.
- e) Cuando falte la referencia temporal especialmente exigida por la ley.
- f) Cuando falte una referencia de otra índole, exigida especialmente por la ley.

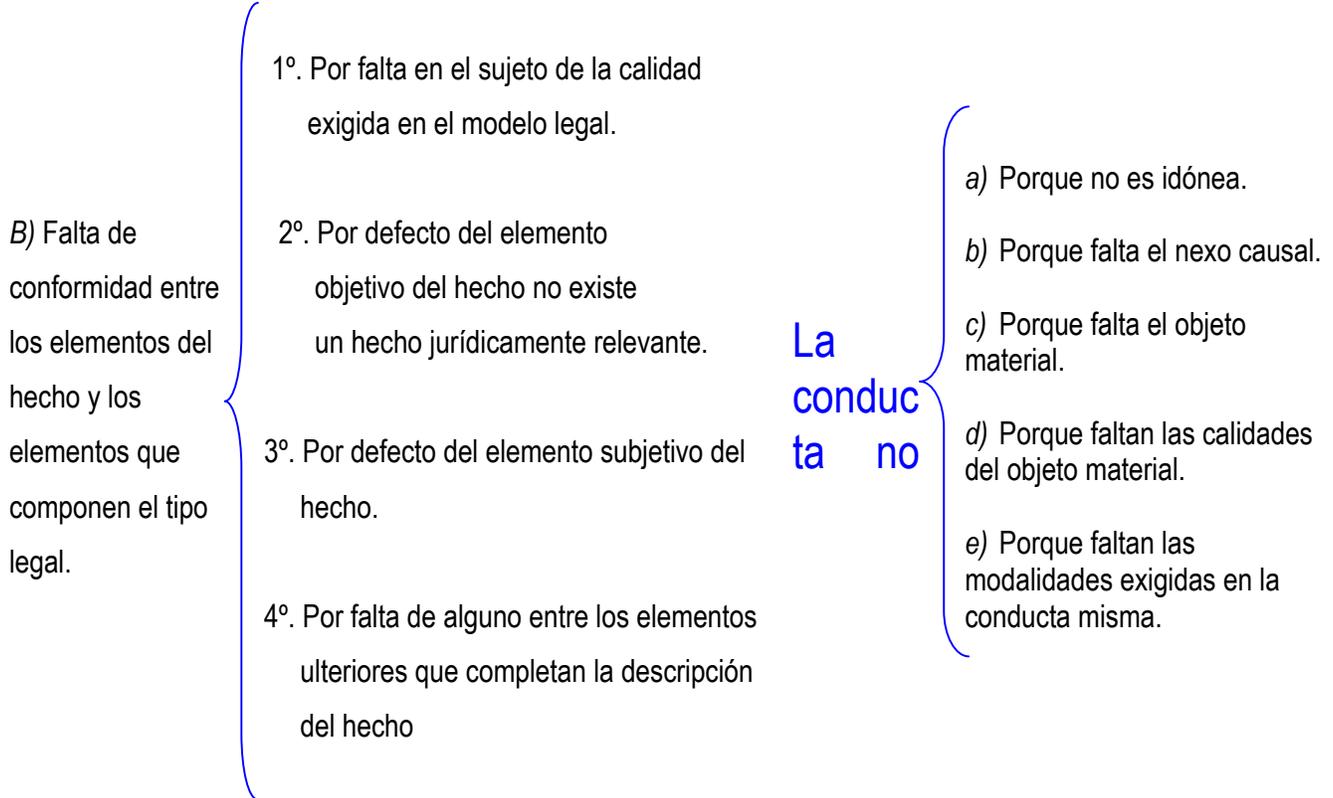
B) De acuerdo con Ranieri, son causas de exclusión de la tipicidad: ¹²

- A) Ausencia de una norma a la cual referir el hecho.

¹⁰ Cfr.: Porte Petit Candaudap. *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, p. 279. México, 1958.

¹¹ *Tratado de Derecho Penal* II, p. 221, 2ª ed. Madrid, 1935.

¹² *Diritto Penale*, pp. 102-104. Milano, 1945.



C) Señala Jiménez de Asúa¹³ como ejemplos específicos de atipicidad:

- a) Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo.
- b) Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto.
- c) Ausencia de adecuación típica por falta de las referencias temporales o espaciales.
- d) Ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto.
- e) Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos del injusto.
- f) Ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos.

D) Díaz Palos considera como causas de atipicidad, la falta de cualidad del sujeto activo, pasivo, falta de objeto, de medio, de lugar, de tiempo, de ocasión etc., o falta total de tipo (atipicidad general).¹⁴

¹³ *Tratado de Derecho Penal*, III, pp. 812-817. Buenos Aires, 1951, pp. 935-940, 2ª ed.

¹⁴ *Culpabilidad jurídico penal*, pp. 52-53. Barcelona, 1954.

E) Puig Peña estima que a la tipicidad se contraponen la ausencia de tipo o atipicidad, lo que puede ocurrir en los supuestos siguientes: 1º Total ausencia de tipo; 2º Ausencia de tipicidad por falta de objeto; 3º Ausencia de tipicidad por falta de sujeto típico; 4º Ausencia de tipicidad por falta de medio típico, y 5º Ausencia de tipicidad por falta de las referencias temporales o espaciales del tipo.¹⁵

5. Hemos dicho que según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la atipicidad o no conformidad a los elementos del tipo.

Para señalar las atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

- 1º Ausencia del presupuesto del delito.
- 2º Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.
- 3º Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.
- 4º Ausencia de objeto jurídico.
- 5º Ausencia de objeto material.

- 6º Ausencia de las modalidades de la conducta.
 - a) De referencias temporales.
 - b) De referencias espaciales.
 - c) De referencia a otro hecho punible.
 - d) De "referencia de otra índole, exigida por el tipo".
 - e) De los medios empleados.

- 7º Ausencia del elemento normativo, y
- 8º Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

6. Es obligado conocer cuáles son las consecuencias que se producen cuando existe una atipicidad. A este respecto, es posible señalar en tres hipótesis los efectos de la misma.

¹⁵ *Derecho Penal*, I, p. 241, 4ª ed. Madrid, 1955.

- a) No integración del tipo.
- b) Existencia de otro delito.
- c) Existencia de un delito imposible.

Se da la no integración del tipo, por ejemplo, cuando falte alguno de los elementos del estupro: que la mujer sea mayor de 18 años; que no haya engaño.

Estamos frente a la traslación de tipo, o sea, a la existencia de otro delito, como en el caso de que falte la relación de parentesco exigida por el tipo, dándose un homicidio.

Se presenta una tentativa imposible, cuando falta por ejemplo, el bien jurídico: la vida, o bien, el objeto material. El que dispara sobre un individuo, el cual se encontraba muerto (falta de objeto jurídico), o bien quien dispara sobre un objeto creyendo que es un sujeto (falta de objeto material).

7. Algunos Códigos de la República mexicana y Proyectos han incluido entre los casos de inexistencia de delito, a la atipicidad.

El Código del Estado de Colima, establece en el artículo 16-II: No hay delito cuando falte alguno de los elementos que integran el tipo. Y el Código de Veracruz, en el artículo 20-II, estatuye, que "es causa excluyente de incriminación, que no se integre alguno de los elementos de la descripción legal", diciéndose en la Exposición de Motivos que "la fracción II, del mencionado artículo 20, dispone que es causa que excluye la incriminación «el que no se integre alguno de los elementos de la descripción legal»".

"En la función judicial los juzgadores se ven obligados a manejar los conceptos de tipo y tipicidad, así como de sus aspectos negativos: la ausencia de tipo y la tipicidad".

"A su vez, el tipo está compuesto de elementos, los que al integrarse, originan la tipicidad, o sea la adecuación o conformidad a lo prescrito en el tipo. De tal manera, que la ausencia de cualquier elemento típico acarrearía la atipicidad, dándose así por ejemplo este aspecto negativo, por falta del elemento material, del presupuesto del delito, de la calidad en el sujeto activo o pasivo, por ausencia de las modalidades de la conducta, consistentes en referencias temporales, espaciales, a otro hecho punible, de otra índole exigida por el tipo o de los medios empleados, por falta de elemento normativo o subjetivo del injusto".

En cuanto a los Proyectos de Código Penal, el Proyecto de Código Penal de 1979, del Instituto Nacional de Ciencias Penales, en el artículo 19, fracción II, nos dice, que “no hay delito, en caso de no integrarse alguno de los elementos de la descripción legal”. Y el Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal de 1983, en el artículo 12, fracción II, determina, que se excluye la incriminación, cuando falte alguno de los elementos de la descripción legal”.

El Código Penal en su artículo 15, fracción II, determina que el delito se excluye, cuando falta alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación

- 1.- ¿Qué papel desempeña la tipicidad en la teoría del delito?
- 2.- Da el concepto de tipicidad.
- 3.- Menciona la diferencia entre el tipo y la tipicidad.
- 4.- ¿Qué trato le ha dado la Suprema Corte de Justicia a la tipicidad?
- 5.- ¿En qué consiste la atipicidad?
- 6.- ¿En qué casos es imposible la realización del tipo del delito?

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Ed. Porrúa, México 2002
- Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1998

Dentro de esta unidad encontrarás información referente a la antijuricidad, iniciando con la problemática existente para definirla y su clasificación. En un segundo momento se abordará lo que es la justificación, sus causas, su esencia, para que a partir de lo anterior se comprenda lo que es la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un Derecho, el cumplimiento del deber y el impedimento legítimo.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE:

- 10.1. Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.
- 10.2. Elabora un escrito donde expliques la problemática que vive la antijuricidad, que contenga su concepto, su esencia, defensa, estado de necesidad, el ejercicio de un Derecho, cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo.

Objetivo particular:

Analizar la antijuridicidad como lo esencial del delito y su clasificación, así como, su aspecto negativo.

CONTENIDOS

- 10.1. Problemática para definirla.
- 10.2. Clasificación.
- 10.3. Causas de justificación.
 - 10.3.1. Concepto.
 - 10.3.2. Su esencia.
 - 10.3.3. Legítima defensa.
 - 10.3.4. Estado de necesidad.
 - 10.3.5. Ejercicio de un derecho.

10.3.6. Cumplimiento de un deber.

10.3.7. Impedimento legítimo.

10. A.	CASTELLANOS, Tena Fernando <i>Lineamientos elementales de Derecho Penal</i> 43ª. ed. Editorial Porrúa. México 2002, Págs. 178 a 216.
--------	--

LA ANTIJURIDICIDAD

SUMARIO: 1. Ideas generales.- 2. Definición.- 3. La antijuridicidad según Carlos Binding.- 4. Tesis de Marx Ernesto Mayer.- 5. Crítica a las doctrinas anteriores. 6. Antijuridicidad formal y material.- 7. Ausencia de antijuridicidad.

1. IDEAS GENERALES. El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, *antijurídica* y culpable. Estudiaremos ahora el elemento antijuridicidad (o antijuricidad), esencialísimo para la integración del delito.

2. DEFINICIÓN. Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un *anti*, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. Javier Alba Muñoz escribe: “El contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente.”¹⁶ Para el autor citado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.¹⁷

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. El profesor argentino textualmente dice: “Nadie

¹⁶ *Prólogo a la Tesis Profesional* de R. Higuera Gil, pág. 11

¹⁷ *Op. cit.*, t. I, pág. 284.

ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una *disonancia armónica*, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora.”¹⁸

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente *objetiva*, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. “Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.”

19

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la *violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo*. En los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores. Como expresa Reinhart Maurach, los mandatos y prohibiciones de la Ley Penal “rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico”.

3. LA ANTIJURIDICIDAD SEGÚN CARLOS BINDING. “Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley; así Carrará lo definía como la infracción de la ley del Estado. Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto, ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal venezolano. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: *no matarás*. Si se mata o se roba se quebranta la norma, mas no la ley. Por eso Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe.”²⁰

4. TESIS DE MAX ERNESTO MAYER. Partiendo del antecedente romano, pero indudablemente influido por las ideas de Binding, Max Ernesto Mayer da un contenido específico, concreto a la antijuridicidad. Dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mayer pretende dar un

¹⁸ *Op. cit.*, t. I, pág. 244.

¹⁹ PORTE PETIT, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, pagina 285, México, 1958.

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, pág. 338, Ediciones A. Bello, Caracas, 1945.

contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etcétera.

5. CRÍTICA A LAS DOCTRINAS ANTERIORES. Si observamos que lo antijurídico aparece aún cuando no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de Binding y de Mayer. Tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley antirreligiosa en un pueblo eminentemente creyente). Otro ejemplo consistirá en una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria de las ramas de cultura. Por otra parte y refiriéndonos concretamente a la concepción de Mayer, si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas; puede haber actos *formalmente* antijurídicos que, como vimos no infringen los valores colectivos. En realidad, lo que ocurre es que Binding y Mayer presintieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material. Esto no significa que admitamos dos antijurididades, una de forma y otra de fondo. Lo antijurídico entraña en juicio unitario, pero nada impide percibir dos aspectos, pues como enseña el profesor Jiménez Huerta, “sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta”, pero expresa el mismo jurista, que no es suficiente tal contradicción, que no es suficiente tal contradicción para integrar la esencia del acto antijurídico, “lo que contradice dicho orden ha de representar una sustancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico”.²¹

Ignacio Villalobos escribe: “El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardián del orden público es el mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable que lleve implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo sustancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas y a los ladrones debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ellas.”²²

6. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL. La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será *formalmente antijurídico* cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y *materialmente* antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

²¹ *La Antijuridicidad*, pág. 31, México, 1952.

²² *Derecho Penal Mexicano*, pág. 196, 2ª edición, Porrúa, 1960

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).²³ Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad *formal* y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad *material*. Si toda sociedad se organiza *formalmente* es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.²⁴

7. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD. Siguiendo el plan que nos hemos impuesto, de señalar los factores positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuridicidad.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal del Distrito Federal de 1931, y sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

(Iniciación)

SUMARIO: 1. Noción de las causas de justificación.-2. Diferencia con otras eximentes e importancia de la distinción.-3. Las excluyentes supraleales.-4. Razón de ser de las causas de justificación.-5. El exceso.

1. NOCIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la *antijuridicidad*. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc.

2. DIFERENCIA CON OTRAS EXIMENTES E IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN. A las justificantes generalmente se les

²³ *Op. cit.*, t. I, pág. 285, 8ª edición, 1947

²⁴ Para una distinción más amplia entre la antijuridicidad formal y la material, puede verse *Derecho Penal Mexicano*, I. VILLALOBOS, págs. 249 y ss., 2ª edición, Porrúa, 1960.

agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho, impositivas de su configuración. Suele catalogárseles bajo la denominación *causas excluyentes de responsabilidad, causas de inincriminación*, etc. Nuestro Código usaba la expresión *circunstancias excluyentes de responsabilidad*, comprendiendo varias de naturaleza diversa; actualmente "*Causas de exclusión del delito*".

Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable, utiliza la denominación *causas que excluyen la inculpatión*. Indudablemente este nombre es más adecuado que el antes empleado por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra *circunstancias* por *causas*, pues como bien dice Jiménez de Asúa, "circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia".¹

Las causas que excluyen el delito son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpatibilidad.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpatibilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras -añade Núñez-, son *erga omnes* respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.²

A su vez, las causas de inculpatibilidad difieren de las de inimputabilidad; en tanto las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversa forma y grado. El inimputable, anota Jiménez de Asúa, es psicológicamente incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpatibilidad anulan la inculpatión en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. El inimputable, expresa Goldschmidt, no es desde un principio el destinatario de las normas del deber.

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

¹ Citado por CARRANCÁ y TRUJILLO. *Derecho Penal Mexicano*. t. II, página 16, 4ª edición, México, 1956.

² Citado por FERNÁNDEZ DOBLADO. *Culpabilidad y Error*. págs. 47 y ss.

Como las causas de justificación recaen sobre la realizada, son *objetivas*, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza *subjetiva*, miran el aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho. Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, sí puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una excepción, señalada en el Código Civil (Art. 1911); "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho. "

3. EXCLUYENTES SUPRA-LEGALES. A las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley se les llama "supralegales"; no es acertada esta denominación, porque sólo pueden operar si se desprenden *dogmáticamente*, es decir, del ordenamiento positivo; mas la doctrina designa así a las causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica. Aludir a *supralegalidad* produce la impresión de algo por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad esas eximentes derivan de la propia ley. Hecha la aclaración, seguiremos empleando esa terminología por estar ya demasiado difundida.

La enumeración expresa de las causas excluyentes de responsabilidad en las leyes no tiene carácter limitativo; antes bien, es puramente enunciativa (véase Cap. XV, núm. 13). Todas aquellas causas que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitarán su configuración. Sólo tratándose de las justificantes no puede hablarse de causas supralegales. "Toda antijuricidad se descompone en un contenido *material* o sociológico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida colectiva y en una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuricidad *formal* y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal.

Esta antijuricidad formal... no puede ser destruida sino por otra declaración legal, de suerte que, aun

cuando imagináramos la desaparición del contenido material de antijuricidad en un acto, éste continuaría siendo antijurídico *formalmente* mientras la ley no admitiera y declarase *formalmente también*, aquella desaparición de la antijuricidad, subsistiendo con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el tipo... La eliminación total (material y formal) de la antijuricidad requiere, pues, una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito. El acto humano, la imputabilidad y la culpabilidad no tiene carácter formal alguno; se trata de puras esencias que, al desintegrarse, por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor milita esa especialidad; pero el factor de antijuricidad penal, que siempre debe ser declarado por la ley y a veces aún es creado por ella, existe y se mantiene, al menos formalmente, aun cuando desde sus orígenes carezca de verdadero contenido de antisocialidad; o cuando teniendo tal contenido desaparezca éste por causas especiales, mientras la misma ley no modifique su declaración primitiva o señale la causa que puede anular sus efectos. Resumiendo podemos repetir con firmeza que, mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida también una declaración legal."³

4. RAZÓN DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuricidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuricidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Por ello, para Edmundo Mezger la exclusión de antijuricidad se funda: a) en la ausencia de interés y, b) en función del interés preponderante.

a) *Ausencia de interés*. Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el *interés social* consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuricidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento, está *ausente el interés* que el orden jurídico trata de proteger. Mas debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias

³ VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 325.

tales como "falta de consentimiento" (del titular), "contra la voluntad", "sin permiso", etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación. El destacado jus-penalista Mariano Jiménez Huerta, expresa que no nace la antijuridicidad cuando el titular del interés protegido penalmente, consienta en la acción que sin su voluntad implicaría una lesión a un bien jurídico, pero después afirma que en la legislación mexicana no hay precepto alguno que en forma rectilínea se refiera al valor que puede asumir el consentimiento como causa concreta.⁴ Actualmente el artículo 15 reformado, en la fracción III, establece que el delito se excluye por actuar (bajo ciertos requisitos), con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuridicidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo. Villalobos cita dos ejemplos al respecto: El del enfermo llevado al hospital cuando se halla privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, sin posibilidad de que sus familiares o allegados le sustituyan en tales funciones y a pesar de ello se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento presunto atribuido al propio enfermo; y, el caso que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuridicidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa.⁵

b) *Interés preponderante*. Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

5. EL EXCESO. Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, emerge

⁴ Cfr. *La Antijuridicidad*, págs. 117 y 190. Ed. Imprenta Universitaria, México, 1952.

⁵ Nótese, para el primer ejemplo, que la salud o la vida no son bienes disponibles; por ello pudiera pensarse, a primera vista, que en tales casos el consentimiento carece de eficacia para fundamentar una justificante; mas es cierto, como enseña el profesor Ignacio Villalobos, que hay ocasiones en donde la exclusión de antijuridicidad no tiene una causa única; además del consentimiento, su razón debe ser buscada en otra justificante (estado de necesidad, ejercicio de un derecho) con base en el otro principio; en el del interés preponderante que en ciertos casos por sí mismo resulta insuficiente para excluir la antijuridicidad. Sería demasiado primitivo y totalmente antijurídico, dice el citado maestro, si, contra la voluntad del paciente, el médico que aconsejara la intervención quirúrgica, lo amordazara y condujera a la mesa de operaciones para abrirle el vientre y extraer el apéndice (que acaso ya se había amputado antes), o para suprimir otra víscera en que se había creído escuchar un "soplo" o se había palpado un "cirro", no obstante la decisión del enfermo de aplazar la operación para consultar otras opiniones. "Todavía con mayor evidencia resultaría ilegítimo, aun autorizada (bárbaramente) una lucha super-libre, si las actividades del campeón ávido de lucir sus *recursos* y escuchar los aullidos que tan adecuadamente sustituyen el aplauso en estos casos, no se limitan al contrincante... sino que en su ausencia o indistintamente toma a quien se halla a su alcance o a quien por cualquier motivo juzga que estorba su labor, le alza en vilo y le arroja contra el suelo o a romperse las costillas entre las butacas." *Derecho Penal Mexicano*, págs. 339, 340, 341 y 342, 2ª edición, Porrúa, 1960.

la ilicitud, pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuricidad del comportamiento, el exceso queda ya situado dentro del ámbito de la delictuosidad. Nuestra legislación anterior a las reformas únicamente hacía referencia al exceso en la legítima defensa. El nuevo precepto 16 reformado reglamenta de manera expresa también el exceso en el estado de necesidad, en el cumplimiento de un deber y en el ejercicio de un derecho. "Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V Y VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo."⁶

Causas de justificación

Causas de
Justificación
ART.29CPDF

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Consentimiento del titular del bien Jurídico afectado (Art. 15, fracción III). (actualmente art. 29 Fracc. III CPDF)

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

(Continuación)

A) *Legítima Defensa*

⁶Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994, en vigor el 1º de febrero siguiente.

SUMARIO: 1. Noción de la defensa legítima.-2. Fundamentos de la defensa legítima.-3. La legítima defensa en el Derecho positivo mexicano.-4. La defensa del honor.-5. Presunciones de legítima defensa.-6. Exceso en la legítima defensa.7. Cuadro esquemático.-8. Problemática de la defensa legítima: a) Riña y legítima defensa. b) Legítima defensa contra exceso. e) Legítima defensa recíproca. d) Legítima defensa del inimputable. e) Legítima defensa contra inimputables.

1. NOCIÓN DE LA DEFENSA LEGÍTIMA. La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.¹ Según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante.² Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.³

Todas las definiciones son más o menos semejantes: *repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para La protección.* '.

2. FUNDAMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA. Desde muy antiguo ha sido reconocida la legítima defensa e inclusive el Derecho Canónico se ocupó de ella al establecer: *Vim vi repellere omnes Leges et omnia jura permitunt* (Todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza). Pero aún se discute en la actualidad el verdadero fundamento de esta causa de justificación.

Para la *Escuela Clásica*, la defensa legítima descansa en la necesidad; ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que él se defienda; así, la defensa privada es sustitutiva de la pública.

Según los *positivistas*, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuanto se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

¹ *Derecho Penal*, 1, pág. 341, 8ª edición, Barcelona, 1947.

² *Tratado de Derecho Penal*, t, II, pág. 332, 2ª edición, Madrid, 1927.

³ *La Ley y el Delito*, pág. 363, Caracas, 1945.

Para Hegel, si la agresión injusta es la negación del Derecho, la defensa legítima es la *negación de esa negación* y, por lo tanto, la *afirmación* del Derecho siendo su fin la anulación de la injusticia.

De acuerdo con Jiménez de Asúa, viene a fundamentar la defensa legítima la *preponderancia de intereses* pues debe considerarse de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor.

Carrancá y Trujillo, conciliando diversas opiniones, afirma que la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la *necesidad*, como por la *ausencia de temibilidad en el sujeto*, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente.⁴

En el número 4 del Capítulo anterior, se ha anotado como fundamento de la defensa legítima, al igual que en otras justificantes, la *preponderancia de intereses*, pero no por considerar de mayor importancia el interés, del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de existir para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener incólumes los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social, sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos y, por tanto, trastornador del orden público, de la paz pública y de cuanto constituye la médula, el fin y la razón de ser del propio Estado, con el propósito de paralizar su ataque. La comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino sobre el *interés público* por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al *interés público* por mantener intangible y seguro al individuo transgresor de la ley y amenaza pública, pues si es verdad que a todos los hombres se ha garantizado la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, esto es mientras observen un mínimo de solidaridad y de respeto para los demás y para la comunidad en que viven, y no hasta el grado de permitirles que destruyan el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías. Se da preeminencia al *bien social* sobre el *bien* de un *particular* que el propio interesado expone al constituirse en agresor y por eso es lícito y jurídico sacrificar una vida o un bien concreto cuando una u otro han sido comprometidos por su propio titular; amparar la integridad o la vida de un ciudadano, deja de ser de interés social cuando se vuelve contra la sociedad y la disciplina, que son los verdaderos objetivos de toda protección penal. En la legítima defensa está de por medio siempre un bien más valioso; por eso es jurídico el sacrificio del interés que socialmente resulta menor, aun cuando desde puntos de vista individuales pudiera parecer igual o mayor.⁵

⁴ *Derecho Penal Mexicano*, t. 11, pág. 73, edición 1956.

⁵ Cfr. I. VILLALOBOS, *Derecho Penal Mexicano*, pág. 381', 2ª edición, Porrúa, 1960.

De acuerdo con Ignacio Villalobos a cuyos conceptos nos hemos referido en forma casi textual en el anterior párrafo, debe tenerse muy presente que quien ejerce la legítima defensa, obra *con derecho* y no como un aturdido o un irresponsable, ni como un pobre hombre a quien benévolamente se pueda excusar.

Como elementos de la defensa legítima se señalan los siguientes: a) Una *agresión* injusta y actual; b) Un *peligro inminente de daño*, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; y c) *Repulsa* de dicha agresión.

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. El artículo 15, fracción IV, párrafo primero, del Código Penal Federal expresa: "Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".⁶

Repeler es rechazar, evitar, impedir, no querer algo.

Por *agresión* debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Según la nueva fórmula legal ahora en vigor, la agresión ha de ser *real*, es decir, no hipotética o imaginaria; debe también ser *actual* o *inminente*, es decir, presente o muy próxima. Actual es lo que está ocurriendo; inminente lo cercano, inmediato. Si la agresión ya se consumó no existirá, la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por el artículo 17 de nuestra Constitución al establecer: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho..." La reacción contra situaciones pretéritas no sería evitación y ésta es de la esencia de la defensa legítima. Tampoco se integra la justificante ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras remotas, ya que la ley habla de que la agresión ha de ser actual o inminente, esto es, de presente o muy cercana.

La reformada, fracción IV del artículo 15 del Código ya no alude a que la agresión sea violenta, pues como explica el maestro Carrancá y Trujillo, la sola idea de agresión encierra la de violencia.⁷

Pero no basta una agresión real, actual o inminente, precisa también que sea injusta, *sin derecho*; esto es,

⁶ Reforma publicada en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1994, en vigor ello de febrero siguiente.

⁷ *Op. cit.*, t. 11, pág. 83

antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima.

Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a *bienes jurídicos propios o ajenos*.

Antes el precepto mencionaba la defensa de la persona, del honor o de los bienes del que se defiende o de la persona, honor o bienes de otro a quien se defiende. Actualmente se alude en forma genérica a la defensa de bienes propios o ajenos, como se ha indicado.

Al igual que en el texto anterior, en la comentada fracción IV del artículo 15 reformado, se exige que exista necesidad de la defensa, racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Ya no se menciona en la ley la inoperancia de la defensa legítima cuando el agredido previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por medios legales. Tampoco el caso relativo a si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por otros medios legales, o notoriamente de poca importancia comparado por el causado por la defensa, pues como se ha repetido, la nueva fórmula genérica sólo destaca la necesidad de la defensa, la racionalidad de los medios empleados y la no provocación dolosa suficiente e inmediata.

4. LA DEFENSA DEL HONOR. El Código Penal del Distrito Federal, antes de la reforma de 1994, establecía para el cónyuge que matara o lesionara a su cónyuge o a quien con él realizara adulterio, o a ambos, una penalidad atenuada (sin quedar, por supuesto, excluido de responsabilidad penal). El artículo 310 decía: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso, se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión."

Para Carrancá y Trujillo la interpretación del transcrito texto legal, ahora derogado, consiste en disociar el homicidio o las lesiones á los adúlteros, de la legítima defensa del honor pues el acto de ellos no significa agresión al honor del cónyuge ofendido, por lo cual la conducta de éste no puede considerarse legítima y debe

dar lugar a la pena, si bien, atenuada.⁸

Para González de la Vega⁹ los actos ajenos, morales o inmorales, no imputables a nosotros mismos, no pueden afectar nuestro honor. Expresa con Jiménez de Asúa, como es injusto proclamar que padece menoscabo la honra del marido o de la mujer engañados, por la conducta del cónyuge infiel. Aun suponiendo que la infidelidad sexual constituyera una agresión al honor, tampoco se configurará la excluyente en el caso a estudio, porque la acción sangrienta se realiza cuando el acto sexual ya está consumado o cuando se está preparando y para la existencia de la defensa legítima precisa la actualidad no comprendiendo, por ende, la venganza de agresiones pasadas, ni la prevención de daños no actuales.

Los dos autores citados, hacen consideraciones semejantes respecto al homicidio o las lesiones en la persona del corruptor de la hija.¹⁰

Villalobos considera que en la cuestión a estudio, no puede configurarse la legítima defensa del honor, más no por no afectarse éste, sino por insatisfacción del requisito de evitación o de actualidad.¹¹

El antes transcrito artículo 310, por reforma publicada el 10 de enero de 1994, fue sustituido por otro, con una fórmula más amplia, comprensiva de los casos de homicidio o lesiones cometidos en estado de emoción violenta; en este dispositivo pueden ubicarse, entre otras, las hipótesis anteriormente reguladas, tanto en el artículo 310, como en el derogado 311. El nuevo precepto 310 establece: "Se impondrá de dos a siete años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenúen su culpabilidad. Si lo causado fueren lesiones, la pena será de hasta una tercera parte de la que correspondería por su comisión."

5. PRESUNCIONES DE LEGÍTIMA DEFENSA. El Código Penal en vigor, en el último párrafo de la fracción IV del artículo 15, preceptúa: "Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus

⁸ *Op. cit.*, t. II, págs. 80 y ss.

⁹ Cfr. *Derecho Penal Mexicano*, t. I, págs. 105. y ss., 3ª edición, 1944.

¹⁰ El artículo 311 del Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales, ahora derogado por Decreto publicado el 10 de enero de 1994, antes fue reformado por Decreto de 23 de diciembre de 1968, publicado en *Diario Oficial* de 18 de febrero de 1969, en vigor al día siguiente, como sigue:

"Se impondrán de tres días, a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciera en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro." El texto anterior establecía: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión al padre que mate o lesione al corruptor de su hija que esté bajo su potestad, si lo hiciera en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su hija con el varón con quien la sorprenda ni con otro. En este último caso o cuando el padre haya sido condenado como responsable de un homicidio o del delito de lesiones, se le impondrán de cuatro a cinco años de prisión."

¹¹ Para mayor amplitud, véase *Derecho Penal Mexicano*, 1. VILLALOBOS, págs. 388 y ss.

dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión". El dispositivo comprende dos hipótesis: La primera, cuando se cause daño a quien en las condiciones descritas trate de penetrar a los lugares señalados; la segunda, si el intruso ya se encuentra dentro de los sitios indicados, en circunstancias reveladoras de la probabilidad de una agresión.¹²

Las presunciones de legítima defensa son *juris tantum*, es decir, pueden admitir prueba en contrario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con *derecho* y, por ende, será al Ministerio Público (órgano encargado de la persecución de los delitos) a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos necesarios para demostrar que el inculpado no obró en legítima defensa. Adviértase, por lo mismo, cómo desde el punto de vista de la carga de la prueba, es más favorable la situación de presunción de legítima defensa, en relación con los casos genéricos en los cuales se integra la justificante.

6. EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA. Soler llama exceso en la legítima defensa a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada. Hay exceso en la defensa cuando el agredido, va más allá de lo necesario para repeler la agresión.

El artículo 16 del Código Penal Federal, señala que, a, quien se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V Y VI del artículo 15, se le impondrá pena del delito culposos.

Antes de la reforma, el artículo 16 del Código Penal establecía: "Al que, se exceda en la legítima defensa por intervenir la tercera o cuarta circunstancia de las enumeradas en la segunda parte de la fracción III del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia." La tercera señalaba: "Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa." La cuarta: "Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales; o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa." Ahora, al suprimirse en el reformado artículo 16 el señalamiento de esas hipótesis, debe entenderse que se deja la apreciación de exceso al prudente arbitrio del juez. De acuerdo con Garrido y Ceniceros, el hecho de que la ley sancione el exceso en la legítima defensa como delito culposos, no significa que el exceso participe

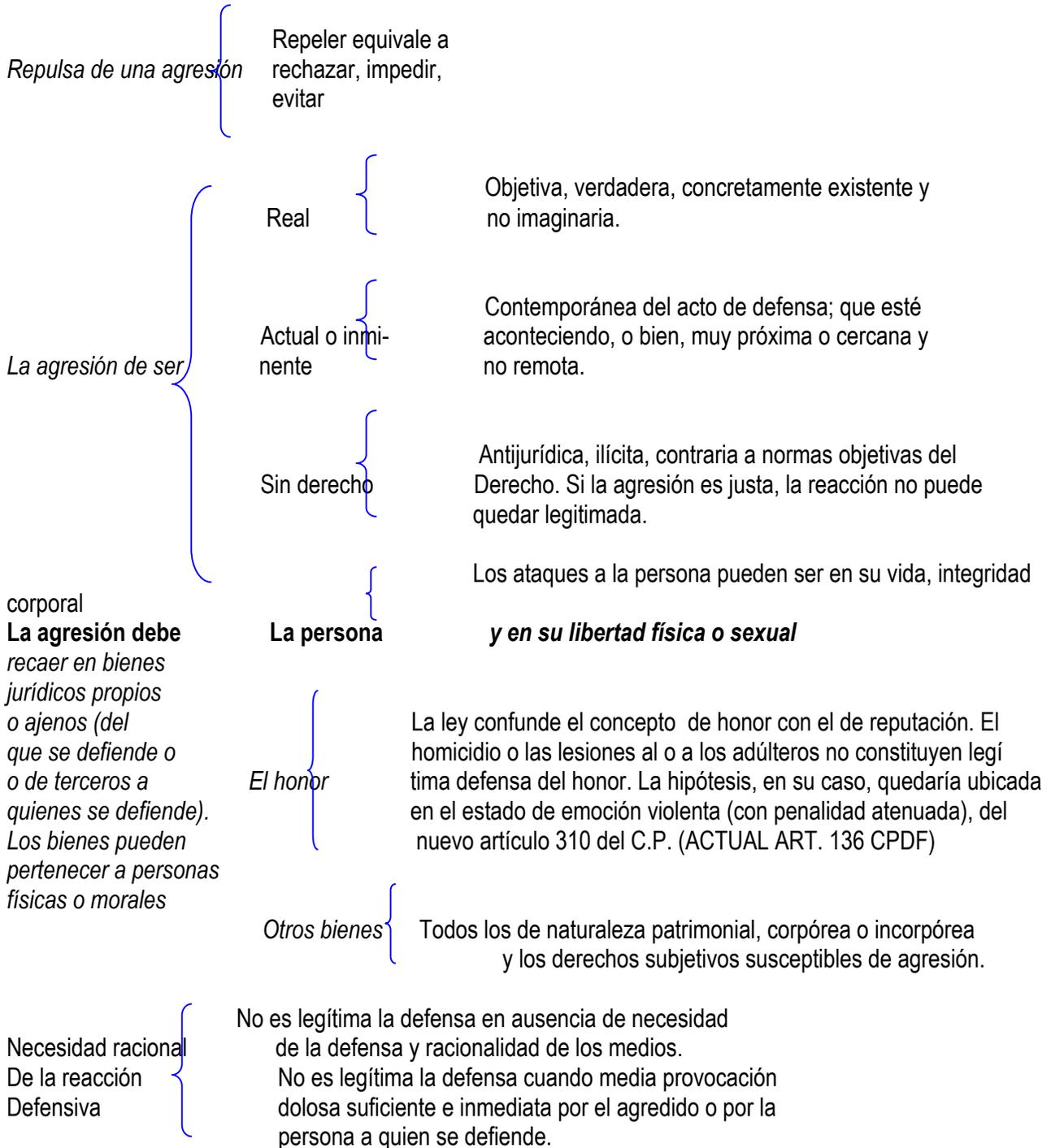
¹² Reformas por Decreto publicado el 10 de enero de 1994.

de su naturaleza o de sus elementos; el legislador hizo la remisión al delito culposo sólo por la levedad de la pena y para aprovechar la amplitud de los márgenes mínimo y máximo del artículo 60.¹³

CUADRO ESQUEMÁTICO.

LEGÍTIMA DEFENSA

(Art. 15 IV del C. P.) (Hoy art. 29 fracc. IV CPDF)



¹³ Cfr. *La ley Penal Mexicana*, pág. 72.

Presunciones de legítima defensa

“Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a las de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revuelven la probabilidad de una agresión”.

Exceso en la defensa

Innecesaria intensificación de la reacción defensiva; el injustamente agredido rebasa los límites de un comportamiento legitimado, colocándose en el ámbito de lo antijurídico. Se sanciona como delito culposo.

8. PROBLEMÁTICA DE LA DEFENSA LEGÍTIMA.¹⁴ En la vida real no siempre se produce una conducta lisa y llanamente repulsiva de una injusta agresión; a veces el cuadro se complica y las soluciones constituyen verdaderos problemas. Nos ocuparemos de aquellas situaciones que con relativa frecuencia se presentan.

a) *Riña y legítima defensa*. Según nuestro texto legal, riña es la contienda de obra y no la de palabra entre dos o más personas (Art. 314 del Código Penal). En la riña los protagonistas se colocan al margen de la ley, al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias y, por lo mismo, las dos actitudes son antijurídicas, mientras la defensa legítima requiere para su existencia de una conducta lícita, acorde con el Derecho, frente a una injusta agresión; de ahí que la riña excluya la defensa legítima.¹⁵ (actualmente art. 137 del CPDF)

b) *Legítima defensa contra exceso en la legítima defensa*. Giuseppe Maggiore¹⁶ sostiene que todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa. Para Manzini¹⁷ cuando el exceso es debido a culpa, el mismo constituye una violencia punible y por ende injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor que, por lo tanto, tiene facultad de obrar en legítima defensa.

c) *Legítima defensa recíproca*. No es admisible la defensa legítima recíproca; para quedar justificadas las dos actitudes, precisaría que con ellas, respectivamente, se repeliera una injusta agresión y las conductas no

¹⁴ La legítima defensa real contra la putativa se estudiará en el Capítulo de la Inculpabilidad.

¹⁵ Así, de manera constante y uniforme. lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁶ *Derecho Penal*, t. I. pág. 418. Editorial Temis, 1954.

¹⁷ *Tratado de Derecho Penal*. t. 111. pág. 101, Ediar, 1949.

devienen, al mismo tiempo, jurídicas y antijurídicas. Quien injustamente acomete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contraataca; su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a Derecho, sino en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuricidad.

d) *Legítima defensa del inimputable*. Giuseppe Maggiore¹⁸ sostiene que la reacción de un loco, aunque sea defensiva no es legítima defensa; equivale a la acción del perro que muerde las pantorrillas de quien lo golpea. En cambio, A. Quintano Ripollés considera que, no debe operar sólo la causa de in imputabilidad, por ser injusto atraer sobre la víctima la sanción de responsabilidad civil, que iría a su vez a enriquecer a un agresor injusto; debe optarse por la defensa legítima, porque el enajenado, bien incapaz, es un hombre dotado de instintos y reacciones vitales a quien la ley debe todas las garantías posibles de protección.¹⁹

Partiendo de; la naturaleza objetiva de la antijuricidad, es admisible la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe ser valorada *objetivamente* y dársele, en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele.²⁰

e) *Legítima defensa contra in imputables*. Aun cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por faltarle las rapacidades de conocimiento y voluntad, sí puede, en cambio, ser antijurídica (la antijuricidad es objetiva) y dar lugar a una reacción defensiva legítima.²¹

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

(Continuación)

B) *Estado de Necesidad*

SUMARIO: 1. Noción del estado de necesidad.-2. Diferencias con la defensa legítima.-3. Elementos del

¹⁸ *Derecho Penal*, t. I, pág. 407, Editorial Temis, Bogotá, 1954.

¹⁹ Comentarios al Código Penal, t. I, pág. 107.

²⁰ Como los menores de dieciocho años han quedado al margen de las Leyes Penales, carece de interés estudiar si su conducta puede o no justificarse en función de la defensa legítima, porque ésta, al eliminar la antijuricidad, imposibilita la integración del delito; sin embargo, atenta la objetividad del elemento *antijuricidad*, creemos que en el fondo, sustancialmente, la actitud defensiva del menor es justa, acorde con el Derecho. En todo caso serán los Tribunales de Menores (ahora Consejos Tutelares para Menores Infractores) los encargados de resolver de acuerdo con sus facultades. La decisión deberá ser reconociendo la improcedencia de tratamientos o medidas de especie alguna, por haberse ajustado a Derecho la conducta del menor, a menos que se advierta, con independencia del hecho, la necesidad de imponer aquellos tratamientos o medidas, con carácter preventivo.

²¹ Hay quienes sostienen que no opera la defensa legítima sino el estado de necesidad. También es posible admitir la defensa legítima contra menores de dieciocho años, que no delinquen por hallarse segregados del campo propio de la Ley Penal, pero pueden obrar injusta, aunque no delictuosamente.

estado de necesidad.-4. Casos específicos del estado de necesidad: a) el aborto terapéutico; el aborto terapéutico ante el derecho canónico; b) el robo de famélico; el robo de famélico en el Código Penal.

1. NOCIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD. El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona (Cuello Calón).¹ Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico (Sebastián Soler).² Von Liszt en su *Lerhbuch* afirma que el estado de necesidad "es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".³

Aún se discute en la doctrina la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para precisarla es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igualo de diferente valor. Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuricidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria. Esto se estudiará nuevamente al tratar de la culpabilidad y de su aspecto negativo.

Por ahora nos ocuparemos del estado de necesidad como causa de justificación. Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando vigor el principio del *interés preponderante*; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.

Existen, no obstante, muy variadas opiniones sobre la fundamentación del estado de necesidad. Así, por ejemplo, Filangieri, siguiendo un criterio estrictamente subjetivo, estima que el problema se reduce a considerar la acción humana como, un proceder motivado por la *violencia moral*, pues el sujeto al actuar ante una situación de peligro tiene que elegir bajo un estado de coacción provocado por la amenaza del mal por sobrevenir, entre ese malo lesionar un bien jurídico ajeno para salvar el propio o el de personas extrañas. Para la Escuela Positiva, siguiendo el mismo criterio subjetivo, el acto ejecutado en estado de necesidad no revela temibilidad en su autor,

¹ *Op. cit.*, t. I, pág. 362.

² *Op. cit.*, t. 1, pág. 418.

³ *Tratado de Derecho Penal*, pág.341, t. 11, Reus, Madrid, 1927.

si se atiende al móvil, que no se manifiesta como antisocial; por ello debe quedar impune.⁴

Hegel adopta posición distinta y encuentra el fundamento de esta causa de justificación en el plano objetivo, al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es el de la propia vida. No permitirle poner a salvo su vida -expresa-, cuando ésta, se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos.⁵

Curiosa tesis sostiene Michailoff; al hablar del estado de necesidad (sin distinguir entre las diversas jerarquías de bienes) nos dice que el interés del Estado se inclina a la salvación de una vida y no a la pérdida de dos, cuando por razón del conflicto de bienes, se hace necesario el sacrificio de una de ellas.⁶

Sólo desde un punto de vista objetivo, en razón de la esencia misma del elemento del delito *antijuridicidad*, cuyo nacimiento se impide, encuéntrase el fundamento de esta causa de justificación y no puede ser otro sino el valor preponderante que, dentro de la jerarquía de los bienes en colisión, tiene el salvado con relación al sacrificado.

"Hay casos -dice el profesor Villalobos-, en que la igualdad de los bienes en concurso es sólo aparente; en realidad no se compara el valor de un objeto con otro, sino el de cualquiera de ellos con el de un conjunto de que ambos forman parte. Esto sucede, por ejemplo, cuando en el incendio de un bosque se destruye gran número de árboles para salvar el resto, aun cuando la parte destruida sea igualo mayor a la que se salva; o cuando se arroja al mar parte del cargamento de un buque para evitar el naufragio. El acto es jurídico, pues el dilema consistiría en perderlo todo o salvar alguna parte. Y aquí cabría también considerar el caso de los náufragos antes estudiado (se refiere al ejemplo clásico de los dos náufragos que luchan por la tabla salvadora, llegando uno de ellos a sacrificar al otro); si el supuesto medio único de salvación no soporta la concurrencia de dos personas, la alternativa sería la de salvarse una de ellas o perecer ambas, y entonces la muerte de cualquiera de los dos concurrentes representa el sacrificio de un bien menor."⁷ Consideramos certera esta forma de apreciar el problema, sin desconocer que la mayor parte de los autores sostienen que en esta hipótesis la exclusión de responsabilidad no se basa en una causa de justificación, sino en una de inculpabilidad; se hace -erróneamente- la comparación entre las dos vidas, considerando que los bienes en conflicto son de igual entidad, no obstante que, dadas las circunstancias, la conservación de cualquiera de esas vidas debe preferirse a la pérdida de

⁴ Citado por SOLER, *Op. cit.*, t. I, pág. 399.

⁵ Citado por SOLER, *Op. cit.*, t. 1, pág. 395.

⁶ Citado por PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, t. I, pág. 412, Madrid, 1955. *Op. cit.*, pág. 367.

⁷ *Op. cit.*, pág. 367.

ambas, habida cuenta de que, o se autoriza la salvación de un naufrago o perecen los dos. Alternativa diferente, por ejemplo, es la que se presenta comúnmente en el llamado aborto terapéutico a que nos referiremos después, en donde el problema consiste en que si continúa el embarazo muere la madre; pero si se, opta porque ella viva, se sacrifica el producto.

2. DIFERENCIAS CON LA DEFENSA LEGÍTIMA. Para Carrancá y Trujillo, el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es reacción contra el ataque. Por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa o contraataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto agresor.⁸

Nosotros señalamos, además de tal diferencia, las siguientes: a) en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión); y, b) la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y, otro lícito (la reacción, contra-ataque o defensa); en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

3. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD. Los elementos del estado de necesidad son: a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); d) un ataque por parte de quien se encuentre en el estado necesario; y, e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Nuestro texto legal reformado establece como una de las causas de exclusión de delito, cuando: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por *otros* medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontado". (Frac. V del Art. 15 del C.P.).

El peligro es la posibilidad de sufrir un mal, tal peligro debe *ser* real, dice la ley; si se trata de conjeturas imaginarias, indudablemente no puede configurarse la eximente. El legislador exige que sea, además, actual o

⁸ *Op. cit.*, t. II, 4ª edición, pág. 93

inminente. Hemos dicho que lo actual es lo que está ocurriendo; inminente es lo próximo o muy cercano. Para la ley no se integra la excluyente por estado necesario si el agente, intencional mente ocasiona la situación de peligro. Como expresa la fórmula legal, pueden comprenderse los bienes jurídicos de la propia persona o de terceros. Finalmente, el ordenamiento precisa que quien obra por estado de necesidad no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro y éste no sea evitable por otros medios al alcance del agente.

Pavón Vasconcelos, al hablar de los elementos del estado de necesidad, considera como tales: a) un peligro real, grave e inminente. Este elemento es común con la legítima defensa, pero mientras en ésta el peligro se origina por un acto injusto del hombre, en el estado de necesidad se trata, por lo general, de un hecho o una situación no dependiente de su voluntad. La actualidad o la inminencia del peligro es un requisito fundamental, ya que si hay tiempo de evitado sin violencia, no podrá excusarse el acto realizado; b) ese peligro ha de recaer sobre algunos bienes jurídicos. En nuestra legislación tales bienes son la propia persona y sus bienes, o la persona o bienes de otro; c) que el peligro no haya sido provocado dolosamente d) que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho; y; e) No existencia de *otro* medio practicable y menos perjudicial.⁹

4. CASOS ESPECÍFICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD. a) *El aborto terapéutico*. Como una forma específica del genérico estado de necesidad, nuestra ley consagra en el artículo 334 la excluyente por aborto terapéutico. No hubiera sido preciso reglamentarla por separado, por caber la hipótesis prevista perfectamente dentro de la amplia fórmula de la fracción V del artículo 15. Se trata también de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía. (actualmente art. 29 fracción V del CPDF)

El artículo 334 dispone: "No se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora." (actualmente art. 148 fracc. II CPDF)

La redacción misma del precepto ha hecho pensar a algunos especialistas, que se trata de una verdadera excusa absolutoria en donde subsiste el delito y la pena no se aplica.' pues el legislador usa la frase "no se aplicará sanción"; sin embargo, como el artículo es superfluo, por comprenderse su contenido en la fórmula del genérico estado de necesidad, debemos concluir que constituye una causa de justificación y no una simple

⁹ Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 326 Y ss. 6ª edición, Porrúa, 1984.

excusa.¹⁰

El aborto terapéutico ante el Derecho Canónico. Como opinión contraria a la legal, debe citarse la de la Iglesia Católica. Con fundamentos espirituales sobre la redención del ,ser en formación, prohíbe el aborto aun por estado, necesario, imponiendo a la mujer una maternidad heroica, a pesar de la incompatibilidad de su vida con el desarrollo normal del embarazo. El Derecho seglar, ante el choque entre dos bienes, procura la salvación del más importante para la sociedad, como lo es la vida de la madre de quien, como dice González de la Vega,¹¹ generalmente necesitan otras personas como sus anteriores hijos o familiares; en cambio, la Iglesia exige a la mujer la maternidad a pesar de los grandes riesgos para su propia existencia.

Para la doctrina católica, el aborto llamado *necesario* constituye un verdadero asesinato por poseer el feto ya alma humana. El médico debe tratar de salvar las dos vidas; su papel no es la supresión de alguna de ellas. De hecho, con cierta frecuencia, contra autorizadas opiniones médicas, subsisten ambas vidas. Además, Dios es el único que en el caso tiene derecho a elegir entre la vida en formación y la de la madre.¹²

b) *El robo de famélico.* El robo de famélico o de indigente, encuadra también dentro de la fórmula general del estado de necesidad a que se contrae la fracción V del artículo 15, por ello resulta redundante su establecimiento en forma específica en el artículo 379. (actualmente art. 248 CPDF)

Existe división de opiniones con respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del robo de famélico; mientras unos opinan que se trata de una excusa absolutoria, para otros constituye una justificante por estado de necesidad. Recuérdese que la distinción no es asunto de poca monta; las justificantes son *erga omnes*, objetivas e impersonales y por lo mismo aprovechan a todos, quienes resultan cooperando en una acción conforme a Derecho; en tanto las excusas absolutorias sólo eliminan la pena, subsistiendo la delictuosidad del acto, y además, son personalísimas, únicamente favorecen a los que se encuentran dentro de la hipótesis correspondiente.

Para nosotros es una verdadera causa de justificación por estado de necesidad, pues existe una colisión de intereses tutelados jurídicamente. Por una parte, el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida; y, por la otra, el derecho del propietario de los bienes

¹⁰ El Código de 1931 propiamente no define el aborto, sino el feticidio. El artículo 329 dice: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

¹¹ *Derecho penal Mexicana*, 5ª edición. pág. 132, 1958.

¹² Para un análisis más completo de la doctrina de la Iglesia Católica sobre el aborto, puede consultarse *Ética Médica*, de EDWIN F. HEALY, págs. 218 y ss.

atacados. Nuevamente nos encontramos en presencia del principio del *interés preponderante*.

El robo de famélico en el Código Penal. El artículo 379 dice: "No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

Francisco González de la Vega, comenta: "Adviértase que la justificación se limita a una sola vez, siendo así que el hambre o las necesidades apremiantes, vitales, pueden repetirse. Afortunadamente, todos los casos caben en el artículo 15, fracción V. La justificación no ampara aquellos casos en que se finge necesidad para justificar vagancia o malvivencia habituales."¹³

La redacción del artículo 379 es defectuosa. En su sentido estricto, caben las actuaciones de personas acomodadas, con tal de que ejecuten el apoderamiento en los momentos precisos de experimentar la necesidad. Al respecto Ignacio Villalobos escribe: "Podrá hoy cualquier acaudalado, por capricho, por deporte o por snobismo, tomar de lo ajeno lo estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento, al fin aun los potentados tienen esa clase de necesidades a que se hace referencia. En el precepto, por ninguna parte apunta exigencia o requisito alguno sobre estado de necesidad propiamente dicho, indigencia o cosa semejante, sino que su redacción significa una mera liberalidad inexplicable; pero absolutamente igual para todos y en todas las circunstancias."¹⁴

En el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, elaborado en el año de 1958, se suprime, por innecesaria, la fórmula del robo de indigente; lo mismo se advierte en el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

(Continuación)

C) *Cumplimiento de un Deber, Ejercicio de un Derecho, Impedimento Legítimo y Consentimiento del*

¹³ *Código Penal Comentado*, pág. 306

¹⁴ *Op. cit.*, pág. 369.

interesado

SUMARIO: 1. Casos que comprenden las justificantes por derecho o por deber.-2. Homicidio y lesiones en los deportes.- 3. Las lesiones inferidas en ejercicio del derecho de corregir.-4. Lesiones consecutivas de tratamientos médico-quirúrgicos.-5. Impedimento legítimo.-6. Consentimiento del interesado.

I. CASOS QUE COMPRENEN LAS JUSTIFICANTES POR DERECHO O POR DEBER. Al lado de las causas de justificación analizadas, figuran otras que también privan a la conducta del elemento *antijuricidad*, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito. Se trata del *cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho*. Nuestro Código establece en la fracción VI del artículo 15, como excluyente del 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 y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar al otro".¹

Como en la defensa legítima, se exige la racionalidad del medio empleado.

Dentro de estas hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir. Sólo estas últimas se reglamentaban en forma especial (artículo 294, ahora derogado).

2. HOMICIDIO Y LESIONES EN LOS DEPORTES. Francisco González de la Vega escribe: "Existen ciertas clases de deportes como la natación, la equitación, etc., que se realizan singularmente, es decir, sin necesidad de entablar una lucha o contienda violenta entre varios participantes para la obtención del triunfo; es claro que cuando el deportista resulta lesionado, no puede existir problema de incriminación, por ser las lesiones casuales o deberse exclusivamente a la propia imprudencia del perjudicado. Otro grupo de deportes como la esgrima, el polo, el *foot ball*, etc., se desarrollan entre dos o más personas o equipos que, por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas, luchan violentamente por vencer al contrario; en estos deportes los contendientes tratan de obtener el galardón, no de lesionar, pero como el riesgo de lesiones es muy grande porque supone dentro del juego el ejercicio de la violencia, la solución para las lesiones inferidas en estas actividades deportivas, salvo casos de perfidia o imprudencia, debemos encontrarla en la ausencia del elemento moral; en efecto

¹ Reformado por Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994, en vigor el 1° de febrero siguiente.

cuando los jugadores, sin intención de lesionar, sin contravenir imprudentemente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores del delito por no haber obrado intencional o imprudentemente. Por último, algunos otros deportes, como el pugilato, se realizan en la misma forma violenta, pero dentro de la finalidad del juego está la de que uno de los contendientes lesione consciente y voluntariamente a su adversario; a un pugilista le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, sólo podemos fundar la justificación en la ausencia de antijuricidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales.”²

Se trata, pues, de una verdadera causa de justificación; los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado. Sobre el particular podemos agregar que, cuando se llevan al cabo eventos deportivos en los cuales se cobra a los espectadores, el Estado no solamente envía representantes y delegados suyos, sino percibe los impuestos correspondientes. En forma expresa o tácita el poder público otorga el permiso para la realización de los encuentros y, por lo mismo, la conducta (salvo casos de excepción claramente delictuosos) es jurídica; al menos formalmente.

Pero si los hechos típicos del Derecho Penal que resulten en algunos casos, con motivo de los deportes señalados en la última categoría, *formalmente* carecen de antijuricidad en presencia de la autorización estatal, subsiste el problema de hallar la razón de ser de tal exclusión, que parece no obedecer al principio general de la preponderancia de intereses, el cual, al decir de Villalobos, no admite claudicaciones ni condescendencias, sino cede sólo ante el mayor beneficio social; si éste no ha sido la verdadera meta, el acto de quien da el permiso, o el espectáculo mismo, carecen de *justificación material*, sustancial o de fondo. Se trata de un error o de un abuso de facultades.³

3. LAS LESIONES INFERIDAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR. De manera específica, nuestro Código reglamentaba esta eximente en el artículo 294 en relación con el 289; establecía que las lesiones inferidas por quienes ejercieran la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serían punibles si fueran de las comprendidas en la parte primera del artículo 289 (que tarden en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida), y además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. Funcionaba como causa de justificación. El Código Civil del Distrito Federal impone a quienes ejercen

² *Derecho Penal Mexicano*, págs. 18 y 19, 5ª edición, 1958.

³ *Derecho Penal Mexicano*, pág. 363, 3ª edición, Porrúa, 1975.

la patria potestad o la tutela, la obligación de educar y corregir a sus hijos o pupilos (Arts. 422 y 423).

Afortunadamente la reforma al Código penal derogó el anacrónico precepto 294, por lo que de conformidad con la ley represiva en vigor, ya no es excluyente de responsabilidad, a pretexto del ejercicio del derecho de corregir, lesionar a los niños; antes bien, el artículo 295 dispone: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones; suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."

4. LESIONES CONSECUTIVAS DE TRATAMIENTOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS. Para legitimar las lesiones causadas con motivo de intervenciones médico-quirúrgicas, se han sostenido diferentes criterios. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia. El argumento es inatendible, por ser el Derecho Penal de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o de sus representantes es irrelevante, salvo tratándose de los llamados delitos privados o de querrela necesaria, entre los cuales no figura el de lesiones; además los delitos perseguibles sólo a petición de la parte ofendida, son de dudosa técnica. Otros buscan la solución en la ausencia de dolo; también resulta ineficaz este razonamiento; para tener un delito como intencional, es suficiente que el sujeto activo se proponga producir la lesión, con independencia de la finalidad última. Se dice que esas lesiones se causan en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparadas por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando operaciones de emergencia, propias de una profesión a la cual son completamente ajenas; se trata más bien de un *estado de necesidad*. Para González de la Vega la antijuricidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor.

4

La justificación *formal* deriva de la autorización oficial (expresa o tácita); la *material* o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva. (V véase núm. 4, Cap. XVIII.)⁵

⁴ *Derecho Penal Mexicano*, pág. 17, 5ª edición, 1958.

⁵ Considera el juspenalista IGNACIO VILLALOBOS, que en realidad en los casos de intervenciones quirúrgicas (con fines curativos o estéticos) concurre un complejo en que una es la causa de justificación: *la necesidad* (absoluta o relativa, pero que justifica o hace racional autorizar esas intervenciones del cirujano para salvar un bien mayor del sacrificado, o simplemente para obtener un beneficio, como en la cirugía plástica, a cambio de un riesgo remoto y de relativamente poca trascendencia); y otros son los requisitos que, de ser posible, deben colmarse, como la intervención del cirujano titulado o autorizado y el consentimiento del sujeto pasivo de la intervención. Por eso en casos extremos y a falta de un titulado, se justificaría la actuación de un práctico, o de cualquiera persona a quien fuera dable proporcionar los primeros auxilios o aquellos de tal naturaleza urgentes, que no permitieran esperar la presencia del verdadero

5. IMPEDIMENTO LEGÍTIMO. De conformidad con las reformas del 21 de diciembre de 1993, publicadas en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994, quedó suprimida la excluyente por *impedimento legítimo*, que antes establecía la fracción VIII del artículo 15, en los siguientes términos: "Contravenir lo dispuesto en una Ley Penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo." Operaba cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstenía de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal. Adviértase que el comportamiento era siempre omisivo. Emergía otra vez, el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción. Suele ejemplificarse con el caso del sujeto que se niega a declarar, por impedírselo la ley en virtud del secreto profesional (en realidad esta hipótesis cabe en la justificante por cumplimiento de un deber). La regulación en el Código del impedimento legítimo carece de razón, según el penalista Jiménez Huerta, por tener cabida en la fórmula del estado de necesidad. Para el citado Maestro, en la entraña de los conflictos de deberes late y palpita con vida propia un conflicto entre bienes jurídicos; "la simultaneidad de deberes que el sujeto debe cumplir, es sólo la causa normativa que engendra la colisión de los bienes jurídicos. Así, quien viola el deber de asistencia que debe prestar a una persona herida, por estar auxiliando a otra más gravemente lesionada, sacrifica el bien jurídico de aquélla en aras del que a ésta pertenece".⁶

6. CONSENTIMIENTO, DEL INTERESADO. El Código Penal reformado recoge, en forma expresa, como causa excluyente del delito, el consentimiento del interesado en la nueva fracción III del artículo 15: "Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) que el bien jurídico sea disponible; b) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo".

En el Cap. XVIII, N° 4, inciso a), se señala que el consentimiento del interesado opera como causa de atipicidad unas veces y otras como causa de justificación. Si el tipo exige que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; sólo cuando el tipo no alude en forma expresa a tal circunstancia, se integra una justificante.

perito; y en caso de inconsciencia del herido, lesionado o enfermo, y supuesta la misma urgencia impeditiva de fatales esperas, debe aceptarse la intervención del médico sin consentimiento del interesado, ante la sola necesidad que habrá de justificarle (notas de clase). Véase lo expresado por el mismo profesor y que se inserta en la nota al calce del número 4 del Capítulo XVIII

⁶ *La Antijuricidad*, pág. 346. Imprenta Universitaria. México, 1952.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación.

- 1.- ¿Cómo se define a la antijuridicidad?
- 2.- Explique en qué consiste la antijuridicidad formal y material
- 3.- ¿Qué entiende por causas de justificación?
- 4.- Indique con que otros nombres se les conoce a las causas de justificación.
- 5.- Explique brevemente los excluyentes supra legales.
- 6.- Con base en nuestro actual Código Penal ¿Cómo se clasifican las causas de justificación?
- 7.- Ubicar las causas de justificación en el Código Penal.
- 8.- Enuncie los elementos de la legítima defensa.
- 9.- Cuándo existe exceso de legítima defensa ¿La conducta es punible? ¿Por qué?
- 10.- ¿Cuándo existe la presunción de legítima defensa?
- 11.- ¿Qué se entiende por estado de necesidad? indique sus elementos
- 12.- Señale el fundamento legal del estado de necesidad con base en el Código Penal.
- 13.- Señale el fundamento legal del cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho con base en nuestro actual Código Penal.
- 14.- Señale tres ejemplos de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.
- 15.- ¿Cuándo opera el consentimiento del interesado, como causa de justificación?

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, México 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. 2ª edición. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.

Dentro de esta unidad se abordará lo que es la imputabilidad en cuanto a su concepto, elementos, responsabilidad y su ubicación en la estructura del delito, para que en un segundo momento comprendas el concepto de inimputabilidad y sus elementos a partir de la minoría de edad, trastorno mental, desarrollo intelectual retardado y miedo grave.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 11.1 Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.
- 11.2. Elabora un cuadro sinóptico que contenga el concepto de imputabilidad, sus elementos, la responsabilidad y su ubicación en la estructura del delito,
- 11.3. Elabora un cuadro sinóptico que contenga el concepto de inimputabilidad, elementos y causas (minoría de edad, trastornos mentales, desarrollo intelectual y retardado y miedo grave).

Objetivo particular

Analizar el concepto de la imputabilidad, su importancia y su ubicación en la teoría del delito, así como su aspecto negativo.

CONTENIDOS

- 11.1. Imputabilidad.
 - 11.1.1. Concepto
 - 11.1.2. Elemento.
 - 11.1.3. Responsabilidad
 - 11.1.4. Ubicación en la estructura del delito.
- 11.2. Inimputabilidad.
 - 11.2.1. Concepto.
 - 11.2.2. Elementos.
 - 11.2.3. Causas de Inimputabilidad.
 - 11.2.3.1. Minoría de edad.
 - 11.2.3.2. Trastorno mental.

11.2.3.3. Desarrollo intelectual retardado.

11.2.3.4. Miedo grave.

11. A.	LÓPEZ, Betancourt Eduardo <i>Teoría del delito</i> 10ª Ed., Editorial Porrúa, México, 2002 págs. 179-205.
--------	---

El tema a tratar en la presente unidad es la de la imputabilidad, la cual forma parte esencial en la teoría del delito, junto con la culpabilidad.

Algunos autores, principalmente los alemanes, tocan los temas de imputabilidad y la culpabilidad dentro de una misma denominación: culpabilidad; empero, es importante hacer la distinción de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y no como elemento de ella. A este respecto también existe el criterio de considerar a la imputabilidad como presupuesto de todo delito, punto de vista que en lo personal nos atrae.

Es interesante mencionar el pensamiento del jurista español Luis Jiménez de Asúa, quien afirma que “La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimos. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse.¹ En cierto modo, es nuestra preocupación explicar lo más sencillamente posible, estas diferencias, para lograr una concepción más amplia y detallada de los elementos que integran la teoría del delito.

Concepto, elemento, ubicación dentro de la estructura del delito y aspectos negativos de la imputabilidad, son algunos de los aspectos que analizaremos en esta unidad.

Los individuos cuentan con dos características que son:

- a) La morfológica.
- b) La intelectual.

Sin estas dos características no se les puede considerar como una persona o sujeto capaz de cometer el

¹ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, La Ley y el Delito*, Ed. Sudamerica, Buenos Aires, 1990, pp.325 y 326.

delito.

Para que exista el delito, es necesario contar con los siguientes elementos:

1. Conducta.
2. Tipicidad.
3. Antijuridicidad.
4. Culpabilidad.

Para que estos elementos se presenten es necesario un presupuesto, como requisito indispensable en todo delito, el cual es la Imputabilidad (Como lo comentamos anteriormente, hay autores respetables para quienes la imputabilidad sólo es presupuesto de la culpabilidad).

Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.

El individuo requiere de dos condiciones para que se presente la imputabilidad; éstas son: edad biológica y edad mental. Es básico que se consideren estas dos condiciones para que haya imputabilidad.

El hombre debe ser capaz de querer el resultado delictivo, y de entender, en el campo del Derecho Penal, para que sea sujeto imputable.

Algunos penalistas son de opinión que el delito es parte de la imputabilidad, para lo cual analizaremos la noción de que la imputabilidad es el presupuesto de todo el delito, esto es, el presupuesto es un acontecimiento previo al delito y ocupa un lugar en el tiempo y el espacio.

Para que haya un delito debe existir la imputabilidad, o sea el ser capaz de querer y entender.

CONCEPTO

Para dar el concepto de la imputabilidad es necesario previamente determinar la capacidad que tiene el sujeto, hablándose en la doctrina de:

- a) Capacidad de acción.
- b) Capacidad de culpabilidad.
- c) Capacidad de deber.
- d) Capacidad de pena.
- e) Capacidad jurídico-penal.
- f) Capacidad del delitos, y
- g) Capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.

El *Diccionario Jurídico Mexicano* define a la imputabilidad como “la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión”.²

Los pensadores de la escuela clásica, estiman que la imputabilidad tiene su sostén en el libre albedrío y la responsabilidad moral, en tanto los positivistas sustituyen esto por la responsabilidad social, la cual señala al individuo como responsable por el simple hecho de vivir en sociedad.

Luis Jiménez de Asúa expone que “la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, con el padre Jerónimo Montes, como el [conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre]”.³

Capacidad de culpabilidad

Jescheck define la capacidad de culpabilidad como “el primero de los elementos sobre los que reposa el juicio de la culpabilidad –asimismo agrega que --- la misma debe ocurrir para que la falta de actitud jurídica de que nace la decisión del hecho pueda aparecer como digna de censura. Únicamente quien ha alcanzado una determinada edad y no sufre graves perturbaciones psíquicas, posee aquel mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico penal. Cuando falta la capacidad de culpabilidad el autor puede, ciertamente actuar –a diferencia de lo que suceda cuando ocurre incapacidad de acción en los actos reflejos o inconsciencia--- pero no devenir culpable, ya que el hecho no

² *Diccionario Jurídico Mexicano*, V, Ed. Porrúa, S.A. México, 1985, p.51

³ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 326.

obedece a una actitud interna ante el Derecho digna de aprobación”⁴.

La capacidad de culpabilidad está orientada a considerar la edad, y la madurez biológica del sujeto, así como la salud psíquico-mental que tiene el autor, esto es, no se puede formar un concepto de culpabilidad hasta haber hecho un estudio del grado de madurez moral, fuerza de voluntad y desarrollo intelectual que ha alcanzado, y así analizar hasta qué grado el individuo tiene comprensión de que sus actos son ilícitos.

“Las leyes determinan de un modo típico negativo qué personas no son capaces o lo son, sólo restringidamente, de obrar de modo culpable. Este presupuesto de la culpabilidad está dentro, no fuera, de la culpabilidad misma; los casos en tipos puros de culpabilidad”,⁵ dice Guillermo Saber, en la parte general de su obra *Derecho Penal*. Pero el tema de la culpabilidad se desarrollará más ampliamente en la unidad 8 de esta obra.

Ricardo Abarca en su obra *El Derecho Penal en México*, hace una muy clara y completa definición acerca de la imputabilidad, diciendo: “significa capacidad espiritual para que pueda atribuirse al hombre, como a su causa eficiente, su conducta externa. Supone dos elementos: razón clara y voluntad libre. El elemento razón, llamado también discernimiento, es el conocimiento exacto de la licitud o ilicitud de la propia conducta; falta el discernimiento en los niños, quienes no están en condiciones de apreciar el valor ético de sus propios actos; faltan en los decrepitos, en los locos, en el estado de embriaguez completa. La voluntad libre es la facultad de autodeterminación del hombre en su conducta. El hombre tiene motivos para querer una cosa o la contraria, pero su voluntad queda libre para determinarse en un sentido o en otro. Existiendo discernimiento y voluntad hay imputabilidad.”⁶

Para la escuela clásica, las condiciones que el sujeto debe reunir a fin de que pueda imponérsele justamente la obligación de responder por su hecho, son la capacidad de comprender y la de determinarse libremente; es decir, la inteligencia y la libertad. Ambas cualidades deben de ser entendidas en su más amplio y general significado, pues esta teoría se construye en base a la idea del hombre como ser moral, dotado de libre arbitrio.

⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 595 y ss.

⁵ Sauer, Guillermo, *Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, pp. 282 y 283.

⁶ Abarca, Ricardo, *El Derecho Penal en México*, Ed. Cultura, México, p. 143.

En este contexto, los clásicos no se ocupan de discusiones filosóficas: presuponen aceptada la doctrina del libre arbitrio y de la imputabilidad moral del hombre, y edificada sobre esa base la ciencia criminal, que mal se construiría sin ella.

“Como consecuencia de ese punto de vista, no sólo de la pena sino del Derecho Penal quedan excluidos aquellos sujetos que cometen un delito en condiciones de alteración de sus facultades mentales que les priven de la capacidad de comprender y determinarse: el hombre es responsable porque es inteligente y libre; antes de violar la ley en los hechos la ha violado en su corazón y es de esa falta de lo que responde.”⁷

La Escuela Positiva, se fundamenta en el principio determinista, que surge como una reacción al pensamiento de la Escuela Clásica. En esta doctrina, el delincuente aparece como impelido al hecho, conforme con un conjunto de factores subjetivos, que obran con poder causal sobre su conducta, por lo que la responsabilidad moral no puede continuar siendo, la base de la imputabilidad.

En esta teoría, se manifiesta desde el punto de vista del sujeto, que existen factores determinantes de la criminalidad, los cuales son psíquicos orgánicos, principalmente, que llevan al mismo a cometer hechos delictivos. Dentro de esta doctrina, resalta la investigación de Lombroso, quien sostiene una situación opuesta a la escuela clásica, al decir que el ámbito de la criminalidad es totalmente o casi totalmente patológico, mientras que la escuela clásica considera al anormal radicalmente fuera del Derecho Penal.

Se dice que el Derecho Penal debe basarse exclusivamente en la necesidad de la defensa social; así los sujetos que realizan los ilícitos no responderán por su libertad por su libertad de actuar, sino porque son miembros de una sociedad y debido a ello deben comportarse conforme a los ordenamientos que allí se establezcan, para preservar el orden jurídico y la paz social, por lo cual para ser sancionado no se exigirá, el sujeto reúna ciertas condiciones morales, sino bastará con que sea autor material del hecho ilícito, para ser sancionado.

Según este criterio, no existen imputables e inimputables, sino sólo existen delincuentes, por lo que las penas se aplicarán conforme al autor material, sin importar lo moral, lo intrínseco.

Asimismo, se sustituye la doctrina de la imputabilidad por el estudio del delincuente, respecto a los

⁷ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, 3º ed., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p. 24.

elementos psico-sociales que intervienen en la conducta del individuo, para actuar en contra de los ordenamientos penales.

Es interesante mencionar que en torno a este tema han surgido diversos comentarios, dentro de los cuales los autores se inclinan por una u otra teoría.

“Imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y la madurez espiritual del autor, del valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento”,⁸ es la definición que hace el penalista argentino Sebastián Soler de la imputabilidad, válida para el Derecho Penal en su país.

Nuestro Código Penal no define la imputabilidad, y por consiguiente, es necesario extraer su concepto del artículo 15, fracción VII, a *contrario sensu*; es decir, la imputabilidad no está reglamentada en la ley en forma positiva, sino que se obtiene a través de un procedimiento negativo. Dicha fracción señala:

“VII. 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 virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.”

“La imputabilidad –dice Maggiore---, es la piedra angular de todo Derecho Penal Carrara construyó sobre ella la estupenda arquitectura de su sistema –y concluye diciendo--: Imputabilidad es la expresión técnica para dotar la personalidad, la subjetividad, la capacidad penal.”⁹

ELEMENTOS

La imputabilidad conforme al Código Penal, interpretado a *contrario sensu*, contiene un “elemento intelectual o de conocimiento”: la “capacidad de comprensión de lo injusto”, que consiste en el carácter ilícito del

⁸ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, 4ª ed., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p. 35.

⁹ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, tomo I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1989, pp. 478 y 479.

hecho, y un “elemento de voluntad”: conducirse de acuerdo con esa comprensión. De tal manera que sólo la concurrencia de estos elementos de “capacidad” y de “determinación de la voluntad”, origina la imputabilidad; y su ausencia, da lugar a la imputabilidad, tema que estudiaremos más adelante en esta unidad.

Determinaremos la capacidad del sujeto, refiriéndose en la doctrina, haciendo una descripción de lo que es en sí la capacidad:

Maggiore expresa que la capacidad “es una categoría jurídica universal. Entendiéndola como posibilidad abstracta de recibir los efectos del ordenamiento jurídico (de ser sujetos del Derecho, titulares de derechos y obligaciones), es común a todo el Derecho Público y Privado, Civil y Penal. Coincide con la cualidad misma del hombre”.¹⁰

El *Diccionario Jurídico Mexicano* dice que: “Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma. Hans Kelsen considera al respecto, que debe entenderse por capacidad, la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho.”¹¹ Es ésta la definición de capacidad.

A) *Capacidad de entender*

Según Maggiore es: “la facultad de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, de medir y prever las consecuencias de la conducta propia. El que mejor prevé, más entiende. Inteligencia no es sino previsión”.¹²

La capacidad de entender o capacidad de comprensión, abarca aspectos como un cierto grado de desarrollo intelectual, así como un grado de madurez ética.

Esta capacidad de entender, se desarrolla en el proceso de la conciencia. La conciencia para Maggiore es “un acto de distinción y de relación, en el acto mediante el cual distinguimos, y al mismo tiempo asociamos, el

¹⁰ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*. Tomo I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 480.

¹¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo V, Ed. Porrúa, S. A., México, 1985, p. 38.

¹² Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, tomo I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 500.

sujeto y el objeto, el yo y el no yo".¹³

Pavón Vasconcelos hace un análisis de la importancia de que el sujeto conozca la ilicitud de su acto, para que de esa manera tenga la capacidad de determinarse en función de lo que conoce: "La noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado y mover su voluntad al fin concreto de la violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significado al nexo psíquico entre el hecho y su autor."¹⁴

Kant hace una clasificación de la conciencia de acuerdo a su contenido:

- a) Conciencia sensible o sensación. Contenido indistinto.
- b) Conciencia perceptiva o percepción, Contenido distinto.
- c) Conciencia intelectual o entendimiento. Contenido distinto en sí mismo y la vez unido en un nexo universal.

B) *Capacidad de querer*

Maggiore nos dice: "Paralelo al proceso de la conciencia es el proceso de la voluntad, que no nace inmediatamente como tal, sino que va pasando por grados intermedios. Primero es una tendencia indistinta o apetito; después es una tendencia distinta en su objeto o deseo; luego un querer sin ley o arbitrio; y por último, un querer subordinado a la razón y a la ley, o sea libre. La pura voluntad no es otra cosa que voluntad libre. Por lo tanto, la capacidad de querer es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta."¹⁵

La capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar un hecho.

Así resaltamos que el concepto de la capacidad de querer, es la autorización para uno mismo determinarse libremente, entre los motivos y causas que guían a las conductas.

¹³ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, tomo I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá. 1989, p. 500.

¹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1967, p. 340.

¹⁵ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, tomo I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá. 1989, p. 500.

“Querer es liberarse, obrar y realizar a cada momento la propia autonomía espiritual”,¹⁶ es lo que Maggiore dice respecto al término, por lo tanto al tener una capacidad de querer, se entiende hay una libertad para exteriorizar nuestros deseos.

UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

La imputabilidad, junto con la capacidad y la responsabilidad, conforman el aspecto psicológico del delito.

Impallomeni sitúa a la imputabilidad como antecedente necesario de la responsabilidad.

Maggiore dice: “El juicio de imputabilidad no retrocede nunca más allá de la comisión del delito, sino que se refiere siempre a ella. En otras palabras: coincide con el juicio de culpabilidad. La única diferencia consiste en que la imputabilidad se refiere tanto al bien como al mal, a lo moralmente indiferente y a lo delictuoso, en tanto que la culpabilidad implica una atribución de mal, y en todo caso, un juicio de demérito.”¹⁷

El maestro Luis Jiménez de Asúa, luego de hacer un análisis de conceptos y definiciones de otros autores, afirma que “la imputabilidad, en todo su volumen, corresponde a la parte del delincuente más que a la consagrada al delito, pero es indispensable aludir a ella en una construcción técnico-jurídica del crimen”.¹⁸

Maurach expone que “Sobre la pertenencia de la imputabilidad al juicio de culpabilidad existe fundamental acuerdo. De ahí se explica ante todo, que la imputabilidad no sea característica de la acción, que la inimputabilidad no excluya la capacidad jurídico penal de acción.”¹⁹ Acaba por señalar que la imputabilidad no representa una sensibilidad penal o pasiva capacidad penal del autor, remarca el hecho de que juega un papel básico como característica del reproche de culpabilidad, esencial para lograr una plena imagen delictiva.

Carrancá y Trujillo menciona un tipo de imputabilidad disminuida, y expone; “Zonas intermedias, formas de paso, estados limítrofes, se ha llamado a los períodos intermedios entre la razón y la locura, entre la conciencia y la inconsciencia, entre la minoría y la mayoría de capacidad penal por la edad. Imputabilidad disminuida o atenuada señaló a estos casos la Escuela Clásica: para la libertad disminuida, por estarlo la inteligencia y la

¹⁶ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, tomo I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá. 1989, p. 488.

¹⁷ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, I, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, pp. 498 Y 499.

¹⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 206.

¹⁹ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pp. 93 Y 94.

voluntad, pena atenuada proporcionalmente a la disminución de ambas y a la de cada una. Pero la defensa social combate por absurda tal solución, con razón suficiente a nuestro juicio, ya que se somete a pena menor a los sujetos más peligrosos o que puedan resistir menos a sus impulsos perversos. Puesto que el defectuoso, menos responsable, puede al mismo tiempo ser el más peligroso, la imposición de una pena reducida comprometería el orden público. Para tales sujetos medidas de seguridad a fin de imposibilitar sus actos antisociales."²⁰

INIMPUTABILIDAD

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad; consiste en la incapacidad de querer y entender en el mundo del Derecho. Pensamos que la fórmula sobre la inimputabilidad, debe suprimir la enumeración de las causas que la producen.

Jiménez de Asúa sostiene que: "Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró."²¹

Para fundar el concepto de la inimputabilidad, existen diversos criterios.

Para Mezger, contamos con tres métodos: el biológico, el psicológico y el bio-psicológico o mixto. Nos dice, "el primero, se satisface, en la exclusión de la imputabilidad, con la simple referencia al estado de espíritu anormal del autor; el segundo se caracteriza, en contraste al método biológico, porque en la exclusión de la imputabilidad no destacan los estados anormales del sujeto, sino el tercer método, el mixto, quiere remediar lo unilateral de los dos anteriores y se apoya, para caracterizar la inimputabilidad, tanto en las llamadas bases biológicas (inconsciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu), como asimismo las consecuencias de ellas (exclusión de la libre determinación de la voluntad)".²²

Jiménez de Asúa hizo una clasificación de los motivos de inimputabilidad consignados en los Códigos penales de hispanoamerica, así como de aquellos que surgen de las corrientes interpretativas teleológicas de sus textos:

²⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1967, p. 232.

²¹ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 339.

²² Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, II, Madrid, 1935, pp. 64 Y 65.

"a) Falta de desarrollo mental:

a) La menor edad se reconoce en los Códigos como eximente; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos se fija en los diez años de edad; en otros -los más- en los doce; en algunos figuran como límite los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho. El Código Penal Argentino, después de la aprobación de la ley 14.394, del 22 de diciembre de 1954, establece la edad de dieciséis años para declarar al menor capaz de delinquir.

b) Falta de salud mental.

c) Trastorno mental transitorio.

a) Embriaguez (sólo atenuante en algunos Códigos).

b) Fiebre y dolor.

El sexo y la vejez por sí solos jamás pueden ser causas de inimputabilidad; a lo sumo lo serán de atenuación de pena; pero no de responsabilidad penal. Si los trastornos de la mujer (menstruación, embarazo, menopausia) y la evolución de la senectud causan estados psicopáticos o psicóticos, éstos se aprecian como tales, pero no por ser mujer o anciano quienes lo padecen."²³

Del mismo modo, a los enfermos mentales siempre se les ha reconocido como inimputables, y los diferentes códigos hacen mención a ese estado patológico, definiéndolos como imbéciles, locos, dementes, idiotas, lunáticos, etcétera, pero nosotros coincidimos con el acertado punto de vista del maestro Jiménez de Asúa al afirmar, que el término más exacto, que valora el trastorno mental en cuestión es el enajenado.

El Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, en el Capítulo Segundo denominado "De las causas de inimputabilidad", del Título Segundo: "El Delincuente", y en el artículo 16, establece que "son causas de inimputabilidad: I. El trastorno mental transitorio producido por causa accidental; II. El trastorno mental permanente, y III. La sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción". A este respecto, Sebastián Soler opina que "la sordomudez no presenta un problema específico de inimputabilidad, sino que en cada caso concreto deberá investigarse si existe una insuficiencia de las facultades que conduzca a la aplicación de la causal genérica de inimputabilidad. Constituye pues, una hipótesis posible y típica de

²³ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pp.339 y 340.

insuficiencia".²⁴

Antiguamente se habló de la sordomudez como causa de inimputabilidad; esta situación, debido al proceso educativo y nuevos tratamientos para quienes padecen ese mal, hace factible que se reincorporen a la sociedad y por lo tanto, resulta inaceptable considerarlos inimputables en forma genérica; así, las reformas de 1984 eliminaron a la sordomudez como causa de inimputabilidad, sin que de ninguna manera se omita que cuando el sordomudo carezca de educación y en general de contacto social, se le considerará inimputable; más cuando tenga la debida captación de los valores sociales y personales, lo que algunos autores denominan la debida diferenciación entre el bien y el mal, se le habrá de considerar plenamente imputable.

"Las causas de inimputabilidad no se refieren a conductas jurídicas, porque en ellas el agente actúa produciendo un daño indebido, pero falta la responsabilidad penal la cual requiere del dolo, cuyos elementos no concurren en el agente."²⁵

Nuestro Código Penal en su artículo 15 señala tal como lo expusimos, las causas de inimputabilidad en la siguiente fracción:

El delito se excluye cuando:

"VII. 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 virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código."

Es importante señalar que con motivo de las reformas efectuadas el 10 de enero de 1994 al Código Penal, el miedo grave y el temor fundado quedaron eliminados del artículo en mención. Pero a pesar de ello, explicamos estas dos figuras para lograr un mayor conocimiento de la inimputabilidad.

²⁴ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tipográfica, Buenos Aires. 1956, p. 47.

²⁵ Abarca, Ricardo, *El Derecho Penal en México*, Ed. Cultural, México, p. 228.

El "miedo grave", es aquella circunstancia interna subjetiva, en que el individuo se encuentra marginado por la misma para actuar razonadamente, en una situación subjetiva que lo obliga a actuar de manera distinta a condiciones normales; y el "temor fundado", es el conjunto de circunstancias objetivas que obligan al individuo a actuar de cierta manera.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse con relación a quienes se encuentren en alguno de los casos previstos por el art. 15, fracción VII, del Código Penal, estará a lo dispuesto por el Artículo Cuarto Transitorio del Decreto publicado el día 13 de enero de 1984, en el *Diario Oficial*, que establece que "en lo que respecta al régimen aplicable a los inimputables a que alude el art. 16, fracción VII del Código Penal, reformado en los términos del presente decreto, se estará a lo dispuesto para enfermos mentales, en el Código Federal de Procedimientos Penales, mismo régimen que se aplicará para las infracciones del fuero común".

El Código Federal de Procedimientos Penales, en el Título Decimosegundo, capítulo I, establece el procedimiento relativo a los "enfermos mentales", disponiendo: "Tan pronto como se sospeche que el inculcado esté loco, idiota, imbecil o sufra cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, el tribunal lo mandará examinar por peritos médicos, sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinaria. Si existe motivo fundado, ordenará provisionalmente la reclusión del inculcado en manicomio o en departamento especial" (art. 495). "Inmediatamente que se compruebe que el inculcado está en alguno de los casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario, y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculcado, y la de estimar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial" (art. 496). "Si se comprueba la infracción a la ley penal y que en ella tuvo participación el inculcado, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste, el defensor y del representante legal, si los tuviere, el tribunal resolverá el caso, ordenando la reclusión en los términos de los artículos 24, inciso 3, 68 Y 69 del Código Penal. La resolución que se dicte será apelable en efecto devolutivo" (art. 497). "Cuando en el curso del proceso el inculcado enloquezca, se suspenderá el procedimiento en los términos del artículo 468, fracción III, remitiéndose al loco al establecimiento adecuado para su tratamiento" (art. 498). "La vigilancia del recluso estará a cargo de la autoridad administrativa federal correspondiente" (art. 499).

Para concretizar, podemos decir que las causas de inimputabilidad son las siguientes:

1. INMADUREZ MENTAL

(FALTA DE DESARROLLO MENTAL)

a) *Menores*. Respecto a los menores, están fuera del Derecho Penal y sujetos a una acción tutelar por parte del Estado. El artículo 119 del Código Penal antes de su derogación, establecía, que los menores de 18 años que cometen infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa. Así también fueron derogados los artículos del 120 al 122 del Código Penal. Con la Ley del Consejo Tutelar para Menores, creada en 1974, surge una nueva etapa en la labor de lograr una nueva educación y readaptación de menores infractores.

Porte Petit dice: “Esta ley representa en relación con la anterior, un avance indiscutible al procurar lograr en una forma más eficiente y científica la reforma del menor, para que pueda cumplir con sus propias responsabilidades en el futuro.”²⁶ Hace hincapié en su interés por lograr una intensa labor preventiva en áreas como: protección, preconcepción, prenatal, natal, del recién nacido, de la primera infancia, de la edad preescolar, de la tercera infancia, de la adolescencia; protección familiar (registro civil, patria potestad, reconocimiento y legitimación, alimentos, investigación de la paternidad, adopción, divorcio) y protección educacional del menor, así como regular lo concerniente a los lugares de recreación y custodia, espectáculos públicos, publicaciones; en concreto, lograr una asistencia social y jurídica de los menores, plena.

Respecto a los menores de edad, podemos decir son totalmente capaces y no se les puede considerar inimputables como a un enajenado mental, lo que sucede que están sujetos a un régimen diverso, al igual que lo están los militares; ese régimen es, el de los menores de edad.

b) *Trastorno mental*. Es la falta de desarrollo mental, que es la potencia intelectual, del pensamiento, propósito y voluntad, que no permite llegar al sujeto a un estado mental normal acorde a su edad.

2. TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

Sebastián Soler dice respecto a este estado que: “crea sin duda alguna, un estado de inimputabilidad cuando se caracteriza como una alteración morbosa --- y agrega--- la admisión de un trastorno mental transitorio puro, sin base patológica, es un error frente a nuestra ley”²⁷ Cuello Calón hace la observación de que es una perturbación de las facultades mentales pasajera, de corta duración, y esto hace que desde el punto de vista legal

²⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino, *programa de Derecho penal. Parte General*, Ed. Trillas, México, 1990, p. 579.

²⁷ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p. 53.

sea diferente a la enajenación. El trastorno mental transitorio se caracteriza porque además de su rápida aparición, pasa sin dejar rastro alguno. Cuello Calón expresa: "Para que el trastorno mental transitorio cause efecto eximente es preciso que no haya sido buscado de propósito para delinquir, por tanto, el que con ánimo de cometer un delito se coloca en aquella situación, y hallándose en ella, perpetra el hecho, no podrá ser declarado exento de responsabilidad criminal."²⁸

3. FALTA DE SALUD MENTAL

Porte Petit comenta al respecto: "El Código Penal Mexicano, antes de su reforma de 1984, seguía una orientación muy particular, pues en cuanto a los sordomudos y enajenados mentales, adoptaba la responsabilidad social, quedando únicamente como causa de inimputabilidad el trastorno mental transitorio a que se refiere la fracción II del artículo 15, del ordenamiento mencionado, antes de la reforma de 1984. Por ello, con toda razón, la Iniciativa de Reformas asienta que frente a esta confusión sistemática y terminológica, el Proyecto plantea, como excluyente de responsabilidad, un concepto de inimputabilidad explorado por la doctrina. Obviamente, incluye la acción libre en su causa como complemento a dicha disposición e introduce a una reforma de gran trascendencia, al reconocer el principio de la proporcionalidad de la medida de seguridad en relación con los inimputables. Es satisfactorio leer en la Iniciativa que el nuevo texto del artículo 69 impide el desbordamiento de la justicia penal, que en la realidad pudiera traducirse en reclusiones de por vida, pues se previene que la medida de tratamiento impuesta por el juez penal no podrá exceder, en ningún caso, de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito."

"El art. 15, fracción VII, establece que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente."²⁹ Es importante señalar que con las reformas efectuadas al Código Penal el 10 de enero de 1994, este comentario del maestro Porte Petit, se adecuó a la fracción VII del mismo artículo.

4. MIEDO GRAVE

Es aquella circunstancia interna subjetiva en que el individuo se encuentra marginado por la misma, para

²⁸ Cuello Calón, *Derecho Penal*, 9ª ed., Ed. Editora Nacional, México, 1961, p. 431.

²⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Trillas, México, 1990, pp. 585 y 586.

actuar razonadamente, es una situación subjetiva que lo obliga a actuar de manera distinta. Esto es, por circunstancias especiales, del mundo subjetivo de cada individuo (creación de fantasmas, de espantos, etc.), se actúa de manera diversa al proceder cotidiano u ordinario.

El momento de la imputabilidad

("actio libera in causa")

Jiménez de Asúa sostiene que "a pesar de ser partidarios de la teoría normativa, la imputabilidad no es un elemento o característica de la culpabilidad, sino que asume el papel de presupuesto de ella."³⁰ De aquí podemos afirmar: las acciones libres en su causa se presentan no solamente en los delitos dolosos, sino también frecuentemente se presentan en los culposos.

Sebastián Soler ejemplifica y señala las acciones libres en su causa de la siguiente manera: "Las condiciones de imputabilidad tienen que haberse reunido en el momento de la acción. Si la situación de inimputabilidad es posterior al hecho, sus consecuencias son meramente procesales. Aquel principio sufre, sin embargo, una excepción en los casos de la llamada *actio libera in causa*, que son aquellos en los cuales el sujeto se ha colocado en situación de inimputabilidad. En esas hipótesis, la imputación del hecho realizado durante el tiempo de inimputabilidad se retrotrae al estado anterior, y, conforme sea el contenido subjetivo de ese acto, se imputará a título de dolo o culpa. Si un sujeto se embriaga hasta la inconsciencia para no temer y atreverse contra determinada persona, a quien quiere matar, es plenamente imputable del homicidio, aún cuando éste haya sido cometido en estado actual de inconsciencia. En cambio, en el conocido caso de la madre que asfixia al hijo a causa de su sueño inquieto, la imputación sólo podría hacerse, como *actio libera in causa*, a título de culpa, siempre que la madre conozca, en general, la calidad de su sueño y que no sea una actitud preordenada."³¹

Maurach expone: "*Actio libera in causa* es una acción cuya causa decisiva ('causa') es interpuesta por el sujeto en estado de imputabilidad ('libre'), produciéndose el resultado típico en un momento de inimputabilidad."³²

Estamos frente a una conducta libre en su causa, cuando el sujeto con capacidad de culpabilidad, se pone por su propia decisión en forma dolosa o culposa en un estado de inimputabilidad, produciendo un resultado típico.

³⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 339.

³¹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, pp. 40 y 41.

³² Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 113.

En este tipo de conductas, el sujeto hace uso de su persona como medio, como un instrumento, ya que en el momento de tener una capacidad de querer y entender, se pone el mismo en un estado de inconsciencia (inimputable), para realizar el delito (provoca la inimputabilidad).

El multicitado artículo 15, fracción VII del Código Penal determina 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 virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser —específica— que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

De lo que se concluye que de una manera expresa el Código admite que la conducta libre en su causa, se puede presentar en forma dolosa o culposa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que: "cuando un quejoso, sabiendo cómo reacciona su naturaleza a estímulo de bebidas alcohólicas, se embriaga —hacer activo— precisamente para matar durante la borrachera a otra persona, para cuyo acto le falta, como él sabe el valor en estado normal, la actividad así desplegada, no puede fundar la inimputabilidad de la conducta por no satisfacerse las exigencias de tal excluyente, pues de considerarse tal comportamiento como una de las llamadas *acciones liberaes in causa*, de todas formas es reprochable la conducta desaprobada del sujeto, supuesto que al embriagarse, se utiliza a sí mismo como instrumento aportando la causa decisiva del daño habido, siendo punible a título de dolo, sin que el fallo que así lo declare sea violatorio de garantías" (Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, año de 1955, p. 22).

Carrancá y Trujillo dice que: "se llaman *acciones liberae in causa* las que en su causa son libres, aunque determinadas en sus efectos".³³

La conducta libre en su causa o *actio libera in causa*, dice Mezger, "puede, según las circunstancias concretas, ser una acción positiva o una omisión, una conducta dolosa o culposa",³⁴ Liszt hace referencia a que de "ordinario, aunque no exclusivamente son las omisiones las que pueden ser cometidas en esta forma más raros son los delitos culposos de comisión; y rarísimos y muy dudosos serán los casos en que una comisión dolosa se presente como *actio libera in causa*".³⁵

³³ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Ed. Porrúa, México, 1967, p. 233.

³⁴ Mezger, *Tratado de Derecho Penal, II*, Madrid, 1927, p. 400

³⁵ Liszt, *Tratado de Derecho Penal, II*, 3ª ed., Madrid, 1927, p. 400.

Para que pueda presentarse la acción libre en su causa es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- a) Un sujeto con previa capacidad de culpabilidad;
- b) Una conducta que produce o no evita el estado de inimputabilidad;
- c) Una conducta dolosa o culposa, previa al estado de inimputabilidad;
- d) Un estado de inimputabilidad por parte del sujeto, y
- e) Producción o no de un resultado típico.

De acuerdo a su realización, ya sea dolosa o culposa, pueden presentarse varias hipótesis de las conductas libres en su causa.

Respecto a estas hipótesis, el maestro Celestino Porte Petit, nos expone que pueden presentarse cuando el sujeto se encuentra en estado de inimputabilidad y son las siguientes:

- "a) Que se quiera el estado de inimputabilidad y el resultado.
- b) Que se quiera el estado de inimputabilidad y se acepte el resultado.
- c) Que se quiera el estado de inimputabilidad y un resultado, produciéndose uno mayor, que se previó con la esperanza de que no se realizaría.
- d) Que se quiera el estado de inimputabilidad y un resultado, produciéndose uno mayor, que no se previó siendo previsible.
- e) Que se quiera el estado de inimputabilidad y un resultado, produciéndose uno mayor, que no se previó por ser imprevisible.
- f) Que se quiera el estado de inimputabilidad, previéndose el resultado con la esperanza de que no se realizaría.
- g) Que se quiera el estado de inimputabilidad, sin prever el resultado previsible.
- h) Que se quiera el estado de inimputabilidad, sin prever el resultado imprevisible.
- i) Que no se quiera el estado de inimputabilidad, aceptándose en caso de que se produzca, causándose un resultado.
- j) Que no se quiera el estado de inimputabilidad, previéndose con la esperanza de que no se produciría, causándose un resultado.
- k) Que no se requiera el estado de inimputabilidad, que no se previó debiéndose haber previsto,

causándose un resultado.

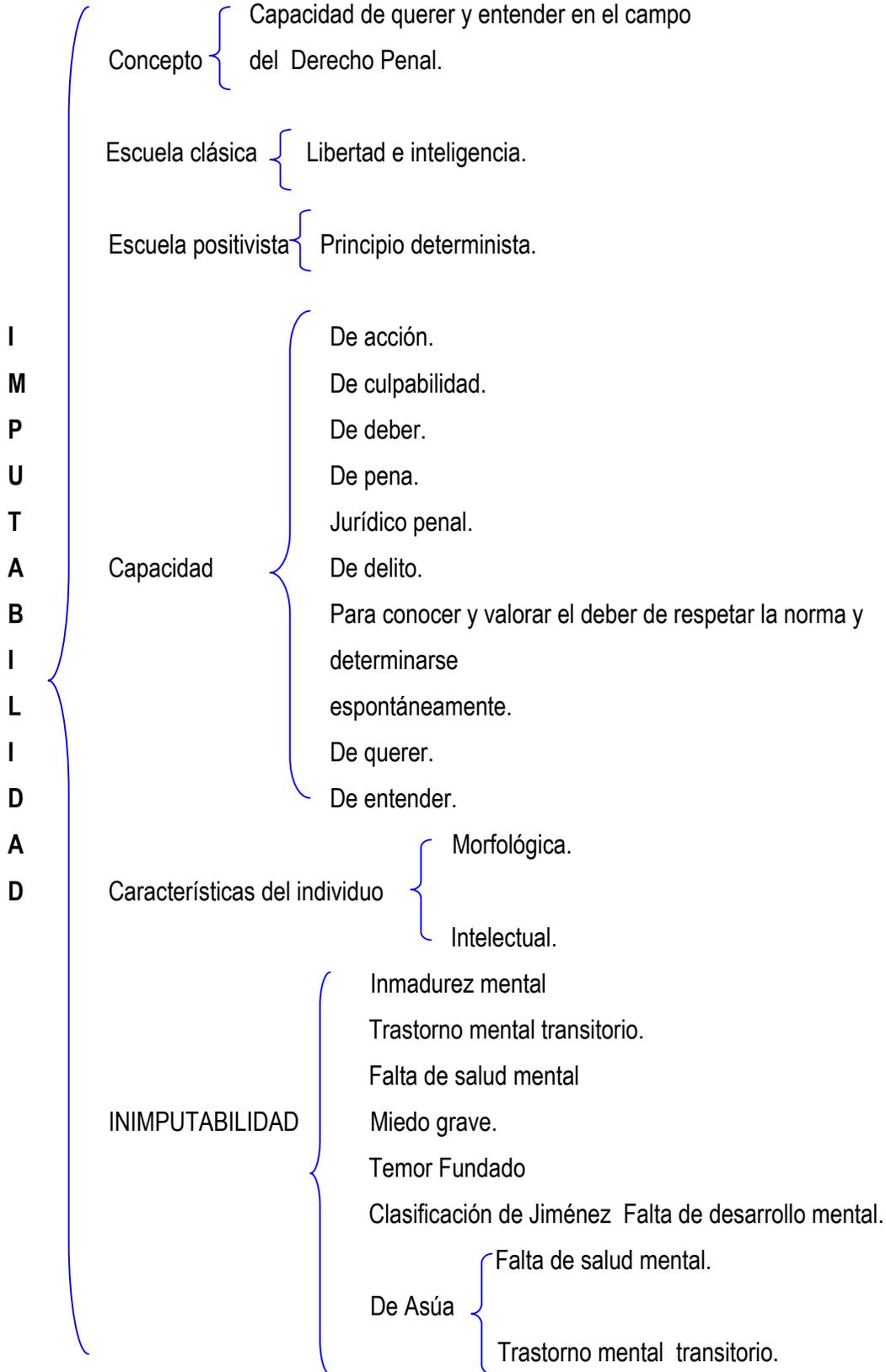
l) Que no se quiera el estado de inimputabilidad, que no se previó por ser imprevisible, causándose un resultado.”³⁶

Cuando el sujeto activo voluntariamente se coloca en un estado de automatismo por medio de la embriaguez, y realiza acciones lesivas descritas en la ley reconoce el trastorno mental como ausencia de imputabilidad solamente en los casos en que el mismo sea involuntario y accidental (Boletín de Información Judicial, VIII, p. 486).

³⁶ Porte Petit Candaup, Celestino, *Programa de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed Trillas, México, 1990, p. 565.

CUADRO SINÓPTICO DE LA SÉPTIMA UNIDAD

IMPUTABILIDAD



GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide.

1. ¿Cómo se le considera a la imputabilidad?
2. ¿Qué se entiende por imputabilidad?
3. Atendiendo a la doctrina ¿cómo se clasifica la capacidad del sujeto?
4. La responsabilidad y la culpabilidad ¿son sinónimos? ¿por qué?
5. ¿Por qué a la imputabilidad se le considera un presupuesto de la culpabilidad?
6. ¿Cuáles son las características de los individuos?
7. La capacidad de culpabilidad ¿hacia donde está orientada?
8. ¿En que consiste la voluntad libre?
9. Para los clásicos para que una conducta sea punible ¿qué debe de revestir?
10. Explique los elementos de la imputabilidad.
11. Explique brevemente las causas de imputabilidad.
12. Señale los requisitos para que pueda presentarse la acción libre en su causa.
13. Señale cinco ejemplos de conductas libres en su causa.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal Parte general (Tomo I)*, 18ª ed., Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asua Luis, *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 3ª ed., México-Buenos aires, Ed. Hermes, 1959.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª. Ed., México, Ed. Cárdenas, 1991.

En esta unidad se pretende abordar la información referente a la culpabilidad, iniciando por su concepto y en un segundo momento hacer énfasis en aquellas teorías que la explican, su esencia como elemento del delito y sus formas.

En un segundo momento abordaremos lo que es la inculpabilidad en cuanto a su concepto, elementos, causas, error, obediencia jerárquica y eximientos.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 12.1. Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.
- 12.2. Elabora un cuadro sinóptico que nos hable de lo que es la culpabilidad, las teorías que hablan de ella, sus elementos y formas de culpabilidad.
- 12.3. Elabora un cuadro sinóptico de lo que es la inculpabilidad, sus elementos y causas.
- 12.4. Realiza un resumen que nos hable de los eximientos de la inculpabilidad.

Objetivo particular

Analizar las teorías que explican la culpabilidad, su esencia como elemento del delito, así como su aspecto negativo.

CONTENIDOS

- 12.1. Culpabilidad.
 - 12.1.1. Concepto.
 - 12.1.2. Teorías.
 - 12.1.3. Elementos.
 - 12.1.4. Formas de culpabilidad.
- 12.2. Inculpabilidad.
 - 12.2.1. Concepto.
 - 12.2.2. Elementos

12.2.3. Causas de la inculpabilidad.

12.2.4. El error.

12.2.5. La obediencia jerárquica.

12.2.6. Otros eximientos.

12.2.6.1. Legítima defensa putativa.

12.2.6.2. Estado de necesidad putativa.

12.2.6.3. Deber y derechos putativos.

12.2.6.4. No exigibilidad de otra conducta.

12.2.6.5. Temor fundado.

12.2.6.6. Encubrimiento de familiares y allegados.

12.2.6.7. Estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía.

12. A.	PAVÓN, Vasconcelos Francisco Manual de Derecho Penal Mexicano 16ª ed. México. Edit. Porrúa. 2002 Págs. 403–421, 435–468, 481-489.
--------	--

CAPÍTULO XVI

LA CULPABILIDAD

SUMARIO

1. Generalidades.-2.Evolución del concepto de culpabilidad.-3.Teorías sobre la culpabilidad: A... Teoría Psicológica. B. Teoría normativa.--4. Elementos de la culpabilidad.-5. El contenido de la culpabilidad.-6. La imputabilidad.--7. La inimputabilidad.-8. Las acciones libres en su causa.

1. GENERALIDADES

Hemos venido insistiendo que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, *culpable* y punible, confirmando así lo precisado por la mayor parte de los autores contemporáneos: la *culpabilidad* es un elemento constitutivo del delito; sin él no es posible concebir su existencia. Esta verdad quedó apuntada por BELING al elaborar el principio "nulla poena sine culpa", cuyo rango es fundamental en el Derecho penal moderno.

En *amplio sentido* la culpabilidad ha sido estimada como “*el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica*”,²⁵ comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en *sentido estricto*, como lo observa WELZEL, *culpabilidad es reprochabilidad*, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.² Desde este punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.³

2. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad ha sido considerada, a través del tiempo, de diversas maneras. Primeramente, en las épocas más antiguas, la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente *objetivo*, siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad.

Posteriormente tomóse en cuenta, además, para reprimir y castigar el hecho, pero fundamentalmente para fincar la responsabilidad, un elemento psicológico relacionante del daño con su autor, el cual hizo consistir en

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, p. 379. Editorial Témis, 2ª edición, 1954.

² *Derecho Penal. Parte General*, p. 149, Depalma Editor, Buenos Aires, 1956. En *sentido amplio* la culpabilidad, expresa Von LISZT, es la *responsabilidad del autor* por el injusto cometido. "En este amplio sentido encontramos la idea en el veredicto de culpabilidad de los jurados, que también abarca la causación del resultado por parte del autor, y la ilegalidad del acto. La ciencia, que considera separadamente las características de la idea del delito, toma el concepto de culpabilidad en un *sentido estricto*, comprensivo, tan sólo, de la relación subjetiva entre acto y el autor. Esta relación debe tomar como punto de partida el *hecho concreto*, pero al mismo tiempo sale fuera de él, dando entonces al acto el carácter de expresión de la *naturaleza propia del autor* y aclarando el valor metajurídico de la culpabilidad. *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 387-388, Ed. Reus, Madrid. Trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. Es conveniente recordar que MAURACH externa el criterio de que la culpabilidad es *reproche* al autor por haber éste abusado de su imputabilidad, en relación a un hecho punible determinado: Según este autor, la culpabilidad jurídico-penal goza de perfecta autonomía frente a otros juicios de desvalor semejantes, de lo que extrae como consecuencia que culpabilidad jurídicopenal no es lo mismo que culpabilidad definida conforme a valoraciones religiosas o ético individuales. Planteado el problema de si la culpabilidad debe referirse al "acto aislado" con lo que se agotaría el reproche al autor o si el mismo se deriva más del "autor" que del acto, hace notar que aun cuando no existe una *unitaria teoría de la culpabilidad del autor*, sin embargo, en los autores se da como un criterio común la idea de que el sujeto debe responder por su carácter, por su "ser así", pues el acto en sí mismo, incoloro o no exhaustivo de su injusto "adquiere únicamente colorido como característica de la personalidad desvalorada". No obstante, concluye en este punto MAURACH, las teorías de la *culpabilidad del autor* no se han podido imponer, pues tanto la doctrina como la práctica la han combatido, pronunciándose con claridad en favor de la limitación de la *culpabilidad del acto aislado*, entre otros NAGLER, ENGISCH y H. MAYER. Al referirse al concepto esencial de culpabilidad, MAURACH aduce que la nota decisiva "reside en la clara separación entre el desvalor 'culpabilidad' que grava al autor, y el injusto que distingue el acto", para agregar que dicha esencia "ha sido acertadamente apreciada en lo que la culpabilidad constituye un *juicio sobre el autor*... Culpabilidad, según la opinión dominante, es el *reproche* que alcanza al autor por la relación existente entre él y el acto cometido, y que justifica la aplicación del mal de la pena", para inmediatamente aducir que culpabilidad debe ser también..."reproche que alcanza *personalmente* al autor, que le alcanza como *individualidad*. Sólo es capaz de culpabilidad el sujeto aislado". *Tratado de Derecho Penal*. II, pp. 13 y ss. Ediciones Ariel, o Barcelona. Trad. Juan CÓRDOVA RODA.

³ Hace notar SOLER que, concebida la culpabilidad como reprochabilidad, forman parte de ella, como elementos, las condiciones que hacen reprochable la acción, entre las cuales figura el carácter imputable del sujeto. Colocar en el mismo rango a la imputabilidad, al dolo y a la culpa, dificulta establecer clara diferencia entre las causas de exclusión de la imputabilidad y las de exclusión de la culpabilidad. Reprocha a la concepción normativa su desorden metódico, entre otros defectos, originante de una complicación inútil y engañosa de la sistemática. *Derecho Penal Argentino*, II, pp. 17 y ss. Buenos Aires, 1951.

la *previsión* del evento y la *voluntariedad* de su causación. Esta fórmula llegó a exagerarse, pues la manifestación de la voluntad criminal, en ocasiones, se castigó con independencia de la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de ejecutividad.

En el primitivo Derecho punitivo, fundado en el principio de la venganza de sangre y la composición, fue del todo desconocida la exigencia de la culpabilidad para la sanción de los hechos considerados ilícitos. El Derecho romano, surgido del robustecimiento de las instituciones públicas, vino a consagrar la necesaria concurrencia del *dolo* para los delitos públicos, mientras que para la punición de los delitos privados consideró suficiente la *culpa*, poniéndose ahora en duda si en casos de delitos privados graves, como el homicidio y el incendio, se llegó a la pena pública a través del concepto de la culpa. Para Franz Von LISZT el delito culposo, no fue conocido en ninguna de las diversas etapas de evolución del Derecho romano, correspondiendo a la ciencia italiana de la edad media la integración de la culpa como una forma de culpabilidad, llegando a distinguir aquélla del caso fortuito. "La Carolina examina, en su artículo 146 --expresa LISZT--, la naturaleza del homicidio culposo. Este artículo, así como los artículos 136, 138 Y 180, constituyen los fundamentos sobre los cuales se elabora, más tarde, el Derecho común. En todo delito se requiere una mala intención, dolo. En la culpa existe un *quasi crimen* que sólo puede ser castigado con penas arbitrarias. Esto ocurría en Prusia en 1620, e igualmente en Bavaria aún en 1813. Así fue elevada la culpa a una de las formas generales de la culpabilidad, pero sin llegarse a delimitar su concepto".⁴

En épocas relativamente recientes surgió una corriente conocida como "concepción psicológica", cuya meta, la esencia de la culpabilidad, descansa en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor, que hace posible la aplicación de las consecuencias penales.

Puesta en duda la común naturaleza del dolo y la culpa, entendiéndose la imposibilidad de estimar en ambas operantes el mismo criterio psicológico, se hizo necesario, en opinión de algunos autores, buscar una solución adecuada para armonizar tal contradicción. SEUFFERT, apoyándose en ideas cuyo origen se pretende ubicar en ALMENDINGEN, en el siglo XVIII, elabora una *teoría mixta* en la cual el dolo entra a formar parte de lo psicológico, mientras la culpa pertenece a la ética y al Derecho.⁵

Con REINHART FRANK (*Über den Aufbau des Schuldbegriff*) se inicia una corriente, llamada *normativa*, que implica posición diversa en el enfoque de la culpabilidad, a la cual se adhieren, con variantes, por no existir

⁴ *Tratado*, II, p. 393.

⁵ Carlos FONTÁN BALESTRA: *El elemento subjetivo del delito*, p. 10. Depalma Editor, Buenos Aires, 1957.

entre ellos una verdadera unidad de pensamiento, GOLDSCHMIDT (*Normativer Schuldbeffriff*), FREUDENTHAL (*Schuld Uud Vor-wurf*) y MEZGER (*Lehrbuch*), entre los autores alemanes. Esta doctrina, cuya aceptación crece día a día, hace de la culpabilidad psicológica su objeto, estructurando el concepto de *reprochabilidad* como su esencia.

3. TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD

Tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente, en dos posiciones diversas: la *psicologista* y la *normativista*.

A. *Teoría psicológica*. Para esta teoría la culpabilidad consiste, como lo declara ANTOLISEI, en el *nexo psíquico entre el agente y el acto exterior*,⁶ o como anota Carlos FONTÁN BALESTRA, en *la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él*.⁷ Así entendida la culpabilidad, tanto el dolo como la culpa son *formas de vinculación*, admitidas por la ley, entre el autor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad el *presupuesto* de aquélla.⁸

SOLER, adherido a la concepción psicológica precisa, con relación al hecho concreto, que se afirmará la culpabilidad *cuando el sujeto capaz obra no obstante la valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico*. Ello supone, en primer término, *la vinculación del sujeto con el orden jurídico* y, por otra parte, *la vinculación subjetiva del propio sujeto con su hecho*, fenómenos ambos de naturaleza psicológica pero que atienden a fundamentos distintos, pues mientras el primero implica una valoración normativa, el segundo está privado de toda valoración.⁹

En síntesis, para esta teoría la culpabilidad *es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa*. Así como la antijuridicidad es el resultado de una valoración objetiva concreta del hecho --dice SOLER--, la culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración *debida* y el desvalor creado, conciencia de la criminalidad del acto".¹⁰

Ignacio VILLALOBOS concretiza el concepto afirmando que la culpabilidad *es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación*, esto es, *el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos*

⁶ Manuale di Diritto Penale, p. 167, Milano, 1947.

⁷ *Ob. cit.*, p. 4.

⁸ Loc. cil.

⁹ *Ob.cit.*, II, p. 68

¹⁰ *Ibidem*, p. 69.

y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.¹¹

De lo anterior inferimos que para esta teoría lo predominante es la *relación subjetiva entre el autor y su hecho*, lo cual implica afirmar un carácter fundamentalmente psicológico.¹²

B. *Teoría normativa*. Al igual que la psicológica, la teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, *la existencia de una conducta o hecho antijurídico*. La culpabilidad –precisa WELZEL– agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuridicidad es la relación, entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla.¹³

En este punto el pensamiento de GOLDSCHMIDT tiene proyección distinta al pretender separar la culpabilidad del injusto, estableciendo un marcado divorcio entre ambos elementos del delito. Para este autor la "norma de Derecho" fundamenta el injusto mientras la "norma del deber" establece idéntica función respecto a la culpabilidad. Para sostener tal criterio argumenta afirmando la existencia al lado de la *norma de Derecho*, de otra denominada *norma de deber*, que exige al individuo conformar su proceder interno de tal forma que corresponda

¹¹ *Derecho Penal Mexicano*, p. 272. Ed. Porrúa, S. A., México, 1960.

¹² Una "concepción psicológica pura" ha sido puesta en duda. Al respecto FONTÁN BALESTRA aduce: "Un puro psicologismo tendría que afirmar algo así como que la culpabilidad es una posición psicológica, sin referencia alguna al orden jurídico, y eso, efectivamente, no creemos que lo haya sostenido nadie. Sería tanto como afirmar que, diga lo que diga la ley, la teoría de la culpabilidad se construye con independencia de ello". *Ob. cit.*, p. 14.

¹³ *Ob. cit.*, p. 145. REINHART FRANK sintetiza las críticas hechas a la teoría psicológica al señalar que, si la culpabilidad consistiera tan sólo en un vínculo psicológico entre el acto y su autor, habría *imposibilidad* de medida pues se actúa con dolo o culpa o sin ellos, pero no con más o menos dolo o más o menos culpa, y no obstante, pertenece a la cultura popular el criterio de que una persona puede ser más o menos culpable, criterio de medición que no puede hacerse en función del vínculo psicológico señalado, por su inmutabilidad, por lo que dolo y culpa no agotan el recinto de la culpabilidad, al cual pertenece otro elemento susceptible de alteraciones cuantitativas, conclusión a la que también se llega si se contempla el asunto desde otro ángulo: los inimputables, los que obran por coacción o bajo miedo insuperable actúan indudablemente con dolo o culpa, pues un niño, un loco o una persona aterrada pueden conocer el hecho típico y encaminar su voluntad a su realización, o bien incurrir en una imprudencia, a pesar de lo cual se niega en tales casos la culpabilidad. Si ésta fuera puro vínculo psicológico tal conclusión es inadmisibles, ya que en las situaciones propuestas el vínculo de referencia permanece inalterable. A lo anterior, FRANK agrega la observación de que el criterio psicológico de la culpabilidad es inepto para explicar la naturaleza de la *culpa inconsciente*, en la cual no existe dicha vinculación entre el autor y el resultado. Lo anterior lo lleva a concluir que culpabilidad es *reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica; actúa culpablemente aquél a quien puede reprocharse por haber obrado de modo contrario al Derecho, en circunstancias en que podía adecuar a él ;su conducta*, definición de la que se extraen como elementos de la culpabilidad: la *imputabilidad* (capacidad de culpabilidad); el *vínculo psicológico*, constituido por el dolo o la culpa, que no son sino *formas de reproche*, y la *normalidad de las circunstancias concomitantes*, que permite al sujeto obrar conforme al derecho, y que da base para reprocharle a éste el no haber escogido tal alternativa. Este último elemento, la *normalidad* de las circunstancias, puede ser "más o menos completa" y de ella depende la *magnitud* del reproche, que puede disminuir cuando la anomalía sea mayor y, en casos extremos, en que al sujeto no le sea posible adaptarse a las exigencias del derecho, no se le podrá reprochar el hecho, pues no habrá lugar a exigirle una conducta distinta. Como se observa, la elaboración de FRANK transforma el concepto de culpabilidad en forma esencial, al convertirse en un juicio normativo que requiere apreciaciones *axiológicas*. *Estructura del concepto de culpabilidad*, pp. 13 Y 55. Cfr. Cit. Enrique CURY, *Orientación para el estudio de la Teoría del delito*, 177 a 179, Universidad Católica de Chile, 1973.

a la conducta externa impuesta por la norma jurídica. Con ello, aunque no niega la antijuridicidad objetiva, pretende la posibilidad de una "culpabilidad sin resultado antijurídico", a cuyo efecto invoca la tentativa, la culpa inconsciente y las causas excusantes,¹⁴ "casos típicos" refutados con todo éxito, a nuestro juicio, por MEZGER. Hace observar este autor, respecto a la tentativa el esfuerzo de la teoría objetiva para fundamentar su antijuridicidad en apoyos objetivos, tales como el principio de ejecución típica, la puesta en peligro del bien jurídico, etc., no siendo posible por ello, a GOLDSCHMIDT, encontrar en esa teoría la base de su pretensión, como tampoco podría hallarla en la teoría subjetiva de la tentativa, por apoyarse ésta en el punto de vista de la antijuridicidad subjetiva, y consistiendo lo injusto en la violación de un mandato prohibitivo, existe identidad absoluta entre la norma de derecho y el imperativo, lo cual excluye la posibilidad de referirse a una norma *independiente* que subsista al lado de aquélla. Refiriéndose a la culpa inconsciente sostiene, con razón fundada, la imposibilidad de considerarla como *delictum sui generis*, pues la culpa se castiga atendiendo al resultado producido en cada caso (homicidio culposo, lesiones culposas, etc.) y no de modo unitario. Por último, considera también fallida la referencia de GOLDSCHMIDT a las "causas excusantes", pues aquí "la *norma de deber* no es una *norma* independiente al lado de la norma del derecho, sino una *norma de determinación* que se dirige imperativamente al individuo, derivada de la *norma de valoración (norma de derecho)*. Tal derivación tiene lugar con arreglo a las propias leyes; no en todo caso se deduce de la norma valorativa la norma de determinación, como lo demuestra el caso de la inimputabilidad. Las llamadas causas excusantes son casos de esta índole en los que no se produce la derivación; pero la *norma valorativa* y con ella la antijuridicidad, permanecen incólumes. *En cambio, sin una norma valorativa no existe ninguna norma de determinación 'independiente'*. Aquélla es el presupuesto *lógico* de ésta. Por tanto, falta a la *norma de deber* la *independencia* interna frente al injusto".¹⁵

La culpabilidad, para la concepción normativa, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo representa el punto de partida. Teniendo presente *un hecho psicológico concreto*, deben precisarse los *motivos* del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa. Este camino, necesario, no agota la investigación del concepto de culpabilidad, pues determinados los *motivos* debe arribarse a la conclusión de si el hecho es o no *reprochable*, para lo cual habrá de probarse si teniéndose presentes los motivos y la *personalidad del autor*, le era exigible una conducta acorde con el Derecho. *La Culpabilidad, en suma, consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica*,¹⁶ pues como se ha dejado anotado, el hecho antijurídico concreto es el punto de partida del reproche contra su autor. Culpabilidad significa, en opinión de MEZGER, "un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien

¹⁴ Cfr. MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 24, Madrid, 1957. Trad. de José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ.

¹⁵ *Loc. cit*

¹⁶ MEZGER: *Tratado*, I, p. 11.

pueda ser *castigado* no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada".¹⁷

Conclúyese de lo anterior, como el propio MEZGER reconoce, que culpabilidad equivale a *reprochabilidad*, de donde la culpabilidad *jurídico* penal no puede ser en sí el hecho en su significación psicológica, sino la propia situación de hecho valorada normativamente.¹⁸ Ello supone un juicio de *referencia* y de *valoración* mediante el cual se determina que el autor del hecho típico y antijurídico lo ha ejecutado *culpablemente*. "Puede parecer extraño a simple vista la idea de que 'la culpabilidad' de un hombre no deba radicar en su propia cabeza -escribe MEZGER-. sino 'en las cabezas de *otros*'. Pero fijémonos en esto: el juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también 'culpablemente' se *enlaza*, en verdad, en una determinada situación fáctica de la culpabilidad que yace en el sujeto, pero *valoriza* a la vez esta situación considerándola como un proceso reprochable al agente. Sólo mediante este juicio valorativo del que juzga, se eleva la realidad de hecho psicológica al concepto de culpabilidad. El juicio de culpabilidad es, ciertamente, un juicio de referencia a una determinada situación de hecho y, en tanto, por consiguiente, un '*juicio de referencia*', como se le ha denominado en la bibliografía; pero tal referencia a una determinada situación de hecho no agota aún su naturaleza esencial propia, y sólo en virtud de una *valoración* de cierta índole se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación fáctica, sino esta situación fáctica como objeto del reproche de culpabilidad".¹⁹

FONTÁN BALESTRA se muestra inconforme con la para él indebida extensión dada al concepto de culpabilidad por la escuela normativa, considerando que mientras ésta afirma no consiste aquélla sólo en la relación psicológica, sino en *algo más*, que es el juicio de reproche hecho sobre esa situación, nada puede objetársele, mas cuando sin solución de continuidad se establece que culpabilidad es el juicio de reproche, esa afirmación se hace porque sí. La culpabilidad, aduce, puede ser una situación valorada por el Derecho, pero la valoración no puede suprimir el objeto valorado y menos reemplazado por el juicio de valor. "La culpabilidad -- expresa textualmente--, es una *actitud subjetiva reprochable*, pero no *el reproche de una actitud subjetiva*. Por

¹⁷ *Tratado*, II, p. 11.

¹⁸ MEZGER: *Tratado*, II, p. 13.

¹⁹ *Tratado*, II, p. 12. A. FRANK se le criticó al indicársele que si culpabilidad es juicio normativo de reproche, consecuentemente no está en la cabeza del delincuente sino en la del juez, postura calificada de absurda, aduciéndose que *la conducta es culpable por sí misma* más no porque una persona ajena a quien la produce así lo considere; la prueba evidente de lo anterior radica en que el reproche que haga el juzgador, se apoya en la circunstancia de que la conducta enjuiciada contiene ya los elementos que llevan a declarada reprochable y son tales elementos y no el reproche lo que constituye la culpabilidad. En realidad, como lo ha reconocido la *teoría normativa*, no es posible negar que la conducta en sí misma es reprochable, pero lo que constituye propiamente la culpabilidad es su *reprochabilidad* o sea el disvalor de ella hecho a través del *inicio de reproche*. El propio FRANK se empeñó en destacar que la culpabilidad tiene que establecerse mediante el juicio de reproche, dado que tal elemento es *normativo* y *valorativo*. Véase Enrique CURY, *ob. cit.*, pp. 179-180.

eso, mientras se dice que 'por culpabilidad se entienden las relaciones anímicas del autor con su hecho que llevan a que se haga un reproche por ese hecho', nada hay objetable, pero cuando a continuación se dice que la culpabilidad es ese reproche, se pone un objeto en lugar de otro, o, más correctamente, se reemplaza el todo por una de las partes, sin ningún razonamiento que lo explique y dando un salto en la exposición lógica".²⁰

Uno de nuestros tratadistas, Ignacio VILLALOBOS, de decidida posición psicologista, estima integrada la culpabilidad con dos elementos: una *actitud psicológica* del autor y una *valoración normativa* de aquélla, productora del reproche en virtud de la oposición en que, con relación al Derecho, se coloca el sujeto. "Sin embargo –razona–, lo que ahora interesa es la *actitud psicológica* del sujeto que, si se tiene presente que en el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuridicidad, es el nuevo elemento que por sí solo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo el proceso de valoración, de reproche y aun de punibilidad". Culpabilidad y reprochabilidad, en su criterio, son meros "adjetivos" para calificar una conducta o a su autor, lo cual equivale a sostener que "la reprochabilidad es consecuencia de la culpabilidad" o dicho de manera distinta, "una conducta es reprochable en tanto que se produce culpablemente".²¹

Modernamente se precisa que el *principio de la culpabilidad* da por supuesta la existencia de la *libertad de decisión* del autor, la que se fundamenta en su *capacidad* de actuar de manera distinta a la que lo impulsa el hecho antijurídico. Según lo expresa H. H. JESCHECK, "la determinabilidad de la actuación descansa en la capacidad del hombre de controlar los impulsos que sobre él inciden y de dirigir su decisión según contenidos de sentido, valores y normas" y por ello el *reproche de culpabilidad* "sólo puede dirigirse al individuo en los términos siguientes: el autor, en la situación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experiencia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera actuado de otro modo en las concretas circunstancias, empleando la fuerza de voluntad que posiblemente faltó al autor (...). El traslado del problema a la expectativa de acción referida a 'otro' supone materialmente dos cosas: primero, en el hombre adulto sólo pueden excluir el reproche de culpabilidad *circunstancias extraordinarias* que concurran en la persona del autor o en la situación que rodea al hecho; segundo, de toda persona se supone que hubiera podido *conseguir* la fuerza de voluntad necesaria para vencer la tentación de cometer el hecho (...)". Más adelante, JESCHECK hace notar que el referido principio de culpabilidad no sólo requiere el decidir el hombre *con libertad* sino que lo haga *correctamente*, pues junto a la libertad de querer debe hallarse la capacidad para los valores, ya que sin ésta "las decisiones humanas no podrían venir determinadas por normas de deber", aduciendo claramente que el *medio* para percibir los conceptos valorativos y enjuiciar de antemano las propias acciones es

²⁰ Ob. cit., p. 11.

²¹ Ob.cit., p. 275.

la *conciencia* (fuente del conocimiento del Derecho y del injusto), por lo que el juicio de culpabilidad está relacionado con todos los procesos que intervienen en la formación de la voluntad. Haciendo historia y con referencia concreta a la concepción *normativa de la culpabilidad*, el autor que glosamos expresa que la misma "intenta incluir la totalidad de los elementos psíquicos del hecho bajo un solo concepto material que permita la valoración de la parte interna del hecho y haga comprensible, así, qué factores pertenecen a la culpabilidad y cómo debe enjuiciarse la falta de sus elementos particulares", considerando que el primer paso lo dio FRANK al afirmar que la culpabilidad es un *juicio de valor*, apoyado en el mandato de la norma sobre una situación de carácter psíquico, de manera que *culpabilidad es reprochabilidad*, siendo el siguiente paso el percatarse que la culpabilidad no es tanto un juicio sobre la naturaleza subjetiva del hecho, cuanto en la propia naturaleza defectuosa de la voluntad de acción, lo que según JESCHECK permitió ordenar adecuadamente los elementos de la culpabilidad: "*capacidad de culpabilidad*, en cuanto condición previa de la formación de una voluntad de actuar conforme a Derecho", la que resulta ser el *presupuesto* de la culpabilidad. "La voluntad de actuar culpable aparece bajo las formas de culpabilidad representadas por el dolo (conocer y querer el hecho) y la *imprudencia* (no conocer pudiendo conocerse). Las *causas de exclusión de la culpabilidad* (...) se explican por la anormalidad de las circunstancias concomitantes", agregando que por exigencia de la teoría normativa de la culpabilidad se admitió la conciencia de la antijuricidad generalmente en el dolo "puesto que la voluntad de actuar no aparece como digna de censura cuando concurre un error de prohibición inevitable", siendo la última consecuencia de la mencionada concepción normativa al reconocimiento de la *inexigibilidad* de un comportamiento acorde a la norma como causa general de exclusión de la culpabilidad, debido esto al aporte de FREUDENTHAL.

Sigue relatando JESCHECK que la teoría *normativa* tuvo otra "profundización" a virtud de la *teoría final de la acción* (WELZEL) al *excluir* el dolo de la culpabilidad y proclamar que el mismo formaba parte de la *acción* y por tanto también del *tipo de injusto*, lo que lleva a considerar que el injusto, "es la totalidad de las propiedades de la *voluntad de acción* que permite contemplada como no debida, en tanto la culpabilidad es el conjunto de las características que la hacen aparecer como reprochable". Más modernamente, considera JESCHECK que la evolución ha ido más allá de aquella fase, ya que mientras para WELZEL "el objeto de la antijuricidad coincide con el de la culpabilidad, a saber, la voluntad de actuar, que de una parte se valora como no debida y de otra como reprochable, la doctrina más reciente ha podido asegurar al juicio de culpabilidad un *objeto de referencia propio*: objeto del juicio de culpabilidad es el hecho a la vista de la *actitud interna jurídicamente defectuosa* (actitud interna frente al Derecho censurable) de la cual ha surgido la resolución de cometer el hecho (...). Configurando la actitud interna del conjunto de principios de actuación que sirven de base a la resolución de realizar el hecho. La actitud interna no debe entenderse, pues, como actitud permanente, sino como la '*disposición actual*' (GESONNENSEIN) en la formación de la resolución del hecho. Culpabilidad significa, según

esto: 'reprochabilidad del hecho en atención a la reprobable actitud interna manifestada en el mismo' (*Gallas*). Lo que se reprocha es siempre, por supuesto, el hecho y no sólo la actitud interna. Más el hecho recibe, gracias a la actitud interna de la que surge, su propio contenido de valor o desvalor. La actitud interna constituye, así, la *razón* por la que el hecho se reprocha con mayor o menor intensidad al autor" (*Ob. cit.*, pp. 577 a 580).

4. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

El desarrollo actual de la teoría normativa ubica, dentro del concepto de culpabilidad y por tanto como sus elementos, los siguientes:

I. La *imputabilidad*, tratada por nosotros en este mismo capítulo.^{21 bis}

II. Las *formas de culpabilidad*, dolo y culpa, consideradas por algunos, como SAUER,²² *partes integrantes* de la culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y

III. La *ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad*, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Por su parte, la teoría psicológica da a la imputabilidad el carácter de *presupuesto* de la culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro *hecho psicológico*, por cuanto en él yace la necesaria relación entre la acción antijurídica y su autor.

5. EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

MEZGER determina, como contenido del juicio de culpabilidad, al *acto de voluntad*; a los *motivos del autor* y a las *referencias de la acción a la total personalidad del autor*.²³

^{21 bis} En igual sentido una importante corriente de doctrina. Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ propala que el primer elemento para la formación del juicio de culpabilidad es la *imputabilidad*, pues para que un hecho pueda considerarse realizado culpablemente, se requiere la *imputabilidad* o capacidad penal del sujeto. "La reprochabilidad que constituye la esencia de la culpabilidad supone en el sujeto, como condición indispensable, la imputabilidad, no pudiendo considerarse culpable al incapaz", dado que el sujeto debe poseer determinadas condiciones de madurez y conciencia moral. *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, pp. 97-98. Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1975. SAINZ CANTERO ubica a la *imputabilidad* dentro de la estructura de la culpabilidad, como un *presupuesto* de ésta porque supone, en el sujeto de la acción, *capacidad de entender lo ilícito de la conducta que realiza y capacidad de poder actuar conforme a ese conocimiento*, capacidad sin la cual, "no podrá serle reprochada la comisión del hecho". *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 636. Bosch editorial, Barcelona, 1990. Criterio semejante adopta José María RODRÍGUEZ DEVEESA, al afirmar que la *culpabilidad falta cuando el sujeto no es imputable y también cuando no hay dolo ni culpa o concurre una causa de no exigibilidad de otra conducta*. *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 557. Séptima edición. Madrid, 1979.

²² *Derecho Penal*, pp. 228-229, Barcelona, 1956. Trad. Juan del ROSAL y José CERESO.

²³ *Tratado*, II, pp. 54 y ss.

Al *acto de voluntad* por ser la "referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta" (parte psicológica de la culpabilidad).

A los *motivos del autor*, por ser importante no sólo para la imputabilidad y el dolo y la culpa, sino fundamentalmente en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad (parte motivadora de la culpabilidad).

A las *referencias de la acción a la total personalidad del autor* por que el acto debe ser adecuado a la *personalidad* de quien lo causa (parte caracterológica de la culpabilidad).

6. LA IMPUTABILIDAD

La imputabilidad ha sido considerada como un *presupuesto general del delito*; como un *elemento integral* del mismo, o bien como el *presupuesto de la culpabilidad*, según recién dejamos anotado.*

Autores como MASSARI y MARSICH distinguen entre presupuestos *generales* y presupuestos *particulares* del delito. Al aceptar tal distinción se ha argumentado que, siendo el delito un hecho surgido del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia de un *sujeto imputable*. PORTE PETIT clasifica los presupuestos en *generales* y *especiales* e invocando a MASSARI y a PETROCELLI señala, como presupuestos generales del delito, tanto a la *norma penal*, como al *sujeto*; al *bien tutelado* y a la *imputabilidad*²⁴.

* Con toda razón ZAFFARONI rechaza el criterio de tener a la imputabilidad como *presupuesto de la culpabilidad*, al declarar que ello no tiene un significado doctrinario preciso y cierto, en tanto se apoya en la idea de *capacidad* del sujeto que algunos colocan en estrado *anterior* a la culpabilidad y otros dentro de ella. "Su ubicación en el plano anterior al de la culpabilidad puede tener sentido en tanto que se considere a la culpabilidad en forma psicológica, pero rechazada esta posición, carece de coherencia, porque también habría que colocar en plano anterior al de la tipicidad, una capacidad psíquica de tipicidad (aún rechazando la ubicación del dolo en el tipo, pues basta con que se acepten, los elementos subjetivos del tipo), antes de la justificación una capacidad psíquica para la misma, y antes de la acción una capacidad de actuar de la misma naturaleza. Semejante construcción sería poco menos que alucinante e hipertrofiaría innecesariamente el capítulo de la capacidad psíquica para el delito que, a guisa de corte longitudinal en la teoría, vemos que funciona en cualquiera de sus estratos: allí donde se requiera 'algo' de subjetivo, se requerirá también una particular capacidad", *Teoría del Delito*, p. 585, Ediar editora, Buenos Aires. 1973.

²⁴ *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, pp. 135 Y ss. La idea de considerar a la imputabilidad como un *presupuesto* del delito, descansa fundamentalmente en la circunstancia de estimada como un *atributo* del sujeto, quien preexiste en el orden natural a su *hecho* y por ende al delito mismo. Desde tal punto de vista, la posición que sostiene la identidad de la imputabilidad como un *presupuesto general* del delito, sólo es sostenible *formalmente* y ello en caso de aceptarse la categoría de los presupuestos, lo cual ha sido puesto en duda con mucha frecuencia. En efecto, se ha dicho que *ex-ante* todo puede ser considerado como presupuesto del delito: *norma penal*, *sujetos*, *medios comisivos*, etc., en tanto *ex-post* "todo se compenetra en el delito y por ello resulta difícil separar el presupuesto del elemento constitutivo". Idéntica crítica se hace a la estructura de MARSICH, al reprocharle el confundir delito con hecho, pues si bien en éste se presuponen los sujetos, activo y pasivo, la norma, el bien tutelado, etc., no es adecuado identificar ambas nociones, dado que el hecho es uno de los elementos constitutivos del delito, y si bien como fenómeno fáctico presupone la existencia del sujeto que lo produce, éste resulta ser ajeno al concepto de hecho como parte esencial del delito, pues de aceptarse la autonomía

JIMÉNEZ DE ASÚA, al definir el delito lo estima "un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción", otorgando a la *imputabilidad* el carácter de *elemento* integral del mismo. "Los escritores alemanes -dice el jurista español-, acostumbran tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad *sensu stricto*, bajo la rúbrica común de *culpabilidad*, que, en sentido amplio, abarca todos los problemas atinentes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad. El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Recordaremos que MAYER emplea la voz "imputabilidad" *lato sensu*, en el mismo sentido amplio que LISZT y MEZGER emplean el término 'culpabilidad'. Como ya hemos dicho, al definir el delito, nosotros damos vida propia a la imputabilidad como requisito del crimen, a fin de poder ilustrar mejor la base de la culpabilidad".²⁵

Parte de la doctrina penal se muestra inclinada a considerar la imputabilidad como un *presupuesto de la culpabilidad*, especialmente los psicólogos, según lo indicamos anteriormente, al identificar la culpabilidad con la relación psicológica existente entre el hecho y su autor. Dicha relación necesita fundamentación en el carácter *imputable* del sujeto, de manera que la *imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad*.^{25 bis}

del concepto de presupuesto, tendría que aceptarse, igualmente, que la imputabilidad es presupuesto del hecho, presupuesto de la tipicidad, presupuesto de la antijuricidad y así sucesivamente. Si se quiere considerar la imputabilidad como presupuesto del delito, razona BETTIOL, puede seguir haciéndose; siempre que se advierta que tal sistematización tiene un carácter meramente *lógico-formalista*, pues en terreno más sustancial, el de la noción *normativo-teleológica* de la culpabilidad, el problema cambia de aspecto, siendo la imputabilidad un dato psicológico sustancial que el juez debe determinar para formular su juicio de reproche al autor del hecho lesivo; aún tratándose de casos de responsabilidad objetiva, aduce BETTIOL, existe el juicio de culpabilidad aunque éste es de carácter anormal, en cuanto no se toma en cuenta la prueba de la demostración del nexo psicológico entre el hecho y su autor, dado que para tal fin basta el sujeto imputable y la acción voluntaria. Después de razonar lo anterior, BETTIOL concluye, con absoluta lógica y razón, que se puede considerar la imputabilidad desde un punto de vista formal, antes de la perpetración del delito, como presupuesto de éste, pero desde el punto de vista del diagnóstico, ya no sucede lo mismo, pues se trata de un elemento del juicio de culpabilidad. *Derecho Penal* (Parte General), p. 359, Editorial Témis, Bogotá, 1965. A la anterior crítica, podemos añadir la consideración siguiente: existiendo una íntima vinculación entre la imputabilidad y el acto ejecutado, no es posible en un orden lógico, referirse a algo preexistente y condición del delito, pues no debe olvidarse que éste es, fundamentalmente un fenómeno jurídico y como tal es el hombre quien constituye su causa de *interés para el derecho*; por ello se ha dicho que la imputabilidad es un *atributo* de la persona como *autora* de la conducta que produce el resultado y que sólo puede ser importante dicho atributo o capacidad, *en el momento mismo en que la conducta o acción se verifica*.

²⁵ La ley y el delito, p. 350.

^{25 bis} Si la imputabilidad es *capacidad del sujeto*, que consiste ordinariamente en el conocimiento de la significación del hecho en el mundo normativo; capacidad de "dirigir sus actos dentro del orden jurídico" y por ello *condición* que hace *posible* la culpabilidad penal, afirmase que la imputabilidad es *presupuesto de la culpabilidad*. IGNACIO VILLALOBOS se *adhiera* abiertamente a este criterio, sin ignorar opiniones tan respetables como la de MEZGER, señalando que si bien la *intención*, en su significado vulgar, es común a la conducta normal y a la de los enajenados, como igualmente a la del niño, *por ser habitual a todos ellos*, técnicamente o como sinónimo de *dolo*, no puede darse en los incapacitados dicha intención o voluntad consciente de ejecutar un acto antijurídico, pues leyes y tratadistas se refieren a la *intención delictuosa*; por tanto, el que se considere a la imputabilidad como presupuesto o elemento de la culpabilidad, dependerá del concepto que se tenga del dolo y de la culpa. . . Si por dolo se entiende la intención ya formada en los seres humanos (discernimiento y voluntad normales) esa capacidad de funcionamiento *por los elementos intelectuales y emocionales genuinos y limpios* y no por sustitutos de atrofia o perturbación, no será sino un *presupuesto* de la culpabilidad. *Derecho Penal Mexicano*, p. 272, 2ª Edición, Porrúa, México, 1960. VELA TREVIÑO *comparte* el mismo punto de vista y después de expresar que imputabilidad es capacidad de *entendimiento* respecto a la calidad de la conducta en razón del suficiente desarrollo intelectual (tener la edad requerida por la ley) y la salud mental que permita una correcta *valoración* de lo antijurídico y de lo jurídico y de que se haya tenido

En lugar aparte afirmamos que, sólo el hombre, como entidad individual, puede ser *sujeto activo* de delitos, pero para que la ley pueda poner a su cargo una determinada consecuencia penal es necesario su carácter imputable. La *imputabilidad* y la *imputación* son conceptos esencialísimos, indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad. Esta, al decir de MAGGIORE, lleva implícito un juicio de reprobación, mas no se puede reprobear ni castigar a quien no sea capaz de reprobación y de castigo. "El juicio de culpabilidad presupone, pues, un juicio de imputabilidad. El uno es un juicio que recae sobre el hecho, en cuanto afirma que alguno es culpable; el otro es un juicio que tiene por contenido una posibilidad, en cuanto afirma que alguno está en condiciones de ser declarado culpable; en aquél, se juzga al hombre como *sujeto real*; en éste, como *sujeto posible*".²⁶

La imputación lígase íntimamente al juicio de culpabilidad, según lo destacó CARRARA, dado que imputar equivale a poner algo a cargo de alguien: "*imputación es un juicio sobre un hecho ya sucedido*", en tanto *imputabilidad*, según lo precisó el maestro italiano, es un puro concepto, "la contemplación de una idea", lo cual lleva necesariamente a considerar que, si únicamente el hombre es imputable, la imputabilidad "es la expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal".²⁷

La imputabilidad es la *capacidad de entender y de querer*. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y *quiera* realizarlo, expresa Fernando CASTELLANOS, debe tener *capacidad* de determinarse en función de lo que conoce; luego la aptitud intelectual y volitiva constituye "el presupuesto necesario de la culpabilidad". La imputabilidad, concluye, "es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho punitivo que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción".²⁸

en el momento de la producción del resultado típico, la facultad de autodeterminación tanto en la *decisión* como en el impulso de la voluntad, termina por estimar que si la imputabilidad no puede estimarse como anterior o ajena al delito sino formando parte contemporáneamente con él, resulta ser *fundamento para el juicio de reproche* relativo a la culpabilidad y por ello es un presupuesto de ésta. *Culpabilidad e inculpabilidad*, pp. 28-29. Editorial Trillas, México, 1977. Tales exposiciones son reiterativas de quienes sostienen la referida tesis, soslayándose el hecho de que al otorgarse a la imputabilidad el carácter de atributo del sujeto, se reconoce que forma parte de la culpabilidad, entendida ésta como reprochabilidad, o sea como *conjunto de elementos que fundamentan el reproche del acto* al autor, con lo cual se incide en el error de equiparar la disposición interna del autor, contraria a la norma, al no poderse motivar en el sentido de ésta, con la voluntad de realización del hecho, característica del dolo.

²⁶ *Derecho Penal*, I, p. 479, Bogotá, 1954.

²⁷ MAGGIORE, *Loc. cit*

²⁸ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. p. 218, Editorial Porrúa, 10ª edición, 1976. "Algunos autores han pretendido establecer una distinción entre el concepto de *imputabilidad* y el de *capacidad penal* señalando que, además de la primera, el juicio de culpabilidad exige la capacidad de derecho penal. De acuerdo a esta posición, defendida, entre otros, por MANZINI, la capacidad de derecho penal sería el presupuesto de la imputabilidad, refiriéndose aquélla a la idoneidad abstracta para ser sujetos de derecho penal, o a las condiciones que permiten a un sujeto entrar en relación con la norma penal o ser destinatario de ella, a los coeficientes psíquicos a que se refiere el sujeto, en tanto que la imputabilidad haría referencia a las condiciones concretas en que el individuo se encuentra al realizarse el hecho, a la capacidad de entender y de querer tal como se manifiesta en el hecho concreto, a los coeficientes psíquicos que viven en el hecho. Ahora bien, como sostienen otros autores, tal distinción carece de sentido y la diferencia que se pretende

Inferimos que la noción de imputabilidad requiere no sólo *el querer* del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significación al nexo psíquico entre el hecho y su autor.

La Escuela Clásica fundamentó la responsabilidad en la *imputabilidad moral* y el *libre albedrío*, distinguiendo entre *imputables* e *inimputables*. "Todo el ingente edificio del clasicismo -escribe PUIG PEÑA-; toda la estructuración y basamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha apoyado en ese principio fundamental. Solo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche, pues, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal".²⁹

Los positivistas negaron el libre albedrío proclamando *el determinismo*. El hombre es responsable *social* y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho ejecutado y contrario al Derecho, haciendo la salvedad, respecto a los segundos, de su especial tratamiento en sitios adecuados, ya como enfermos para su curación, o bien para su educación.

José ALMARAZ, dentro de esa corriente positivista, ha estimado que la conciencia criminal, la voluntad libremente determinada y la capacidad de entender y de querer son distinciones conceptuales de práctica inutilidad y sutilezas verbales del concepto de la voluntariedad de los actos humanos. Recordemos que los positivistas niegan el libre albedrío resultándoles irrelevante la distinción entre imputables e inimputables, pues como el propio FERRI lo hizo notar, para establecer si un acto es delictuoso o no, el elemento decisivo es siempre el psíquico, pero elemento no en el sentido de una pretendida elección libre o libertad volitiva, o simple voluntariedad como fundamento de la culpa moral, sino en el sentido psicológico de la génesis de todo acto humano. Es preciso por ello analizado, expresa FERRI, no como criterio ético de distinción entre moralmente responsables e irresponsables, sino como condición jurídica del delito y *sobre todo* como índole de una

establecer, como bien lo señala MUZZOTTO, entre una referencia al sujeto y al hecho, no es otra que la que corresponde a la diferencia entre la imputabilidad como capacidad de querer y la voluntad efectiva, concreta, referida al comportamiento o al resultado, o, en breve, a la causa o a los efectos. Y así, la pretendida capacidad penal no vendría a ser más que la imputabilidad, capacidad que, referida al acto, como manifestación de voluntad, da vida a la acción, al dolo y a la culpa". Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ. *Ob. cit.*, p. 100.

²⁹ *Derecho Penal*, II, p. 61, Madrid, 1955.

personalidad más o menos antisocial y peligrosa en el autor del hecho conminado con una sanción represiva.³⁰

Como podremos constatar adelante, no es del todo exacto que carezca de relevancia la distinción entre imputable e inimputable. La legislación penal del Distrito Federal, a través de las reformas de 1983, vigentes a partir del 13 de abril de 1984, estableció *como* causa excluyente de responsabilidad, en su artículo 15, fracción II, el *trastorno mental* y el *desarrollo intelectual retardado* que impiden al sujeto la *comprensión del carácter ilícito* del hecho, o *conducirse* de acuerdo con esa comprensión, causa que en la reforma penal de 1993, en vigor a partir del primero de febrero de 1994, quedó estructurada, en la fracción VII, del artículo 15 del Código penal, en los siguientes términos: 'Artículo 15. *El delito se excluye cuando: VII. 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 virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible*". En la fórmula citada, la legislación positiva penal encuadró, como ya lo hacía el texto de la fracción II del artículo 15 citado anteriormente, tanto el trastorno mental *transitorio* como el *permanente* y el *desarrollo mental retardado*, condicionando la excluyente a la ausencia de la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho típico, en el momento de su realización, o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, salvo el caso de la provocación dolosa o culposa del trastorno mental, en que la ley pone a cargo del infractor el resultado típico causado, siempre que lo haya previsto o le fuere previsible.

Por otra parte, con independencia de la *exclusión* de su responsabilidad penal, a los inimputables *si bien* no se les imponen penas, *pueden* imponérseles *medidas de seguridad*, ya que conforme al artículo 67 del Código penal, en el caso de tales sujetos "el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente. Si se trata de internamiento el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento (...)", agregando el artículo 69 que "En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicable".

Lo anterior viene a demostrar la validez de la distinción entre imputables e inimputables, aun cuando la misma no tenga las radicales consecuencias que le señaló la orientación clásica, siendo por otra parte inexacto

³⁰ Relazione del Progetto FERRI. Cfr. cit. en ALMARAZ: Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal, II, p. 377, 1948.

que en códigos de esa estructura clásica no existieran medidas de aseguramiento para los segundos.

En suma, la imputabilidad, según la ha definido MAYER, es *la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento*,³¹ o como señala VILLALOBOS, un tecnicismo referido a la *capacidad* del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico; la capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, así como para ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente.³²

La última reforma a nuestro Código penal ha recogido, en la comentada fracción VII del artículo 15, la conocida institución jurídica de la *imputabilidad disminuida*, expresión para algunos equívoca y desafortunada y que, en opinión de MAURACH, hace referencia al sujeto imputable que, sin embargo, debe esforzar más su voluntad para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal. Se trata, con ella, de designar ciertos estados o situaciones en que un sujeto, teniendo afectadas sus facultades mentales y por ello *disminuida su capacidad de comprensión y voluntad, no está privado de su imputabilidad*. Sobre el punto, el propio MAURACH considera, acertadamente, que la disminución de la imputabilidad importa disminución de la culpabilidad, y que en tales casos al sujeto con menor capacidad de conocimiento y mayor inestabilidad, que sucumbe al estímulo criminal, debe tenerse en cuenta esa disminuida capacidad de resistencia frente a los estímulos o impulsos pasionales, defecto del poder que origina disminución de la reprochabilidad y consecuentemente del grado de culpabilidad.^{32 bis}

³¹ Ver *cita* en SOLER. *ob.cit.*, II., 11, p. 44.

³² *Ob.cit.*, pp. 277-279. En primer término, la imputabilidad precisa en el sujeto la *posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho* y por ello del *deber de acatar el mandato* contenido en la norma; y en segundo lugar, la *posibilidad de realizarlo voluntariamente*, por lo que coincidimos con JIMÉNEZ DE ASÚA en que la imputabilidad es la *capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente* (*Tratado de Derecho Penal*, V. p. 86, Editorial Losada, Buenos Aires, 1976). El conocimiento de la ilicitud del hecho y del deber de acatamiento al mandato de hacer o de no hacer, contenido de la norma, es revelador de que el sujeto reúne, a tal fin, las *condiciones o mínimas de salud y desarrollo mental* para aprehender, respecto del hecho concreto, su significación jurídica y su vinculación personal con ésta. La determinación espontánea a su realización significa poner en movimiento a la voluntad, en su más estricto sentido, para hacer realidad el hecho pensado y decidido. Se trata consiguientemente de un hecho nacido de la libre elección. Como puede advertirse claramente, si bien conforme al criterio de la "atribuibilidad" o "mismidad" (suitas), el hecho típico y antijurídico fundamenta una *responsabilidad asegurativo social* del autor, para emplear la acertada denominación de JIMÉNEZ DE ASÚA, lo que permite la existencia paralela de las medidas de seguridad y de las penas, tal concepto resulta ajeno a la culpabilidad, cuya noción presupone en el agente *capacidad de reproche*. La posibilidad de atribución, dice DÍAZ PALOS, establece el enlace psíquico o espiritual entre el agente y el acto para poder decir que éste es suyo, pero tal causalidad psíquica no basta para establecer la imputabilidad y la culpabilidad consiguiente, aunque es bastante para declarar la peligrosidad y correlativas medidas de seguridad, por ser necesario, además, que el acto pueda ser atribuido a su agente como a su *causa voluntaria* (*Teoría General de la imputabilidad*, pp. 22-23, Editorial Bosch, Barcelona, 1965). La determinación espontánea o *voluntad* en la causación del hecho, apóyase en el reconocimiento de la *libertad* del hombre para elegir el acto ejecutado, entendida con ciertos límites que, de cualquier manera, permite proclamar la libre voluntad para decidir, realizar u omitir una precisa conducta, dando así asidero o fundamento seguro al reproche del hecho, a quien pudo actuar de manera diferente si hubiese acatado el deber de respeto al mandato de la norma.

^{32 bis} *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 120, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. Trad. Juan CÓRDOBA RODA. Para el profesor alemán, dicha *disminución* de la culpabilidad, conforme a los párrafos 51, párrafo 2 y 55, párrafo 2 del Código, no tiene significación material en la estructura del delito; si se considera que el sujeto con imputabilidad disminuida realiza un hecho delictivo, las referidas

El párrafo segundo de la fracción VII del artículo 15 citado declara que "Cuando la capacidad a que se refiere el anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código", en tanto este dispositivo agrega lo siguiente: "Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o a la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor".

CAPITULO XVII

LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

EL DOLO*

SUMARIO

1. Introducción.-2. Teorías sobre el dolo; a) Teoría de la voluntad; b) Teoría de la representación; c) Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada.-3. La teoría aceptable.--4. Diversas clases de dolo.-5. El dolo en el derecho positivo.

disposiciones deben ser tratadas como simples *reglas de medición de la pena*, fenómeno que se produce igualmente en nuestro derecho, como se advertirá de la lectura del artículo 69 bis, en relación con el 67, ambos del Código penal. *Loc. cit.*

* El *dolo*, que constituye para los seguidores de la teoría finalista la parte *subjetiva* del tipo y que se identifica con el *querer* de la acción, debe ubicarse como corresponde lógicamente dentro del tipo. Como lo expresa MURACH, desde que se ha concebido a la acción en *sentido final*, como presupuesto comprensivo de la *voluntad* y no sólo del origen volitivo de la conducta, según se le concibió tradicionalmente, y el tipo como "el sometimiento de una *acción* antinormativa al poder del Estado, no cabe sino incluir el dolo, como finalidad dirigida al resultado tipificado, en el tipo". Si la parte subjetiva del tipo está constituida por el dolo, en ella pueden concurrir diversos elementos con características subjetivas, ello dependiendo de la particular estructura del tipo de una determinada infracción. En consecuencia, afirma MAURACH, el dolo es el *querer, el regido por el conocimiento de la realización del tipo objetivo*, por lo que referido a la teoría de la acción se presentará como la *voluntad de la acción* dirigida al resultado, sustentadora de esa acción y, sintéticamente, no es más que la *finalidad* dirigida a la realización del tipo objetivo. Así concebido, el *dolo* puede concurrir en el actuar incluso de los enfermos mentales y su concurrencia "no supone juicio alguno de culpabilidad", criterio este diverso al sostenido por la postura tradicional, en la cual el dolo es característica de la *culpabilidad* y que sólo acepta el actuar doloso en los sujetos con *capacidad de actuar culpablemente*. Fácil es advertir que para los autores finalistas el dolo, así concebido, no comprende el conocimiento de la antijuridicidad, esto es, de la prohibición de la norma, la cual lleva a considerar que el actuar seguirá siendo doloso "aún cuando el sujeto por el correspondiente esfuerzo de su conciencia, hubiera podido conocer lo ilícito de su hacer. Al separar el conocimiento del injusto, del dolo -sigue diciendo MAURACH-, se ha adoptado, en la polémica entre las llamadas *teorías del dolo y de la culpabilidad* (ambas designaciones son, por lo demás, desgraciadas), una actitud favorable a estas últimas. Esto permite determinar el lugar sistemáticamente satisfactorio del conocimiento del injusto y derivar consecuencias prácticas trascendentales para la separación entre hecho punible doloso y culposo". *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, pp. 301 a 307, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, Trad. Juan CÓRDOBA RODA.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se han aceptado, como formas de culpabilidad, al *dolo* y a la *culpa*. Una fuerte corriente de doctrina, en la cual destacan Marcelo FINCE y Ottorino VANNINI, entre otros, ha visto en el *delito preterintencional* "una mixtura de dolo y culpa", fenómeno observado de tiempo atrás, iniciando la tendencia al reconocimiento que caracteriza a los bien conocidos delitos preterintencionales, ubicados por la mayoría dentro de la familia de los delitos dolosos.

2. TEORÍAS SOBRE EL DOLO

El *dolo*, la principal forma de culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues en la elaboración de su concepto unos apoyan el elemento *psicológico* en la voluntad, mientras otros lo hacen en la *representación*, en tanto el elemento *ético* se pretende fundamentar en el conocimiento de la *tipicidad del hecho*, o de su *antijuridicidad*, o bien en la *conciencia del quebrantamiento del deber*, lo cual viene a poner de relieve la existencia de diversas teorías en la formulación de su concepto.¹ A ellas hemos de referirnos a continuación.

a) *Teoría de la voluntad*.² Aparece en primer término y priva entre los "clásicos", siendo CARRARA quien le dio verdadera expresión, aunque se refirió a la "intención" como el ingrediente necesario que acompaña al acto delictivo.

CARMIGNANI, uno de los clásicos, definió el dolo como el *acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores*, con lo cual identificó *dolo* e *intención*, haciendo consistir ésta en la dirección de la voluntad a un fin remoto. "La intención dicese *perfecta* -expresó CARMIGNANI- cuando la voluntad está plenamente iluminada por la inteligencia o por la violencia de las pasiones. También llámese *directa* cuando la voluntad tiende a un fin necesario; *indirecta*, cuando tiende a un fin meramente posible".³

CARRARA observó lo errado del concepto del dolo elaborado por CARMIGNANI, al unir un acto *interno*

¹ Véase a José PECO: *Proyecto de Código Penal*. p. 50, Buenos Aires, 1942.

² En manera alguna puede decirse que los distintos criterios, agrupados bajo esa denominación, integren una sola teoría. En realidad háblase de *teoría de la voluntad* impropia y sólo porque este concepto sirve de referencia común en la búsqueda de la noción del dolo, pero el estudio de las ideas de cada autor pondrá en evidencia las distintas proyecciones, dentro de la particular estimativa de cada uno, a la voluntad y a su alcance.

³ *Elementi di Diritto Penale*, p. 50, 2ª edizione; BUCCELLATI da definición parecida, al expresar que dolo es *la volición encaminada a infringir la ley, plenamente determinada y consciente de los hechos externos*. *Istituzioni di Diritto e Procedura penale*, p. 156, Milano, 1884.

(intención) con uno *externo* (acción), dándole a éste carácter de *condición*, con lo cual confunde la noción del delito con la de dolo.⁴

El maestro de Pisa estructura su definición diciendo que dolo es "la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley", destacando de ella como elementos del dolo los siguientes: *conocimiento* de la naturaleza delictuosa del hecho e *intención* de realizarlo,⁵ permitiéndose aclarar que en tal definición no incluye el *animus nocendi* por haberse discutido acerca de ello, pues los que han exigido ese *animus* como condición del dolo no han visto la verdadera objetividad jurídica del delito, trocando el daño particular con el daño universal. "En los delitos dirigidos contra el individuo -dice CARRARA-, el ánimo de daño (o sea de lesionar el derecho) podrá ser una necesidad para afinar el dolo. Pero en los delitos que directamente ofenden a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, porque la determinación de violar la ley envuelve en sí misma la idea de daño social. En una palabra, la falta del *animus nocendi*, puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de *no violar la ley*. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la *intención* de dañar... El primero consiste en la *previsión* del perjuicio; el segundo, en la *voluntad* dirigida a producirlo. La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo; lo es siempre indispensablemente la primera".⁶

CARRARA y sus seguidores caen igualmente en el error de definir el dolo como la *intención*, cuando el alcance del primer término es mayor al segundo, con lo cual dejaron fuera del concepto al *dolo eventual*, en el que no existe propiamente intención...

Recientemente, CARNELUTTI vuelve los ojos a la teoría de la voluntad al considerar que el acto, en sus efectos penales, depende del *querer*, en su existencia y su normalidad, denominando *intención* a la *dirección de la voluntad*, de manera que el dolo es *la voluntad dirigida al evento contrario al evento mandado*,⁷ expresión equivalente a esta otra: *voluntad dirigida al evento previsto por la ley como una forma del delito*, "Si se tiene presente -dice el mencionado autor- la figura del delito causal, es decir, de aquellos casos en que la causa funciona como requisito constitutivo del delito, convendría, por otra parte, integrar tal definición diciendo: *voluntad*

⁴ Programa del Curso de Derecho Criminal, I, pp. 71 Y ss. Buenos Aires, 1944.

⁵ No se trata, como lo aclara FONTÁN BALESTRA, de haber *querido la acción* sino de haber *querido la acción* sino de haber *querido el resultado*.

⁶ Programa. parágrafo 69. Siguen en lo esencial, el pensamiento de CARRARA, al formular sus nociones sobre el dolo, CIVOLI y GARRAUD, destacando la *intención* respecto a la producción del delito, con *conocimiento de su ilegalidad*.

⁷ Teoría General del Delito, p. 159, ed. 1952. Trad. Víctor CONDE.

*dirigida al evento que presenta los requisitos formales y causales del delito.*⁸

Nuevamente debe reprocharse, ahora a CARNELUTTI, confundir dolo e intención, así como "no precisar con exactitud la extensión y alcance de la voluntad, como situación fáctica. La afirmación de CARNELUTTI, de que el centro de la voluntad está en el deseo, podría ser exacta si voluntad e intención fueren equivalentes, pero no sucede así, ni tampoco es exacta su afirmación de que no se puede querer sin desear".⁹

b) *Teoría de la representación.* Pretendiendo superar los inconvenientes de la teoría de la voluntad, otros autores substituyen voluntariedad o intención por el concepto de previsión o *representación*.

FRANK puso de manifiesto que las expresiones doloso e intencional no se identifican, pues actuar intencionalmente o de propósito implica *dirigir la voluntad a un fin concreto* cuya realización ha sido perseguida por el sujeto, de lo cual se infiere la imposibilidad de imputar como doloso el resultado producido cuando no existió intención de causado. De allí que el dolo sea independiente del propósito y por ello la nueva corriente substituye voluntad por *representación*, haciendo consistir ésta en el *conocimiento* que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer.

Sostiene la teoría de la representación el carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación por el autor en la noción del dolo. Según lo aclara JIMÉNEZ DE ASÚA, a medida que evoluciona la técnica, se substituye voluntariedad por representación, "como lo ha hecho MAYER. En tal sentido la producción contraria al deber (pflichtwidrig) de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria'. . . ".¹⁰

En opinión de FONTÁN BALESTRA¹¹ no son fundamentales las divergencias entre esta teoría y la de la voluntad. "La teoría de la representación -explica-, se ha propuesto más que nada dirigir el haz central del enfoque del problema a las circunstancias externas que permiten formar juicio para suponer que el evento ha sido o no querido. Con ello queda dicho que los partidarios de esta última no desconocen la necesidad de que el acto

⁸ En este último aspecto, PESSINA había destacado ya, en su definición, tanto *el querer* del agente respecto al movimiento del que deriva, como efecto de la causa, la negación del derecho, como la *previsión* del fenómeno y de la consecuencia del movimiento, poniendo de relieve la necesidad, para integrar el dolo, de la *conciencia del vínculo de causalidad* entre el hecho y la negación del derecho, por parte del autor. *Elementi di Diritto Penale*, I, p. 173, Napoli, 1882.

⁹ Manuel LUZÓN DOMINGO: *Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal*, pp. 132- 133, Barcelona, 1960.

¹⁰ *La ley y el delito*, p. 387, 2ª edición, 1954.

¹¹ *El elemento subjetivo del delito*, p. 107, Buenos Aires, 1957.

sea voluntario, lo que ocurre es que se supone querido lo representado".

c) *Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada.* Una postura ecléctica adopta esta teoría para la cual no basta a integrar el dolo ni la voluntad ni la sola representación, siendo ambas indispensables. En consecuencia, de acuerdo con ella, actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significación sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado.

En esta posición, TOUZZI empieza por afirmar el necesario *conocimiento* del hecho en sí y en sus *efectos*, así como su contradicción con la ley, dándose en esas condiciones la *inteligencia* que prepara el *discernimiento*, lo cual lleva al sujeto a *determinarse*, fenómeno apoyado tanto en la voluntad como en la *libertad* externa.¹²

Para MAGGIORE *el que obra dolosamente prevé y quiere el delito (en la totalidad de sus elementos: acción y resultado, antijuridicidad y culpabilidad)*, concepto aceptado por la definición del Código italiano (artículo 43, apartado 1º), siendo por consiguiente dos los elementos del dolo: 1) La previsión (o representación del resultado), 2) la volición de él. "No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La previsión sin voluntad es vana; la voluntad sin previsión es ciega; y el derecho no puede contentarse con ninguna de las dos... *Previsión* es la representación del resultado y denota el momento intelectual de la conducta... *Voluntad* es el acto de autodeterminarse en vista de algún fin. *Querer* es tender a un objeto y a un fin (presentes en la conciencia y por esto representados) y obrar en consecuencia. . .".¹³

Se declaran partidarios de esta teoría, además, BETTIOL, ANTOLISEI, DE MARSICO, BATTAGLINI y MEZGER, entre otros muchos. El primero al definir el dolo como "*conciencia y voluntariedad del hecho conocido como antijurídico*";¹⁴ el segundo al rechazar los criterios aislados de la voluntad y la representación, afirmando la existencia del dolo cuando el sujeto *ha realizado intencionalmente un hecho previsto en la ley como delito, conociendo sus elementos esenciales*;¹⁵ el tercero al concebir el dolo como "*la voluntad no coartada de realizar un hecho comisivo u omisivo que la ley estima delictuoso, con la previsión del evento derivada de la propia acción u omisión y la intención de producirlo*";¹⁶ el cuarto por cuanto estima inaceptable la teoría de la voluntad, considerando necesaria la previsión y formula su noción del dolo diciendo: "*Consiste en la conciencia*

¹² *Corso di Diritto Penale*, I, p. 146, Napoli, 4ª edizione.

¹³ *Derecho Penal*, I, pp. 576-577, Bogotá, 1954. Trad. José J. ORTEGA TORRES.

¹⁴ BETTIOL: *Diritto Penale*, p. 291, Palermo, 1945.

¹⁵ ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale*, p. 182, Milano, 1947.

¹⁶ DE MARSICO: *Conscienza e volontà nella nozione del dolo*, p. 163, Napoli, 1930.

(conocimiento) y en la voluntad del agente de ocasionar con la propia acción u omisión, el evento dañoso y peligroso considerado en la ley penal¹⁷ y el último al expresar que actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado.¹⁸

3. LA TEORÍA ACEPTABLE

La última de las teorías examinadas es, a nuestro criterio, la correcta. Hemos de recordar en este lugar la conclusión adoptada al examinar el coeficiente psíquico de la conducta. En su oportunidad dijimos que la voluntad constituye dicho coeficiente, el cual consiste en *querer realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad*.

Ahora bien, la voluntad en el dolo rebasa el estrecho ámbito de la conducta para abarcar igualmente el resultado, de manera que si la voluntad en la conducta consiste en querer realizar la acción o la omisión, la voluntad en el dolo es *querer también el resultado*. En el homicidio, el coeficiente psíquico de la conducta consistirá en querer realizar la acción (disparar = movimiento corporal) o la omisión (no dar al enfermo el medicamento prescrito = inactividad), en tanto dicha voluntad en el dolo radicará en *querer o aceptar el producir la muerte que se sabe consecuencia de la propia acción u omisión*.

La voluntad, por sí misma, no puede agotar el contenido del dolo: hácese imprescindible igualmente el conocimiento *de las circunstancias del hecho y de su significación*. Tal conocimiento debe abarcar la *relación de causalidad*, cuando ésta forma parte del hecho particularmente tipificado; la *tipicidad* del mismo, entendida de manera profana, y su carácter *antijurídico*.

Al comentar el párrafo primero del parágrafo 59 del Código Penal, MEZGER excluye del actuar doloso, el conocimiento de los hechos fundadores de la *imputabilidad* del autor y de las *condiciones objetivas de penalidad*. En cambio, dicho conocimiento debe abarcar "*los hechos actuales*" (del tipo legal) existentes ya en el momento en que se realiza el acto de voluntad del autor y por ello independientes de dicha voluntad, esto es, los que producidos por la acción del autor aparecen en relación de causalidad con ella. "Aquí pertenece en primer término el producto último de estos efectos, por consiguiente el denominado *resultado último* de la acción. De la misma manera que hasta ahora, ha de entenderse bajo este término el resultado último perteneciente al tipo

¹⁷ BATTAGLINI: *Diritto Penale*, p. 169, Bologna, 1940.

¹⁸ MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 102, Madrid, 1957. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ.

legal, y sólo él. . .".¹⁹

Dedúcese de ello que el autor del homicidio debe *prever* que de su acción de disparar el arma habrá de resultar la muerte de un hombre, lo cual confirma que el conocimiento del hecho comprende la *relación de causalidad* cuando el tipo en consideración exija un resultado material.

Sobre este particular no hay unanimidad en la doctrina y el mismo MEZGER cita la opinión de V. HIPPEL, para quien dolo y culpa no han de ser referidos al nexo causal que en concreto se produce.

Si bien nosotros afirmamos que el nexo causal es problema material a resolverse en el ámbito del *hecho*, tal cuestión no contraría la posición adoptada ahora respecto al *conocimiento* del propio hecho como elemento del dolo, comprendiendo la relación de causalidad. Una cuestión es constatar la relación causal, para dar por configurado el hecho, y otra diversa su conocimiento por el autor, para establecer su culpabilidad dolosa.

Es cierto que en muchos casos no existe concordancia entre el *proceso causal representado* y el *proceso causal realmente verificado*, en cuyo caso surge el problema de saber cuál tratamiento habrá de darse al hecho respecto al dolo. Salvo en los casos en que se produzca una *desviación esencial* de la causalidad real en relación a la representada, en cuyo supuesto no podría aquélla ser tomada en cuenta, por no corresponder a la exigencia de la ley, originando tal vez una tentativa dolosa con la que, según la solución propuesta por MEZGER,²⁰ podría concurrir, según las circunstancias, en concurso ideal, un *delito culposos consumado*, se trataría de una simple desviación *inesencial*, originante de un *error accidental* (aberratio) o de extravío, incapaz para modificar la culpabilidad dolosa, pues como el propio MEZGER se encarga de explicado, "el curso causal representado y el real nunca se corresponden exactamente, en primer lugar porque la representación del autor nunca aparece determinada y precisa en todos sus detalles y particularidades, y en segundo término, porque nadie puede prever de manera exacta un curso causal futuro en todos sus extremos y particularidades. Por este motivo, una aberración como tal no puede nunca por sí sola excluir el dolo, pues en caso contrario, no podría darse jamás un actuar doloso".²¹

Lo anterior se encontraba expresamente regulado en la ley penal, a través de las *presunciones de intencionalidad* establecidas en el artículo 9º fracciones I y V, las cuales establecían que la presunción de

¹⁹ *Tratado*, II, pp. 109 Y ss.

²⁰ *Tratado*, II, p. 116.

²¹ *Tratado*, II, p. 114.

intencionalidad no se destruía aunque el acusado probara: "I. Que no se propuso ofender a determinada persona si tuvo en general intención de causar daño... V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito..." Las citadas presunciones desaparecieron al reformarse el contenido del artículo 9º, pero ello no impide que tales casos de desviación inesencial de la causalidad, se resuelvan mediante la imputación dolosa del resultado al autor.

Cabe preguntarse ahora, por cuanto al *conocimiento* de la tipicidad si es preciso, para establecer la existencia del dolo, que el sujeto tenga presente la descripción del hecho en un precepto de la ley penal. "Ernesto BELING -explica JIMÉNEZ DE ASÚA-, cuando demanda la conciencia de la tipicidad, no supone que se conozca por el agente la descripción típica del mismo modo que la sabe el técnico; mejor dicho, la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a una descripción típica, y no debe exigirse que conozca los *elementos* del tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico... Mas ello quiere decir que debemos negar la conciencia de que se comete un hecho que tiene riguroso encaje en un tipo, por las espaciosas razones, tan repetidas por los escritores, de que en ese caso sólo los abogados serían capaces de dolo... La objeción, antes recordada, de que sólo los técnicos podrían cometer infracciones con dolo, y que también podría invocarse en cuanto al conocimiento de la antijuridicidad, queda desprovista de valor, si atinamos a fijar la índole del conocimiento de lo típico y de lo antijurídico. Todos, aun los más ignorantes en mecánica, sabemos lo que es un automóvil, y nadie ignora lo que es una pulmonía, aunque no se hayan hecho estudios médicos. Lo que nosotros sabemos del automóvil y de la enfermedad, no es de manera profunda y acabada como el técnico lo conoce. Nuestro conocimiento es *profano*. Pues bien, debemos exigir como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa manera profana y no técnica, con lo que se han salvado todos los escollos".²²

Por último, expresamos que el dolo requiere igualmente el *conocimiento de su significación*, con lo cual se alude preferentemente a la *antijuridicidad* del hecho.

Ya al referimos a la acción y a la omisión, dijimos que en la primera, con su *actuar voluntario*, el sujeto viola siempre un *deber de abstención*, por contenerse en la norma una *prohibición de hacer*, en tanto, en la segunda, con un *no hacer voluntario* (inactividad) viola un *deber jurídico de obrar*, por cuanto sólo es posible establecer el concepto de la omisión con referencia a la *acción esperada y exigida*. Ahora bien, para que lo injusto del hecho pueda serle reprochado al autor, éste debe haber tenido *conciencia de su antijuridicidad*, esto es, de que su

²² *Ob. cit.*, pp. 388-389.

conducta y el resultado a ella ligado *quebrantaba el deber* (de abstención o de obrar) impuesto por el orden jurídico.

El camino recorrido llévanos a aceptar la definición del dolo dada por JIMÉNEZ DE ASÚA, en la que se comprenden las exigencias anotadas, tanto a la representación como a la proyección de la voluntad. En consecuencia, dolo es *la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.*²³

Consecuentemente, en la formación del dolo concurren dos elementos esenciales:

a) Un elemento *intelectual* consistente en la *representación del hecho y su significación* (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, como conciencia .del quebrantamiento del deber), y

b) Un elemento *emocional o afectivo*, no otro que la *voluntad* de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

No constituye inconveniente a lo dicho la existencia de delitos *sin resultado* material (delitos formales), pues en todo caso, la misma conducta es objeto de la representación y de la voluntad como resultado específico.

4. CLASES DE DOLO

PORTE PETIT, tomando en consideración las clases de dolo estudiadas por la doctrina, formula la siguiente clasificación:

A) En cuanto a su *nacimiento*:

a) Dolo *inicial o precedente*.

²³ Ob. cit., pp. 392-393.

b) Dolo *subsiguiente*.

B) En cuanto a su *extensión*:

a) Dolo *determinado*.

b) Dolo *indeterminado*.

C) En cuanto a las *modalidades de la dirección*:

a) Dolo *directo*.

b) Dolo *eventual*.

c) Dolo de *consecuencia necesaria*.

D) En cuanto a su *intensidad*:

a) Dolo *genérico*.

b) Dolo *específico*.

E) En cuanto a su *duración*:

a) Dolo de *ímpetu*.

b) Dolo *simple*.

c) Dolo de *propósito*.

F) En cuanto a su *contenido*:

a) Dolo de *daño*.

b) Dolo de *peligro*.

c) Dolo de *daño con resultado de peligro*.

d) Dolo de *peligro con resultado de daño*.

G) En razón de su *categoría*:

a) Dolo *principal*.

b) Dolo *accesorio*.

H) En razón de su *realización*:

a) Dolo *posible*.

b) Dolo real.²⁴

Dolo directo, eventual y de consecuencia necesaria. La razón fundamental de la separación del *dolo directo* y del *eventual*, radica en la *representación* del hecho, dado que la voluntad no puede funcionar independientemente sino en virtud *del cómo* y de las diversas consecuencias de la realización de la conducta. Dícese que el dolo es *directo* cuando la voluntad es encaminada "directamente" al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado: si una persona apuñala a otra y la mata, obrando con *animus occidendi o necandi*, esto es, con voluntad de causar ese resultado típico, comete homicidio con dolo directo.

Según SOLER, el dolo directo caracterizase por su contenido intencional más o menos claramente dirigido hacia un evento determinado.²⁵ Dolo directo, dice Ignacio VILLALOBOS, es aquel en que la voluntad se encamina *directamente* al resultado o al acto típico; es decir, el dolo en que hay *intención*, tomada ésta en su propio sentido.²⁶ Para CUELLO CALÓN el dolo es directo "cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente".²⁷

El dolo es *eventual* (indirecto) cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, *aceptando* las consecuencias de ésta, o dicho en otros términos, existe el dolo eventual cuando el sujeto, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo quiere directamente, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo *lo acepta*, ratificándose en el mismo.

Para BATTAGLINI el dolo eventual se verifica cuando el agente, a la vez que el evento tenido como fin, se representa, o prevé como posible consecuencia de la propia acción, también un evento penalmente ilícito y diverso que, sin embargo, no evita. "Se tiene entonces la hipótesis de la representación de varios eventos con voluntad limitada a uno de ellos, hipótesis que no puede ser referida al dolo directo, ni a la culpa con previsión". Por su parte, Von LISZT se encarga de distinguir el dolo directo del dolo eventual en los siguientes términos: "El dolo se da incondicionalmente, cuando el autor *tiene por seguro* la producción del resultado (dolo directo); y se da condicionalmente, cuando el autor sólo lo tiene como *posible* (dolo eventual); es decir, bajo la condición de que el

²⁴ Programa de la Parte General del Derecho Penal, p. 447, México, 1958.

²⁵ *Derecho Penal Argentino*, II, p. 132, Buenos Aires, 1951.

²⁶ *Derecho Penal Mexicano*, p. 292, México, 1960.

²⁷ *Derecho Penal*, I, p. 375, 9ª edición.

autor *no haya evitado* la producción del resultado, pues no había llegado a esta conclusión: 'el resultado no sobrevendrá'. Si el autor espera, confiando en su destreza, en su buena suerte, etc., que 'el resultado no sobrevendrá' (piénsese en el caso de Guillermo Tell, en una excursión a un ventisquero), no puede hablarse de dolo. Cuando el agente llega a una conclusión afirmativa ('el resultado se producirá'), o cuando no llega, en suma, a una conclusión, si bien ha previsto la posibilidad de la producción del resultado (golpe con un jarro), existe dolo eventual. El mismo pensamiento puede expresarse con esta regla: existe dolo en caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al autor la comisión del acto (fórmula de FRANK)".²⁸

La *previsión* del acontecimiento semeja el dolo *eventual* y la *culpa consciente* (con representación), mas como se verá adelante, se distinguen netamente, pues mientras en el primero se *acepta* el resultado, lo que implica voluntad, en la segunda *ni se quiere ni se acepta el mismo*, eliminándose la voluntad respecto a la causación del resultado.

Una derivación del *dolo directo* parece ser el llamado *dolo de consecuencia necesaria*, que no debe confundirse con el eventual. En efecto, éste consiste, según lo hemos visto, en la *previsión de un evento posible*, aceptado voluntariamente al no renunciarse a la ejecución del hecho, en tanto en el *dolo de consecuencia necesaria*, según se ha encargado de destacarlo JIMÉNEZ DE ASÚA, la producción de sus consecuencias no es aleatoria sino *irremediable*, poniendo como ejemplo el caso del anarquista que queriendo dar muerte a un monarca detestable, que siempre viaja con su secretario particular, arroja la bomba destruyendo el automóvil en que van el rey, su subordinado y el chofer. La muerte de los últimos, concluye ASÚA, no deseada por el anarquista, es absolutamente necesaria para el homicidio del magnate, pudiendo imputarse esas muertes no deseadas, pero necesarias para la producción de la querida por el ácrata que lanza la bomba.²⁹

Si nos hemos referido en primer término al *dolo directo* y al *eventual*, es porque los mismos son, con toda evidencia, las expresiones más importantes del dolo, pero como lo hemos apuntado, la doctrina se ocupa, igualmente, de los siguientes:

a) *Dolo inicial* o precedente y *dolo subsiguiente*: el primero existe, se afirma, cuando el dolo *concorre con la realización de la acción o la omisión*, aunque no perdure al *tiempo* de la producción del resultado. Se da el *dolo subsiguiente*, con posterioridad a la acción u omisión y significa propiamente la *complacencia* en el resultado.

²⁸ *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 413, Madrid, 3ª ed. Trad. JIMÉNEZ DE ASÚA.

²⁹ *Ob. cit.*, p. 394.

ANTOLISEI denomina, al dolo subsiguiente, *dolo sucesivo*, y como de él señala el caso de la enfermera que por un fatal equívoco suministra al enfermo una sustancia venenosa y al advertir el error omite, intencionalmente, suministrar el antídoto, pero el propio autor se cuida de advertir que en realidad lo relevante en el caso es la "actividad", la cual surge cuando *no se actúa* para impedir el evento dañoso, pues el dolo sucesivo no transforma en dolosa la precedente acción inculpable, dado que el delito surge en el momento en que la mujer nada hace para impedir el resultado.^{29bis}

b) *Dolo determinado y dolo indeterminado*: en el dolo determinado se dice, la intención o la voluntad del agente se encamina con toda precisión a un resultado cierto y concreto, en tanto en el dolo indeterminado la acción está orientada a producir varios posibles resultados y por ello se le denomina igualmente *dolo alternativo*. Se señala como ejemplo de dolo indeterminado, la intención con que actúa el anarquista que arroja la bomba en un sitio concurrido, ignorando qué concretos resultados provocará (muerte, lesiones, daños, etc.), admitiendo previamente, en su representación, la producción de cualquiera de ellos.

c) *Dolo genérico y dolo específico*. En realidad, no existe consenso en la doctrina respecto a la noción del llamado *dolo genérico*, pues unos lo hacen consistir en la *voluntad de dañar* considerada en *abstracto*, en tanto otros lo identifican con el *propósito* de causar daño, sin que quede ahí la cuestión: también se le caracteriza por el *animus* o por el *motivo* particular del agente, etc., razón por la que muchos niegan su existencia al proclamar que sólo existen *dolos específicos*, que se identifican con las causas de delito. En el parricidio se habla de un *dolo genérico* de matar y el *dolo específico* de matar al ascendiente, pero bien examinada la cuestión se verá la intrascendencia de un supuesto dolo genérico, frente a la específica dirección de la voluntad de matar precisamente al ascendiente.

d) *Dolo de ímpetu y dolo premeditado*. Clasificación propuesta por CARRARA y otros autores, quienes ven el dolo de ímpetu concurriendo en el sujeto que comete el delito impulsado por un estado pasional (pasión ciega) que disminuye al mínimo la deliberación y excluye la perseverancia en el propósito. En cambio, el *dolo premeditado* precisa un intervalo más o menos importante entre el momento de la decisión y el de la ejecución, caracterizándose por la *perseverancia* del querer motivado y la frialdad de ánimo (*frigidus pacatus animus*).

e) *Dolo de daño y dolo de peligro*. Consiste el primero en el *querer causar daño*, ya lesionando o destruyendo el bien jurídico contra el que va encaminada la conducta delictiva del autor. El dolo de peligro es el

^{29bis} *Manuale di Diritto Penale* (Parte Generale), p. 269, Quinta Edizione, Doct. A. Guiffré editore, Milano, 1963.

dolo peculiar de los delitos de peligro, pues en él el autor quiere la simple amenaza del bien jurídico. El dolo de peligro ha sido negado por algunos, pues se piensa que en el querer dirigido a causar el daño o lesión a determinado bien, el peligro al mismo constituye un grado inferior, resultando evidente que a la lesión misma precede el peligro.

5. EL DOLO EN EL DERECHO POSITIVO

La regulación del dolo en el código penal de 1931 constituyó una serie de desaciertos que condujeron no sólo a confusión, sino a verdaderos casos de integración de la ley, al aplicarla, a pretexto de su interpretación.

El anterior texto del artículo 8º enumeró las formas de culpabilidad, con terminología inadecuada, al declarar que los delitos pueden ser: I. *Intencionales*, y II. *No intencionales* o de *imprudencia*, siendo obvio, en mérito a las ideas expuestas sobre el dolo, que la intención no agota el concepto de voluntariedad, ni tampoco la volición por sí misma resulta eficaz para edificar el concepto de los delitos dolosos. Como bien expresó VILLALOBOS en su momento, al llamar el código "intencionales" a los delitos dolosos, reduce la especie a los cometidos con *dolo directo*, por más que la jurisprudencia estime abarcados en ese término todas las clases de dolo.³⁰

El artículo 9º, en su primera parte establecía una presunción *juris tantum* respecto a la intencionalidad, con desconocimiento absoluto de la realidad jurídica y los principios de la sana justicia, declarando a continuación que dicha presunción "no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias", con lo cual pretendía abarcar como "intencionales" aquellas conductas o hechos que, en rigor, no quedaban comprendidos dentro de la forma de culpabilidad "intencional", pero sí en la comisión dolosa, lo cual era prueba evidente de la pobreza conceptual que orientaba al código en ese aspecto.

En la fracción I ("Que no se propuso ofender a determinada persona si tuvo en general intención de causar daño), se pretendió ver el funcionamiento del *dolo indeterminado*,³¹ en tanto la fracción II se interpretó de modos diversos, pues en tanto algunos encontraban en sus hipótesis, casos de *dolo simplemente indirecto* y alguna

³⁰ *Ob. cit.*... p. 294.

³¹ El *dolo indeterminado*, estimado por algunos como una subclase del *dolo indirecto* (VILLALOBOS, *ob. cit.*, p. 293), es aquel en el cual "el sujeto, con voluntad consciente para satisfacer un fin directo, realiza una conducta de la que puede derivarse varios eventos, cualquiera de los cuales da satisfacción al fin propuesto".

especie del *indeterminado*,³² otros separaban la primera de ellas (“*Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito*”), individualizándola como un caso de *dolo de consecuencia necesaria*,³³ en tanto la segunda (“*Que no se propuso causar el daño que resultó (...) si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes*”) se consideró posible desglosarla en situaciones de *delitos preterintencionales* en los cuales se dan la *culpa con o sin representación* (“*previó esa consecuencia (...)*”. = Dolo + culpa con representación; “*pudo prever esa consecuencia (...)*”; = Dolo + culpa sin representación), según lo destacó PORTE PETIT al expresar: “De la fracción II del artículo 9º mencionado, se desprende que el agente del delito *ha cometido un daño mayor que el que se propuso causar*, habiendo mediado culpa respecto del daño causado, tomando en consideración que este daño pudo haber sido notorio, previsto o haberse previsto. Es decir, que la fracción aludida está aceptando la naturaleza del delito preterintencional como mezcla de dolo y culpa, y en consecuencia, la redacción del artículo 9º, es desafortunada, porque equivale a decir que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque se pruebe que no es intencional respecto del daño causado”.³⁴

El artículo 8º reformado en 1983, conservando las expresiones *delitos intencionales* y *no intencionales o de imprudencia*, adoptó como novedad, en su fracción III, una tercera forma de culpabilidad, la correspondiente a los *delitos preterintencionales*. En dicho precepto se dijo *cuándo se obra* intencionalmente, en forma imprudencial o bien con preterintención, rompiéndose con el sistema de omitir los conceptos de *intención* y de *imprudencia* (dolo y culpa), tradicionales formas de culpabilidad, aceptándose una forma nueva, la *preterintención*. Los antecedentes de la mencionada reforma legislativa, concretándose en los artículos 8º. y 9º., los encontramos tanto en el Código de Defensa Social de Veracruz y en los proyectos de 1958 y 1963 (código tipo), así como en algunos códigos de las entidades federativas, entre los que destacan los de Michoacán y Guanajuato.

No obstante los múltiples elogios vertidos al proyecto de Código penal de 1949, en cuyo artículo 11 se declaró que los delitos son *dolosos* o *culposos*, dándoseles correcta denominación a las formas de culpabilidad en ellos concurrentes, en la reforma de 1983 se cayó en el error de conservar, en los citados artículos 8º y 9º, la vieja terminología tan criticada entre nosotros, olvidando las fórmulas que con evidente perfeccionamiento técnico adoptaron proyectos y códigos posteriores a 1931.

³² LUZÓN DOMINGO, *ob. cit.*, p. 173, de lo cual dedúcese que tal forma de dolo requiere siempre como requisito *sine qua non*, la existencia de *fin concreto diverso*, lo implica *indiferencia* y por ello *admisión*, en la previsión, de los efectos sobrevenidos, como medios para la realización del fin querido y propuesto.

³³ VILLALOBOS, *ob. cit.*, P. 297.

³⁴ *Programa*, p. 498.

En cuanto a la modalidad de definir las formas de culpabilidad, cabe la primacía al Código de Defensa Social veracruzano, rompiéndose así una vieja costumbre, para ahora dar cabida a una definición sobre cada forma de culpabilidad, iniciándose una nueva tendencia posteriormente seguida por códigos y proyectos. Así, el proyecto de código penal de 1958 acepta la *preterintencionalidad* y en su artículo 8º, después de declarar que los delitos pueden ser: I *Dolosos*; II. *Culposos*, y III. *Preterintencionales*, añade: "*Son dolosos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, sino lo necesariamente unido al querer del agente. Son culposos cuando el resultado no se previó siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera, o cuando se cause por impericia o ineptitud. Son preterintencionales cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría*".

Los artículos 12, 13 y 14 del código penal tipo de 1963 resumieron, superándolas, las definiciones anteriores y constituyeron sin duda la expresión perfeccionada de la tarea iniciada años atrás por el Código de Defensa Social de Veracruz.

Ahora, a virtud de la reforma de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, vigente a partir del primero de febrero de este último año (artículo primero transitorio del decreto respectivo) se da su denominación técnica adecuada a las mencionadas como tradicionales formas de culpabilidad. En efecto, el artículo 8º, en vigor declara que "*Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente*", en tanto el artículo 9º, precisa: "*Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y 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 de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales*".

En la nueva fórmula del *obrar doloso* se comprenden tanto el dolo *directo* como el *eventual*. En efecto, ya hemos dicho líneas atrás que en el *dolo*, como género, concurren la *representación del hecho* (conocimiento del hecho típico) y el *querer* determinado efecto, elementos uno *intelectual* y *volitivo* el otro. El *conocimiento* o captación, cuando menos potencial, para el agente, de la *injusticia de su proceder*, podrá estimarse o no comprendido dentro de la representación del hecho, según el particular criterio que se adopte, pues para muchos el conocimiento de la significación jurídica del hecho no compete al dolo, sino al juicio de culpabilidad, cuestión sobre la que no habremos de insistir. El *conocimiento del hecho* comprende no sólo los elementos *objetivos* o de naturaleza material, sino también los *subjetivos* y aun los *normativos* propios del tipo, con la excepción de ciertos elementos de esa índole que no forman propiamente parte del *tipo de injusto* y cuyo desconocimiento puede

originar un *error sustancial*; debiendo igualmente comprender, tal conocimiento, el *resultado material* que el tipo exige en algunos casos, lo que lleva a considerar la *previsión* de lo futuro como simplemente probable, lo cual implica también el *conocimiento del proceso causal*, etc. El *elemento volitivo* del dolo, o *emocional* o *afectivo* como también se le denomina, está constituido por la *dirección de la voluntad*. Se identifica con el *impulso psicológico* que constituye el motor de la actuación del agente y que se reconoce como el *querer*, el cual no es cualquier querer, en el sentido a que la psicología moderna se refiere. No debe perderse de vista que el *querer del Yo*, una de las funciones mentales de *regulación*, en sentido lato es el impulso del Yo hacia un objeto o fin determinado, o sea la fuerza psíquica que impulsa al Yo a un fin del que puede tener o no conciencia. Por tanto, cuando hablamos del *querer*, nos referimos al *querer arbitrativo*, identificado con la *libertad de acción del Yo*, en el cual éste tiene *conciencia* de su capacidad de *decidir*. Si se tiene presente que dicho querer se determina en función de *un fin*, que es el *móvil*, previamente conocido, habremos de entender lo que tal elemento del dolo significa.

La anterior disgresión nos permite precisar que la idea del legislador, impresa en el dispositivo que comentamos, no fue la de definir el dolo sino concretar *cuándo* un obrar o actuar debe reputarse *doloso* (*Obra dolosamente el que*) para los efectos penales. Si el artículo 8º, declara que "*Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente*", lógico es considerar que este precepto se complementa con la primera parte del artículo 9º, el cual precisa que "*Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley*", debiéndose concluir en última instancia que la ley se limita a describir el *obrar doloso*. En el texto se utiliza el verbo *querer*, por ser el que mejor expresa el obrar doloso, con referencia a los *elementos del tipo penal*, aludiéndose concretamente con él a lo que en la doctrina se conoce como *querer el hecho típico* usándose también en el precepto la expresión "*o acepta la realización del hecho descrito por la ley*", a la que nos referiremos adelante. En la primera parte del texto que comentamos se comprenden los hechos *típicos* que el sujeto capta en su representación como de segura, cierta o cuando menos probable realización, y aun los remotamente posibles, cuya consumación quiere y se propone; en tanto la segunda parte abarca la realización del hecho típico que el sujeto, aun sin querer en forma directa, *acepta* al preverlo como posible o más o menos seguro (*acepta la realización del hecho descrito por la ley*). Dentro de esta forma de *obrar dolosamente* se comprende igualmente el llamado dolo de *consecuencia necesaria*, en el cual el sujeto *quiere* el resultado típico y lo *unido a él en forma necesaria*, o bien lo acepta como una eventualidad. Usando palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA diremos que la *representación* y la *voluntad*, elementos del *dolo*, abarcan "todo lo conocido y que sea de significación para la figura delictiva"., pues cuando "se aparece como deseable, la voluntad tiende a ello de modo directo" (*dolus directus*), pero cuando "el resultado se presenta como necesariamente unido a la acción u omisión,

necesariamente ha de aceptarlo el agente con *voluntad necesaria causante*, voluntad de producir el necesario efecto" (*dolo de las consecuencias necesarias*), para por último, cuando el resultado "surge previsto como eventual... que se consiente, lo eventualmente sobrevenido se *admite por la voluntad (dolus eventualis)*".

CAPITULO XVIII LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD

LA CULPA

SUMARIO

1. Generalidades.-2. Teorías sobre la culpa: a) Teoría de la previsibilidad; b) Teoría de la imprudencia o negligencia; c) Teoría de la causalidad eficiente; d) Teoría del error evitable; e) Teoría de la culpa como un defecto de la inteligencia.-3. Nuestra tesis.-4. Elementos de la culpa.- 5. Clases de culpa.-6. Dolo eventual y culpa consciente.-7. La culpa en la legislación.-8. Compensación y concurrencia de culpas.

1. GENERALIDADES

La experiencia diaria nos demuestra cómo en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un daño, lo origina causal mente. En tales situaciones afirmase la existencia de *culpa* cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.

Cuando se trata de establecer la noción de la culpa, acudiendo a la opinión de los doctos, es fácil extraviarse por los muy diversos senderos a que conducen las variadas concepciones elaboradas sobre ella. Hácese por tanto imprescindible el examen de algunas de las principales teorías sobre la culpa, para iluminar un tanto el camino que nos lleve a la determinación de su concepto.

Con todo tino, ALTA VILLA advierte que algunos especialistas emplean la palabra "culpa" (*Schuld*) en muy *amplio sentido* para referirse a la "*culpabilidad*", esto es, con referencia al elemento *subjetivo* de un determinado tipo de delito, acepción que nos apresuramos a desechar por resultar impropia. Cuando nos referimos a la *culpa* deberá entenderse que el término está en correspondencia específica a las figuras delictivas cuyo elemento

subjetivo es diverso a la *intención* o voluntad que previa representación es esencial al dolo, como ocurre cuando se causa un daño por negligencia o imprudencia.

2. TEORÍAS SOBRE LA CULPA

Una rápida ojeada sobre la doctrina revela la existencia de teorías que construyen la noción de la culpa, ya en la *previsibilidad* del evento o en la *causalidad eficiente*; en un *defecto de la inteligencia* o bien de la *voluntad*, etc., haciendo verdaderamente complejo el problema. Veamos sintéticamente algunas de tales teorías.

a) *Teoría de la previsibilidad*. Dentro de esta corriente destacan, en forma particular, CARRARA y BRUSA. Para el primero, la culpa radica en la *voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho*. Explicando su criterio, CARRARA afirma que la culpa es un *defecto de la voluntad*, pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no emplear éste "la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras", Si la culpa, dice conclusivamente, radicara en un vicio de la inteligencia, ésta no sería imputable ni moral ni políticamente. "Lo es precisamente porque la negligencia tuvo causa en la voluntad del hombre".¹

Se cuida CARRARA de advertir que la *previsibilidad* es cosa distinta de la *previsión*, afirmando categóricamente que la esencia de la culpa reside en la primera. "Se puede *no prever absolutamente una consecuencia* que se ocasiona después. Se puede *prever como posible*, pero esperar evitarla, y, después, no lograr evitarla. Se tiene la mera culpa no sólo en la primera hipótesis, sino también en la segunda, siempre que no se haya obrado con *el fin de dañar*. Si se obraba con el fin de dañar, en esta segunda hipótesis, el hecho es doloso, porque el dolo emerge del primer fin. Pero si se obraba con un fin inocente, con respecto al segundo efecto, no hay más que mera culpa, porque tanto vale *no prever* un efecto, como *prever que no sucederá*. Se contradiría quien dijera: tú has *previsto que esto no sucedería*; luego tú has previsto que *esto sucedería*".²

¹ Programa del Curso de Derecho Criminal, I, pp. 80, 81 y 83, Buenos Aires, 1944. Esta teoría tuvo gran aceptación desde el Derecho romano, ya que el Digesto se refirió a ella (Ley 31, *Ad legem Aquilian*) al expresar que "*culpa esse quod eum quem diligenti providere poterit, provisum non fuit*", o lo que es igual a se da la culpa al *no preverse aquello que con diligencia hubiera debido proveerse*, pero encontró su mayor aceptación, en la doctrina moderna, precisamente con los clásicos como ORTOLÁN, CARMIGNANI, CARRARA, PESSINA, ALIMENA y otros, e incluso en Alemania encontró seguidores como VON LISZT y MEZGER, el primero por cuanto definió la culpa como la *imprevisión del resultado previsible en el momento en que la voluntad se manifiesta*, en tanto el segundo manifestó requerirse que el agente esté en condiciones de prever la realización del resultado. Enrico ALTAVILLA, La culpa. *El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico*, pp. 30-31, Editorial Témis, Bogotá, 1987.

² Programa, .pp, 81-82.

Considerando insuficiente el puro criterio de la previsibilidad, BRUSA le añade el de *prevenibilidad*, estimando a la culpa como *la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible*.³

Dentro del mismo enfoque de la culpa, tomando como base la previsibilidad, Von LISZT conjuga nuevos elementos para elaborar una noción puramente *formal* de la misma al decir: "La culpa es, formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad", agregando, para dar cima a su pensamiento, que el resultado es *previsible* cuando el agente *hubiera podido y debido preverle*, esto es, la previsibilidad fundamenta formalmente la culpa cuando en el momento de la manifestación de voluntad el sujeto no previó lo previsible teniendo la obligación de prever ("El acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero *sí previsible*").

Para el autor alemán, el concepto de la culpa requiere:

1º *Falta de precaución* en la manifestación de la voluntad, consistiendo en el desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias, de lo cual deduce que la falta de atención en el cumplimiento de lo *debido* constituye *una falta de voluntad*.

2º *Falta de previsión* del agente, cuando le era posible prever el resultado. "En la apreciación de este problema debe tomarse como base las facultades mentales del agente, en general y *en el momento del acto* (agitación, embriaguez), y su mayor o menor perspicacia. La medida aquí es subjetiva, *especial*. Lo que está aquí en cuestión es la capacidad mental individual. Si ésta se afirma, la falta de previsión se presenta entonces como *una falta de inteligencia*".

3º *Falta de sentido*, pues el contenido *material* de la culpa consiste en la ausencia de reconocimiento del agente, siendo posible hacerla, *de la significación antisocial del acto, a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social*".⁴

b) *Teoría de la imprudencia o negligencia*. Sostenida principalmente por J. J. HAUS, hace radicar la culpa en la *negligencia* ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados. "Se pueden, por tanto, llamar no intencionales o cometidos por simple culpa. Se llaman también *involuntarios*

³ Cfr. cita en MAGGIORE: *Derecho Penal*, I, p. 601, Bogotá, 1954.

⁴ *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 431-432, 3ª edición, Madrid. Trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA.

porque aun cuando el delincuente había querido la causa, no ha querido el evento que debía prever o prevenir".⁵

Por su parte SABATINI hace consistir la culpa en la comisión por imprudencia o negligencia de un hecho, coincidente en sus elementos objetivos y subjetivos, con la infracción de determinados preceptos de Derecho Penal.⁶

En nuestro medio, Ignacio VILLALOBOS expresa que en términos generales, se dice que una persona tiene culpa *cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo,*⁷ pero al describir los elementos de la culpa destaca que la realización de aquello que hace al acto típicamente antijurídico, se debe a *negligencia o imprudencia*, puesto que los demás términos empleados en la definición (falta" de atención, reflexión, de precauciones, etc.) no tienen un contenido autónomo por constituir formas mediante las cuales se manifiesta la negligencia o la imprudencia.⁸

c) *Teoría de la causalidad eficiente*. Tratando de encontrar la noción de la culpa, fuera de la previsibilidad, STTOPATO elabora la teoría de la *causalidad voluntaria eficiente*, la cual encuentra apoyo, según la opinión de MAGGIORE, en dos criterios de naturaleza diversa. El primero consistente en la *causalidad eficiente*, por cuanto se pone voluntariamente la actividad como *causa*, al escoger el hombre en forma libre los medios de acción, de manera que responderá del resultado por haber sido su *causa voluntaria eficiente*, *sin* importar el no haber podido preverlo o que tal resultado fuera previsible con más o menos facilidad. El hecho de haber causado el evento voluntariamente, por haber escogido libremente la actividad que ha sido su causa, hace al hombre responsable y lo somete a la represión social. El segundo criterio, cuya conjugación con el anterior hace posible la incriminación por culpa, consiste en haber obrado con medios *no conformes al derecho*. Las ideas anteriores son resumidas por STTOPATO en la siguiente forma: "El resultado dañoso y contrario al Derecho es punible, cuando es el producto inmediato o mediato de un acto voluntario del hombre, acto que, aunque no estuviera dirigido a un fin antijurídico, se ha realizado con medios que no se demuestran conformes con la idea del Derecho".⁹

Las deficiencias de esta teoría saltan a la vista. Siendo una teoría de la *causalidad*, tiende a resolver la

⁵ *Principii Generali di Diritto Penale*, I, p. 291, Napoli, 1877. Trad. it. Enrico FEO.

⁶

⁷ *Derecho Penal Mexicano*, p. 298, Editorial Porrúa, S. A, México, 1960.

⁸ *Ob. cit.*, p. 299.

⁹ *L'Evento punibile*, p. 211; Padova, 1898. Cfr. MAGGIORE: *Derecho Penal*, I, p. 603.

responsabilidad culposa desde un punto de vista *material*. Si se atendiera únicamente a la constatación del nexo de causa a efecto entre la conducta humana y el evento punible, haríase innecesario comprobar la culpabilidad (subjetividad) del sujeto, cayéndose en el absurdo de una responsabilidad puramente objetiva (sin culpa).

"La fórmula 'uso de medios antijurídicos' da origen a insuperables dificultades -expresa MAGGIORE-. ¿Qué hay que entender por esta expresión? El empleo de 'medios homogéneos y normales', de que habla STTOPATO, define *abscurum per obscurius* (lo oscuro por medio de lo más oscuro), y si por medio antijurídico se quiere entender "un medio contrario al derecho objetivo", está claro que sólo los medios prohibidos expresamente por la ley quedan comprendidos en esta categoría. Fuera de esta prohibición sí vale el principio *qui suo iure utitur neminem laedit* (el que usa de su propio derecho no agravia a nadie). La culpa, pues, existiría solamente en la inobservancia de un deber legal; y la teoría de STOPPATO no puede tener valor sino para los casos de culpa por inobservancia de leyes, de reglamentos, de órdenes e instrucciones, dejando fuera todo el otro vastísimo campo de las transgresiones culposas".¹⁰

d) *Teoría del error evitable*. KOSTLIN, para quien *negligencia* equivale a culpa, considera existente ésta en aquello en lo cual el agente *no ha evitado el error, que, por dicha razón, es puesto como principio del evento dañoso. En el no evitar estará la esencia de la falta y en el contenido negativo de la voluntad la diferencia del dolo*.¹¹

MANZINI, sólo en cierto aspecto, puede estimarse comprendido en esta corriente, al expresar que la culpa radica en "una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, causante de un evento dañoso o peligroso, previsto como delito en la ley, producido *involuntariamente* o bien por efecto de "la *errónea opinión* inexcusable de realizarlo en circunstancias excluyentes de responsabilidad penal".¹²

LUZÓN DOMINGO entiende que el achaque fundamental de esta teoría "reside en que si culpabilidad es una situación táctica que requiere, ante todo, conciencia y voluntad, difícilmente se podrá basar uno de sus grados sobre el *error*, esto es, sobre la *falta de conciencia* que, desde luego, en la culpa existe como en el grado superior de la culpabilidad, si bien esta conciencia se refiere tan sólo a una parte de los elementos reales concretamente al elemento sobre el que ha de operar la voluntad motora. . . ".¹³

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 604.

¹¹ LUZÓN DOMINGO, *ob cit.*, p. 187.

¹² Tratado di Diritto Penale Italiano, I, p. 515, Torino, 1920.

¹³ *Ob cit.*, p. 188.

e) *Teoría de la Culpa como un defecto de la inteligencia*. ALMENDINGEN, a quien se coloca entre el grupo de los "clásicos", se niega a reconocer en la culpa un vicio o defecto de la voluntad. Aceptando la teoría de la previsibilidad, considera la imputación como una declaración que pone a cargo del autor, en razón de su voluntad y conciencia, la modificación producida en el mundo externo, dando a los actos culposos el carácter de *vicios de la inteligencia* "por falta de reflexión", de manera que si en tales actos el poder de "elección" es inexistente en el sujeto, la culpa encuentra el fundamento de su punición en la necesidad de amonestar con la pena al delincuente "para que evite, en el porvenir, otras acciones culposas, y para que aprenda a conocer después de realizado el hecho, que omitir una reflexión, capaz de impedir una injusticia, produce consecuencias perjudiciales para él".¹⁴

TOSTI y CÍVOLI se adhieren a esta teoría, el primero declarando expresamente que en la culpa hay "constatación de *un defecto de las facultades intelectivas del agente*",¹⁵ en tanto el segundo entiende genéricamente por culpa "un estado de ánimo de la voluntad de dañar e incluido en la de hacer actos prohibidos por la prudencia, omitir otros impuestos por la diligencia, asumir empresas superiores a las propias fuerzas, desenvolver la propia actividad siguiendo el propio capricho y no según las normas establecidas por la ley, en los reglamentos o en las costumbres".¹⁶ En síntesis, TOSTI, según lo expresa JIMÉNEZ DE ASÚA, vuelve los ojos a la teoría del defecto de la inteligencia, dando al dolo carácter de defecto del sentimiento, en tanto otorga a aquélla la sintomatía del estado defectuoso de las facultades intelectuales del sujeto".¹⁷

El examen de las teorías anteriores no agota, en manera alguna, los diversos criterios y tendencias de doctrina para encontrar la noción de la culpa. Se pueden señalar aún los *criterios normativos*, entre los que figuran los elaborados por IMPALLOMENE, MERKEL y MOLINIER, haciendo consistir la culpa en la inobservancia de reglamentos, ausencia de atención, infracción de deberes de cuidado, etc.; el que ve en la culpa *la voluntaria causación de un peligro*, sostenida por FILIANGIERI, así como el criterio que identifica el dolo y la culpa, seguido entre otros por THON, STUBEL y JANNITTI-PIROMALLO.

3. NUESTRA TESIS

En la formulación del concepto de culpa entran diversos ingredientes de naturaleza bien diversa. No podemos en manera alguna prescindir de la *previsibilidad* como tampoco del *deber de cuidado* exigido por la ley al punir determinadas consecuencias de la conducta humana. La *voluntad* tiene importancia referida

¹⁴ Véase a JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Ley y el Delito*, p. 401, 2ª edición, 1954.

¹⁵ *La Colpa penale*, p. 95, Torino, 1908.

¹⁶ *Trattato di Diritto Penale*, I, pp. 375-376, Milano, 1912.

¹⁷ *Ob. cit.*, p. 401.

concretamente a la acción o inacción del sujeto, pero no debe conectarse con el evento dañoso. El carácter *evitable* del acontecimiento luctuoso juega igualmente importante papel en la culpa como lo destacó BINDING.

En todo acontecimiento culposo se incumple un deber, más no el deber de observancia de la norma prohibitiva que sanciona el resultado típico y antijurídico, sino de otro diverso formulado implícitamente en la obligación de abstenerse. El sujeto *debe* limitar sus actos a las actividades o inactividades que no rebasen la línea abstracta que conduce a la *creación de un peligro*, pues con ello está infringiendo un especial *deber de cuidado* o una prohibición expresa impuesta por la ley, la costumbre o la razón. El incumplimiento de ese deber o de esas obligaciones es voluntario por originarse con la acción o la omisión que causalmente producirá el efecto dañoso, mas dicha voluntad no es voluntad de causación del resultado. La función de la previsibilidad del evento no tiene la importancia que antaño se le reconoció, pues por sí misma carece de relevancia, lo que aparece claramente comprobado por la existencia de la culpa consciente, en la cual el agente prevé el efecto dañoso aunque no lo quiera ni lo acepte. Tiene por ello razón ANTOLISEI cuando, al dar a la previsibilidad el carácter de un juicio, niega que éste constituya la esencia de la culpa.¹⁸

Podemos, en consecuencia, relacionando los elementos dispersos anunciados, definir la culpa como aquel *resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitables si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres.*

4. LOS ELEMENTOS DE LA CULPA

Despréndense de la definición anterior, como elementos de la culpa:

a) Una *conducta voluntaria* (acción u omisión), reconocida unánimemente, pues sólo del hecho producido por la acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.

b) Un *resultado típico y antijurídico*. Al referirnos a la culpabilidad dejamos establecido que el juicio en que se hace consistir el elemento subjetivo del delito, presupone necesariamente un *hecho típico y antijurídico*, lo cual significa que el acontecimiento sobrevenido, en nexo causal con la acción u omisión, se adecua perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y que el mismo resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de

¹⁸ *Manuale di Diritto Penale*, p. 190, Milano, 1947.

valoración.

c) *Nexo causal entre la conducta y el resultado*. No puede prescindirse de este elemento en la formulación del concepto de la culpa. Para poder *atribuir* el resultado al agente se precisa la relación causal de la conducta con aquél, problema tratado con la debida amplitud al examinar el primer elemento del delito.

d) *Naturaleza previsible y evitable del evento*. Sólo tomando en cuenta la previsibilidad y evitabilidad del resultado puede fundamentarse la violación de los deberes de cuidado impuestos por la ley y la sana razón, pues a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible e inevitable.

e) *Ausencia de voluntad del resultado*. Sin discusión alguna, el delito culposo excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no existe intención delictiva, ya por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sobrevendría...

f) *Violación de los deberes de cuidado*. La obligación del sujeto de cumplir con el deber de cuidado genera, al realizar la conducta contraria que implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con ello se produce el resultado. Aun aceptando que la previsibilidad constituya la base misma de la culpa, la falta de previsión carecería de importancia si no fuera por la existencia del deber; la imprevisión o la previsión concurrentes con el acto inicial voluntario, que causalmente produce el resultado, son culposas precisamente a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado, pues éste tendía específicamente a evitar el daño concretamente producido. La conciencia de ese deber aparece con claridad en la culpa con representación, mas hácese difícil ubicada en la culpa sin representación. En ésta, lo aclara MEZGER, sólo puede consistir en el *conocimiento* de una relación entre el deber infringido y el resultado, de manera que el agente "no sólo debe haber conocido el deber *como* tal, sino que debe haber sido consciente también del carácter del deber que le incumbía; debe haber sido consciente de que dicho deber tenía el sentido de evitar *resultados de esta especie*".¹⁹

5. CLASES DE CULPA

La culpa se clasifica en *consciente*, llamada también con representación o previsión e *inconsciente*, denominada igualmente sin representación o sin previsión.

Existe *culpa* consciente cuando el sujeto *ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias*

¹⁹ *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 191-195, Madrid, 1957. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ.

dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan. La culpa es consciente, dice CUELLO CALÓN, "cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán".²⁰

Para MEZGER hay *culpa consciente* cuando el sujeto autor ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá,²¹ en tanto MAGGIORE la define como el actuar *previniendo un efecto, sin voluntad de que el mismo se verifique*. En fin, SOLER la identifica como aquella *en que el evento es previsto como posible, pero no querido y, además, el sujeto espera, infundadamente, que no ocurrirá*.²²

Por lo contrario, se está en presencia de la *culpa inconsciente* (sin representación) cuando el sujeto no *previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable*.

Explica J. J. HAUS que en la culpa sin previsión el agente *no ha previsto necesariamente* el mal resultado de su acción (o de su inacción) pero que habría podido preverse, "Esta culpa es susceptible de dos modificaciones: 1º El agente no ha conocido la naturaleza de su acción; no ha sabido que podría producir el resultado de que ha sido causa, existiendo en el caso una ignorancia o error sobre un hecho especial o sobre sus circunstancias esenciales; pero el autor está en culpa por haber dejado de adquirir el conocimiento; 2º El agente ha conocido la naturaleza de su acción, sabía qué consecuencias deplorables podían resultar, pero no ha pensado en la desgracia que ha sobrevenido. Habría, pues, podido preverla, si hubiera reflexionado, si hubiera hecho de sus facultades intelectuales el uso que el deber le prescribía. La causa interna del delito es una *desatención, una irreflexión culpable*,"²³

En opinión de LUZÓN DOMINGO, con la cual estamos acordes, la distinción de la culpa con o sin representación carece de interés por sí misma y únicamente sirve como índice auxiliar para calificar la gravedad de la culpa, "Por ello, como regla general -dice el citado autor- podemos indicar que la *representación probable* del evento implicará una mayor gravedad en la culpa, en cuanto el sujeto ha querido una conducta que sabía muy peligrosa, pero la *representación meramente posible*, poco probable, del evento, supondrá una menor gravedad de la culpa, porque el agente ha querido una conducta que conocía como muy poco peligrosa. En consecuencia, no podemos por menos rechazar la estimación de la representación como una agravante de la culpa, pues a

²⁰ *Derecho Penal*, I, p, 397, 9ª edición

²¹ *Tratado*, II, p. 186.

²² *Derecho Penal Argentino*, II, p. 148, Buenos Aires, 1951.

²³ *Ob, cit.*, p. 311.

simple vista resulta menos culpable el sujeto que se representa el peligro remoto de un evento, que el que, aun sin parar mientes en dicho momento de la posibilidad de un evento concreto, realiza una conducta peligrosísima, rayan a en lo absurdo, que por conocimientos de experiencia anterior sabrá ser altamente peligrosa".²⁴

Desde el Derecho romano ha venido distinguiéndose la culpa en *lata*, *leve* y *levísima*. Se considera *lata* cuando la generalidad está en condiciones de prever el resultado; *leve*, cuando sólo los hombres diligentes pueden preverlo y *levísima* en razón de la extraordinaria diligencia, muy poco común en el hombre, requerida para prever la posibilidad de los daños causados.

El Código penal del Distrito Federal en su artículo 60, deja al prudente arbitrio del Juez la *calificación* de la gravedad de la culpa, quien deberá tomar en consideración las circunstancias *generales* señaladas en el artículo 52, y las *especiales* siguientes: I. La *mayor* o *menor* facilidad de *prever* y *evitar* el daño que resultó; II. El *deber del cuidado* del inculpado que le es *exigible* por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan; III. Si el inculpado ha delinquido *anteriormente* en circunstancias semejantes; IV. Si *tuvo tiempo* para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y V. El *estado* del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos. Puede entonces decirse, con razón, lo necesario aún de considerar o tener presente la tradicional clasificación de la culpa que atiende a su intensidad, ello por cuanto a la *culpa inconsciente*, es decir, en los casos en que el sujeto actuó *sin previsión* del resultado.

6. DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE

Aunque hay autores, como SÁNCHEZ TIJERINA, que al negar la culpa con previsión, niegan igualmente la aludida distinción, a virtud del criterio de que la previsión configura el dolo, el mayor número de los tratadistas consideran importante dicha diferencia.

Entre los españoles, CUELLO CALÓN destaca que en el dolo eventual hay *aceptación* del resultado antijurídico, en tanto en la culpa consciente se obra con la esperanza, o mejor aún, se confía en que el resultado *no habrá de producirse*.²⁵ Quintano RIPOLLÉS hace consistir la diferencia en la *licitud inicial* operante en el dolo y la *licitud* de la actividad inicial en la culpa, "pues las discriminaciones a base de la calidad o entidad del factor psicológico de la voluntad no suelen ser más que ingeniosos juegos de palabras".

²⁴ Ob. cit., p. 302.

²⁵ Ob. cit., I, p. 367.

Entre los mexicanos, Julio KLEIN explica que si bien en la culpa consciente y en el dolo eventual existe representación previa del resultado, "se diferencian en que, en la primera, la voluntad es por completo ajena a la producción del resultado, el agente obra confiado en que éste no aparecerá; en el dolo eventual, el agente quiere obtener el fin que se propuso, a pesar de que se produzca el resultado".²⁶ Por su parte, CASTELLANOS TENA considera que tanto en la culpa consciente como en el dolo eventual, existe voluntad de la conducta causal y representación del resultado, "pero mientras en el dolo eventual se asume *indiferencia* ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión *no se quiere*, antes bien, se *abriga la esperanza de que no se producirá*".²⁷

Establecido el punto común, consistente en la representación del evento, la diferencia es sencilla de precisar tomando en cuenta la proyección de la voluntad. En el dolo eventual hay *aceptación* del resultado previsto como posible o probable, o sea *voluntad*, aunque no querer directo, en tanto en la culpa consciente no hay voluntad respecto al resultado que *no se quiere ni se acepta* a pesar de haber sido representado.

7. LA CULPA EN LA LEGISLACIÓN

El artículo 9º, del Código penal, en su párrafo segundo expresa: "*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*".

Lo primero que salta a la vista es que el texto actual eludió el inadecuado sistema adoptado en la fórmula inicial del artículo 8º, de referirse a las especies de culpa, pues dicho dispositivo señaló: "*Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional*", mérito que igualmente correspondió al legislador de 1983, quien al reformar esa arcaica y "supuesta" definición que consistía en otorgar carácter de género a una de las especies de la culpa, como lo es la

²⁶ *Teoría de la culpa*, p. 74, México, 1941.

²⁷ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, p. 249, 10ª edición, Porrúa, 1976, En igual sentido ALFONSO REYES E., para quien esta modalidad de la culpa linda con las fronteras del dolo, particularmente con el *eventual*. "En ambos existe representación y por ende previsión del evento dañoso, pero en la culpa el agente no sólo *no quiere* su verificación sino que confía en que no se producirá; a tiempo que en el dolo eventual, sin querer expresa y directamente dicho resultado antijurídico *no se hace nada por evitarlo* sino que asume el riesgo probable de que ocurra; estamos, pues, ante una aceptación anticipada del hecho lesivo que genera, por lo mismo, una imputación dolosa. Si el agente, sostiene BETTIOL, actúa en una situación de indiferencia respecto a la producción del evento, asumiendo su riesgo o esperando que se realice, el dolo eventual debe admitirse, mientras que si actúa esperando que el evento no se realice, el dolo debe entenderse excluido, para dar paso a la culpa consciente,"*La Culpabilidad*, p. 111. Universidad Externado de Colombia. 1977.

imprudencia, para describir otras de la misma índole, logró dar fisonomía a dicha forma de culpabilidad, al establecer que “*Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen*”. Al comentar esta reforma ,dijimos, que bien examinado el problema, en todas las formas de culpa está presente la *infracción al deber de cuidado que al agente le incumbe*; que en todo acontecimiento culposo se incumple un deber, el de limitar los actos a las actividades que no rebasen la línea abstracta que conduce a la *creación de un peligro*, pues de hacerlo se está infringiendo un *deber de cuidado* o una *prohibición expresa* impuesta por la ley, incumplimiento que si bien es voluntario, originado en una acción u omisión que causalmente producirá el efecto dañoso, no es voluntad de causación del mismo, agregando en dicho comentario que la *previsibilidad* del evento carece de la importancia que antaño se le reconocía, ya que *por sí misma* carece de relevancia, lo que aparece claramente comprobado por la existencia de la *culpa consciente*, en la cual el agente *prevé* el evento aunque *no lo quiere ni lo acepta*. “*La violación del deber de actuar en determinada forma -expresamos textualmente--, capaz de evitar el daño causado, ha sido sostenida como fundamento de la culpa hace muchos ayeres, pues ya FEUERBACH habló de un deber autónomo de diligencia y MERKEL adujo que la ejecución culposa de un delito es realización resultante de inadvertencia o indiferencia en el cumplimiento de las obligaciones, en tanto BINDING aludió, en la culpa, a los deberes de conocimiento cuyo incumplimiento es atribuible a la culpabilidad del agente. Con más precisión, VON HIPPEL sostuvo que la culpa es reproche por una conducta contraria al deber jurídico y la definió diciendo procede culposamente, quien no presta atención al cuidado que se debe y del que es capaz, según las circunstancias y según sus condiciones personales, y por eso no prevé que puede realizar el tipo de la acción punible, o teniéndola como posible confía, a pesar de ello, que aquél no se producirá*”.²⁸

Volviendo al texto vigente, advertimos que si bien se alude a la *falta de previsión* del resultado típico *previsible*, o a su *previsión, confiando el agente en que no se produciría*, se vinculan dichos elementos con lo que caracteriza a la culpa, según lo hemos hecho notar, o sea la *violación a un deber de cuidado* que el autor debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales, tratándose con ello de perfeccionar la fórmula utilizada en múltiples códigos y proyectos que, o bien acudían al criterio de la *previsibilidad*, con referencia a la *culpa consciente* (falta de previsión de lo previsible) y a la *inconsciente* (*previsión del resultado dañoso sin voluntad de causación*) , o al de la violación al deber de cuidado que las circunstancias y condiciones del autor le imponían.

A la conclusión afirmativa de la culpabilidad culposa, habrán de coadyuvar los siguientes elementos de

²⁸ F. PAVÓN VASCONCELOS. *Las Reformas Penales* (Análisis crítico de la Parte General), pp. 39-40, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

juicio: a) *la determinación de si, el hombre medio, hubiera estado en condición de dirigir su actuar de tal manera que hubiese podido evitar el proceso causal que originó el evento dañoso y prohibido (hecho típico), y b) si el sujeto no realizó su conducta de acuerdo a la medida de dirección ideal, de lo cual era capaz, para impedir la realización de los efectos nocivos, es decir con la prudencia necesaria, o bien si actuó con falta de atención o de cuidado, esto es, con falta de previsión de aquello que era por su naturaleza previsible para el hombre medio y que por ello tenía obligación de prever (culpa inconsciente o sin previsión) o si habiendo previsto el hecho típico confió sin motivo, en que no se produciría (culpa consciente o con previsión).*

Se señalan como *formas* o especies de culpa, principalmente, a la *imprudencia*, a la *negligencia* y a la *impericia*. Digamos por tanto, brevemente, en qué consiste cada una de ellas:

a) La *imprudencia*, dice Ricardo C. NÚÑEZ, se caracteriza por la *temeridad* del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido, teniendo por tanto carácter de culpa consciente.²⁹ SOLER ve en ella el *afrontamiento de un riesgo*, el cual es conocido solamente como tal, a diferencia del dolo en que el riesgo es previsto en su posibilidad afirmativa.³⁰

b) La *negligencia* no es sino falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconsciente. "Esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible."³¹

c) La *impericia* es la falta de pericia en la práctica de un arte, profesión u oficio, esto es, la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

La falta de reflexión o de cuidado no tienen, apunta VILLALOBOS, contenido autónomo; se trata de formas en las cuales se manifiesta la imprudencia o la negligencia, resultando por ello redundante su uso que tiende "en forma semicasuista, a sugerir la idea de la culpa pero según se van precisando los elementos esenciales de lo definido y se vayan seleccionando las palabras que mejor los expresen, deben desterrarse de la definición como medios indirectos que no favorecen la concisión ni la precisión deseables".³²

²⁹ *La Culpabilidad en el Código Penal*, pp. 128 y ss., Buenos Aires, 1946.

³⁰ *Ob. cit.*, II, p. 148. Para VILLALOBOS la imprudencia (falta de prudencia) es ausencia de discernimiento y distinción entre lo bueno y lo malo, falta de cuidado y de precauciones como consecuencia de un actuar precipitado y con audacia que puede llegar a la temeridad.

³¹ Ricardo C. NÚÑEZ, *ob. cit.*, pp. 129-130

³² *Ob. cit.*, p. 299. El *casuismo* a que se refiere el autor mexicano, apunta directamente al texto original del artículo 8° del Código penal de 1931, afortunadamente superado en las reformas hechas en los años de 1983 y 1993, a las que con amplitud nos hemos referido antes.

8. COMPENSACIÓN Y CONCURRENCIA DE CULPAS

Al resumir el pensamiento jurídico sobre la llamada *compensación de culpas*, Sebastián SOLER considera impropia esta expresión usada en el Derecho privado, particularmente en el Derecho Civil y con la cual se alude a la división de la obligación de reparar, constituyendo una disminución de la parte debida en razón de que la víctima concurrió también, con su culpa, a la producción de su propio daño. El autor argentino censura el uso de dicha expresión al considerar que no se trata de una compensación, sino del hecho de que, habiendo la víctima contribuido a su propio daño, el culpable ha causado un daño menor a la totalidad del sufrido y ello lo releva de la condena a la indemnización total. Este instituto carece de sentido en el Derecho penal, pues la culpa de la víctima o de un tercero, no excusa la culpa del autor, dado que la "culpa ajena no tiene el efecto de borrar la propia"³³ ni tampoco produce la compensación de ella.

La inoperancia de la compensación de culpas no equivale a negar la *conurrencia de culpas* en la producción de un resultado delictuoso. En efecto, la culpa de un tercero no tiene la virtud de excluir la del autor, pero puede en tal caso establecerse la existencia de una *suma de culpas*, pues la de cada uno de quienes intervinieron en el hecho constituye *condición causal* en la producción del resultado, pero al mismo tiempo, siguiendo el criterio de la "equivalencia de las condiciones" (*conditio sine qua non*), cada una de las acciones culposas es causa de la producción del evento. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido

³³ *Ob. cit.*, p. 159. "Se pregunta la doctrina -dice Alfonso REYES ECHENDIA- qué sucede cuando a la culpa con que obra el autor concurre la del sujeto pasivo; tal sería el caso del automovilista que por ir a exceso de velocidad y sin luces prendidas por la carretera envuelta en espesa niebla, choca contra otro que venía en dirección contraria en idénticas condiciones, con resultado de lesiones para ambos. Es indudable que los dos omitieron el deber de cuidado a que estaban obligados (conducir a velocidad reducida y con las luces exteriores encendidas) dadas las condiciones atmosféricas imperantes en el lugar de los hechos. ¿Cuál entonces la situación de uno y de otro?" Después de pasar revista a las opiniones de destacados juristas, REYES ECHENDIA expresa la propia en los siguientes términos: "Creemos que la culpa, como especie del fenómeno culpabilidad, pertenece al hombre puesto que proviene de su mundo interior y no puede, por lo mismo, ser borrada o compensada por la culpa de otro; la omisión del cuidado y diligencia en una determinada conducta mía que me hace ser imprudente, negligente o imperito y que da lugar a un hecho antijurídico no desaparece ni puede ser contrarrestada por comportamiento semejante de quien resultó lesionado con mi acción. Lo que ha de examinarse en tales casos es si mi descuido en la situación concreta habría producido de todos modos el evento ilícito aunque el sujeto pasivo hubiese actuado sin culpa alguna; si la respuesta es afirmativa, mi acción es culpable; si es negativa no lo será porque la magnitud del descuido proveniente de la víctima fue tal que el resultado antijurídico se habría producido aunque mi comportamiento hubiera sido social y jurídicamente intachable. Si Pedro está dispuesto a suicidarse tirándose al paso del primer vehículo que pase por el sitio donde se encuentra, los efectos letales de su acción no variarán por el hecho de que el automóvil escogido por el futuro suicida, venga con exceso de velocidad, no disponga de buenos frenos, esté manejado por un adolescente sin pase o, al contrario, corra a velocidad moderada, presente sus mecanismos de control y seguridad en buen estado y esté conducido por un experto y cuidadoso chofer. No es que desconozcamos que la acción culposa del autor pueda verse facilitada en sus resultados nocivos por la conducta igualmente descuidada del sujeto pasivo; lo que sostenemos es que en tales casos no se compensan las dos culpas, sino que permanece incólume la de aquél; ahora bien, si el comportamiento descuidado de ambos ocasionó lesiones recíprocas cada uno responderá de su propia acción culposa... Decidido que no existe en manera alguna el fenómeno de la compensación de culpas, reconocemos que cuando a la culpa del autor contribuye la del sujeto pasivo, este hecho ha de ser tenido en consideración para los efectos de la punibilidad en el sentido de imponer a la responsable una sanción menor de la que merecería si no hubiera existido descuido alguno de la víctima..." *La Culpabilidad*, pp. 125 Y ss.

invariablemente lo inadmisibile de la compensación y, al mismo tiempo, que la concurrencia de culpas no excluye la del autor.³⁴

CAPITULO XIX LA INCULPABILIDAD

SUMARIO

1. Concepto.--2. Ignorancia y error.--3. El error de derecho.--4. El error de hecho.--5. El error accidental.--6. El delito putativo.--7. Las eximentes putativas.--8. La no exigibilidad de otra conducta.--9. Casos legales de no exigibilidad.

1. CONCEPTO

Con el nombre de *inculpabilidad* se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología, según expresión de JIMÉNEZ DE ASÚA. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su *aspecto negativo* funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Si consideramos que la *culpabilidad*, como lo hemos dejado expresado con anterioridad, en amplio sentido consiste en un *juicio valorativo* que realiza el juzgador respecto del hecho típico y antijurídico ejecutado por el agente, en directa *relación* con la *exigencia normativa impuesta* en el caso particular, para así determinar la *reprochabilidad* de su proceder, por cuanto podía y debía actuar de manera diferente, fácil es establecer que la *inculpabilidad* radica en la ausencia de los elementos necesarios para considerar que, dadas las circunstancias en que el referido hecho se realizó, sea posible fundar la exigibilidad del mandato de la norma infringida y por ello no existe base para considerar *reprochable* el hecho enjuiciado. Como con acierto lo expresa MALO CAMACHO, la *exigibilidad* de la conducta constituye un principio regulador general de la teoría del delito; "si la culpabilidad -- expresa el autor-- tiene como fundamento una base puramente normativa individual (...) el reproche de la culpabilidad sobreviene por su mala conciencia individual; sin embargo, si se reconoce, como se ha apuntado, que el problema de la culpabilidad no es determinar la maldad o bondad intrínseca de la persona, sino que su

³⁴ Consúltense las correspondientes tesis a las ejecutorias dictadas en los juicios de Amparo Directo números 5534/960 y 5185/58, publicadas, la primera en número 168, Año XVI, p. 440 del *Boletín de Información Judicial* y, la segunda, en el Informe de la Suprema Corte de Justicia de 1959, del *Seminario Judicial de la Federación*.

verdadero problema entronca con el problema de la conciencia social lograda por el sujeto responsable (...) entonces la culpabilidad y reproche que implica, alude al problema del sujeto responsable que actúa dentro de su relación social y no a la maldad o bondad intrínseca, que denota su conducta."

Como por nuestra parte, considerando a la *imputabilidad* una parte esencial de la culpabilidad, a la que nos hemos referido anteriormente, precisando cuáles son las *causas* que excluyen la culpabilidad por no darse en el sujeto la *capacidad de culpabilidad*, esto es, las razones que impiden al sujeto *conocer la ilicitud* del hecho o *poderse determinar* en forma espontánea *conforme a dicha comprensión*, las cuales estudiamos con la amplitud debida, sólo nos resta considerar como las otras *causas de inculpabilidad*, de carácter genérico:

- a) El *error*, y
- b) La *no exigibilidad de otra conducta*.

2. IGNORANCIA Y ERROR

Tanto la *ignorancia* como el *error* son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el *desconocimiento* total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el *error* consiste en una *idea falsa* o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para los efectos del Derecho, sin embargo, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente. "Los dos conceptos se reúnen, pues, en uno sólo y los Códigos suelen hacer uso de la expresión 'error' si bien el derogado Código italiano prefirió decir 'ignorancia' en su artículo 44, acaso más en lo cierto ya que con este concepto general abarca también el del error".¹

3. EL ERROR DE DERECHO

El error, como género, comprende como especies al *error de hecho* y al *error de derecho*, distinción proveniente del Derecho romano y reconocida plenamente en nuestros días. No obstante, en Alemania ha encontrado gran acogida la corriente *unificadora* representada, entre otros, por BINDING y Von LISZT. Para el primero, el *error relevante* sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica, pues lo inexistente para el Derecho carece de toda importancia, de lo cual infiérese que el error relevante es necesariamente un error de

¹ JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, p. 420, 2ª edición, 1954.

Derecho, resultando dogmáticamente imposible sostener la división entre error de hecho y de Derecho.² Von LISZT declara sin importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto en la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. "La distinción entre *error de hecho* y *error de derecho* no encuentra fundamento en la ley".³

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, pues "*la ignorancia de las leyes a nadie beneficia*", principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del Derecho. Si como con toda claridad lo señala JIMÉNEZ DE ASÚA, en el caso concreto no concurre el elemento intelectual del dolo (conciencia de la descripción típica y del deber de respeto a la norma), por no existir el conocimiento de los hechos y de su significación, la conducta y su consecuencia no pueden ser dolosas, sin que sea serio alegar "que los casos de ignorancia de derecho son excepcionalísimos y que, cuando se dan, presenten enormes dificultades de prueba. Nosotros no estamos discurriendo --dice el conocido autor español-- sobre la probabilidad o rareza de esas situaciones, que cada día pueden ser más frecuentes por la complicación y el número de las leyes y por tomar éstas color político o local, hartamente lejano de universales normas de cultura; ni tampoco nos estamos ocupando de los medios de prueba y de su valor. A la luz del Derecho penal material, nos parece lo dicho hartamente correcto".⁴

Abandonada mayoritariamente la distinción italiana entre *error de hecho* y *error de derecho*, por la notoria dificultad de establecer una clara frontera entre ambos errores, ahora se prefiere hablar de *error de tipo* y *error de prohibición*. La antigua teoría sobre el *error de hecho* y su distinción con el *error de derecho*, en opinión de ENRIQUE CURY, se encuentra obsoleta, en razón de su impracticabilidad, pues en los casos particulares resulta imposible "trazar un límite entre los elementos de *hecho* y de *derecho* que integran el delito, especialmente después de la progresiva invasión de los tipos por *elementos normativos* (...) Por lo demás, las consecuencias que habrían de extraerse de esa distinción serían casi siempre erróneas, cuando no manifiestamente injustas".^{4 bis} Comentando el anterior texto del artículo 9º, en su fracción III, del Código Penal del Distrito Federal, en la sexta edición de esta obra afirmamos que el derecho positivo mexicano no reconoció el error de derecho, pues el precepto aludido establecía una presunción legal de intencionalidad aunque el acusado probara: "*que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla*", razonando a tal fin que la sola enunciación de la hipótesis mostraba

² Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, p. 424.

³ *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 418, 3ª edición. Trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA.

⁴ *Ob. cit.*, p. 428.

^{4 bis} Orientación para el estudio de la *Teoría del Delito*, p. 78. Ediciones Nueva Universidad. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1973.

que no se estaba frente a un *error de derecho*, pues el sujeto, al creer en la injusticia de la ley o en la moralidad de su violación, la *conocía*, pues únicamente a través de ese conocimiento podía realizar valoraciones sobre ella y el hecho ejecutado o pretender moralmente legitimar su violación, agregando en nuestra argumentación que el propio artículo, en su fracción IV, establecía igual presunción, aunque el acusado probara: "*que creía que era legítimo el fin que se propuso*". Expusimos, con relación a este precepto, que la creencia sobre la legitimidad del fin propuesto puede derivar del conocimiento de la ley, a pesar del cual la valoración hecha sobre ella no concuerda con su propio contenido, o bien por la ignorancia sobre la regulación del hecho realizado, es decir, *desconocimiento total de la regla de derecho*, siendo en ambos casos la culpabilidad dolosa a virtud de la presunción legal declarada en el precepto. La situación actual ha variado radicalmente, pues el artículo 15, fracción VIII del Código penal, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, declara *causa de exclusión del delito* la realización de la acción o de la omisión bajo un estado de *error invencible*, sea que éste recaiga "*Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal*" (inciso A) o "*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).

Como consecuencia ineludible de tener a la acción final y al dolo inmersos en el tipo, el tratamiento dado por los "finalistas" al error, varía sustancialmente de lo expuesto por la teoría tradicionalista. En efecto, si el *error* del agente recae en la *parte objetiva* del tipo doloso, dicho error excluirá el *tipo del hecho doloso*, dando origen a una indudable *atipicidad* por la eliminación del dolo, si dicho error resulta *inevitable*. "Si el autor yerra sobre la existencia de una característica objetiva del tipo -explica R. MAURACH-, resultará eliminada, por esta falta propia del ámbito subjetivo, la congruencia, requerida para el delito doloso. En la medida del error, resultará suprimido el dolo y, con él, el total tipo concreto del delito doloso", sea que tal error afecte las características del *delito básico*, caso en que se elimina siempre la penalidad de la comisión dolosa, o que el error, simplemente recaiga en las *circunstancias agravantes del tipo*, error que si bien elimina la *agravación* deja en cambio subsistente el tipo básico (*Tratado de Derecho Penal*, Vol. 1, pp. 336-337). Es claro que aquí se habla de *error de tipo* porque el error, al suprimir el dolo, que forma parte del tipo, suprime igualmente el tipo.

En cuanto al *error de prohibición*, de acuerdo con la postura del finalismo, excluye o suprime el elemento *culpabilidad* al no gravar la situación del autor del hecho, dado que el dolo nada dice sobre la actitud asumida por él *contra* la norma o sobre su *indiferencia* ante la misma. Son distintas las formas que puede asumir el error de prohibición; el error por *desconocimiento del mandato normativo*; el error originado en la creencia del autor de que *está legitimado su proceder*, y el error en que incide al creer que la norma *no le es exigible*, siendo los efectos de los mismos en las tres categorías, pues la concurrencia del error de prohibición, cuando es inevitable, conduce a

la absolución (R. MAURACH, *Ob. cit.*, Vol. II, pp. 147-148).

La nueva disposición del artículo 15, fracción VIII reformó en varios aspectos al texto anterior, y la inclusión del error como causa de *exclusión* del delito, provocó la derogación del artículo 50 bis, que en la reforma de 1983, vigente a partir del 13 de abril de 1984, había recogido limitadamente el *error de derecho*, a prescribir que "*Cuando 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*". Al comentar en su oportunidad este texto, ahora desaparecido, dijimos que limitaba el error de derecho (que en estricto rigor es un *error de prohibición*), pues no operaba en la ley como una *circunstancia excluyente de responsabilidad penal*, sino como un caso especial, en el que condicionado su funcionamiento al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto, la ley otorga facultad al juzgador para poder imponer una pena atenuada e inclusive tratamiento en libertad.

La nueva fracción VIII del artículo 15 comprende, como exclusión del delito, tanto el *error de tipo* como el *error de prohibición*, incluyendo en éste el conocido en la doctrina alemana, como error de prohibición *indirecto* o error de permisión. El error de prohibición *directo* o *error de derecho*, se enmarca en el inciso B de la mencionada fracción y se da cuando el agente realiza la acción o la omisión bajo un error *invencible*, "respecto de la ilicitud de la conducta, ya porque desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma", observándose desde luego el cambio tan notable adoptado por la ley penal al aceptar sin cortapisas y abiertamente dicha clase de error como causa de *exclusión* del delito, lo que con evidencia es una novedad en nuestro derecho punitivo. La esencia del error de derecho radica en que el sujeto, no obstante *conocer el hecho* que realiza, está ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya por desconocimiento de la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es imperfecto. No basta, sin embargo, que el sujeto se encuentre inmerso en el error de no conocer la ley o ignorar su verdadero alcance, para integrar la causal de exclusión del delito: se precisa que dicho error sea *invencible* o insuperable, esto es, que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable.

En el propio inciso B, al que nos venimos refiriendo, se acoge igualmente el llamado *error de permisión*, que algunos autores alemanes ubican como un *error de prohibición indirecto* y que consiste en que el sujeto, al realizar la acción u omisión, se encuentre en un error invencible, por creer que su conducta se encuentra

justificada. No resulta ocioso recordar que se estiman como casos de error de derecho o de prohibición los siguientes:

- a) *Error invencible, por estimarse que el hecho típico ejecutado no está prohibido;*
- b) *Error invencible, por estimarse que el hecho típico, siendo en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado a virtud de una circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia;*
- c) *Error invencible, al considerarse que el hecho típico, si bien está prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido en una auténtica causa de justificación que en la realidad no concurre.*

Si se medita sobre los casos anteriores, se verá que en todos ellos el error recae sobre la *licitud* de la conducta, ya por desconocimiento de la existencia de la ley, por ignorarse su alcance, o bien porque se considere que se procede amparado en una causa que la justifique. La ley mexicana comprende los casos anteriores y excluye en los mismos la culpabilidad del autor por encontrarse éste, al realizar su acción u omisión, en error invencible de derecho o de prohibición.

La moderna doctrina alemana distingue acertadamente entre el llamado *error de tipo permisivo* y el *error de permisión*, considerando que en ambos casos existe exclusión del dolo. En el *error de tipo permisivo*, señala WESSELS, el autor *conoce el tipo* pero ha creído que en el hecho ejecutado por él interviene una causa de justificación, error que se extiende "sobre los presupuestos de una causa de justificación reconocida" que si existieran justificarían el hecho, como ocurriría en la llamada *defensa putativa*, aunque reconoce lo difícil del deslinde entre ambos casos de error. El propio autor señala que el *error sobre el permiso* (error de permisión) se da cuando el autor desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico (*error indirecto de prohibición*), errores ambos que de ser evitables no excluyen la culpabilidad por la existencia del dolo (*Derecho Penal. Parte General*, pp. 135 y ss. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980). De igual opinión es Claus ROXIN al considerar que el *error de tipo permisivo* excluye el dolo y que debe distinguirse del *error de permisión* en el que la suposición de una causa de justificación es "absolutamente inexistente", reconociéndole a este error de permisión su carácter de un *error de prohibición*. "Existe un error de permisión -dice ROXIN- en primer lugar cuando alguien invoca una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no reconoce (...)". *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, pp. 589-590, Editorial Civitas, 1999. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal.

Con toda precisión, el último párrafo de la fracción VIII del artículo 15, declara que: "*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código*", precepto

éste que, con referencia al error, que hemos calificado como de derecho o de prohibición, lo sanciona con pena de *“hasta una tercera parte del delito que se trate”*.

4. EL ERROR DE HECHO

El error de hecho se subdivide en *error esencial* y *error accidental* (inesencial).

El error de *hecho esencial* produce *inculpabilidad* en el sujeto cuando es *invencible*, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter *esencial*, o sobre alguna *circunstancia* agravante de penalidad (calificativa del delito).

El *error esencial vencible* (aquel en el que el sujeto *pudo y debió* prever el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad.

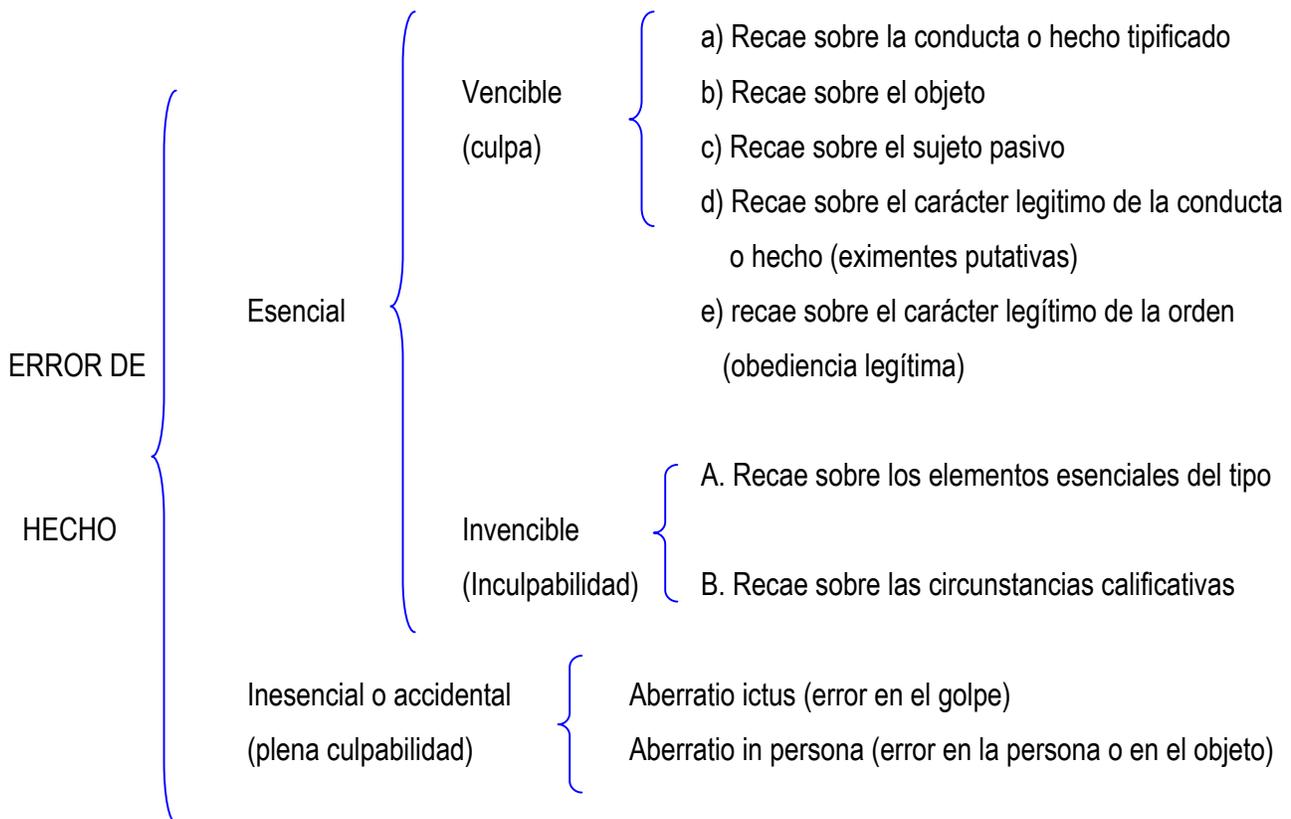
El *error inesencial o accidental* no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración" (*aberratio ictus* y *aberratio in persona*).

Las ideas anteriores se comprenden en el cuadro de la pág. siguiente.

Con referencia al *error de hecho* o *error de tipo*, como igualmente se le denomina, el actual texto del artículo 15, fracción VIII, del Código penal, expresa: *“El delito se excluye cuando: VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: A. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal (...)”*.

Si bien inicialmente la doctrina consideró que el conocimiento de la ilicitud debía consistir precisamente en la captación de que el hecho ejecutado era típico, lo cual introducía en él la concepción de la tipicidad, ese criterio fue prontamente abandonado. MEZGER se encargó de precisar, primeramente, que la culpabilidad jurídico penal no era culpabilidad en sentido ético sino jurídico, y que el acto de voluntad del autor debe entenderse como "injusto interno, anímicamente enraizado", para después afirmar, al referirse a la responsabilidad dolosa, que actúa de esa manera el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de esa acción y ha admitido en su representación el resultado, agregando que tal conocimiento se refiere a las circunstancias de hecho pertenecientes al tipo penal y como éste "valoriza" el hecho, dándole determinada "significación" que debe ser

captada por el dolo del autor, por lo que el conocimiento, como elemento intelectual del dolo, comprende tanto el conocimiento de los hechos como el conocimiento de su significación. "Su inversión -dice textualmente MEZGER- hace surgir el error del agente sobre los hechos y el error respecto a su significación; el contraste entre conocimiento de los hechos (error sobre los hechos) y conocimiento del derecho (error del derecho) concierne sólo a un especial caso del contraste que aquí concebimos de un modo más genérico". De ello se percibe que el agente no sólo debe conocer el hecho, sino fundamentalmente su significación injusta por contraria al ordenamiento jurídico. Aquí entra en juego la consideración de determinar si ese conocimiento debe actualizarse o ser meramente potencial, cuestión a la que no nos referiremos.



El error que recae sobre las circunstancias del hecho típico, cuando es insuperable, tiene la virtud de eliminar el dolo. A tal error se le conoce como error de hecho (error de tipo), pero si el mismo no es invencible el agente responderá del hecho típico a título de culpa, si la particular figura admitiese dicha forma de culpabilidad. Cuando el error no recae sobre circunstancias que pertenecen al hecho o tipo legal sino sobre la *licitud* de la realización de tal hecho, se habla de la existencia de un error de prohibición (error de permisión), que dentro de la clásica distinción entre error de hecho y error de derecho, caería en el ámbito del primero. En tal hipótesis el agente no ignora los elementos del hecho típico, pero incide en el error sobre la licitud de la conducta que realiza.

Cuando la ley, en el artículo y fracción mencionadas, precisa como causa de *exclusión del delito* el que se realice la acción o la omisión bajo un error invencible *sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal*, está consignando el *error de hecho* o *error de tipo*, como causa impeditiva de la integración del delito, y al agregar que cuando ese error invencible se dé a virtud de que el sujeto *crea que está justificada su conducta*, recoge igualmente, aunque en inciso diferente de la fracción VIII (B), el *error de prohibición indirecto* o error de permisión (eximentes putativas). La reforma integral del artículo 15, en sus diversas fracciones, ahora diez, hizo desaparecer por innecesarias las anteriores fracciones VI y VII, la primera referente al *miedo grave* o *temor fundado*, y la segunda a la *obediencia jerárquica legítima*, por tratarse de claros casos de *inimputabilidad* e *inculpabilidad* (por error invencible de tipo), ya consignados en las formas genéricas de exclusión del delito en las actuales fracciones VII y VIII del citado precepto.

Con toda firmeza ZAFFARONI declara que el *error de prohibición* recae sobre la *antijuridicidad* de la conducta y que consiguientemente puede ser tanto *error facti* como *error juris*, repudiando la tradicional clasificación del error. La antijuridicidad puede no comprenderse en una acción: a) Por no comprenderse en forma exigible la norma prohibitiva (*error de prohibición directo*); b) Porque se supone que hay un precepto permisivo, que no existe, y c) Porque se supone que hay circunstancias de hecho que de existir justificarían la conducta (*error de prohibición indirecto*). Cuando el error de prohibición, dice ZAFFARONI, cualquiera que sea su modalidad, es de carácter *invencible*, tiene como consecuencia la exclusión de la culpabilidad. "La diferencia esencial entre el error de tipo y el de prohibición radica -expresa el autor argentino- en que en el primero el sujeto no sabe "lo que hace", o sea que no realiza una conducta final típica, en tanto en el segundo sabe qué es lo que está haciendo pero no puede motivarse de acuerdo a la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión". Más adelante, el propio autor anota otra diferencia entre ambos errores, la cual hace consistir en que el *error de tipo* afecta sólo el *conocimiento* de algo, en tanto el error de prohibición afecta la *comprensión* de algo. "Son distintos los 'algo', pero tan distintos -agrega- como el 'que' y el 'cómo': es distinto el objeto y, como resultado de ello, el nexa psíquico que se afecta. La antijuridicidad es un desvalorar que no sólo se conoce, sino que también se comprende (...). Casi todos los autores de injustos penales se hallan en situación de error de prohibición: el problema penal no es determinar la presencia del error.-que prácticamente surge con la comisión del injusto- sino establecer su invencibilidad o vencibilidad jurídica, o sea, la posibilidad exigible de que el sujeto salga del mismo y, además en caso de vencibilidad, su grado o medida, que tendrá una influencia directa sobre el *quantum* de la pena a través de la indicación del grado de reprochabilidad que implica".⁵

⁵ *Teoría del Delito*, p. 602, EDIAR editora, Buenos Aires, 1973. STRATENWERT recuerda que para justificar la sanción no basta que se haya actuado típica y antijurídicamente, ya que el juicio de disvalor implicado en la pena sólo se pronuncia cuando además es posible formular un *reproche* al autor, por cuanto éste "ha tenido la posibilidad de determinarse de otra manera, es decir por el deber jurídico", y

5. EL ERROR ACCIDENTAL

Lo constituyen los casos de aberración, denominados *aberratio ictus* y *aberratio in persona*. En el primero hay una *desviación en el golpe* con causación de un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto. Si "A" dispara su arma contra "B", con *animus necandi*, pero su mala puntería hace que la bala lesione y mate a "C", a quien no se tiene intención de matar, responderá de homicidio doloso, siendo indiferente para la ley que la muerte querida haya recaído en persona distinta; la culpabilidad del agente es plena y el error inesencial *en nada* varía la subjetividad del hecho imputable, cuestión sobre la cual CARRARA había propugnado el criterio *unitario*, al expresar: "la voluntad del agente estaba dirigida a la muerte de un ciudadano y su brazo la ha producido" En el segundo (*aberratio in persona*), el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a errónea representación. En el mismo ejemplo, si "A", queriendo matar a "B", lo confunde con "C" y causa la muerte de éste, existirá un error en la persona, irrelevante para la ley, pues el autor responderá por homicidio doloso.

Algunos autores se ocupan de los casos de aberración (*aberratio*) como especies de *error sobre el objeto* de la acción. Se afirma que si el autor ignora, al ejecutar su acción, alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal, se excluye el dolo; por ello, el *error de tipo* constituye una causa que impide el conocimiento del sujeto sobre el carácter *ilícito* de la acción ejecutada, o dicho en otros términos el autor del hecho "*no sabe lo que hace*" desde el punto de vista del derecho punitivo.

En el *error sobre el objeto de la acción* no se excluye el dolo cuando se da *equivalencia típica* entre el objeto de la representación y el objeto atacado, solución diversa en el caso de que falte la aludida equivalencia típica. Así, WESSELS estima que la confusión de los objetos carece de importancia para la punibilidad de quien yerra cuando los objetos son típicamente equivalentes, porque se trata de un *error irrelevante sobre el motivo*; la insignificancia de dicho error depende de la circunstancia de que una acción dolosa "debe ser afirmada *si lo que ha sucedido objetivamente concuerda*, en sus rasgos esenciales, con lo que *debía suceder*, según la representación del autor, en el momento de la ejecución del hecho". En este apartado habría que considerar,

que la sentencia judicial sólo puede referirse a las condiciones previas de la libertad para determinarse, o sea la forma de capacidad de culpabilidad, conocimiento virtual de la prohibición y exigibilidad, que son los presupuestos de la culpabilidad. En estas condiciones, aunque el autor tenga plena capacidad para comprender la ilicitud del hecho, su falta de comprensión puede derivar de otras razones, y por ello "no es posible un reproche de culpabilidad referido a quien, en el momento del hecho, no supo ni pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas (...); el reconocimiento legal del principio según el cual el error de prohibición inevitable excluye la culpabilidad (y el evitable puede atenuarla), no despeja las dudas que presenta la cuestión. En particular, resultan problemáticas y discutidas las exigencias a las que está sometido el conocimiento de la prohibición, los presupuestos bajo los cuales el desconocimiento tiene efecto liberador con respecto al autor, así como, por último, la medida de este efecto liberador". *Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 176 a 178, EDERSA, Madrid, 1982, Trad. Gladys ROMERO, de la Segunda edición alemana (1976).

dentro del error sobre el objeto, *el error en la ejecución*, por nosotros denominado casos de *aberratio ictus*, *aberratio in persona*, en los cuales la lesión se produce en objeto diferente a aquel que constituye la materia de la agresión, hipótesis que en el ámbito de doctrina recibe el tratamiento ya señalado líneas antes, pero que algunos no aceptan en su integridad.

Como el dolo debe abarcar igualmente la previsión del curso causal, en su dirección fundamental, es claro que el error puede surgir respecto de ese curso causal, el cual, de ser esencial, impediría la integración del dolo, pero cuando la divergencia entre la relación causal representada y la que en la realidad se ha producido, no tiene tal carácter, la responsabilidad a título de dolo surge en plenitud. Así sucede, por ejemplo, si el propósito de causar la muerte a otro tiene realización a virtud de circunstancias que concurren en forma accidental en el curso causal.

El artículo 9º, fracciones I y V del Código Penal, antes de su reforma, establecía que la *presunción* de que un delito es intencional, no se destruirá aunque el acusado pruebe: "I. *Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño...* V. *Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito. . .*". Lo anterior nos hizo afirmar, en el pasado, que tanto el *error en el golpe*, como el *error en la persona* se encontraban regulados en el ordenamiento positivo, pero al desaparecer en el texto vigente las presunciones de intencionalidad aludidas, cabe considerar que, de igual manera, los casos de *aberratio* o errores accidentales, no rompen la estructura del dolo y por ello de la culpabilidad, siendo reprochable el hecho. La falta de previsión legal de dichos casos de aberración es irrelevante, pues la actual fórmula de los artículos 8º y 9º permite, dentro del concepto de delito doloso, establecer las mismas consecuencias.

6. DELITO PUTATIVO

No debe confundirse el *delito putativo* con el *error de derecho*, a pesar de tener semejanzas. PORTE PETIT observa que en uno y otro existe un error: "En un caso, creyéndose que la conducta o hecho realizados son delictuosos. En el otro, considerando que la conducta o el hecho no están descritos en la ley como delitos. Cuando se trata de un *error de derecho*, la norma penal tiene existencia, y por el error en que el sujeto se encuentra 'no existe en la mente del mismo'. En el delito putativo, por el contrario, la norma penal no tiene existencia, y por el error en que se encuentra el sujeto, 'existe en la mente' del mismo."^{5bis}

^{5bis} *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, p. 518, México, 1958. Al *delito putativo*, también denominado delito imaginario o ilusorio (WAHNDELIKT), Binding lo denominó *error al revés*. Se trata evidentemente de un error de prohibición al revés, porque en el mismo el sujeto se encuentra en error "sobre el injusto de la acción que realiza"; el sujeto cree, sin fundamento, que la acción realizada

7. LAS EXIMENTES PUTATIVAS

A ellas refiérese JIMÉNEZ DE ASÚA cuando, al tratar sobre los efectos del error en orden a sus condiciones y especies, las incluye dentro del esencial, en tanto éste recae "sobre la existencia de *causas que excluyen la pena*", supuesta erróneamente la concurrencia en el hecho de los elementos de una *justificante*, prefiriendo denominadas "eximentes putativas", en vez de "justificantes putativas" como lo hacen los autores alemanes, ya que ambos son términos antitéticos.⁶

Por tales se entiende, dice Fernando CASTELLANOS, *las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo.*⁷

El error también será *esencial* dice SOLER, cuando se crea estar en una *situación justificada*. "En tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero se determina porque *además*, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta. Esos son los casos de *defensa putativa* y, en general, de *justificación putativa*."⁸

Se señalan como eximentes putativas:

- a) Defensa putativa;
- b) Estado de necesidad putativo;
- c) Ejercicio de un derecho putativo, y
- d) Cumplimiento de un deber putativo.

Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada una de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta. En la

es delictiva cuando en realidad no lo es. En tal situación y no existiendo delito alguno, la acción ejecutada no es punible (v. ZAFFARONI, *Teoría del Delito*, p. 162).

⁶ *Ob. cit.*, pp. 429-434.

⁷ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, pp. 352-353, 2ª edición, 1963.

⁸ *Derecho Penal Argentino*, II, p. 89, Buenos Aires, 1951.

defensa putativa, el sujeto cree, fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión. En el *estado de necesidad* putativo, la creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos. En el *ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber putativos*, la conducta antijurídica se *supone* lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o cumple. Como en los anteriores casos, el funcionamiento de estas eximentes debe apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho.

No deben confundirse las *eximentes putativas* con el *error de derecho*, ya que si bien en ambas situaciones hay disconformidad entre la realidad y la representación, en el segundo el sujeto "cree que su conducta o hecho no son delictuosos por desconocimiento de la existencia de la norma penal o por inexacto conocimiento de la misma"; en cambio, en las eximentes putativas, el sujeto estima que su conducta o hecho son jurídicos no por desconocimiento o inexacto conocimiento de la norma penal sino porque el sujeto cree encontrarse ante una causa de justificación como consecuencia de un error de hecho esencial e invencible..."⁹

8. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Tomando como base el carácter eminentemente *individualizador* del "pensamiento jurídico penal", la concepción *normativa* de la culpabilidad, que hace *consistir* ésta en el "juicio de reprobación", identificado con la propia reprochabilidad del hecho al autor, tratando de escapar a los rígidos moldes del ordenamiento jurídico, incapaces en ocasiones de adaptarse a las extrañas formas de la vida concreta, ha buscado la solución en la

⁹ PORTE PETIT, *ob. cit.*, p. 119. Recordemos que la moderna teoría alemana distingue entre *error de tipo* y *error de prohibición* el primero, siendo invencible, recae sobre los *elementos constitutivos del tipo penal*, en tanto el segundo, según lo tenemos visto, se da cuando el sujeto, por error insuperable considera que el hecho típico ejecutado no está prohibido, ya por no conocer la ley o no conocer el alcance de ésta. El *error de prohibición* se estima "*indirecto*" en los casos de suposición errónea sobre la concurrencia, con la acción ejecutada, de una causa de justificación (error sobre el tipo del permiso o error de permisión) excluyéndose la culpabilidad aunque pudiera concurrir la culpa si ese error fuere vencible o evitable, según el examen particular del hecho. En consecuencia, si acogiéramos la teoría alemana, las *eximentes putativas*, estimadas tradicionalmente como *errores de hecho*, caerían dentro del llamado *error de prohibición indirecto*, pues el mismo recae sobre la *antijuricidad del hecho*, dado que teniendo plena conciencia de que su actuar y la consecuencia causal del mismo es *típica*, *el sujeto cree por error insuperable que le está permitido*. Al decir de MAURACH, "si el autor ha apreciado correctamente el hecho, pero ha derivado de él falsas consecuencias en orden a la autorización a actuar, esto es, si ha concurrido un error sobre 'especie y ámbito de una causa de justificación.' (o de una causa de responsabilidad excluida), se aplicarán los principios antes tratados: un error ('error de valoración') debe ser considerado error de prohibición, con los consiguientes efectos - inculpabilidad de ser inevitable, culpabilidad dolosa atenuada si es evitable-. La práctica ve la necesidad de una tal distinción en la consideración siguiente. En el error de hecho, el autor es 'en sí fiel al Derecho', quiere observar la ley; si no cumple sus exigencias es porque desconoce la realidad; también a él se le debe pues aplicar la 'idea básica' del parágrafo 59. Por el contrario, en el error de valoración, confunde lo justo 'por una representación viciosa en el ámbito del deber jurídico'. Conforme a la jurisprudencia, el autor está aquí en proximidad mucho mayor que en el error sobre cuestiones de hecho, de conocer la infracción del derecho. Un tal autor merecerá pues la pena correspondiente al obrar doloso, que únicamente podrá ser atenuada en virtud del parágrafo 51, párrafo 2". *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 141, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. Trad. Juan Córdoba Roda.

llamada "inexigibilidad", que apoyándose primeramente en la culpa, según la construcción normativa de FRANK, ha sido posteriormente extendida, por FREUDENTHAL, al ámbito del dolo.¹⁰

Siguiendo el mencionado criterio individualizador, en el ámbito de la culpa, MEZGER considera que el reproche "tiene su punto de arranque en un enjuiciamiento individual de la situación de hecho y del deber que de ella se deduce para el autor. El reproche a título de culpa sólo puede recaer sobre una infracción del deber individualmente fundamentado, personalmente dirigido. Por ello en lo que concierne a la esfera de la culpabilidad culposa, lo que suministra la comprensión correcta de esta causa de exclusión de la culpabilidad es, más que el problema del enjuiciamiento material de la culpabilidad, el de la *separación de la forma de la culpabilidad de la causa de exclusión de la misma*. Pero esta separación debe ser llevada a cabo en el Derecho positivo".¹¹

Las mismas razones de justicia y conveniencia que llevan a aceptar la "no exigibilidad de otra conducta" en la culpa, le parecen a MEZGER aplicables para extenderla al ámbito del dolo, aunque se cuida de advertir que "los puntos de vista obtenidos en el ámbito de la culpa no deben *en modo alguno* ser trasladados *sin más trámite*, al campo del dolo", estableciendo claramente "que la causa de exclusión de la culpabilidad de la no exigibilidad sólo queda reservada a una zona relativamente pequeña de libre apreciación valorativa, y que en lo restante en nada se modifica la índole *positiva de la valoración de los bienes jurídicos*", lo cual, según se encarga de aclararlo el mismo MEZGER, equivale a afirmar que "la adecuación individual de la valoración que debe ser garantizada por la causa especial (de exclusión de la culpabilidad) de la no exigibilidad, no tiene por misión alterar las valoraciones derivadas de la *ley positiva*, sino tan solo la de completarlas"¹²

Para concluir en la exposición de la "no exigibilidad", MEZGER estima a ésta como garantía de las *últimas posibilidades* de negar la culpabilidad del autor. El principio de la *valuación de las bienes* y de la no exigibilidad constituyen, como lo hace ver JIMÉNEZ DE ASÚA, el mayor mérito del autor alemán, al "abrir dos grandes respiraderos en el formalismo legal",¹³ sobre la ley mas no por *cima del derecho*. De este modo -dice el jurista español-, los dos grandes caracteres del delito -la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*- tienen en sus fases negativas: *causas de justificación* y *causas de inculpabilidad*, dos fórmulas en las que puede refugiarse toda conducta no *antijurídica* o *no culpable*, aunque la ley no lo hubiera previsto taxativamente, siempre que se halle reconocido así

¹⁰ Véase a Miguel GARCILÓPEZ: *Panorámica de la Culpabilidad en la Dogmática Penal Contemporánea*. Anuario de Der. Penal y C. C., V. I, p. 53.

¹¹ *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 218, Madrid, 1957. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ.

¹² *Tratado*, II, p. 222.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Ley y el delito*, p. 429 y ss.

por el derecho".¹⁴

Las críticas a la no exigibilidad han sido numerosas. PETROCELLI la estima inoperante por injustificada en el Código italiano, además de señalarle el inconveniente de su aplicación "caso por caso", lo que constituye la negación del derecho mismo. Para Miguel GARCILÓPEZ, la "inexigibilidad" es una peligrosa vaguedad en el aspecto político criminal, pues podría abrir "ancho portillo al arbitrio judicial", en tanto, en el técnico jurídico, le es igualmente reprochable su naturaleza ambigua "equidistante de la culpabilidad (subjética) y de la antijuridicidad material (objetiva)..."¹⁵ LUZÓN DOMINGO la estima fundada en los motivos dados en el caso particular, con independencia del dolo o la culpa, con lo cual, en absoluto ataca o desvirtúa la situación fáctica voluntaria sobre la que se edifica el nexo de causalidad moral, determinante en último término, de la culpabilidad".¹⁶

En México se declaran contrarios a ella Ignacio VILLALOBOS y Fernando CASTELLANOS. El primero por cuanto la califica de "oscuro camino de retorno a la doctrina del libre albedrío", considerando que al hablarse de la no exigibilidad se *hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho*, por las cuales resulta humano, *excusable o no punible* que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o *cometido* un acto que no puede ser aprobado propiamente *ni* reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser *eximido* de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial.¹⁷ El segundo, en tanto reconoce, como únicas causas de inculpabilidad, el *error esencial de hecho* y la *coacción sobre la voluntad*, las que a su juicio son capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo.¹⁸

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ *Ob. cit.*, p. 54. *En nota*

¹⁶ *Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal*, p. 445, Barcelona, 1960

¹⁷ *Derecho Penal Mexicano*, p. 421. Editorial Porrúa, S.A., México, 1960.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 254. La misma doctrina alemana reconoce y nosotros con ella, que la *no exigibilidad* de la *conducta prescrita en la norma* funciona, en forma supralegal, en casos excepcionales, pues su admisión general daría pie a la *inseguridad jurídica*, no obstante, el criterio de la "no exigibilidad", como *principio regulador*, le parece a JOHANNES WESSELS de una gran significación., "como sucede, sobre todo, en los delitos *culposos* y *omisivos* en los que interesa *delimitar con precisión el alcance de los deberes de cuidado y acción* (...). En la época nacional socialista, los médicos que se desempeñaban en los sanatorios, estaban frente a la alternativa ineludible de seleccionar, dentro de ciertos límites a algunos dementes para practicar en ellos la eutanasia ordenada por Hitler a fin de salvar la mayor parte de los pacientes o de negar toda colaboración respecto de esta acción antijurídica secreta; esta negativa tenía *como* consecuencia que a estos médicos los sustitúan otros adictos al régimen que daban libre curso a esta obra de exterminio. Una parte de los médicos eligió en ese entonces, con pesar, el camino indicado en primer término. En una colisión de deberes tan inusitada y jurídicamente insoluble, el ordenamiento jurídico no puede reprochar culpabilidad si el autor adopta su decisión sin cargo de conciencia y si su *acción, determinada por un fin de salvación*, representa, en las circunstancias dadas, el *único medio* para impedir un mal aún mayor, respecto de bienes jurídicos del más alto valor. Aquí, al admitir un *estado de necesidad exculpante supralegal*, procede admitir la impunidad del autor", *Derecho Penal (Parte General)*, pp. 126-127, Depalma, Buenos Aires, 1980. Trad. Dr. Conrado A. Fonzi. Por su parte, REINHART MAURACH declara que la *no exigibilidad* no constituye causa alguna supralegal de exclusión de la responsabilidad, pues si bien en un principio atendió a los criterios individuales del autor concreto, de acuerdo a la forma sentada *por* FREUDENTHAL, introduciéndose profundamente en la ciencia, a lo cual contribuyó indirectamente ciertas equívocas sentencias del más alto tribunal de

9. CASOS LEGALES DE NO EXIGIBILIDAD

Dentro del artículo 15 del Código Penal, como "circunstancias excluyentes de responsabilidad", se recogen auténticos casos de "no exigibilidad de otra conducta". Ellos son: a) El estado de *necesidad*, cuando el bien sacrificado es de igual valor al salvado, comprendido en la amplia fórmula de la fracción V, en la cual se alude en forma genérica al obrar "*por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente (...) lesionando otro bien de (...) igual valor que el salvaguardado (...)*"; b) La *coacción o violencia moral* (*vis compulsiva*) y c) El *encubrimiento de parientes* o personas ligadas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad, las dos últimas que caen bajo la fórmula genérica de la *inexigibilidad* que acoge la fracción IX del artículo 15 del Código, bajo la siguiente fórmula: "El delito se excluye cuando: IX. *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 conforme a derecho*".

Estado de necesidad. A su esencia y estructura nos referimos al tratarlo como causa de justificación, apuntando su operancia, como causa de inculpabilidad, cuando ante la situación de peligro en que colisionan bienes jurídicos de igual valor, se sacrifica uno de ellos para salvar el otro. En el famoso caso de la *tabla de Carneades*, invocado por la doctrina para establecer la existencia del estado de necesidad, el náufrago que sacrifica a su compañero de infortunio para salvar su propia vida, *no* comete delito al actuar bajo una situación de peligro real, grave e inminente que le impuso, como único medio practicable, el sacrificio de la vida ajena. Objetivamente analizado, el hecho es antijurídico; normativamente hay una "no exigibilidad de otra conducta" expresamente reconocida *por* la ley.

b) La *coacción moral* (*vis compulsiva*) ejercida sobre el agente, a quien amenaza un peligro real, actualizado o inminente, se impone el principio de que *el violentado no obra, sino quien violenta*. La voluntad viciada, que impone al sujeto la comisión del hecho como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer

justicia alemán., dicha teoría "perdió rápidamente terreno" y hoy puede considerarse concluida. "El derecho penal -expresa-, como secundario derecho de protección y en atención a la unidad del ordenamiento jurídico, puede renunciar a una terminante formulación de las causas de justificación y contentarse con el principio formulado de *lege ferenda* de que desaparece la antijuricidad de una acción típica cuando la acción está permitida por el derecho público o por el derecho privado (...). Para la responsabilidad por el hecho o para la culpabilidad no rige lo mismo. En este punto el derecho penal observa leyes propias; los cometidos especiales de esta rama del derecho suponen un especial y cerrado concepto de culpabilidad. Por ello, la cuestión de cuándo se da culpabilidad (responsabilidad por el hecho), se debe contestar atendiendo tan sólo al derecho penal y, a saber, al código penal; lo exigible lo declaran los preceptos positivos de los parágrafos 52, 54 y 53 parágrafo. 3. Asimismo, el tantas veces citado derecho de necesidad del mandato, que encuentra su sede indudablemente fuera del código penal, únicamente puede ser reconocido dentro de las fronteras de los parágrafos 52/54. Representa pues en realidad también un caso de la tipificación de la no exigibilidad en el código penal", *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 51-52. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. Trad. Juan Córdoba Roda.

la culpabilidad, lo cual supone la realización de una conducta típica y antijurídica. Se trata de una auténtica "no exigibilidad", reconocida por el derecho positivo, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio.

c) El *encubrimiento de parientes* y demás sujetos a los que se refiere el artículo 400, fracción V, mismo al que, en forma más amplia nos referiremos al tratar las excusas absolutorias, constituye igualmente una "inexigibilidad", como con acierto a nuestro juicio la identifica JIMÉNEZ DE ASÚA,¹⁹ quien si bien afirma el carácter *supralegal* de esta causa genérica de inculpabilidad, reconoce que los Códigos encuentran en ella el fundamento de algunas de las exenciones, entre las cuales destacan los casos de encubrimiento, auxilio o protección de parientes próximos. "A poco que se *medite en* el asunto -dice-, se verá que estas eximentes no son meras excusas absolutorias, un simple perdón legal, en que los caracteres de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad subsisten intactos. Representan un grupo de los más claros casos de "no exigibilidad de otra conducta", que debe figurar como excluyente de la culpabilidad. ¿Cómo exigir a un allegado próximo, a un amigo íntimo, a un agradecido, que se niegue a ocultar, favorecer o a auxiliar a su padre, cónyuge, hermano, amigo o bienhechor?" El encubrimiento a que nos referimos, como auténtico caso de *inexigibilidad* encuentra ahora, con independencia de su previsión expresa en la ley en determinados tipos penales, su perfecto encuadramiento dentro de la causa de exclusión del delito prevista en el artículo 15, fracción IX del Código, de reciente inclusión en nuestro derecho positivo penal.

¹⁹ *Ob, cit.*, p.446.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide a continuación.

1. ¿Cómo se ha conceptualizado a la culpabilidad desde el punto de vista amplio?
2. ¿Cómo se ha conceptualizado a la culpabilidad desde el punto de vista estricto?
3. ¿Cómo concibe la corriente de concepción psicológica a la culpabilidad?
4. ¿Cómo considera a la culpabilidad la teoría psicológica?
5. ¿Cómo considera a la culpabilidad la teoría normativa?
6. Señale los elementos de la culpabilidad atendiendo a la teoría normativa.
7. ¿Cómo determina Mezger el contenido de la culpabilidad?
8. Explique brevemente las formas de culpabilidad
9. ¿Qué trato le da la teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada al dolo?
10. ¿Qué trato le da la teoría de la voluntad al dolo?
11. ¿Cuál teoría del dolo es aceptable?
12. ¿Cómo clasifica nuestro Código Penal a la Culpabilidad?
13. Explique los elementos de la culpabilidad.
14. Señale las clases de dolo atendiendo a la doctrina y en que consiste cada una de ellas.
15. ¿En que consiste la culpabilidad?
16. Explique brevemente los elementos de la culpa.
17. Explique brevemente las teorías que han tratado la culpa.
18. Explique brevemente las clases de culpa.
19. ¿Qué trato le da a la culpa nuestro Código Penal Vigente?
20. ¿Cómo se conceptúa a la inculpabilidad?
21. Explique brevemente las clases de inculpabilidad.
22. ¿En que consiste el delito putativo?
23. ¿En que consisten los eximentes putativas y dé tres ejemplos?
24. ¿En que consiste la no exigibilidad de otra conducta y de tres ejemplos?

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal parte general (tomo 1)*, 18ª ed., Barcelona España, ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asua Luis, *La ley y el delito, principios de Derecho Penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Hermes, 1959.

Condiciones Objetivas de punibilidad

Esta unidad contiene información referente a la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad y el papel que desempeñan en la Teoría del delito; así como de la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y sus efectos.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 13.1. Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.
- 13.2. Elabora un escrito donde expliques que son las condiciones objetivas de punibilidad, su naturaleza jurídica y el papel que desempeñan en la Teoría del delito.
- 13.3. Elabora un ensayo donde menciones los efectos de la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad a partir de su concepto.

Objetivo particular:

Analizar el concepto de las condiciones objetivas de punibilidad, su ubicación en la estructura del delito y su naturaleza; así como, su aspecto negativo.

CONTENIDOS

- 13.1. Condiciones objetivas de punibilidad.
 - 13.1.1. Concepto.
 - 13.1.2. Papel que desempeña en la teoría del delito.
 - 13.1.3. Naturaleza jurídica.
- 13.2. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.
 - 13.2.1. Concepto.
 - 13.2.2. Efectos.

13. A.	Pavón Vasconcelos, Francisco Derecho Penal Mexicano Décima sexta edición Edit. Porrúa, México 2002 Págs. 518-523
--------	---

[...] Esas ideas han llevado a ciertos autores de habla castellana, como MARTÍNEZ PÉREZ, entre otros, a distinguir las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad* en propio sentido de las consideradas condiciones objetivas *impropias*, aunque COBO y VIVES prefieren denominarlas "*situaciones típicas anómalas*", al estimar que en las condiciones *propias*, dándose los elementos objetivos y subjetivos del delito, es decir, acción, antijuricidad (o ilicitud) de la misma y culpabilidad en el autor, la ley condiciona la imposición de la pena a una determinada circunstancia que debe satisfacerse previamente. En las condiciones *impropias* no ocurre lo mismo, al quedar la aplicación de la pena vinculada a ciertos elementos, como pudieran ser la *ilicitud* de la acción o la *culpabilidad* del agente. En estas condiciones *impropias*, los tipos pena les contienen circunstancias de las que no exige necesariamente sean abarcadas por el dolo del autor.²

La designación dada a tales *condiciones* sirve de pauta para encontrar con mayor convicción el alcance de su significado. En efecto, en términos generales puede afirmarse que dichas condiciones constituyen verdaderos *presupuestos de la pena* y su carácter *objetivo* elimina toda vinculación con elementos *subjetivos* referidos a la *ilicitud* de la acción o a la *culpabilidad* del autor.

La primera reserva que debemos hacer es señalar la *diversa naturaleza y función de las condiciones objetivas propias o auténticas*, que constituyen *presupuestos* de la pena, respecto de ciertas exigencias legales de orden estrictamente procesal y de cuya satisfacción depende la persecución de determinados delitos, exigencias a las cuales la doctrina ha considerado como *condiciones objetivas de procedibilidad*.

2.- Es en el terreno de las verdaderas o auténticas condiciones *objetivas* de punibilidad (*condiciones propias*), en el que se puede plantear la cuestión de la diferencia fundamental entre ellas y los llamados *presupuestos o requisitos procesales* (condiciones objetivas de *procedibilidad*), pues trátase de unas o de otras resulta trascendente destacar que *no influyen en la perfección del hecho delictivo que reúne todos sus elementos*, ni en su gravedad punitiva, saltando a la vista que las condiciones objetivas de *punibilidad no constituyen parte del hecho que ya por sí reúne sus características de ser antijurídico y culpable*.

² V. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. *Derecho Penal. Parte General*, p. 296, Segunda edición, Valencia, 1987.

Lo expresado, que pudiera parecer indiscutible no es, sin embargo, de aceptación unánime. Para algunos es cuestionable si las mencionadas *condiciones objetivas de punibilidad* son elementos extraños al delito, ya que pareciera por lo contrario estarse frente a un *elemento* del mismo, por más que su carácter excepcional pudiera reprobar la inserción de las mismas en una definición dogmática del delito. JIMÉNEZ DE ASÚA, a quien siempre admiramos, vio en él un *acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella*,³ aclarando que se mencionan *eventualmente* a las citadas condiciones por ser "excepcionales en alto grado y por ello en esa forma pueden ser incluidas en una definición del delito que aspira a ser general de las específicas figuras delictivas que se describen en la parte especial del Código (...)"⁴

La cuestión de aceptar o no que las mencionadas *condiciones objetivas* de punibilidad son un *elemento* del delito, o bien circunstancias *extrínsecas* a él y por ello de carácter meramente "suplementario", parece radicar en el concepto que se acepte sobre el *tipo*. De aceptarse que éste se identifica en forma absoluta con el delito, nada extraño tendría considerar a las referidas condiciones como elementos de un particular tipo considerado, que insertara en su descripción la exigencia de determinada condición para hacer operar su punibilidad. Pero si se desecha tal posición, la condición objetiva de punibilidad resultaría *extrínseca* al delito y en nada modificaría a éste, ya dado en la realidad.

3.- La moderna dogmática, que acepta lo anterior tratándose de las consideradas *auténticas* condiciones objetivas de punibilidad, les otorga a éstas un carácter jurídico *material*, en tanto a las condiciones o requisitos de procedibilidad les reconoce naturaleza jurídica *formal*, siendo por otra parte diversos los efectos que producen unas y otras. Mientras las *condiciones objetivas* de punibilidad son de orden jurídico *sustantivo* porque pertenecen al Derecho sustantivo penal, las condiciones o requisitos de procedibilidad son de carácter *procesal* y pertenecen al ámbito *jurídico procesal*. Por otra parte, las primeras deben concurrir para que el hecho típico, antijurídico y culpable sea *punible*, en tanto las segundas tienen influencia decisiva para la *persecución* del delito.

La segunda reserva para que estamos obligados a destacar es la diferencia existente entre las condiciones objetivas de punibilidad y las por algunos denominadas *excusas absolutorias* o *causas personales de exclusión de la pena*, pues si bien ambas tienen ciertas características comunes, se distinguen perfectamente para sus *efectos*. Las condiciones objetivas de punibilidad, como se ha destacado, constituyen circunstancias de *exclusión de la pena* de orden material-sustantivo y su ausencia elimina la punibilidad del hecho delictivo para *todo el*

³ *Tratado de Derecho Penal*, Vol. III, p. 63, tercera edición, Ed. Losada, Buenos Aires, 1965

⁴ *Loc. Cit.*

mundo a pesar del carácter antijurídico y culpable del hecho realizado. Las *excusas absolutorias* son causas estrictamente *personales* que excluyen las penas al reunir las condiciones que la ley señala, pero no para el resto de quienes intervengan en el delito o delitos cometidos. En el derecho punitivo mexicano constituyen *causas personales* excluyentes de la pena las hipótesis de *encubrimiento* previstas en las fracciones III y IV del artículo 400 del Código penal, cuando los autores del hecho sean los ascendientes y descendientes o afines del responsable de un delito; el cónyuge, la concubina, el concubinario y los parientes colaterales por *consanguinidad* hasta el cuarto grado, y por *afinidad* hasta el segundo del mismo, y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles, en los casos en que se oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los objetos o instrumentos del mismo, o se impida que se investigue.

Por su naturaleza, las condiciones objetivas de punibilidad *propias* o *auténticas* no pertenecen al ámbito de la ilicitud ni de la culpabilidad, al presuponer en el hecho la *conurrencia de ambas características del delito*. Se les ubica por ello más allá de la culpabilidad, ya que siendo considerados como *presupuestos* de la punibilidad integran una categoría aparte en la que nada se opone a incluir, según nuestro entender, a las *causas personales* de exclusión de la pena, a las que anteriormente hemos hecho referencia.

De todo lo dicho queda claro que, como la doctrina alemana lo ha puntualizado, la consumación de un delito determinado constituye una situación que se origina con total independencia de la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad. Dicho en otros términos, un delito puede consumarse con independencia de que el mismo no pueda sancionarse mientras no se cumpla la condición o supuesto de la pena. Las condiciones objetivas de punibilidad, afirma H.H. JESCHECK, son circunstancias en relación inmediata con el hecho "pero que *no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de la culpabilidad*" y constituyen presupuestos materiales de la punibilidad, y para clarificar la cuestión considera que solamente puede obtenerse "una imagen correcta" de su función, distinguiendo grupos de casos, procediendo de inmediato a distinguir las condiciones de punibilidad *propias*, consideradas por él como "*puras causas de restricción de la pena*", de las condiciones de punibilidad *impropias*, que constituyen "*causas de agravación encubiertas*", y que pertenecen, esto es lo importante de la distinción, al *tipo de injusto*, "pero que formalmente se hallan configuradas como condiciones de punibilidad porque el legislador quiere sustraerlas de la exigencia del dolo o de la imprudencia", agregando que materialmente "encierran restricciones del principio de culpabilidad por razones político-criminales".⁵

⁵ *Tratado*, Vol. II, pp. 763 a 765, Bosch editorial, Barcelona, 1981. Trad. S. Mir. Puig y F. Muñoz Conde.

En la doctrina penal española se ha señalado como ejemplo de condición objetiva de punibilidad la del artículo 137 del Código penal, por cuanto la aplicación de la grave pena que entraña al atentar contra el *Jefe* de un Estado extranjero se condiciona a que existe un tratamiento punitivo *recíproco* en la ley del país de origen del ofendido. Igual ocurre en la doctrina alemana, y *JESCHECK* ejemplifica diciendo que los Estados extranjeros sólo se hallan protegidos frente a agresiones conforme a los párrafos 102 y ss. "si las existencias de relaciones diplomáticas y la observancia de la reciprocidad garantizan un mínimo contacto político y jurídico internacional, ya que de otro modo la pena carecería de sentido político-criminal".⁶

La conclusión obligada respecto a las condiciones objetivas "propias" es la de que, como el mismo *JESCHECK* lo propala, constituyen "*puras causas de restricción de la pena*", por lo cual no pueden ser objetadas desde el punto de vista del principio de culpabilidad por las razones que expusimos anteriormente. Las condiciones de punibilidad *impropias* constituyen o bien *causas de agravación encubiertas*, cuya esencia pertenece al injusto (tipo injusto) formalmente configuradas como condiciones de punibilidad según las razones ya señaladas en el párrafo anterior, o no son más que "*circunstancias del hecho enmascaradas que fundamentan la pena*" y que por razones político-criminales han sido separadas formalmente de las esferas de injusto y culpabilidad. En el primer caso, *JESCHECK* refiérese al delito de embriaguez plena, cuya razón de punibilidad radica en el dolo o la imprudencia de la misma, pero la gravedad de la conminación penal sólo se explica "por el *contenido adicional de injusto*" que conlleva el hecho y no por la peligrosidad abstracta de la embriaguez, en tanto en el segundo caso señala la punibilidad de la difamación aunque el difamador haya creído la verdad de su manifestación.

Para el autor que comentamos, las objeciones en contra de las condiciones objetivas de punibilidad desde el punto de vista del principio de culpabilidad "se desvanecen en parte ante la consideración de que el autor asume el *riesgo*" de que pueda concurrir la condición objetiva de punibilidad. "Quien se coloca en una situación de embriaguez -afirma textualmente- que excluye la capacidad de culpabilidad, hace nacer con ello un peligro para la colectividad, ya que nadie puede prever y dominar con seguridad sus reacciones en un estado como aquél. Quien afirma un hecho injurioso sobre un tercero ha de asegurar que pueda probar su verdad". Más adelante, el mismo autor hace afirmaciones conclusivas que clarifican el concepto y naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad *impropias* al afirmar que debe distinguirse entre circunstancias que constituyen en realidad *causas de agravación de la pena* de aquellas que aparecen como *elementos fundadores de ella*, pero que en todos estos casos se restringe el principio de culpabilidad y que "solo hasta cierto punto puede

⁶ *Ob. Cit.* Vol. II, p. 764.

justificarse mediante la idea del riesgo", señalando como *impropias* condiciones objetivas que encierran causas de *agravación* de la pena, la producción de la consecuencia grave en la riña y la comisión del hecho en el delito de embriaguez plena, ya que en ellas el comportamiento base entraña cierto grado de merecimiento de pena por suponer la puesta en peligro en determinados individuos o en la colectividad, pero que la punibilidad del hecho sólo resulta fundada hasta que se produce la condición objetiva; que la indemostrabilidad de la verdad de los hechos imputados en la difamación, constituye la única impropia condición objetiva que "supone un *elemento típico que fundamenta la pena*", pues si la razón de la punibilidad de la difamación "no es el menoscabo de la buena fama, sino la puesta en peligro de la estima *merecida* por el ofendido, la falsedad de la manifestación injuriosa sólo puede constituir elemento del tipo, ya que el contenido de injusto del hecho radica en la imputación de un hecho *falso*. Por otra parte, la protección del honor del ofendido exige que el ofensor pueda probar su imputación. Esto obliga al legislador a configurar el precepto penal de suerte que suponga la condena del injuriador cuando éste no pueda efectuar la prueba de la verdad del hecho imputado. De ahí que la indemostrabilidad deba considerarse como condición objetiva de punibilidad (impropia y fundamentadora de la pena).⁷

Como una síntesis de lo expuesto, hemos de admitir que las condiciones objetivas de punibilidad *propias* o auténticas son circunstancias *completamente ajenas a los elementos del delito*, que la ley consigna como *necesarias* para que la conducta o el hecho realizado, con las características propias de un delito, sea *punible*. Lo anterior no ignora que en ocasiones la ley condiciona la punibilidad del hecho o la agravación de la pena a circunstancias o condiciones que en alguna forma se vinculan a la *ilicitud* o a la *culpabilidad* y que en la doctrina alemana han sido denominadas condiciones objetivas *impropias*, cuya ubicación sistemática ha sido controvertida, pues se le estudia en el tipo del injusto (MAURACH) o fuera de él, pero reconociéndose que algunas de ellas se encuentran próximas a los elementos del tipo.⁸

De los autores mexicanos, se ocupan de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP y Eduardo LÓPEZ BETANCOURT. El primero le niega a dichas condiciones el carácter de *elemento* del delito y le otorga en cambio el de "*consecuencia*" del mismo, y al expresar que "cuando exista una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero *no punibilidad* en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad"; aparece claro su reconocimiento a las condiciones objetivas *propias* o

⁷ *Tratado*, Vol. II, pp. 763 a 769.

⁸ H.H. JESCHECK, *Tratado*; José A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 1990, Bosch Editorial, 3a. edición; Carlos MARTINEZ PÉREZ, *Las Condiciones Objetivas de Punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, entre otros.

auténticas, cuyo perfil ha sido ya delineado, aunque su idea tal vez no haya sido expresada con la claridad debida.⁹ LÓPEZ BETANCOURT, después de hacer múltiples referencias a la doctrina extranjera concluye en considerar que las condiciones objetivas de punibilidad "son aquellos requisitos señalados en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito", terminando de ello por afirmar que "de ahí que el presentarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito sino secundarios".¹⁰ Como insistentemente hemos señalado, las *propias* o *auténticas* condiciones objetivas de punibilidad *no influyen en la perfección del hecho delictivo que reúne todos sus elementos, ni tampoco en su gravedad punitiva*; no constituyen "parte" del hecho que ya por sí reúne sus características de ser antijurídico y culpable, dado que constituyen *presupuestos de la pena* cuya exigencia en la ley precisa su satisfacción para hacer operante la pena correspondiente.

El propio LÓPEZ BETANCOURT señala como ejemplo de una condición objetiva de punibilidad, la *declaración de quiebra* en el delito de quiebra fraudulenta, ejemplo invocado con relación a las legislaciones española y alemana según la doctrina penal dominante en esos países y que resulta tal vez el único caso de una auténtica y propia condición objetiva de punibilidad, pues dada la quiebra fraudulenta, con todos sus elementos constitutivos, se condiciona la aplicabilidad de la pena a la *declaratoria* respectiva, tanto en el ámbito de las normas mercantiles como de las penales. Piénsese también en la *falsificación de documentos* (art. 244, c. p.), cuyo artículo 245 precisa que para que este delito *sea sancionable como tal*, requiere la concurrencia de los requisitos siguientes: "I. *Que el falsario se proponga sacar algún provecho para sí o para otro, o causar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero*; II. *Que resulte o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un particular, ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honra o en su reputación*; y III. *Que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el de aquella en cuyo nombre se hizo el documento*".

*Como un homenaje a mi amigo y admirado jurista, Don Jorge Frías Caballero, como un recuerdo de nuestros fraternos e inolvidables encuentros intelectuales en las maravillosas Tierras de Colombia, Venezuela, Argentina y México.

⁹ *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, p. 285. 8a. edición, Porrúa, 1983.

¹⁰ *Teoría del Delito*, p. 244, Ed. Porrúa, México, 1994.

*Como un homenaje a mi amigo y admirado jurista, Don Jorge Frías Caballero, como un recuerdo de nuestros fraternos e inolvidables encuentros intelectuales en las maravillosas Tierras de Colombia, Venezuela, Argentina y México.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide.

1. ¿En que consisten las condiciones objetivas de punibilidad?
2. ¿Qué trato les da a las condiciones objetivas de punibilidad la dogmática moderna?
3. ¿Que diferencia existe entre las condiciones objetivas de punibilidad y los requisitos de procedibilidad?
4. Señale tres ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal Parte general (Tomo I)*, 18ª ed., Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asua Luis, *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 3ª ed., México-Buenos aires, Ed. Hermes, 1959.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª. Ed., México, Ed. Cárdenas, 1991.

La punibilidad dentro de la teoría del delito es importante en la formación de todo jurista, por tal motivo en esta unidad se aborda su concepto, ubicación y clasificación de los delitos en orden a la punibilidad, para después abordar las excusas absolutorias.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 14.1. Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.
- 14.2. Elabora un cuadro sinóptico que contenga el concepto y la ubicación de la punibilidad; así como la clasificación de los delitos en orden a la punibilidad y las clases.
- 14.3. Dentro de la punibilidad existen las excusas absolutorias ¿A qué se refieren?

Objetivo particular:

Analizar el concepto de punibilidad, su ubicación en la teoría del delito, así como las excusas absolutorias.

CONTENIDOS

- 14.1. Punibilidad.
 - 14.1.1. Concepto.
 - 14.1.2. Ubicación.
 - 14.1.3. Clasificación de los delitos en orden a la punibilidad.
 - 14.1.4. Excusas absolutorias.
- 14.2. Concepto.
 - 14.2.1. Clases.

14. A. CASTELLANOS, Tena Fernando
Lineamientos Elementales de Derecho Penal
43ª Ed.
Editorial Porrúa, México 2002
Págs. 275-282.

XXVII

LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

SUMARIO: 1. Noción de la punibilidad.-2. El problema de la punibilidad como elemento del delito.-3. Breve referencia a la condicionalidad objetiva.-4. Ausencia de punibilidad (excusas absolutorias).-5. Algunas especies de excusas absolutorias.

I. NOCIÓN DE LA PUNIBILIDAD. La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra *punibilidad*, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del *jus puniendi*); igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, *a posteriori*, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la llamada amenaza normativa.

En resumen, punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Adviértase cómo en materia penal el Estado reacciona mucho más enérgicamente que tratándose de infracciones civiles o de otro tipo; obra drásticamente al conminar la ejecución de determinados comportamientos con la aplicación de las penas.

2. EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO. Aún se discute si la punibilidad

posee o no el rango de elemento esencial del delito.

Dice Porte Petit: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter de delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7° del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal *nulla poena sine lege*, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7° del Código Penal"¹

Como opiniones en contrario, pueden citarse entre otras, las de Raúl Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos. El primero, al hablar de las excusas absolutorias afirma, certeramente a nuestro juicio, que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De esto se infiere que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito; si falta (las excusas absolutorias forman el factor negativo) el delito permanece inalterable.² Para el segundo, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible. En cambio, sí es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuricidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos, para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, necesidad de consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc.³

¹ *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, págs. 59 y ss.

² *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 125, México, 1956.

³ *Op. cit.*, págs. 203 y ss.

Por otra parte, al hacer el estudio de nuestra definición legal del delito, dijimos que hay infinidad de actos de hecho sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas. Adviértase, además, que la definición del delito es innecesaria en los códigos. En nada se alteraría nuestro sistema penal si se eliminara el artículo 7. El mismo profesor Porte Petit ha elaborado proyectos de códigos penales para algunos Estados de la República y para el Distrito y Territorios Federales y ha suprimido en ellos la definición del delito.

Nuestro en otro tiempo profesor del Curso Superior de Derecho Penal en el Doctorado de la Facultad, doctor Celestino Porte Petit, después de nuevas y fecundas investigaciones, decididamente se pronuncia por negar a la punibilidad el rango que antaño le concediera: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta *no es un elemento sino una consecuencia del delito.*"⁴

4. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD. En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. *Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.* El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

5. ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS. Nos ocuparemos a continuación de las excusas absolutorias de mayor importancia.

a) *Excusa en razón de mínima temibilidad.* El artículo 375 del Código Penal Federal vigente establece que cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

⁴ *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal* (edición mimeográfica), pág. 150, México, 1960.

b) *Excusa en razón de la maternidad consciente.* El artículo 333 del Código Penal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Según González de la Vega,⁶ la impunidad para el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla.

Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales. Nada puede justificar -dice Eugenio Cuello Calón-, imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida. Para la operancia de la impunidad se requiere la demostración previa del atentado sexual, aun cuando respecto a éste no se haya seguido juicio alguno en contra del violador.

En el primer caso se exime de pena en función de nula o mínima temibilidad; en el segundo, en razón de la no exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no está en condiciones de exigir a la mujer un obrar diverso, mas se mantiene incólume la calificación delictiva del acto. Con acierto expresa Ricardo Abarca⁷ que el derecho a la libertad sexual no puede llegar hasta el punto de justificar la muerte dada en el feto, pero se excluye la pena a virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente impuesta la maternidad.

c) *Otras excusas por inexigibilidad.* En el capítulo anterior quedó estudiado cómo el encubrimiento de parientes y allegados fundado, a nuestro juicio, en la no exigibilidad de otra conducta, a pesar de ser una verdadera excusa absolutoria, antes de las reformas de 1985 era considerado como circunstancia excluyente de responsabilidad al identificársele como causa de inculpabilidad; pero que a partir de esas reformas y debido tanto a la derogación de la fracción IX del artículo 15 del Código Penal como a la inclusión de casi todo su contenido en un nuevo párrafo del artículo 400, se le ha reconocido su verdadera naturaleza de excusa absolutoria; debe aclararse que ahora estos supuestos tan sólo se circunscriben al ocultamiento del infractor y a la omisión de auxilio para investigar los delitos o perseguir a los delincuentes, excluyendo el ocultamiento de los efectos, objetos o instrumentos del delito, ya no considerados en la nueva redacción. Por el contrario y en lo referente a los sujetos, debe advertirse cómo actualmente el inciso b) de la fracción V del artículo 400 se amplía para favorecer también tanto a la concubina como al concubinario. Asimismo se suprimen las condiciones de no

⁶ Código Penal Comentado, pág. 277.

⁷ Tratado de Derecho Penal, pág. 197.

emplear algún medio delictuoso ni mediar interés bastardo, el cual se sustituye por los vínculos derivados de "motivos nobles".

Igual fundamento opera para las excusas contenidas en los artículos 280, fracción II y 151 del Código Penal Federal. La primera alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida, si ocultan, destruyen, o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso. El otro precepto excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas. Otro caso de inexigibilidad, de donde surge una excusa absolutoria, se halla en la fracción IV del artículo 247 del mismo cuerpo legal; se refiere a la falsa declaración de un encausado. La propia Constitución protege al inculpado con una rica gama de garantías; por ende, el Estado, en el caso de la excusa mencionada., no está en condiciones de exigir un obrar diferente. Adviértase, sin embargo, la dificultad de realización de la hipótesis, porque tratándose del acusado no se le toma protesta y según nuestra Ley, la falsedad debe hacerse precisamente previa protesta de decir verdad, para integrar el delito cuya pena, en la especie, se excusa; pero su verdadera naturaleza es de una causa de justificación, pues el artículo 20 de la Constitución concede al acusado el derecho de expresar lo que considere conveniente. El mismo ordenamiento alude al caso de quien es examinado sobre la cantidad en la cual estima una cosa y falta a la verdad. Aquí no existe razón para la excusa; si el que falta a la verdad cree, por error, manifestar lo cierto, indudablemente no comete delito.⁸

d) *Excusa por graves consecuencias sufridas.* Por una comprensión indulgente y humanitaria, así como en función de los verdaderos fines de la pena, en la reforma penal de 1983 adicionada por la de diciembre de 1991, se establecen excusas absolutorias (o formas de perdón judicial) en el artículo 55: "Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos."

Evidentemente el precepto capta los casos en los cuales el sujeto activo sufre graves daños en su persona,

⁸ La fracción IV del artículo 247 del C. P. dice: "Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado bajo protesta de decir verdad y faltare a ella en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito un documento, o afirmando un hecho falso, o alterando o negando uno verdadero o sus circunstancias sustanciales. Lo prevenido en esta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que se estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado."

de tal manera que sea hasta inhumana la imposición de la pena, o innecesaria, tratándose de personas de avanzada edad o precaria salud.

Mediante Decreto de 23 de diciembre de 1993 (publicado en el D. O. de 10 de enero de 1994), en el artículo 321 Bis se establece una excusa absolutoria para quien culposamente cause lesiones u homicidio a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima.

Ver actual Código Penal para el Distrito Federal

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide.

1. ¿La punibilidad es un elemento esencial del delito?
2. Dé el concepto de punibilidad.
3. ¿Que se entiende por excusas absolutorias?
4. De tres ejemplos de excusas absolutorias, atendiendo a la mínima temibilidad, maternidad consciente, por inexigibilidad, y por graves consecuencias sufridas.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal Parte general (Tomo I)*, 18ª ed., Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asua Luis, *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 3ª ed., México-Buenos aires, Ed. Hermes, 1959.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª. Ed., México, Ed. Cárdenas, 1991.

El camino del delito (Iter Criminis)

Esta unidad es importante en tu formación debido a que en ella entenderás el camino que recorre el delito, sus fases y clases.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

15.1. Realiza las lecturas que se presentan en la unidad

15.2. Contesta el siguiente cuestionario referente al camino del delito:

- a) ¿Qué es el camino del delito?
- b) ¿Cuáles son las fases del camino del delito?
- c) ¿Cuáles son las clases del camino del delito?

Objetivo particular

Entender el camino que recorre el delito, sus fases y clases.

CONTENIDOS

15.1. Concepto.

15.2. Fases del iter criminis.

15.3. Clases.

15. A.	JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis <i>Lecciones de Derecho Penal</i> Edit. Harla. México, 1997 Págs. 308-332
--------	--

CAPÍTULO 39

ITER CRIMINIS Y RESOLUCIONES MANIFESTADAS

39.1 PRELIMINAR

El delito recorre un camino que tiene su partida en un proceso interno. De aquí el estudio de dos fases: interna y externa. Ordinariamente, el hombre delibera y luego ejecuta. Sin embargo, a veces, el sujeto, sin entrar en la fase de realización, produce una manifestación intermedia: excita a la rebelión, hace la apología del crimen, etc. En esta fase intermedia estudiamos el delito putativo, porque se trata de una ideación. Por último, en la fase externa, incluimos primero los actos preparatorios; luego, la tentativa y la frustración. Más tarde trataremos del medio idóneo e inidóneo y de la consumación.

39.2 CONCEPTO DE *ITER CRIMINIS*

Toda la técnica del concepto de la tentativa ha de extraerse dogmáticamente del concepto jurídico del delito, desde el punto de vista de la perfección de éste. Su concepción es siempre derivada, porque, aun dándole toda la amplitud de que es susceptible, es decir, haciéndola comprender la frustración, la tentativa no es más que un delito que no llega a consumarse.

Este carácter derivado de la tentativa respecto del delito se manifiesta en el especial interés que el tipo tiene y en los problemas que plantea. Del tipo y de su estructura depende en cada caso la determinación del momento en que empieza y en que termina la tentativa. En el robo, por ejemplo, el hecho de preparar las ganchas no es empezar a robar. Y es importante esta continua referencia al tipo, porque en algunos casos, dado el sistema actual, contienen *los* códigos descripciones típicas que son verdaderas resoluciones manifestadas apología, excitación a la desobediencia, en contra de la regla general de que los tipos sólo constituyen figuras consumativas; pero en pura técnica, el proceso de la resolución, aunque se manifieste, no es un acto externo, sino fenómeno interno, y entra de lleno en el llamado por los prácticos *iter criminis* y por Valdés *vida del delito*.

El iter criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa.

La fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente.

La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación.

En rigor, no existen más que estas dos fases; pero, estudiándolas concienzudamente, interfieren entre ellas, como ya dijimos, otras dos intermedias: la resolución manifestada y el delito putativo. En la primera no existe todavía la fase externa, porque no se trata de actos materiales; más que de acción es expresiva de resolución (proposición, conspiración, provocación). Tampoco en los casos de delito putativo hay una exteriorización del propósito de delinquir, porque el delito sólo lo es en la mente del autor. Uno de ellos, el más importante, es el caso conocido en doctrina como *error al revés*.

39.3 FASE INTERNA

39.3.1 Ideación, deliberación, resolución

Surge primero lo que los escolásticos llamaban la *tentación*. La idea de delinquir aparece en la mente del sujeto. Éste puede rechazada o no. En el primer caso, la idea puede volver. El sujeto ya delibera. Piensa el pro y el contra. De esta deliberación puede salir de nuevo rechazada la idea. Pero puede determinar una resolución criminal que, aún no manifestada exteriormente, es capaz de sufrir dos procesos. Uno, quedar anulada en el agente. Otro, salir de él; por ejemplo: proponer a otro el robo, provocar, incitar, conspirar. Con esto ha quedado agotado el proceso interno y se entra en los actos externos. [...]

[...] 39.4 CASOS DE RESOLUCIÓN MANIFESTADA

Existen varias zonas intermedias entre la fase interna, actualmente impune, y la externa y de ellas, dos principalmente merecen un examen detenido: la resolución manifestada y el delito putativo. La resolución manifestada ha sido objeto de estudio sobre tres formas conocidas en Francia: la proposición, la conspiración y el

complot. Pero nosotros descartaremos la última porque el complot no es más que un modo de conspiración.

¿Qué valor tienen la proposición y la conspiración? No hay ninguna manifestación externa en ellas, salvo la mera proposición. De ninguna manera se puede decir que sean actos preparatorios. **Valdés**, después de decir que éstos eran actos indiferentes, caía en el absurdo al afirmar que la proposición y la conspiración eran actos preparatorios, por tanto, la proposición y la conspiración no tienen ese carácter indiferente, sino que tienden a un delito determinado. Sin embargo, se diferencian de los actos preparatorios esencialmente en que éstos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino verbales meramente. Claro que la cuestión varía fundamentalmente cuando al acto verbal de conspirar o proponer se añaden otros actos, como tomar armas, requisar caballos, automóviles, etcétera.

La proposición y la conspiración, por otro lado, se diferencian de la tentativa en que, a semejanza de los actos preparatorios, no entran en el núcleo del tipo (empezar a robar, empezar a matar, etcétera).

Pero si no son actos preparatorios, ¿qué son? Para **Garraud** se trata de resoluciones manifestadas, siendo para él ilógico quererlas diferenciar de los actos preparatorios.

Todo lo que vamos a estudiar en este epígrafe puede considerarse como casos y resoluciones manifestadas.

La manifestación de voluntad presupone que el individuo ha salido de lo interno y ha realizado un acto, pero un acto de voluntad, no un acto en sentido estrictamente jurídico. Pero si estudiamos a fondo este acto, vemos que no es constitutivo de tentativa, ni siquiera de acto preparatorio. ¿Por qué estas resoluciones manifestadas, cuando son puras, no constituyen un delito **sui generis**? Porque en la mayor parte de los casos falta la infracción de la objetividad jurídica. Por ejemplo: en la proposición y en la conspiración. En cambio, en la amenaza sí la hay: la pérdida de la seguridad. Y por esto es un delito. No hay otro remedio técnico que consideradas como resoluciones manifestadas, porque no se trata de actos preparatorios, ni de tentativa, y como tales resoluciones manifestadas, sólo excepcionalmente se las puede considerar punibles y únicamente por vía de precaución.

El Código Penal español y muchos de los de Hispanoamérica han definido, en general, **la proposición y la conspiración**. En referencia a concretos delitos, se han configurado con penas determinadas, formas análogas a aquellas que el Código de España define en sus disposiciones generales: **conspiración, instigación, inducción**

y excitación. La **apología** y las **amenazas** son formas concomitantes. Sólo nos ocuparemos de las primeras por su carácter relativamente general.

39.4.1 Conspiración

La conspiración existe cuando dice el Código Penal español, dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

39.4.2 Proposición

*La proposición existe según el Código Penal de España, cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas. Para huir de la impropiedad de emplear en la definición el propio término definido, el Código de 1944 usa ahora del verbo, a todas luces inoportuno aquí, de **invitar**: . . .invita a otra persona a ejecutarlo, dice ahora el texto del art 4.*

39.4.3 Penalidad

El texto del Código español de 1848, así como el de 1870 y el de 1932, empezaba diciendo: *la conspiración y la proposición para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.* En efecto; el castigo de estas resoluciones manifestadas era excepcional y sólo correspondía en aquellos graves delitos en que se precisaban generalmente actos de varias personas, como en la traición, en los de lesa majestad, rebeldía y sedición.

Puede decirse que esta excepcional punibilidad de las conductas conspiradoras era el termómetro que medía el calor de las convicciones liberales. En 1850, época de reacción, la reforma del Código Penal de España suprime el carácter excepcional de la penabilidad de las resoluciones manifestadas, que pueden castigarse en todos los delitos. Lo mismo acontece en el vigente Código de 1944, de tiempos en que la máxima dictadura impera, según el encabezamiento del artículo 3.

La fórmula que emplean los Códigos hispanoamericanos, siguiendo al español, sirve también de indicio en cuanto a su régimen democrático o a sus tendencias autoritarias.

39.4.4 Amenazas

Las amenazas castigan los Códigos Penales hispanoamericanos. Y cabe preguntar si esta tipificación no es apresurada, por tratarse únicamente de resoluciones manifestadas. A primera vista parece ser así; pero, fijándonos más detenidamente, vemos que en las resoluciones manifestadas estudiadas anteriormente, la manifestación se dirige al presunto codelincuente, mientras que las amenazas toman la misma víctima como destinatario. Por eso han pensado algunos que se trata de un delito **sui generis**.

En efecto; puede observarse que la anormalidad de este delito no es más que aparente, pues, lo mismo que en la acusación falsa, se trata de un delito de los llamados de expresión. En él vemos todos los elementos esenciales: una manifestación de voluntad y un resultado. Resultado que es una disminución de la propia tranquilidad. Hay una manifestación de voluntad, consistente en una expresión. Como tal, es lo mismo decir a otro *¡sinvergüenza!*, que *¡te vaya matar!* Y el resultado es la misma expresión desde el punto de vista del sujeto pasivo. Nos encontramos en el caso de un delito de predominante actividad. El resultado se suelda con la manifestación de voluntad, como el anverso y el reverso de una misma moneda. Sin embargo, en algunos casos por ejemplo: si se emplea una carta la manifestación de voluntad y el resultado aparecen escindidos en el tiempo, por lo que más bien se trata de un delito pseudo-formal.

En resumen: caben dos posiciones en este problema:

1. Castigar la amenaza en consideración al mal que se anuncia, en cuyo caso la solución correcta sería dejada impune (como hace el Código argentino); y

2. Castigada en atención a la lesión jurídica producida efectivamente en la tranquilidad, libertad y seguridad del sujeto pasivo, prescindiendo en absoluto de la realización del mal enunciado, como hace el Código Penal español y el venezolano. *Esta* es la solución más correcta.

39.5 DELITO PUTATIVO Y SUS ESPECIES

Como intermedio entre las fases externa e interna del delito, señalamos más arriba las resoluciones manifestadas y el delito putativo. Dentro de las primeras hemos estudiado una serie de conductas que se refieren a la esfera íntima y que se incriminan por su manifestación. En el llamado delito putativo hay actos externos, no

constitutivos de preparación ni de tentativa, que expresan una resolución; inincriminables, sin embargo, por no corresponder a un tipo. *Delito putativo es el hecho de realizar una acción que el propio autor estima delictiva, pero carente de tipo; o sin objeto.* Se trata de una fase intermedia entre el pensamiento y la acción externa, con falta de referencia a un tipo penal. El estudio de los tres casos de delito putativo que exponen los autores aclarará lo dicho.

Primer caso: los italianos, basándose en las sentencias de su Corte de Cassazione, hablan de un primer género de delito putativo, en el cual el objeto se halla privado de las cualidades necesarias para que exista el delito. **Paoli**, que ha escrito sobre la materia un artículo particularmente interesante, dice que hay delito putativo cuando el acto jurídico no existe por faltar el objetivo jurídico descrito en el tipo. Por ejemplo, el sujeto que yace con la mujer propia creyendo yacer con la de un amigo. En los países en que se incrimina el adulterio faltaría la ajenidad del coito. Un caso similar es el del que hurta la cosa propia, creyéndola ajena. En estos casos se dice que existen delitos putativos. En cambio, **Paoli** cree que en ellos no hay delito putativo sino delito imposible, por inidoneidad del objeto. En el delito putativo no hay hecho inidóneo. De afirmar lo contrario, habría que admitir el delito putativo con más razón aún en los casos de inidoneidad en el medio. ¿Por qué admitir el delito putativo en el caso de la mujer que creyéndose embarazada toma un abortivo, y **por qué no** cuando en la real creencia toma una sustancia inocua? Si la mujer estuviera embarazada, sería un delito imposible, por inidoneidad del medio. En el caso de in idoneidad del objeto, es el tipo de que cierra la punición; por ejemplo: apuñalar a un cadáver. Lo que no ocurre en la inidoneidad del medio, cuyo tratamiento varía en los diferentes códigos. Sin embargo, la mayoría de los autores, a los que sigue **Blasco**, creen ver aquí un delito putativo porque interviene un error del agente acerca del contenido del derecho.

Segundo caso: el verdadero delito putativo es el que **Binding** llamó *error al revés*, y que ha sido seriamente investigado por **Gerland**. Esta especie de error presupone, al contrario del *error de derecho*, la sospecha o creencia de que el acto está incriminado en la ley. Sirvan algunos ejemplos para esclarecerlo: el español que va a un país extranjero y cree que allí es delito la tenencia de armas, por serlo en España; los muchachos que creen que el estupro consiste en yacer con una mujer virgen menor de edad aunque mayor de 16 años, y en consecuencia, cada vez que yacen con una joven de tales condiciones entienden haber delinquido, aunque no le prometieran matrimonio. En estos casos se **trata de auténticos delitos putativos, en los cuales el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprobable.**

Tercer caso: la Corte de Cassazione en sentencia de 3 de diciembre de 1927, ha tratado un caso que plantea problemas de marcado interés. Es el del supuesto o sedicente delito putativo, en que toda la trama del

episodio criminal es engañosa, carece de realidad y, por ende, no es subsumible en un tipo legal. Son los delitos procurados por la intervención de un agente provocador, sobre todo cuando es autoridad. Por ejemplo, cuando se quiere descubrir un cohecho y el agente provocado por la policía escribe al juez, que se supone venal, ofreciéndole dinero y citándole a cierta hora y en cierto sitio, donde se descubre todo por medio de los consabidos billetes marcados. La Casación italiana ha negado que haya delito, afirmando que lo que existe es infracción putativa, porque todo el supuesto delito es un armazón para sorprender al supuesto delincuente. En realidad, no se trata de un delito imposible, porque son idóneos el medio y el objeto. Pueden señalarse varios casos similares en la práctica forense española: los cohechos fingidos, los chantajes aparentes, en el llamado timo del entierro. Pero donde se ha usado de forma más llamativa es en los casos de adulterio. Muy conocido es el de Portillo, policía consentidor que tras haber vivido largos años a expensas de los amantes de su mujer, preparó una celada para poderse amparar en el art 438 del Código de 1870. Aquí, el adulterio del que *yacía con ella* era un delito putativo porque no existía tal delito en la realidad, ya que se trataba de un amigo del marido que, con él, fraguó la escena, para que Portillo se deshiciese de su esposa. Se alega que en estos casos no hay infracción, porque todo es irreal. Ahora bien, estas interesantes hipótesis que han sido estudiadas como *delito provocado*, o bajo el título de *agente provocador*, no caben, *en modo alguno*, en la opinión de la mayoría de los autores, cuyo criterio sigue Blasco, en la esfera del delito putativo, porque **la imposibilidad de consumación delictual**, cuando es apreciable, se presenta como **imposibilidad radicalmente natural, física**, material, y *no pura y estrictamente jurídica*.

La casi totalidad de los Códigos Penales silencian cuanto respecta al delito putativo, con la excepción de dos Códigos bastante modernos: el italiano de 1930 y el uruguayo de 1933. El artículo 49 del primero, antes de definir el delito imposible **stricto sensu**, dice así: *no es punible quien comete un hecho no constitutivo de delito, en la errónea suposición de que constituye delito*. Con mejor técnica, aunque con criterio semejante, dice el artículo 80 del Código uruguayo: *no se castiga el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, ni el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener 'su represión. Queda el juez facultado en tales casos para adoptar medidas de seguridad*.

CAPÍTULO 40

TENTATIVA

40.1 FASE EXTERNA. ACTOS PREPARATORIOS

La fase externa se inicia con los actos preparatorios, cuyo definitivo deslinde se fijará al hablar de los

límites de la tentativa. Basta aquí destacar que sólo el tipo puede darnos guía segura.

Estos actos son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución; son, por ejemplo, el hecho de procurarse un arma para cometer el delito, el de armarse de ganchos y rondar la casa, etc. En la práctica son muy difíciles de distinguir de los actos de ejecución, y se ha dicho, para lograrlo, que si son de naturaleza inocente, que igual pueden ser practicados por un individuo que tenga propósitos delictivos, que por aquel que vaya a cometer un acto ilícito (el que compra una escopeta puede ser para realizar un homicidio o para ir a una partida de caza entonces son preparatorios, y si sólo pueden ser ejecutados por el que tenga ánimo de delinquir, son actos de ejecución. Es muy importante tenerlos en cuenta, pues por medio de ellos se puede averiguar si el delito fue premeditado.

La impunidad en general de los actos preparatorios fue defendida por los autores clásicos, porque no llegan a constituir violación de la norma jurídica, por su naturaleza indeterminada, que hace peligroso su castigo en cuanto se presta a la arbitrariedad judicial y por razones de utilidad para favorecer el desistimiento. **Carrara** distinguía los actos preparatorios de un modo absoluto en los que falta todo principio de ejecución, de manera que, aún existiendo confesión del reo, no deben castigarse como tentativa por un defecto que está en su naturaleza: la falta de todo principio de peligro actual; y los actos preparatorios de modo contingente que, respecto a una determinada intención del sujeto, ofrecen un principio de peligro actual, pero que deben considerarse las más de las veces como meramente preparatorios, por ser equívocos, y han de dejarse impunes por no tenerse seguridad de que tendrían a un delito.

Garófalo, que siguiendo los principios de su escuela pide la punición de los actos preparatorios cuando se dan ciertas condiciones subjetivas, índice de peligrosidad, delincuencia habitual, dice que hay que poner en claro: primero, si es verosímil que el agente tendiese a otra cosa que a un delito, o si la resolución delictuosa es innegable; después, si no siendo dudosa la dirección del acto, puede haber la persuasión de que el agente habría persistido en él hasta el fin.

En la práctica se ofrecen hechos que sirven de argumento a favor de la punibilidad de los actos preparatorios; pero la máxima legalista y la negación de la analogía hacen que sea preferible, en nombre del derecho penal liberal, no castigar tales acciones.

Gautier relata el caso de unos malhechores sorprendidos teniendo en su poder armas y cloroformo, que

declararon su propósito de robar por los *procedimientos modernos* y a quienes, sin embargo, no fue posible castigar conforme a las teorías clásicas. **Ferri** cita el proceso de Zaniboni por atentado contra la vida de Benito Mussolini. Zaniboni fue sorprendido en la habitación del hotel cuando tenía ya presto un fusil cargado y había practicado un agujero en la persiana para apoyar el fusil en el momento de la consumación. Eran sólo actos preparatorios, pero demostraban ya una evidente peligrosidad criminal.

Según la dirección positiva, no se trata, pues, de castigar en todo caso los actos preparatorios, sino aquellos que revelan una peligrosidad criminal. Debemos añadir que sólo podrán ofrecer este carácter los próximos a la ejecución, pues en los remotos es siempre posible y probable el desistimiento durante el largo camino que ha de recorrerse hasta la consumación. Para **Grispigni**, los actos preparatorios serían de competencia de la policía de seguridad, así como los ejecutivos serían de competencia de la justicia penal y, por tanto, de la policía judicial. **Ferri** objeta que siendo ya los actos preparatorios actuación de un propósito criminal, evidentemente son ya un ilícito penal, aunque no vayan seguidos de actos ejecutivos.

Repitamos que en nombre de los principios liberales deben rechazarse estas doctrinas. En suma: los actos preparatorios no son punibles, salvo en ciertos casos en que se incriminan como específicos delitos.

Un tipo **sui generis**, como preparación para un delito concreto, es la instigación a cometer delitos, y, sobre todo, la asociación ilícita, que el Código argentino y otros de Hispanoamérica configuran como delitos en especie.

También pudieran considerarse, en ciertos casos, como penalidad de actos preparatorios, cuando no está exactamente comprobado el delito de peligro general, las disposiciones sobre importación, fabricación, comercio, detención o porte de armas, así como los preceptos en que se castiga la fabricación o introducción de armas o municiones, de materias explosivas, e igualmente la venta de aquellas y la falta de precaución en el porte de las que se tiene permiso para llevar.

Citemos, finalmente, como típico castigo de actos preparatorios punibles, los artículos del Código español y de la mayor parte de los de Hispanoamérica en que se sanciona la tenencia de ganzúas o llaves falsas o la de pesas o medidas diferentes de las autorizadas por la ley, o de cuños para la impresión de sellos falsos.

40.2 TENTATIVA COMO CAUSA DE EXTENSIÓN DE PENA

Aparece en la dogmática contemporánea la idea de que la tentativa así como la codelincuencia, no son

más que formas de la adecuación típica, o mejor dicho, causas de extensión de pena. La prioridad de esta teoría injustamente desconocida, corresponde a Max Ernesto **Mayer**. Copiemos sus palabras sobre las causas de extensión de la pena:'

Existen dos de estas causas: la tentativa y la participación. Bajo el nombre de «causas de extensión de la, pena» concepto hasta ahora no empleado, entendemos aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta por atribuir a las características de los diversos delitos una validez que excede de su extensión conceptual. Por tanto, se amplía el concepto delictivo plasmado en la parte especial (o en una de las leyes especiales), en tanto que su zona limítrofe en determinada extensión se hace caer bajo una pena legal abstracta; se sanciona la acción que, radicando fuera del estafar mismo, inicia la estafa, o la que, fuera del hurtar en sí determina el hurto.

Los preceptos legales que realizan esta ampliación se encuentran en la parte general, y serían superfluos si la parte especial, en cada uno de los tipos, recogiera, a lado de las características específicas, las generales no distintivas del delito concreto; por ejemplo, describiendo en la estafa, además de la acción de engañar, etc, la cooperación al acto de engaño; pero tal procedimiento, no sólo sería farragoso, y por tanto, deficiente desde el punto de vista técnico, sino que se opondría a la fijación de penas legales abstractas diferenciadas, y por ello es lógico que suscitara serios reparos en el orden material. De ello se deduce que el concepto de la causa de extensión de la pena, no sólo ofrece una importancia que se corresponde con la división en parte general y especial, sino que más bien contiene una referencia a las diferenciaciones de la culpabilidad. La realización completa de un tipo por un autor es, desde el punto de vista lógico, el paso normal; la producción en forma de tentativa, así como la coincidencia de varias personas, representan desviaciones del caso normal que exigen una valoración propia.

40.3 CONCEPTO DE TENTATIVA

Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenada, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionada, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Ésta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito.

La punibilidad de la tentativa se funda, de un lado, en la voluntad criminal, que se da igual que en el delito consumado, y de otra parte, en el peligro en que ha estado en un momento concreto el bien jurídico que se

atacaba, así como en la alarma o daño social que ocasiona.

La tentativa es un grado en la vida del delito. Es, por la falta del daño inmediato o físico, un delito imperfecto. Algunos penalistas (Buccellati, Civoli, Massari) han defendido que la tentativa se considerara en sí misma como un delito. Pero es equivocado este criterio objetivo. La personalidad del delincuente se revela también en la tentativa en cuanto los actos que la constituyen se ordenan a un fin.

El Código Penal español, y buena parte de los hispanoamericanos, dice que son punibles, además del delito consumado, la tentativa del delito y el delito frustrado.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hecho...<; exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Se distinguen bien dos elementos: el objetivo, que se refiere a la antijuricidad-tipificada y que se expresa como el **comienzo de ejecución por hechos exteriores**, y el subjetivo, que los códigos expresan diciendo: directamente, o con el fin o **el objeto de cometer un delito**.

40.4 TENTATIVA COMO ACTO TÍPICAMENTE ANTIJURÍDICO

40.4.1 Manifestación de voluntad y resultado

La manifestación de voluntad es un acto que yace en el camino de la consumación y que se aproxima más o menos a ésta según los códigos distinguen o no el delito frustrado de la tentativa. Cualquier manifestación de voluntad es suficiente: todas las formas de ejecución se equiparan.

El resultado es el peligro corrido, de que ya **Carrara** habló. De aquí se deduce que, según veremos más adelante, la tentativa ha de ser peligrosa (por eso, sólo por motivos utilitarios puede castigarse el delito imposible). Cuando hablemos del principio de ejecución y cuando se trate de la culpabilidad en la tentativa, se verá como *el objeto de cometer un delito* es el elemento subjetivo de ella; pero también en la frase va implícita la índole peligrosa de la acción, que más claramente todavía se determina en el Código Penal de Venezuela al decir que el comienzo de ejecución ha de ser *por medios apropiados*.

El principio de ejecución sólo contiene el mínimo de lo exigible: el resultado de una tentativa puede, en el caso concreto, existir si se da un solo acto de comienzo. Con respecto al resultado de la tentativa, tendremos que sentar estas afirmaciones:

a} En el Código Penal español no se castiga la tentativa de falta y sólo se penan las faltas frustradas contra las personas y la propiedad. En cambio, en otras legislaciones, como la argentina y la venezolana, sólo es punible la tentativa de delito y el delito frustrado, siendo evidente que las faltas intentadas o frustradas no se castigan. Ésta es una afirmación de mero derecho positivo;

b} Los propios delitos de omisión y aquellos denominados de comisión por omisión, que no pueden equipararse a la acción, no son susceptibles de tentativa, puesto que el comienzo sólo hipotéticamente se presenta como *acción esperada*, y la ausencia de ésta no puede castigarse más que cuando de su falta resulta un defecto. En cambio, en aquellos delitos de comisión por omisión que nosotros hemos equiparado a la acción, como en el tan repetido ejemplo de la madre que da muerte a su niño no amamantándole, la tentativa es posible, porque más que delitos de comisión por omisión, constituyen tales conductas verdaderos delitos comisivos. El ejemplo lo aclara: si los vecinos, viendo a la criatura que languidece y agoniza, da parte a las autoridades y éstas llegan a *tiempo* para dar al niño el alimento que necesita, nos hallamos ante un caso de tentativa en ese supuesto delito de comisión por omisión; y

c} Tampoco puede haber tentativa en los delitos denominados de mera actividad. No porque no haya resultado, sino porque éste se suelda a la acción de modo inseparable.

40.4.2 Principio de ejecución

Desde los tiempos del Código Penal francés, la tentativa se define como comienzo de ejecución. En principio, el medio con que el delito se cometa debe ser apropiado, con lo que queda excluida la punibilidad del delito imposible, del que hemos de ocuparnos más adelante. Pero el principio de ejecución ofrece innumerables problemas que es preciso esclarecer.

40.5 MOMENTO EJECUTIVO DEL DELITO

Para determinar con toda exactitud el comienzo de ejecución y distinguido de los meros actos preparatorios, se han formulado muy variadas teorías, aunque nosotros sólo nos ocuparemos de la **univocidad**,

de **Carrara**, con la doctrina complementaria que él mismo expuso; del **ataque al bien jurídico y del comienzo típico de ejecución**.

40.5.1 Univocidad y sus complementos

La teoría de la univocidad no se ha usado por **Carrara** con valor ontológico, sino como medio probatorio para apreciar externamente el valor representativo de la conducta. El acto ejecutivo es unívoco porque unívocamente se demuestra la existencia real del peligro corrido. Todo lo demás es equívoco, o sea, mera preparación.

La doctrina de la univocidad, mal entendida por la mayor parte de los autores, requería un complemento, y Carrara se lo dio al estudiar los actos preparatorios, cuyo trabajo recopila después en sus *Reminiscencias de la cátedra y del foro*. Para lograrlo usa **Carrara** la distinción, que también existe en su programa y que toma de **Carmignani**, entre el sujeto activo primario, que es quien delinque; sujeto activo secundario, que son los instrumentos de que el autor se vale; sujeto pasivo del atentado, que son *las cosas o personas sobre las cuales, por la naturaleza del hecho, el culpable debe ejercer ciertos actos como medio para llegar después a lo que tiene el propósito de consumir*; y finalmente, sujeto pasivo de la consumación, o sea, la persona o la cosa sobre la que se ejecuta el delito.

En suma: según **Carrara**, son actos consumativos los que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación ¡el objeto robado, el cuerpo muerto!; son actos ejecutivos aquellos que se producen sobre el sujeto pasivo del atentado ¡la puerta que se rompe para robar!; son actos preparatorios aquellos que se agotan en el propio sujeto activo, ya primario, ya secundario (comprar el arma, rondar la casa).

Estos criterios, unidos a la univocidad y a la idoneidad, le sirven a **Callara** para separar los actos preparatorios, que han de quedar impunes, de la tentativa punible.

El error de **Carrara** consistió en creer que podía decidirse de un modo abstracto y general la grave cuestión del proceso ejecutivo del delito, y por ello sus reglas tropiezan a menudo con insalvables dificultades prácticas.

40.5.2 Ataque al bien jurídico

Los intérpretes franceses y gran parte de los autores alemanes estiman que la tentativa comienza cuando los actos penetran en la esfera propia del bien jurídico agredido y, en todo caso, cuando están en situación de peligro eficaz los bienes jurídicos protegidos por el derecho.

Como veremos luego, esta tesis ha de servirnos para completar la que nos parece más certera.

40.5.3 Comienzo típico de ejecución

En el área doctrinal; aquellas teorías eran seductoras pero en cuanto se llegaba a la práctica presentaban dificultades tan enormes, que *no había manera de distinguir, en ciertos casos, el acto preparativo de la tentativa*. Claro está que sabemos muy bien, como ya dijo el Código francés, que la tentativa es el comienzo de ejecución; pero ¿cuándo comienza ésta?

Beling ha venido, a nuestro juicio, a solucionar el asunto, aunque consideramos que su doctrina necesita proseguir elaborándose y a menudo completarse con el ataque al bien jurídico, como hace **Frías Caballero** en una magistral monografía. Para que haya acto ejecutivo, se precisa que se realice lo que llamaríamos el núcleo del tipo, o mejor dicho, se necesita que el agente desarrolle su conducta, en la actividad expresada por el verbo principal de la definición; es decir, cuando se habla del homicidio, que es **matar** a un hombre, hay que empezar a matar; cuando se habla del robo hay que **empezar a robar**. Todo lo que no sea dar comienzo a la muerte, aunque se compre el arma y se planee el hecho, no es acto de ejecución, sino acto preparatorio.

Nuestro pensamiento podríamos resumirlo diciendo que la tentativa se inicia, o, mejor dicho, que hay comienzo de ejecución, cuando se penetra en el núcleo del tipo. Pero ello no basta, porque a menudo el núcleo puede estar expresado por una acción inocente o la imagen rectora ser común a dos tipos distintos de delito (hurto y robo).

Cuando se trata de un homicidio hay que empezar a matar. Apuntar el arma es ya un comienzo de muerte. Pero cuando nos hallamos ante una violación, puesto que su núcleo es yacer con una hembra, acto perfectamente lícito, no se debe decir que hay tentativa con el comienzo del acto carnal. Si éste es antijurídico es porque se obtiene con la intimidación o la violencia. Por eso se empieza a violar cuando intimidamos a la víctima a fin de obtener el coito. Cualquier otra violencia o fuerza sobre las cosas no puede constituir comienzo de

ejecución. De igual modo, el robo se caracteriza por la intimidación sobre la persona, que es lo que, en última instancia, le diferencia del hurto. Por eso se necesita la intimidación calificada con la tendencia al logro de la entrega del objeto, para que el robo se inicie.

No podemos excluir, finalmente, las dificultades antes mencionadas que en la práctica pueden presentarse. Por ello, según hemos visto, habrá que acudir con frecuencia a la teoría del bien jurídico, lesionado o puesto en eficaz peligro, para decidir si nos hallamos en presencia de un acto preparatorio o de una tentativa.

Hay comienzo de ejecución **cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros, viéndonos precisados a recurrir a la lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz cuando la práctica lo exija.**

Aparecen a veces formas de ejecución anormales, en que puede producirse una muerte sin que realmente intervenga el sujeto matando. Por ejemplo; en un caso de envenenamiento por mano de tercero, consciente o ignorante; en el de un atentado por artefacto explosivo transportado por otro que no sabe lo que lleva. Entonces la acción se realiza por complemento, y hay que determinar cuándo esos complementos son realmente ejecutivos y cuándo no traspasan la región privativa de los actos preparatorios.

40.6 COMPLEMENTOS DE LA ACCIÓN

Pueden ser de tres clases los complementos de la acción: a) la acción se complementa por la sola fuerza natural; b) la acción se complementa por la conducta de un tercero inocente que ignora el carácter delictivo de lo que hace; y e) la acción recibe complemento del propio autor o de la conducta de un tercero culpable.

Un ejemplo de la primera hipótesis se halla en el caso de un anarquista que trata de producir el derrumbe de un edificio por medio de una bomba explosiva; el artefacto tiene una mecha, y la mecha se prende; entonces, como no se necesita de la intervención de nadie para que la sola fuerza natural haga que el fuego corra por el cable combustible e inflame la bomba, el hecho de dar comienzo a ese complemento de la acción, es decir, el de prender la mecha, es bastante para que un acto sea ejecutivo y no simplemente preparatorio. Por ello, cuando un individuo coloca la bomba para producir el derrumbe del edificio, si se prende la mecha da comienzo a la ejecución del delito, aunque posteriormente se apague por sí sola o porque alguno eche agua, o ponga el pie sobre el cable conductor del fuego. En suma: no se trata de un simple acto preparatorio sino de un acto de

ejecución y ese hecho debe considerarse como tentativa.

Distinto es el problema cuando va a actuar una tercera persona. Supongamos el caso del envío de una bomba, con apariencias de obsequio, a un enemigo, por medio de un servidor que no sabe lo que lleva; o del cartero que transporta un paquete cuyo contenido ignora y que ha de estallar al tiempo de ser abierto. Este hecho de depositar en manos de un sujeto inocente (cartero, servidor, o cualquier otro intermediario) el sobre o el paquete que ha de dañar al que lo reciba, es un acto ejecutivo y no preparatorio, porque el autor inmediato inocente es un instrumento en manos del autor mediato, como el revólver, el puñal o como la mecha en la hipótesis de la bomba. Lo mismo da que sea la fuerza natural lo que ha de producir la explosión, o que sea un tercero inocente, tan ciego por su ignorancia como la mecha o el instrumento.

La cuestión se complica cuando se trata de actos en que interviene otra persona que ya no es inocente. Supongamos el caso de un hombre que quiere envenenar a un magnate y no pudiendo llegar hasta él, el anarquista se pone de acuerdo con el cocinero y éste va a recibir de manos del ácrata el producto venenoso, para colocado en la comida que el prócer después ingerirá; o imaginemos el supuesto del que quiere colocar una bomba en el dormitorio de un compañero de hospedaje y la guarda el agente en su propio cuarto hasta la noche. Si por cualquier circunstancia fortuita la bomba estalla antes de que el autor la transporte al sitio donde el enemigo duerme, o si el *cocinero* se arrepiente y no pone el veneno en la comida del magnate, entonces el hecho de haber entregado el veneno que no se usó y el de preparar la bomba que estalla en lugar distinto por caso fortuito, sin producir lesiones ni daños, son simples actos preparatorios por falta de complemento de la acción.

40.7 TENTATIVA COMO ACCIÓN CULPABLE

Por lo menos, la conducta que llega a tentativa empieza con el objeto de cometer un delito; es decir, según Max Ernesto **Mayer**, *con el dolo de consumar*. Por tanto, es *característico de la tentativa que fracase la realización del dolo*, o, dicho con las palabras de **Frank**, *que en el mundo externo no se produzca tanto como corresponde al dolo del autor*. Si alguien, seriamente, sólo tuviera el dolo de causar una tentativa, quedaría impune; un dolo de tentativa no es *dolo*, dice **Mayer**. De lo que resulta que la extensión de la pena no alcanza a la parte subjetiva del hecho, y que, por tanto, *todo lo esencial y todo lo específico pertenece al mundo del derecho y al mundo exterior*.

En suma: el dolo o intención no tiene la menor especialidad en la tentativa. Lo mismo existe en el homicidio intentado que en el consumado. Por eso nos parece certerísimo lo que dice **Mayer**, y en cambio, no podemos

aceptar el criterio de que la intención caracteriza la tentativa. **Frías Caballero**, en su libro sobre el proceso ejecutivo del delito, se cuida, desde el capítulo preliminar, en combatir el criterio subjetivo, así como al hacer la exposición y crítica de la teoría de Carrara destaca el error de concebida subjetivamente Pero donde Frías expone la más correcta doctrina, que coincide con lo que aquí destacamos, es al tratar de la *breve referencia a la culpabilidad*. En resumen, dice **Frías**: 1) el dolo de la tentativa no es más, ni menos, que el dolo correspondiente al delito consumado; 2) la culpabilidad nada tiene que ver con el deslinde de tentativa y actos preparatorios; 3) la culpabilidad es importante como **cuestión previa** al deslinde, pero el juicio de culpabilidad es en sí mismo, cosa ajena a la determinación del proceso ejecutivo por ambos extremos. La importancia de la culpabilidad estriba en señalar el **tipo concreto y especial, respecto del que se ha de determinar el comienzo de ejecución** 4) esta distinción entre la faz objetiva y subjetiva se asienta en la exigencia legal del comienzo de ejecución establecida en el código; 5) es viciosa toda pretendida solución del problema que trate de resolverlo desde el plano subjetivo.

De todo cuanto acabamos de decir se deduce, a nuestro juicio de un modo indubitable, que no cabe tentativa en los delitos culposos. Hemos hablado en este aspecto de la culpabilidad del acto intentado, del dolo, y tácitamente hemos excluido la culpa B. **Alimena** hizo, al respecto, este ingenioso juego de palabras para demostrar la incompatibilidad de la tentativa y de la culpa. *En la tentativa se obtiene menos de lo que se desea; en la culpa, más de lo que se quiere.*

Los autores que, como **Binding y Mezger**, quieren acudir a la referencia anímica para que el dolo y la culpa tengan trato común, deberían aceptar la tentativa en los delitos por negligencia. Pero los que, como nosotros, hemos proclamado que la culpa es punible por excepción estamos autorizados para negar toda posibilidad de tentativa culposa.

En algunos Códigos hispanoamericanos, como el venezolano y el argentino, no se necesita acudir a expedientes supraleales para resolver el arduo tema. El texto de ellos dice, de un modo terminante, que hay tentativa cuando, **con el objeto de cometer un delito**. . . , o que sufrirá pena *el que con el fin de cometer un delito*. .. Es exacto que también la culpa es un delito, puesto que hablamos de delitos culposos, pero no es posible en la imprudencia o negligencia emprender la acción con el fin o el objeto de cometer un acto antijurídico y culpable, El que corre con su automóvil tiene por objetivo ganar la carrera, tomar el fresco o gozar de su pericia, pero jamás el fin de cometer un delito. Por eso, si no atropella a un transeúnte, por mucha que haya sido la velocidad y grave la imprudencia, no podemos decir que hay una tentativa de culpa. Conceptualmente está excluida, en esos textos, por las palabras transcritas.

CAPÍTULO 41
**FRUSTRACIÓN. DESISTIMIENTO.
INIDONEIDAD. CONSUMACIÓN**

41.1 DELITO FRUSTRADO

El delito frustrado es una figura sutilmente distinguida por **Romagnosi** de la tentativa, que no se admite unánimemente. En la tentativa la ejecución es incompleta, y por esto el resultado no llega a realizarse. En el delito frustrado la ejecución es completa y, sin embargo, el resultado no se produce por mero accidente. Es completo en la ejecución subjetiva, e incompleto en la objetiva, mientras la tentativa es un delito incompleto tanto en una como en otra ejecución.

El Código Penal español admite el delito frustrado, como otros muchos Códigos de lengua española, y lo define así: *hay delito frustrado cuando el culpable práctica todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.*

La distinción entre el delito frustrado y la tentativa no ofrece, en abstracto, dificultad alguna, ya que la fórmula que los Códigos emplean distingue, por la propia manifestación de voluntad, frustración y tentativa. Hay tentativa cuando se comienza la ejecución y no se prosigue, y hay frustración cuando se han realizado todos los actos que deberían consumir el delito.

Pero lo que resulta muy fácil en doctrina, aparece en la práctica totalmente insoluble. Si una persona dispara sobre otra y el tiro no le alcanza, ¿hay tentativa o hay frustración? No sería un mero alegato de defensa, sino acaso una auténtica verdad si se dijera que apuntar es acción necesaria para que el delito se logre y que el que apuntó mal no ejecutó todos los actos capaces de producir la consumación. Por ello, algunos viejos autores italianos acuden al ejemplo, para plasmar el delito frustrado, del disparo hecho contra un hombre asomado a una ventana cuya hoja de hierro se cierra paralizando la bala que iba derecha al corazón.

Más práctico es atenerse a la mera tentativa y dejar, en lo referente a su sanción, bastante margen para que el juez aplique la pena más baja si el comienzo de ejecución quedó en el inicio, o la más alta si se prosiguieron los actos ejecutivos hasta su agotamiento. Los alemanes distinguen al respecto *tentativa acabada* y *tentativa inacabada*, sin más finalidad que la de adaptar la pena en la forma antes dicha.

41.2 DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO

El sujeto puede en la fase de tentativa, y hasta en la de frustración detenerse o volver atrás, y su conducta debe ser favorecida con una excusa total o atenuación de la pena por razones de política criminal. Si tal ocurre en la tentativa, tiene lugar la figura del desistimiento voluntario, que produce la impunidad; si en el delito frustrado o en el consumado, la del llamado arrepentimiento activo cuando el autor procura destruir o disminuir los efectos de su delito.

Algunos autores han sostenido respecto al desistimiento en la tentativa, (**Geyer, Carmignani, Garófalo**) que debe provenir de un impulso bueno, para que la tentativa permanezca impune; otros (**Beccaría, Ortolan, Carrara y Pessina**) creen que es suficiente que el desistimiento sea voluntario, aunque provenga de un motivo interesado, como el temor al castigo. Esta última parece ser la doctrina más cierta, pues como dice **Alimena**, el desistimiento es siempre bien acogido, incluso cuando se trata del provocado por el miedo a la pena, pues si la pena obra como coacción psicológica, no puede menos de afirmarse que su función es sumamente extensa, cuando opera hasta en aquel momento fugaz en que el hombre levanta el brazo armado.

Muchos Códigos Penales, y sobre todo el español y los hispanoamericanos, excepción hecha del chileno, contienen preceptos relativos al desistimiento, puesto que al definir la tentativa dicen que es condición de ésta que no realice todo lo necesario a la consumación del mismo, **por causa que no sea su propio y voluntario desistimiento, o por causas independientes de su voluntad**. Es obvio que, **a sensu contrario**, si el hecho de no haber proseguido cometiendo actos de ejecución se debe a causas dependientes de su voluntad, la tentativa no existe o, **mejor dicho**, no se incrimina al agente que voluntariamente desistió.

En algunos se declara que en caso de desistimiento se penarán, no obstante, los actos ya realizados si éstos constituyen de por sí delito o falta. Este precepto, no sólo tiene el valor de declarar punibles las acciones ya realizadas y que sean constitutivas por sí mismas de delitos o de faltas, sino que resuelve uno de los temas más graves que en la legislación española se contienen. El desistimiento opera como una causa personal que exime de la pena, ya que debe ser justo que solo aproveche a aquel que desiste. Sin embargo, puesto que el Código de España comienza diciendo: *Hay tentativa*. . . , y para que la haya es necesario que se den cuantos requisitos contiene la ya transcrita definición, es natural que si no se prosigue el proceso ejecutivo por causas dependientes de la voluntad del autor, la tentativa **no existe**. Y lo que no existe no puede ser imputado a nadie. Una interpretación literal del texto español llegaría a la conclusión de que cuantos han cooperado en el acto ejecutivo se benefician del desistimiento del encargado de proseguirlo. El aludido precepto, que algunos códigos contienen,

impide esa abusiva hipótesis, ya que sólo queda exento de pena **el que desiste voluntariamente y en cuanto a lo desistido.**

Hasta ahora hemos desenvuelto tan sólo el problema del desistimiento, pero, como antes hemos dicho, también el arrepentimiento eficaz ha de ser considerado.

En la definición de la frustración, y al igual que en la tentativa, queda ésta condicionada a que no se logre la consumación por circunstancias **independientes de su voluntad.** Repitamos lo dicho antes al hablar del mero intento. Si el logro de la consumación se impide por la voluntad del propio agente, el delito frustrado no existe.

Cierto que no podríamos hablar aquí de desistimiento, ya que no es posible desistir de lo que ya hemos terminado. A esta figura que estamos describiendo se la denomina **arrepentimiento eficaz.** *No están las palabras de la ley para ser desechadas sin la correspondiente interpretación.* Confesemos que no hay, en relación a este tema, el expreso dicho de que el arrepentimiento, a semejanza del desistimiento, impide la pena; pero .no es menos exacto que al faltar el requisito final, la frustración desaparece.

Si el médico que ha envenenado a su enemigo le propina en tiempo oportuno el correspondiente contraveneno, es obvio que no podremos decir que la muerte del emponzoñado se impide por causas independientes de la voluntad del envenenador, sino, por el contrario, por causas que dependen de su voluntad. En la hipótesis del arrepentimiento en la frustración, al igual que en el desistimiento en la tentativa, los actos anteriores, que de haber progresado quedarían consumados por el delito ulterior, adquieren toda su realidad y de ellos ha de responder el agente, salvo si la tipicidad del caso concreto lo impide.

41.3 PUNICIÓN DEL DELITO IMPERFECTO

En relación a la punibilidad del delito frustrado y de la tentativa, la escuela Clásica, de tipo objetivo, atenúa la penalidad cuando el delito no llegó a perfeccionarse.

Este criterio objetivo de la escuela Clásica se critica por muchos penalistas. La noción del peligro que el delincuente representa se da en igual intensidad en la tentativa y en el delito frustrado que en el consumado, pues la no perfección del mismo se debe a causas independientes de su voluntad. La sociedad debe defenderse contra un fenómeno social: la voluntad rebelde de los criminales y los impulsos de las clases delincuentes, afirmó **Prins.**

La escuela Correccional mantiene un punto de vista espiritualista: que no se castigue más levemente la tentativa sino cuando sea indicio de una culpa menor; esto es, cuando el delincuente no haya hecho aún todo lo que pudiera para conseguir su intento. Ese es el criterio de **Roeder**.

La escuela Positiva mantiene también, sobre este punto, un criterio subjetivo, equiparando la tentativa, y en especial la frustración al delito consumado, cuando el peligro que dimana de unas y otro sea idéntico.

El Código Penal español y la inmensa mayoría de los hispanoamericanos han seguido el principio de rebaja en la frustración y en la tentativa.

41.4 DELITO IMPOSIBLE

Nuestra exposición de la tentativa no puede terminar sin que tratemos **in extenso** del denominado delito imposible, que en Alemania se designa con el título de *tentativa inidónea*, de la que **Manzini** habla distinguiendo inidoneidad y suficiencia.

En principio, cuanto vamos a decir está prefijado, según antes advertimos, puesto que, a nuestro juicio, debe exigirse que los medios de ejecución sean apropiados. Pero el problema ha sido tan discutido y contiene tanta sustancia polémica, que bien merece que se le trate con más detalle.

Ya los viejos jurisconsultos romanos como **Neratio, Pomponio, Ulpiano y Paulo** se ocuparon de los actos delictivos que trataban de cometerse con medios inapropiados. Fue **Feuerbach**, en 1808, quien desarrolló el problema con más detalle y pericia. Le siguen en Alemania, **Jenul**, en 1809, y **Mittermaier**, en 1816. En contra de la punición del delito imposible se pronunciaron otros viejos autores alemanes, como **Kostlin, Halschner, Schwarze**, etc. Como luego veremos, se debe a **Von Buri** la tesis subjetiva en la que se han apoyado los partidarios de castigar el delito imposible.

Ante todo, debemos señalar las tres clases que pueden darse de tentativa irrealizable. La imposibilidad puede estar en los medios: se pretende disparar un arma descargada o se dispara a una distancia a la cual no puede alcanzar el proyectil; se da una sustancia inofensiva creyéndola veneno o un veneno en dosis insuficiente. Otras veces radica en el sujeto pasivo, que no es idóneo: se quiere hacer abortar a una mujer que no está embarazada, se apuñala a un cadáver, se yace con la legítima esposa pensando tener acceso carnal con la del

amigo, se hurtan los bienes propios. Y, finalmente, puede ocurrir que no exista el sujeto pasivo, como si se dispara contra un maniquí tomándolo por un hombre, o no existen valores en la caja.

Como ya dijimos, la penúltima hipótesis se ha asociado a las formas de delito putativo.

Las doctrinas formuladas en la materia pueden sintetizarse en las siguientes:

Conforme al **sistema objetivo** seguido por la dogmática clásica, el daño es un elemento esencial en el delito, dividiéndose aquel en inmediato o directo, que consiste en el mal sensible ocasionado por la violación del derecho, y mediato o moral, que está constituido por la amenaza contra los buenos, el mal ejemplo a los malos y la disminución, en fin, de la pública opinión de seguridad. Pues bien; en la tentativa existe, evidentemente, el daño mediato; pero ¿dónde encontrar el inmediato? **Carrara** asignaba sutilmente las funciones de éste al **perículo corso**, esto es, *un peligro que en un momento dado ha existido verdaderamente como hecho*. El peligro es, pues, un elemento fundamental de la tentativa.

Sobre esta base se asienta toda la doctrina del delito imposible: según que haya o no peligro, así será o no punible la tentativa, y la idea del peligro, aplicada a la idoneidad, divide a ésta en **absoluta y relativa**.

La absoluta tiene lugar cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquellos medios actuaban, hacen imposible, por ley natural, la realización del resultado propuesto, como en el caso tantas veces citado del envenenamiento con sustancias inofensivas. La relativa se verifica cuando los medios o el objeto tenían en sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no tenían, debido a las circunstancias particulares, la virtud suficiente para producido en un caso concreto. Así, por ejemplo, se administra una sustancia efectivamente venenosa, pero en cantidad insuficiente para producir su efecto, o se propina en la cantidad debida, sin producir consecuencias, por ser la víctima de naturaleza inmune a aquel determinado veneno, o en caso de ataque a la persona con arma blanca, si el apuñalado lleva una cota de malla. En la hipótesis del sujeto pasivo inexistente, la imposibilidad será absoluta cuando el sujeto no haya estado nunca en el lugar, y relativa cuando debiera verosímelmente estar allí.

La teoría objetiva lleva el nombre de italiana por su origen en **Romagnosi** y su desarrollo en **Carrara**, si bien fue acogida por los autores franceses clásicos, como **Ortolan**, **Laborde** y **Rossi**, y por la escuela alemana de **Rosenberg** y **Rohland**. La discusión entre idoneidad absoluta y relativa se vincula en Alemania a Feuerbach,

que ofrece exactos ejemplos.

Desde 1872 sostuvo insistentemente **Von Buri** la **teoría subjetiva**. Conforme a ella, **la tentativa se castiga en cuanto significa una manifestación de voluntad**. De otro modo habría que dejarla impune, puesto que carece de resultado, ya que el **pericolo corso** de que hablaban los clásicos no pasa de ser una abstracción, y cualquiera que sea el medio, idóneo o inidóneo, debe castigarse, pues en todo caso revela una intención criminal. Como que en realidad toda tentativa supone un medio u objeto inidóneo en aquel caso y circunstancias dadas, pues si hubiera sido idóneo, el resultado se habría producido necesariamente.

Von Buri parte en realidad, de la falta del resultado en la tentativa, por lo que es inútil, según él, esclarecer la causalidad entre acción y resultado. Como hemos dicho, el peligro, según **Von Buri**, es una pura abstracción objetiva. La esencia de la tentativa es la voluntad de producir un determinado efecto jurídico, y en defecto del peligro, debe basarse el juez en la voluntad del agente. También opina así Ernesto **Delaquis**.

Von Buri hizo una activa campaña en favor de su teoría, que por fin logra imponer en el *Reichgericht*, a partir de la sentencia de 24 de mayo de 1880, con motivo de un infanticidio intentado sobre un niño muerto. Luego prosiguen los fallos de 21 de marzo de 1882 y de 30 de dicho mes del 1883 (ambos de falso juramento) de 11 de junio de 1884 (sobre objeto inexistente), etc. A casos de sujeto pasivo inidóneo se refieren concretamente las sentencias de 10 de junio de 1880 (intento de matar a un hombre ya muerto); de 1 de junio de 1882 (aborto irreal, que también se condena en otra sentencia del siguiente año).

Esta doctrina subjetiva se mantiene también en Francia por **Saieilles, Gallet, Vidal, Garraud, Bernard**, etcétera.

Una nueva doctrina que mitiga los excesos de la teoría intencional, la cual llevaría a castigar inútilmente actos nada dañosos ni peligrosos, ha sido debida a **Garófalo**, quien aplicó a esta cuestión los principios del positivismo. La medida de la penalidad está en la perversidad del agente, y por tanto, si la tentativa es bastante para revelar la existencia de temibilidad en el reo, no hay diferencia entre la imposible y la otra. 10 que habría que investigar, al margen de los medios es, primero, si la voluntad criminal se ha manifestado de una manera no dudosa, y, después, si esta voluntad criminal es peligrosa, porque la perversidad que no lleva a la acción no reclama represión alguna por parte de la sociedad. La elección de los medios puede acusar la falta de energía o la torpeza del agente, como cuando éste se imaginase que le podía envenenar a un hombre con azúcar o sal común, o matarle con un fusil disparado a una distancia inverosímil. En estos casos no habría delito, no ya a

causa de la insuficiencia del medio, sino porque esta insuficiencia es una prueba de que el agente no es capaz de cometer el delito. *Este individuo no tiene más que veleidades de delito, pero en el hecho es inofensivo, por tanto, la represión penal sería absurda.*

La más importante de las **teorías intermedias** es la de **Liszt**. Según él, la tentativa es la manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho y tiene su esencia en el carácter peligroso de la manifestación de voluntad; de donde se deduce que la tentativa no peligrosa no es tal tentativa, y, por consiguiente, no es punible. Hasta aquí parece seguir las huellas clásicas, pero luego señala diferencias que en los más importantes casos prácticos le llevan a las mismas soluciones que la teoría subjetiva. En primer término, el acto no debe ser considerado según una generalización arbitraria, sino que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias especiales que le acompañan: es necesario el peligro concreto. Además, deben apreciarse como pronóstico suplementario las circunstancias cognoscibles o sólo conocidas del autor en el momento de la ejecución, al cual ha de remontarse el juez, y en cambio, no deben apreciarse las circunstancias descubiertas tan sólo por el curso posterior de los acontecimientos. De modo que esta teoría es objetiva en cuanto toma como base la noción del peligro, y subjetiva en cuanto acepta como criterio supletorio las circunstancias que el autor ha conocido o podía conocer. Este ejemplo de **Von Liszt** aclara su pensamiento: *La tentativa de aborto, de parte de una mujer que no está embarazada, es punible cuando la existencia del embarazo no es completamente imposible; la tentativa de dar muerte a un niño que nace muerto es punible si la muerte no es ineludible.*

Esta teoría del peligro concreto del agente es tan seguida que forma la opción común y corriente. Busca, más bien, el aspecto subjetivo que el meramente objetivo, aunque aparezca como *intermedia*. Parte de la posibilidad de producir el hecho, a juicio del autor, si el resultado se le aparece como verosímil. Es evidente que no se comete un asesinato cuando se dispara contra un tronco de árbol, y que nadie puede ser envenenado con agua azucarada. El hombre que en estos casos creyera causar la muerte de otro, tan sólo es un loco más o menos peligroso. *Pero generalmente dice Zürcher, el asunto se presenta de otro modo. El primero no ha disparado sólo a un tronco de árbol, porque en la obscuridad ha creído apuntar al hombre que esperaba; el otro, queriendo envenenar a su enemigo con arsénico, tomó, por inadvertencia, el recipiente que contenía azúcar.* El delito imposible añade **Gautier**, no es una fantasía jurídica. Se trata de casos muy frecuentes y peligrosos: la mujer que creyéndose encinta, sin estarlo, toma un remedio para abortar. ¿Queremos verdaderamente asegurar la impunidad de estas gentes? Constituyen sin embargo un gran peligro para el orden social.

Creemos que Francisco **Blasco Fernández Moreda** es quien de modo más exacto y moderno ha delimitado estos conceptos (**Delito imposible y putativo**, en *La Ley*, mayo 11 de 1956), definiendo así la

tentativa inidónea: . . . *El delito imposible se da cuando la acción típica, a cuya ejecución tiende el designio del autor, no puede iniciarse o consumarse por la inidoneidad 'de origen' de los medios empleados para realizarla, o bien [por] la inidoneidad de igual carácter o la inexistencia del objeto pasivo material sobre el que se emplean.*

No sólo se abarca en esta definición la inidoneidad de medios y la inexistencia del objeto, sino también la tan debatida cuestión de lo absoluto o relativo de dicha inidoneidad. Con acierto, Blasco da el concepto de la primera: *Habrà inidoneidad absoluta, dice, cuando, atendido el propósito del autor y las modalidades de su plan para llevarlo a cabo, los medios empleados o el objeto sobre el cual se empleen sean ordinaria y permanentemente, por esencia o naturaleza material, físicamente ineficientes para causar el resultado criminal pretendido, a no ser que, en atención a circunstancias y condiciones específicas concurrentes en el caso, medios y objeto aparezcan de manera indubitada normal, materialmente aptos al efecto.* Francisco Blasco piensa en el caso del azúcar, que, siendo esencial y naturalmente inocuo y atóxico, resulta susceptible de provocar la muerte de un enfermo de diabetes.

En cuanto al delito imposible por inidoneidad **relativa de los medios**, será de apreciarse en las hipótesis en que el agente, con designios homicidas, intentara envenenar a otro vertiendo en sus alimentos el líquido ordinariamente tóxico conservado en un frasco, cuyo contenido en la ocasión no lo era por habersele transitoriamente, e ignorándolo aquel, vaciado y llenado de agua. También se da imposibilidad relativa en todos los supuestos de **insuficiencia** propiamente dicha de los medios, por ejemplo, dosis insuficientes de veneno, de carga en las armas de fuego o explosivos, etcétera.

Tocante a la **imposibilidad relativa del objeto pasivo material** de la acción, basta pensar en la colocación de una bomba, que estalla cuando se calculó, en la hora en que debía hallarse en el lugar (por ejemplo, en la cama bajo la cual se instaló la máquina infernal) enemiga y deseada víctima, que por un acaecimiento imprevisto no estaba en su casa; o en el supuesto del ladrón que entra en un domicilio para apoderarse de un objeto valioso sin saber que había sido trasladado a la caja fuerte de un banco pocas horas antes.

En la doctrina germánica se ha debatido (véase, por ejemplo, **Schonke, KohlrauschLange, Welzel**, etc), si puede decirse que hay delito imposible, por **inidoneidad del sujeto activo**, en los supuestos en que el autor no reúna la cualidad o cualidades que la ley exige para que los actos que le sean reprochables constituyan delito. **Exempla docent:** la cualidad de juez en la prevaricación, o de funcionario para la malversación de caudales. De acuerdo con Blasco, no creemos que estos casos sean de auténtico delito imposible, sino de ausencia de

tipicidad, por faltar en los hechos la referencia típicamente exigida al sujeto activo de la infracción.

41.5 PUNICIÓN DEL DELITO IMPOSIBLE

Mezger ha distinguido entre el principio de ejecución del designio criminal y el principio de ejecución del hecho delictivo. Este problema así planteado recibe mucha luz. Pero es necesario partir del hecho de que la transformación de un delito en acción contiene **siempre**, si no también el fin, por lo menos un principio de ejecución.

Los Códigos actuales suelen castigar el delito imposible, en atención al peligro que el delincuente representa. A este respecto, podemos distinguir varios sistemas: castigar el **caso de medios inidóneos y dejar impune el de la inexistencia del objeto**, como hizo el viejo Código griego; castigar el caso de tentativa con medios no absolutamente inidóneos, según lo establece el Código italiano; rebajar la pena, como lo hace el Código suizo; **proclamar la impunidad con excepciones**, según el modelo austriaco; declarar **la impunidad cuando no dimana peligro**, según lo vemos en el Proyecto sueco y en el Código argentino, etcétera.

Acaso, la más correcta solución es la que patrocinan **Beling y Longhi**. Según estos autores, la tentativa de un delito inidóneo sirve de índice para declarar la peligrosidad del agente. La Ley española de vagos y maleantes, de 4 de agosto de 1932, sigue este criterio.

41.6 DELITO CONSUMADO

Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra **consumado**.

Es el último momento, o mejor, el penúltimo, en el **iter criminis**. Para **Carrara** consiste en haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado y según **Berner**, se alcanza cuando la acción ha realizado el **Tatbestand**.

Los Códigos Penales no lo definen en la parte general; pero se entenderá por delito perfecto aquel que reúna los requisitos que en cada caso señale la legislación penal. Sin embargo, el artículo 43 del Código toscano decía que *el delito es consumado cuando todos los elementos que componían su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminal de que se trata*. Recientemente, el Código cubano da también una definición general de la

consumación y dice en la letra A del artículo 26 que *se considerará consumado un delito cuando el acto querido por el agente se ha producido en su totalidad de acuerdo con los medios empleados para su ejecución.*

A nuestro juicio, no tiene ventaja alguna dar una definición general del delito perfecto, puesto que éste sólo existe cuando el hecho corresponde a todos los elementos constitutivos del tipo. El delito es perfecto cuando la previsión del tipo legal se convierte en realidad concreta. Por eso la definición genérica se reduce a una mera tautología. No podemos averiguar cuándo un delito está consumado, sin acudir al tipo, que tanta importancia presenta en todo el dominio de la dogmática penal. En la definición de cada una de las infracciones se describe el delito consumado, y el momento de la consumación se verifica cuando el tipo legal encarna en la vida.

Por ello, sólo en atención al tipo podemos establecer la consumación de ciertas infracciones que han dado lugar a infinitas teorías. En los delitos contra la propiedad es inútil discutir sobre si la perfección radica en tocar la cosa o en removerla de lugar o en sacarla de la guarda del dueño. Ello podrá ser importante cuando el legislador trate de hacer un nuevo Código, pero *el intérprete ha de acudir al texto legal.* En varios Códigos Penales hispanoamericanos se emplea, al definir el hurto, el verbo **apoderarse**. A él hay que atender para declarar el hurto consumado, si no queremos divorciar su perfección de la del robo, en el que también habla de **apoderamiento**. Sólo quedarán perfectos estos dos delitos contra la propiedad cuando el agente ha logrado tener en su **poder** la cosa, aunque sea una fracción de segundo. Y está en poder suyo cuando puede disponer de ella, es decir, cuando ya salió de la guarda del propietario. Por eso no se consume el hurto ni el robo, a pesar de que la cosa se traslade de sitio, si el delincuente es perseguido por el dueño a través de calles y esquinas, sin perderlo de vista, hasta capturado al fin.

41.7 DELITO AGOTADO

Cuando, después de perfecto el delito, continúa el desenvolvimiento ulterior con nuevo daño, hasta lograr el fin que el agente se proponía, se dice que el delito está agotado. Ejemplos: en la acusación o denuncia falsa, cuando se obtiene la condena de la víctima; en el hurto, cuando se revende el producto o se aplica a la necesidad del agente, etc. No agotar el hecho es detenerse en la pura violación jurídica; agotarlo es conseguir el propósito que, como resultado final, quería el agente. Es obvio que el que un delito no se agote puede depender de caso fortuito o de arrepentimiento del culpable. A veces, cuando los Códigos dejan gran margen al juzgador para aplicar la pena, puede ser conveniente contemplar el agotamiento de la infracción.

La doctrina del delito agotado se expuso por vez primera por **Faranda** y en 1855 por **Brasanti**. Francisco

Carrara, desde la sexta edición de su Programa, trata en el párrafo 49 *bis* del delito agotado y dice que el delito perfecto es simplemente perfecto o perfecto agotado y que éste existe cuando produce todos los efectos dañinos, como consecuencia de la violación que deseaba obtener el culpable, de tal modo que éste no puede ya impedir las consecuencias dañosas.

A pesar de que hemos dicho que el agotamiento puede y debe ser contemplado por el juez al fijar la pena, dentro de la tasa legal, es lo cierto que esta figura carecía de grande trascendencia jurídica. Sin embargo, al fijar los problemas del concurso aparente de leyes y determinar los casos de consunción nos hemos podido dar cuenta de que a veces el agotamiento nos sirve para demostrar dialécticamente que los actos posteriores de un delito pueden quedar consumidos en su tipo propio. Vender la cosa que hemos hurtado no podrá constituir un nuevo delito, ni siquiera en aquellos países que consideran fraudulento enajenar el objeto que no nos pertenece. Venderlo no es otra cosa que agotar el hurto.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide.

1. ¿En que consiste el iter criminis?
2. Explique brevemente las fases del iter criminis.
3. ¿En que consiste la ideación, deliberación y resolución del delito?
4. ¿En que momento se inicia la fase externa en la preparación del delito?
5. ¿En que consisten los actos preparatorios para la comisión del delito?
6. ¿Cuál es la postura de Garófalo con relación a los actos preparatorios?
7. ¿De un ejemplo de un tipo sui generis como preparación de un delito?
8. ¿Qué se entiende por tentativa?
9. ¿En que se funda la punibilidad en la tentativa?
10. Explique brevemente los elementos de la tentativa.
11. ¿Cuál es el contenido de la teoría de univocidad?
12. ¿En qué momento queda se configura la tentativa?
13. ¿En que consiste el delito imposible?
14. ¿Qué teoría sustenta Von Buri?

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal Parte general (Tomo I)*, 18ª ed., Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asua Luis, *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 3ª ed., México-Buenos aires, Ed. Hermes, 1959.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª. Ed., México, Ed. Cárdenas, 1991.

Dentro de esta unidad se abordarán los conocimientos referentes a la consumación, en cuanto a sus conceptos, elementos y clasificación (delitos instantáneos, continuados, continuado o permanente), y al agotamiento; haciendo en segunda instancia la diferenciación entre consumación y agotamiento.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 16.1. Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.
- 16.2. Elabora un cuadro sinóptico que contenga el concepto, los elementos y la clasificación de la consumación (delitos instantáneos, continuados, continuado o permanente).
- 16.3. Elabora un escrito donde expliques la diferencia entre el agotamiento y la consumación

Objetivo particular:

Describir la consumación y el agotamiento, así como su contenido y clasificación de los delitos en orden a su realización.

CONTENIDOS

- 16.1. Consumación.
 - 16.1.1. Conceptos.
 - 16.1.2. Elementos.
 - 16.1.3. Clasificación: delitos instantáneos, continuados, o permanente.
- 16.2. Agotamiento.
 - 16.2.1. Concepto.
 - 16.2.2. Diferencia entre consumación y agotamiento.

16. A.	JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis Lecciones de Derecho Penal, Tomo 3 Edit. Harla, México 1997. Págs. 331-332.
--------	---

[...] **41.6 DELITO CONSUMADO**

Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra **consumado**.

Es el último momento, o mejor, el penúltimo, en el **iter criminis**. Para **Carrara** consiste en haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado. Y según **Berner**, se alcanza cuando la acción ha realizado el **Tatbestand**.

Los Códigos Penales no lo definen en la parte general; pero se entenderá por delito perfecto aquel que reúna los requisitos que en cada caso señale la legislación penal. Sin embargo, el artículo 43 del Código toscano decía que *el delito es consumado cuando todos los elementos que componían su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminal de que se trata*. Recientemente, el Código cubano da también una definición general de la consumación y dice en la letra A del artículo 26 que *se considerará consumado un delito cuando el acto querido por el agente se ha producido en su totalidad de acuerdo con los medios empleados para su ejecución*.

A nuestro juicio, no tiene ventaja alguna dar una definición general del delito perfecto, puesto que éste sólo existe cuando el hecho corresponde a todos los elementos constitutivos del tipo. El delito es perfecto cuando la previsión del tipo legal se convierte en realidad concreta. Por eso la definición genérica se reduce a una mera tautología. No podemos averiguar cuándo un delito está consumado, sin acudir al tipo, que tanta importancia presenta en todo el dominio de la dogmática penal. En la definición de cada una de las infracciones se describe el delito consumado, y el momento de la consumación se verifica cuando el tipo legal encarna en la vida.

Por ello, sólo en atención al tipo podemos establecer la consumación de ciertas infracciones que han dado lugar a infinitas teorías. En los delitos contra la propiedad es inútil discutir sobre si la perfección radica en tocar la cosa o en removerla de lugar o en sacarla de la guarda del dueño. Ello podrá ser importante cuando el legislador trate de hacer un nuevo Código, pero *el intérprete ha de acudir al texto legal*. En varios Códigos Penales hispanoamericanos se emplea, al definir el hurto, el verbo **apoderarse**. A él hay que atender para declarar el hurto consumado, si no queremos divorciar su perfección de la del robo, en el que también habla de

apoderamiento. Sólo quedarán perfectos estos dos delitos contra la propiedad cuando el agente ha logrado tener en su **poder** la cosa, aunque sea una fracción de segundo. Y está en poder suyo cuando puede disponer de ella, es decir, cuando ya salió de la guarda del propietario. Por eso no se consuma el hurto ni el robo, a pesar de que la cosa se traslade de sitio, si el delincuente es perseguido por el dueño a través de calles y esquinas, sin perderlo de vista, hasta capturarlo al fin.

41.7 DELITO AGOTADO

Cuando, después de perfecto el delito, continúa el desenvolvimiento ulterior con nuevo daño, hasta lograr el fin que el agente se proponía, se dice que el delito está agotado. Ejemplos: en la acusación o denuncia falsa, cuando se obtiene la condena de la víctima; en el hurto, cuando se revende el producto o se aplica a la necesidad del agente, etc. No agotar el hecho es detenerse en la pura violación **jurídica**; agotarlo es conseguir el propósito que, como resultado final, quería el agente. Es obvio que el que un delito no se agote puede depender de caso fortuito o de arrepentimiento del culpable. A veces, cuando los Códigos dejan gran margen al juzgador para aplicar la pena, puede ser conveniente contemplar el agotamiento de la infracción.

La doctrina del delito agotado se expuso por vez primera por **Faranda** y en 1855 por **Brasanti**. Francisco **Carrara**, desde la sexta edición de su **Programa**, trata en el párrafo 49 *bis* del delito agotado y dice que el delito perfecto es simplemente perfecto o perfecto agotado y que éste existe cuando produce todos los efectos dañinos, como consecuencia de la violación que deseaba obtener el culpable, de tal modo que éste no puede ya impedir las consecuencias dañosas.

A pesar de que hemos dicho que el agotamiento puede y debe ser contemplado por el juez al fijar la pena, dentro de la tasa legal, es lo cierto que esta figura carecía de grande trascendencia jurídica. Sin embargo, al fijar los problemas del concurso aparente de leyes y determinar los casos de consunción nos hemos podido dar cuenta de que a veces el agotamiento nos sirve para demostrar dialécticamente que los actos posteriores de un delito pueden quedar consumidos en su tipo propio. Vender la cosa que hemos hurtado no podrá constituir un nuevo delito, ni siquiera en aquellos países que consideran fraudulento enajenar el objeto que no nos pertenece. Venderlo no es otra cosa que agotar el hurto.

16. B. PAVÓN, Vasconcelos Francisco
Derecho Penal Mexicano
16ª Ed.
Edit. Porrúa, México 2002.
Págs. 269 – 277.

[...] 11. CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO

El propio PORTE PETIT, en su *Programa de la parte General del Derecho penal* clasifica el delito, en orden al resultado, de la siguiente manera:

Clasificación del delito
en orden al
resultado

- a) Instantáneos.
- b) Instantáneos con efectos permanentes.
- c) Permanentes.
- d) Necesariamente permanentes.
- e) Eventualmente permanentes.
- f) Alternativamente permanentes.
- g) Formales.
- h) Materiales.
- i) De lesión.
- j) De peligro

12. DELITOS INSTANTÁNEOS

En el delito instantáneo la acción, expresa CASTELLANOS TENA, *se perfecciona en un solo momento*.⁹ Para nosotros es delito instantáneo aquel en el cual *la consumación y el agotamiento del delito se verifican instantáneamente*.

⁹ *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, p. 137, Ed. Porrúa. 10ª Edición. México, 1976. "Se entiende por delitos *instantáneos* - dice COUSIÑO MAC IVER- aquellos que se perfeccionan en un momento, o sea que se consuman y agotan en una fracción de tiempo inapreciable temporalmente y que, por ende, se encuentran terminados con la actuación y su efecto; como, por vía de ejemplo, en el falso testimonio, en que el hecho punible está acabado desde el momento en que se presta la declaración mendaz, o en el hurto y robo en que el delito se perfecciona con la apropiación de la cosa De resultados de lo dicho. para los efectos de calificar el delito como instantáneo, no tiene mayor importancia la circunstancia de que, en un caso determinado, el agente activo haya realizado diversas y variadas acciones para consumarlo, v. gr., si el homicida con el fin de dar muerte a su víctima le ha dado dosis sucesivas y acumulativas de veneno. Lo único verdaderamente importante es el estudio del tipo descrito por la ley: en él caso del homicidio, el verbo rector es *matar* a otro y la muerte sobreviene en un momento inapreciable, por lo cual es un delito instantáneo". *Ob. cit.*, pp. 316-317.

Para elaborar un concepto sobre el delito instantáneo, la doctrina ha seguido los siguientes criterios:

- a) Uno que atiende a la *consumación* del delito, y
- b) Otro que se refiere a la *destrucción del bien jurídico*.

Ambos criterios pueden ser útiles, aun cuando, como es fácil apreciar, la definición apuntada atiende al criterio de la *consumación*, el cual es adoptado por BETTIOL al afirmar que el carácter instantáneo no se determina por la instantaneidad del proceso ejecutivo sino de la consumación. El mismo BETTIOL hace notar que por regla general son delitos instantáneos aquellos en los cuales la acción recae sobre bienes de naturaleza destructible.¹⁰

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en Materia Federal, elaborado en 1958, en cuya Comisión tuvimos el honor de figurar, recoge el concepto de delito instantáneo dado por RANIERI al expresar en su artículo 10: "El delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos", concepto que atiende, en forma evidente, al criterio de la consumación.

De la definición apuntada desprendemos, con PORTE PETIT, que son elementos del delito instantáneo:

- a) Una conducta, y
- b) Una consumación y agotamiento instantáneo del resultado.

A través de las reformas y adiciones hechas en 1983 al Código Penal del Distrito Federal, de aplicación federal, se recogió en la fracción I del artículo 7 el concepto de *delito instantáneo* que se había consignado anteriormente en el artículo 10 del Anteproyecto del Código Penal de 1958, ya que el vigente precepto quedó redactado de la siguiente manera: "*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales (...). El delito es: I. Instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos*

¹⁰ *Derecho Penal. Parte General*, p. 470. Ed. Témis, Bogotá, 1965. Versión castellana de José León PAGANO sobre la 4a. edición italiana. Como ejemplo, menciona BETTIOL el homicidio, que con frecuencia requiere un proceso ejecutivo que se desenvuelve en fases sucesivas. Sin embargo, a su entender lo que determina el carácter *instantáneo* de ese delito "es la imposibilidad de que la lesión del bien jurídico dure en el tiempo". En efecto, aduce que el homicidio es instantáneo "porque la destrucción de la vida de un hombre no puede prolongarse en el tiempo, ya que hay un momento en que el hombre pasa de la vida a la muerte y precisamente en ese momento se consuma el homicidio.

La consideración meramente abstracta de las figuras delictivas -concluye- no puede proporcionar siempre un criterio seguro para establecer el carácter instantáneo o permanente del delito. Es necesario atender a la naturaleza del bien tutelado. En general, son instantáneos aquellos delitos que tienen como objeto jurídico bienes destructibles". *Ob. cit.*, p. 470-471.

constitutivos (...j".

13. DELITOS INSTANTÁNEOS CON EFECTOS PERMANENTES

Son aquellos en los cuales permanecen las consecuencias nocivas. SOLER, al referirse a esta clase de delitos expresa: "Habrá pues, delitos instantáneos en su acción y en sus efectos, y serán aquellos que tras su momento consumativo no dejan más alteración que la lesión jurídica aún no reparada por una condena, como en los delitos que BELING llama de pura actividad. Pero habrá también delitos *instantáneos de efectos permanentes* y éstos, que tan comunes son, deberán ser cuidadosamente distinguidos de los verdaderos delitos permanentes, en los cuales lo que permanece no es un mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación".¹¹

Algunos autores, como PETROCELLI: niegan la utilidad de esta clasificación y del esfuerzo hecho para diferenciar al delito instantáneo con efectos permanentes del simplemente instantáneo pues, según su decir, la permanencia de los efectos carece de importancia en el ámbito del Derecho punitivo, observación no del todo inexacta, en nuestro criterio, aun cuando la utilidad de la clasificación es manifiesta en el campo de la doctrina.¹²

4. DELITOS PERMANENTES

Frente al delito instantáneo se coloca al delito *permanente*, también denominado *continuo o sucesivo*.¹³

"*Permanente* es el delito de consumación indefinida, el delito que dura (Dauerverbrechen), cuyo tipo legal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar"¹⁴ SOLER argumenta que "puede hablarse de delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Por ello se dice que existe delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación' y, cuando eso no puede hacerse, se tiene, en cambio, un delito de efectos permanentes"¹⁵ Por su parte, MEZGER sostiene que los delitos permanentes "son aquellos' en los que mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo se crea un ulterior estado antijurídico duradero, como, por ejemplo, en las detenciones ilegales del parágrafo 239 del Código." ¹⁶

¹¹ *Derecho Penal Argentino*, I, p. 274, Buenos Aires, 1951.

¹² *Principi di Diritto Penale*, p. 291, Napoli, 1950.

¹³ La última denominación es usada por CARRARA, *Programa*, parág. 52.

¹⁴ G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, 1, p. 373, Ed. Témis, Bogotá, 1954

¹⁵ *Ob. cit.*, I, p. 275.

¹⁶ *Tratado de Derecho Penal*, 1, p. 395, Madrid, 1955, Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ.

De las definiciones apuntadas extraemos como elementos del delito permanente:

- a) Una acción u omisión, y
- b) Una consumación duradera creadora de un estado antijurídico.^{16 bis}

Sirven de ejemplo de delitos permanentes los tipos delictuosos recogidos en los artículos 335, 336, 364, 366, 384 Y 395 fracciones I y II del Código Penal. En ellos, como expresa el nuevo texto del artículo 70., fracción II del c.p. el delito es: "*Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo*", en contraste con el instantáneo en que, como lo precisa la fracción I del mismo precepto, "la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos".

La acción o la omisión constituyen la exteriorización de la voluntad criminal y su consecuencia es la creación de un estado antijurídico que se prolonga, por más o menos *tiempo*, el cual coincide con la consumación duradera. Este segundo elemento, al que alude PORTE PETIT (consumación duradera), comprende tres fases o momentos: a) el *momento inicial* (compresión del bien jurídico protegido en la ley); b) el *periodo intermedio* (el cual comprende desde la compresión del bien hasta *antes* de la cesación del estado antijurídico) y e) el *momento final* (cesación del estado antijurídico),¹⁷ distinguiendo al *delito* permanente del instantáneo como ya lo observó SOLER. Mientras en éste la consumación es instantánea, en aquel la consumación perdura, existe un *periodo de consumación*, durante todo el cual el *delito se está consumando*. "Así como al verificarse el resultado la acción puede considerarse concluida, por cuanto ha consumado su *iter*, así el delito permanente tiende a tomar una apariencia de quietud, de inmovilidad propia del acabamiento *completo*. Esta apariencia dio a CARRARA la

^{16 bis} A BETTIOL le parece más delicada la determinación del concepto del delito *permanente* que la del delito instantáneo, cuestión que la ley toma en consideración, con cierta frecuencia, para establecer criterios respecto a la operancia del fenómeno de la prescripción y de la competencia territorial, y con referencia a VANNINI aduce que la naturaleza de ambas clases de delito "debe surgir exclusivamente de la formulación del precepto penal, sin ninguna relación con la naturaleza de los bienes ofendidos por la actividad delictuosa. Sólo de la configuración de la tipicidad se podría deducir si la consumación de un delito debe producirse instantáneamente o puede perdurar a lo largo de cierto período. Sin embargo, esta opinión tiene carácter formalista y olvida que la expresión formal de la tipicidad está siempre en relación con el contenido de la norma. Si bien es cierto -sigue diciendo BETTIOL- que el legislador es poderoso, también lo es que no alcanza la omnipotencia, en el sentido de que no puede convertir lo blanco en negro y viceversa, porque cuando la naturaleza del bien tutelado no consiente ser comprimida sino destruida, no es posible que en la norma se caracterice como permanente un delito que tiene por objeto un bien que no admite otra alternativa fuera de la de existir o no existir, cuando desaparecen las condiciones ambientales normales". Concluyendo su idea, BETTIOL sostiene que en su raíz el delito permanente individualiza un bien jurídico que no puede por su naturaleza ser destruido o disminuido, sino sólo obstaculizado en su goce o ejercicio, como ocurre en el delito de secuestro de persona, de donde, en su opinión, advierte que únicamente los bienes inmateriales, que pueden ser objeto de "compresión" y los materiales "destruibles", son protegidos en los delitos permanentes. Pero es más, agrega, no basta para que se dé esta clase de delitos el que tengan como objeto un bien "comprimible", siendo además preciso ver cómo la naturaleza del bien se refleja en la norma. En fin, para que haya delito permanente, aduce, "es preciso que el agente esté en condiciones de hacer cesar el estado antijurídico de compresión del bien, determinado por la acción. La norma jurídica, en tales supuestos, se desdobra en dos imperativos: el primero dirigido a prohibir todo comportamiento que pueda determinar la compresión del bien, y el segundo, a ordenar una acción para que el estado de compresión del bien cese". *Derecho Penal. Parte General*, pp. 471-472.

¹⁷ Apuntamientos, I, p. 388.

impresión de que el delito permanente tiene en sí algo negativo. 'Cuando el delincuente – observa persevera en los conciliábulos rebeldes, en el disfrute de la posesión usurpada, en la detención injusta del ciudadano, en el abuso doloso de las cosas ajenas, esa prosecución del delito, aunque muestra la perseverancia de un ánimo malvado, no desarrolla, sin embargo, ulteriores violaciones a la ley. La prosecución consiste más bien en mantener vivos los efectos del primer delito de un modo casi *negativo*, y no en la renovación de una acción, en que haya verdaderamente una segunda infracción a las leyes'. Esta observación será psicológicamente aguda, pero no *tiene* importancia jurídica. Aunque sea verdad que, durante la permanencia, el agente no hace nada más de lo que hizo al ejecutar la acción, no es de ningún modo cierto que no haga nada, pues continúa violando la ley. No ejecuta una segunda violación, porque persiste en la primera. El que secuestra a una persona, no necesita secuestrarla por segunda vez, pero, al tenerla en estado de privación de la libertad personal, persiste voluntariamente en la acción inicial, que es una acción esencialmente positiva".¹⁸

La idea de CARRARA que apunta la existencia de una fase negativa ha dado origen a la *concepción bifásica* del delito permanente, según la cual en estos delitos existen dos fases distintas: una *activa* (en los delitos de acción), identificada con el movimiento corporal que agota la actividad típica (el acto de ocupación de un inmueble ajeno) y la otra *omisiva* consistente en la no remoción, por parte del agente, del estado antijurídico creado con su acción. Frente al anterior criterio ha surgido la *concepción monofásica* del delito permanente que ve en él una acción o una omisión cuyos efectos se prolongan en el tiempo por continuarse la violación al bien jurídico. Así, en el delito comisivo, la acción que viola la norma prohibitiva creando un estado antijurídico por la compresión del bien jurídico tutelado, se continúa durante todo el tiempo en que tal estado no ha sido removido. En el delito omisivo sucede exactamente lo *mismo*: una conducta omisiva, violatoria de una norma preceptiva, que contiene un mandato de hacer o de obrar, crea el estado antijurídico y la propia omisión, al continuarse en el tiempo, impide la remoción de ese estado.¹⁹

¹⁸ G. MAGGIORE, *Ob. cit.* p, 374

¹⁹ Con relación a la concepción monofásica, PORTE PETIT advierte que puede basarse en una sola conducta *comisiva*, o bien en una *omisiva*, y que de acuerdo con el primer punto de vista el delito existe mientras la *conducta positiva* continúa violando el bien que la norma penal protege, dándose permanencia de la acción, lo que sintetiza de la siguiente manera: delito permanente comisivo = conducta comisiva con violación de una norma prohibitiva y compresión del bien protegido por la ley. En cambio, tratándose del delito *permanente omisivo*, la conducta omisiva es violatoria de una norma preceptiva que origina la compresión del bien protegido por la ley, sin la remoción del estado antijurídico creado por la conducta omisiva. Por último, en la concepción bifásica o delito *permanente comisivo* y *omisivo*, su primera fase consiste en una conducta *comisiva* con violación de una norma *prohibitiva* que origina la *compresión* del bien protegido por la ley, en tanto su segunda fase comprende una conducta *omisiva* que consiste en la *no remoción* del estado antijurídico. Con referencia a esta cuestión del delito permanente, LEONE considera que la ley que lo recoge contiene un primer precepto que ordena o prohíbe una determinada acción, y un segundo que, ordena la remoción del estado antijurídico creado con la violación de ese primer precepto, esto es, que el segundo precepto está condicionado al primero "en el sentido de que entra en funciones en la medida en que el primero es desobedecido", como ocurre en el delito de privación ilegal de libertad: el primer precepto prohíbe privar a cualquiera de su libertad personal, en tanto el segundo ordena, en el caso restituida. RANIERI pretende poner las cosas en su sitio y niega que en el delito permanente se dé una conducta *mezcla* de *acción* y de *omisión* resultante de una fase anterior de *conducta positiva* y de una fase posterior de *conducta negativa u omisiva*, ya que la conducta posterior puede consistir en la

Ahora bien, ¿quién hace cesar el estado antijurídico? En ocasiones es el propio agente o *sujeto activo*; tal sucede, por ejemplo, cuando pone en libertad a la persona a quien previamente había privado de ella. En otras es el propio *sujeto pasivo*, como cuando éste, sustrayéndose a la vigilancia del custodio, recupera la libertad de la cual había sido privado injustamente. En algunos casos puede ser *un tercero*, como sucedería si debido a la intervención de la autoridad la víctima recuperara su libertad. Por último, el estado antijurídico puede ser removido como consecuencia de la intervención ciega de *fuerzas de la naturaleza* o de animales: un ejemplo lo sería el caso de un rayo que abriera el recinto cerrado en cuyo interior estuviera la persona privada de libertad y ésta pudiera escapar.

Interesante problema es determinar en qué momento se consuma el delito permanente. Para algunos *el momento consumativo es aquel en que tiene lugar la compresión del bien jurídico*, criterio inaceptable porque desconoce, como afirma LEONE, que la consumación continúa después de iniciada dicha compresión. Otros afirman que tiene lugar *cuando cesa dicha compresión* pero este criterio olvida que en tal situación el delito ya ha cesado y, por otra parte, resultaría indiferente todo el periodo anterior a aquel en que se verifica la cesación. Una tercera posición, compartida por nosotros, estima que no hay un momento consumativo sino *un período de consumación* que va desde el inicio de la compresión del bien hasta la cesación de la misma y por tanto en todo ese período el delito se está consumando. De acuerdo con esta teoría no existe un momento, sino *un período consumativo* que abarca tres momentos de ese período: uno inicial que comprende a la compresión del bien jurídico protegido en la ley; uno intermedio: entre la compresión del bien hasta antes de la cesación del estado antijurídico; uno final: cesación de ese estado.²⁰

Hemos abordado la cuestión de precisar si *existe* o no un período consumativo en el delito permanente en razón de que la solución adoptada resulta de vital importancia para aclarar problemas tan importantes como el de determinar el tiempo y lugar de comisión del delito y, en consecuencia, cuándo empieza a correr el término de la prescripción; la competencia del tribunal que ha de juzgar el caso y, por último, el carácter con el cual interviene un tercero en el delito.

continuación de la acción anterior, al no llevarse a cabo la conducta que haría cesar el estado antijurídico duradero, o bien seguir omitiendo, como en los delitos omisivos permanentes. Ahora bien, como en los delitos permanentes tiene relevancia no sólo la violación antijurídica inicial (acción u omisión) sino su permanencia en el tiempo, adquiere importancia el *deber jurídico* de hacer cesar el estado de antijuricidad, el cual se viola con la conducta posterior. "Por esto, -dice RANIERI-, debe sostenerse que la norma que prevé un delito permanente contiene un *precepto doble*, que se reduce a una prohibición (en los delitos permanentes comisivos) o a un mandato de acción (en los delitos permanentes omisivos) y a un mandato de acción o a una prohibición de acciones posteriores, para que se suspenda el estado antijurídico". C. PORTE PETIT, *Apuntamientos*, I, pp. 388 a 390, Octava edición, Porrúa, 1983; LEONE: *Del reato abituale, continuato e permanente*, p. 392, Napoli, 1933; S. RANIERI: *Manual de Derecho Penal*, I, pp. 327-328, Ed. Témis, Bogotá, 1975, Versión castellana de Jorge GUERRERO a la 4a. edición italiana.

²⁰ C. PORTE PETIT. *Ob. cit.*. P. 392.

Si afirmamos la existencia de un período consumativo, es indudable que mientras el mismo perdura no corre el término de prescripción de la acción penal, y como el delito se está cometiendo momento a momento, cualquier persona, aun sin mandamiento judicial, puede intervenir haciendo cesar el estado antijurídico mediante la aprehensión del culpable, pues estaríamos en presencia de un *delito flagrante*.

La intervención de un tercero, con posterioridad a la consumación, en el delito instantáneo, integra la figura específica de encubrimiento, salvo que el acuerdo hubiera sido previo, en cuya hipótesis habrá encubrimiento como forma de participación, conforme al artículo 13 fracción VII del Código penal. En el delito permanente dicha intervención, coetánea al período consumativo, no integra la figura típica de encubrimiento, aun cuando se haya ya realizado la acción y -la omisión, sino un concurso *eventual* de sujetos o *participación criminal*, pues el delito se estaría cometiendo y en esa virtud se participaría en su consumación. Sobre esta cuestión, SOLER estima: "Por ella asumen distinto carácter las participaciones de terceros en las acciones posteriores al acto inicial, pues la que se presta en un delito instantáneo sólo será encubrimiento, mientras que él que participa en un delito permanente, durante la permanencia, participa en la consumación y será coautor o cómplice, según el caso. Por otra parte, en el delito permanente: será posible la legítima defensa después del acto inicial de consumación, pues todos *los* momentos subsiguientes son igualmente antijurídicos: en un delito instantáneo, claro está, ello no sería posible".²¹

Al igual que el delito instantáneo, el *delito permanente* se encuentra previsto en la ley, desde las reformas penales de 1983, vigentes a partir del 12 de abril de 1984, adoptándose el criterio de la *consumación*, pues la fracción II del artículo 7° declara: "*El delito es: II Permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo (...)*", dispositivo que encuentra adecuada complementación en lo dispuesto en el artículo 102 fracción IV del Código Penal, el cual declara: "*Los términos de la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará él delito en sus modalidades, y se contarán: IV. Desde la cesación de la consumación en el delito permanente*", dando con ello solución expresa a los casos prácticos en lo referente a la prescripción de la acción persecutoria y base legal para la adecuada resolución de otros problemas importantes, como los de la sucesión de leyes y de la competencia de los tribunales.

15. DELITOS NECESARIAMENTE PERMANENTES

"Es delito necesariamente permanente *aquel que requiere para su existencia un resultado antijurídico*

²¹ *Ob. cit.*, 1, p. 276.

permanente".²²

Esta clasificación atiende a la naturaleza del delito el cual requiere, en *forma necesaria*, la persistencia del estado antijurídico representado por la compresión del bien jurídico. Tal es el criterio compartido por nosotros con MAGGIORE y PANNAIN: el primero afirma que la permanencia "es necesaria, si la prolongación indefinida de la acción ha *sido* supuesta por la ley como elemento esencial del delito" ²³ y el segundo expresa que en estos delitos "es absolutamente necesaria una actividad, positiva o negativa, prolongada por un tiempo más o menos largo".²⁴

16. DELITOS EVENTÚALMENTE PERMANENTES

Contrariamente a lo que sucede *en* el delito necesariamente: permanente, en el *eventualmente permanente* no se requiere la permanencia de la consumación, pero ésta puede darse en forma eventual. Son delitos eventualmente permanentes -expresa RANIERI-, aquellos en que no se exige la *persistencia* para que existan, pero si dicha persistencia se verifica se tiene *un solo delito* y no varios en concurso o en continuación, como ocurre en el de usurpación de funciones públicas a que alude el artículo 347 del código italiano.²⁵ ANTOLISEI por su parte, individualiza a los delitos *eventualmente permanente* como aquellos en los cuales la persistencia del estado antijurídico no es esencial, pero si existe no da lugar a una multiplicidad de delitos, sino a un solo delito. En fin, MAGGIORE expone que el delito es eventualmente permanente cuando típicamente instantáneo se prolonga indefinidamente en algunas circunstancias.²⁶

17. DELITOS ALTERNATIVAMENTE PERMANENTES

"Respecto al delito *alternativamente permanente*, PANNAIN recuerda que SABATINI añade la categoría de los delitos alternativamente permanentes, en los cuales se descubre una conducta culpable completamente diversa de la otra, como cuando se trata de raptó, que puede ser *instantáneo* en caso de que el agente ponga en libertad a la persona y *permanente* en caso de que la retenga".²⁷

Por nuestra parte negamos la existencia de los delitos denominados alternativamente permanentes, pues o

²² PORTE PETIT, *ob. cit.*, 1, p. 393.

²³ *Ob. cit.*, p. 295.

²⁴ Manuale di Diritto Penale, p. 235, Roma, 1952.

²⁵ *Ob. cit.*, 1, p. 329

²⁶ ANTOLISEI, *Ob. cit.*, p. 186; MAGGIORE, *Ob. cit.*, I, p. 295.

²⁷ Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, 1, p. 217, edición 1960.

bien el delito es por su naturaleza instantáneo y en forma eventual puede convertirse en permanente, o es necesariamente permanente.

CAPITULO XXV

CONSUMACIÓN Y AGOTAMIENTO DEL DELITO

SUMARIO

1. ¿Qué es la consumación?-2. Consumación en el delito continuado.3. Consumación en el delito permanente.-4. El agotamiento del delito.

1. ¿QUÉ ES LA CONSUMACIÓN?

Afirma un sector de la doctrina penal que el delito se ha *consumado* al producirse la *lesión jurídica*, originada en la producción del *resultado*, cuando el tipo así lo precisa, o cuando a virtud de la conducta humana se genera *peligro* contra un determinado bien jurídico. Sin acudir al criterio de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, puede igualmente considerarse consumado el delito al realizarse *todos los elementos constitutivos del tipo penal*. Así, habrá homicidio consumado cuando se produce la muerte, acontecimiento causal de la acción violenta ejercida por el agente en el cuerpo de la víctima y que satisface los elementos descriptivos del artículo 302 del Código penal.¹

CARRARA, al referirse al grado de *la fuerza física* del delito, afirmaba que desde un punto de vista subjetivo, dicha fuerza tiene su elemento "en el movimiento del cuerpo del agente", pero objetivamente tiene su resultado en la *violación* material de la ley, o sea en el *daño inmediato*. Por su parte, BETTIOL se refiere a los elementos esenciales y accidentales del delito, que en la doctrina se suelen contraponer cuando se trata del *delito perfecto* y del *delito imperfecto*, siguiendo en este punto la terminología del ilustre CARRARA. El autor citado en primer término considera que la *consumación* del delito supone que en el hecho concreto realizado se reúnen *todos los elementos* señalados en la *tipicidad abstracta*, por lo que el delito queda consumado "cuando tipicidad concreta y tipicidad abstracta coinciden entre sí perfectamente", entrando en este concepto el requisito de la *lesión a un bien jurídico*, de manera que "se puede llamar consumado el delito cuando en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión efectiva o potencial, del interés protegido",

¹ Otro criterio pretende que el delito se consuma cuando se *destruye* el bien jurídico (vida en el homicidio) o cuando simplemente se *lesiona* (disminución patrimonial en el robo), distinguiendo estas formas de consumación de aquella en que simplemente se pone en *peligro* el bien tutelado por la norma violada.

sin que sean necesarios aquellos elementos que sólo *condicionan* la punibilidad.²

En cuanto a nosotros toca, en otro sitio expresamos que el delito se ha *consumado* cuando produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión jurídica; hay consumación, expresamos entonces, "en tanto el hecho ilícito querido se produce mediante la integración de sus elementos esenciales".³ Lo anterior implica, como lo ha expresado RODRÍGUEZ DEVESA, que son determinantes las *características legales* del hecho, como son el resultado sí se trata de un delito material, el incumplimiento del deber de actuar, si el delito es de omisión propia, etc.⁴

Por lo tanto, resulta importante destacar, como lo ha hecho la doctrina de la materia, que el momento consumativo varía según el delito de que se trate o de su categoría, de manera que ello dependerá fundamentalmente de la estructura que el mismo tenga en la ley. De lo anterior se advierte que distinto será el momento consumativo sí se trata de un delito de mera *conducta* que de un delito *material*, e igualmente si se está en presencia de un delito *instantáneo* o de un delito *permanente*, etc.

2. CONSUMACIÓN EN EL DELITO CONTINUADO

Variados criterios se han sustentado en relación al momento consumativo del *delito continuado*. Un primer criterio sobre la cuestión se orienta hacia la *negación de un momento consumativo* en el delito continuado, al sostener que si se atiende a su estructura y naturaleza, a cuyo efecto debemos recordar que el mismo se integra con una *pluralidad de conductas*, tanto activas como omisivas, las cuales estimadas en sí mismas constituyen delitos perfectos aunque separados en el tiempo unas dé otras⁵ (lo que lleva a algunos autores a establecer el carácter *discontinuo* entre ellas), *no es posible concebir en él una consumación*, ya que como bien expresa LEONE, en la continuación habrá tantos momentos consumativos como tantos sean los delitos que estén en continuación, lo que 10 lleva a considerar que *no existe un momento consumativo* en el delito continuado (*Del*

² BETTIOL, *Derecho Penal. Parte General*, p. 468. Ed. Témis, Bogotá, 1965. Trad. José LEÓN PAGANO.

³ Francisco PAVÓN VASCONCELOS, *Diccionario del Derecho Penal*, pp. 241-242, Editorial Porrúa, México, 1997. En idéntico sentido Sergio GARCIA RAMÍREZ, al afirmar que existe *consumación*. con todas sus 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". *Derecho Penal*. p. 79. McGraw Hill Interamericana editores, 1998.

⁴ *Derecho Penal Español*. Parte general, p. 727. Séptima edición, Madrid. 1979.

⁵ No es posible establecer de antemano, dice SOLER, el lapso que debe existir entre una y otra acción, resultando evidente que cuando tales acciones se encuentran ampliamente *separadas* en el tiempo, ello parece negar la existencia de continuación entre ellas e incluso es índice para negar la presencia de un delito continuado. Es erróneo, dice, que para que exista continuación deba existir unidad en el tiempo, pues la continuidad, como dice CARRARA, se deduce precisamente de la discontinuidad de las acciones, pues cada una de ellas es perfecta; la acción se concluye para empezar después de un intervalo de tiempo, agregando el autor argentino que "cuando las acciones se desarrollan en tiempos lejanos o en lugares distintos, negaremos la existencia de la continuación, porque ello puede indicar la necesidad de una resolución nueva". *Derecho Penal Argentino*, 11, p. 350. T.E.A. Buenos Aires, 1951. Primera reimpresión.

reato abituale, continuato e permanente, pág. 335, Napoli, 1933).

Este criterio de la carencia de consumación propia, en síntesis, se apoya en la circunstancia de que el delito continuado consta de una *pluralidad* de conductas y por ello de una *pluralidad de resultados*, y si se pretende la unidad del delito, ello destruye la entidad de cada uno de los delitos cometidos, lo cual lleva a considerar que el delito continuado carece por ello de un particular resultado, por lo que no puede hablarse de una consumación propia.

Un segundo criterio pretende que la consumación del delito continuado se verifica al realizarse la *última de las acciones* que lo integran, siendo hasta entonces cuando se comete el delito. La idea que priva en este criterio es que si el delito se forma de varias conductas o acciones que producen un *idéntico resultado*, la consumación del delito como una unidad, que comprende la suma de todos los resultados, sólo tiene lugar cuando se comete el último de ellos.

Un tercer criterio sostiene que como el delito continuado se integra con una *pluralidad* de conductas unidas con un *mismo propósito* (unidad de propósito) y con *identidad de lesión jurídica*, lo que establece que existiendo varios delitos, para los efectos penales deben ser considerados como un solo delito, *existirá consumación* no cuando se consuman cada uno de los diversos delitos que lo conforman, ni tampoco cuando se comete el último delito sino durante *todo el período* en que se dé la consumación discontinua de los delitos particulares que lo constituyan. Explicando la idea, PORTE PETIT CANDAUDAP expresa que un delito se consuma cuando se integran los elementos del mismo y por ello, existiendo unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, respecto de una pluralidad de conductas, "*comenzará el período consumativo del delito continuado desde el momento que exista pluralidad de conductas*. En otros términos -aclara el maestro mexicano-, dada la especial estructura del delito continuado, *el período consumativo será más o menos largo, pero discontinuo*, a diferencia del delito permanente en el que existe un período consumativo continuo" (*Programa de Derecho Penal. Parte General*. p. 807. Tercera edición, Editorial Trillas, México, 1990).

3. LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO PERMANENTE

Frente a los delitos *instantáneos* en que la consumación es completa y perfecta en el momento mismo en que "se realizan todos sus elementos constitutivos", el delito *permanente* se caracteriza por no tener un preciso momento de consumación, pues al iniciarse ésta se crea un estado antijurídico de violación a la ley, surgido por la conducta voluntaria del agente, lo que origina que dicha consumación *se prolongue en el tiempo* y sólo se agote

cuando dicha violación cesa.

Como con toda claridad lo explica RANIERI, en los delitos permanentes el hecho lo caracteriza el *estado antijurídico duradero* que lo prolonga en el tiempo la conducta del sujeto, quien por ello lo puede hacer cesar, siendo por tanto sus elementos: a) la *prolongación* en el tiempo del *estado antijurídico* que sigue al comienzo de la consumación, y b) la circunstancia de que dicha prolongación *depende* de la conducta voluntaria del autor, quien por ello puede hacerla cesar,⁶ cuestiones éstas y otras relacionadas que quedaron ampliamente explicadas en el capítulo VII de la Sección correspondiente a la Teoría del Delito, a la cual nos remitimos.

4. EL AGOTAMIENTO DEL DELITO

Si la *consumación*, como lo hemos visto, es la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal, el *agotamiento* debe consistir en la obtención por al autor del delito de los objetivos perseguidos con su conducta, y de ello precisamente surge la idea de que la consumación debe *preceder* al agotamiento. Aunque ordinariamente así ocurre, lo que ha llevado a ZAFFARONI a considerar "*frecuente que la consumación formal y el agotamiento material se distancien*", dando lugar a un período en que el delito está consumado, pero no agotado,⁷ existen situaciones que "pudieran" hacer pensar en que aquel fenómeno no siempre ocurre de esa manera, esto es, que la consumación sea anterior al agotamiento, como los casos de ciertos delitos a los que, invocando a JESCHECK, alude el propio ZAFFARONI, entre los que destacan, para no señalar más, los delitos de *intención* en que el tipo *adelanta* la consumación, así como los delitos *continuados*.⁸ En efecto, volvemos aquí a la idea expuesta al principio de que la consumación depende de los propios elementos del tipo y no precisamente de que el agente haya obtenido la meta perseguida, y si para las diversas figuras legales existe un determinado momento de consumación a él debe atenerse el intérprete o aplicador de la ley.

El caso del *hecho posterior* a la consumación puede ser contemplado como *impune*, si guarda relación de *consumación* con el hecho consumado, pero si ello no es así no puede ser considerado como situación excluyente de punibilidad, por cuanto su *tipicidad* resulta del todo independiente del hecho anterior.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

⁶ *Manual del Derecho Penal, Parte General*, 1, pp. 325 a 329, Editorial Térmis, Bogotá, 1975. Trad. de Jorge GUERRERO, a la Cuarta edición italiana.

⁷ *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, IV, p. 418, Ediar editores, Buenos Aires, 1982.

⁸ *Ob. cit.*, 1, p. 419.

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide.

1. ¿En que consiste el delito consumado?
2. ¿En que consiste el delito agotado?
3. ¿En que consiste la consumación en el delito continuado?
4. ¿Qué se entiende por delito consumado?
5. ¿Cómo clasifica nuestro Código Penal vigente al delito?
6. ¿Qué diferencia hay entre un delito consumado y agotado?
7. ¿Qué diferencia hay entre un delito instantáneo y permanente?
8. ¿En que momento se da la consumación en el delito continuado?
9. En orden al resultado ¿cómo se clasifican los delitos?

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal Parte general (Tomo I)*, 18ª ed., Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asúa Luis, *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 3ª ed., México-Buenos aires, Ed. Hermes, 1959.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª. Ed., México, Ed. Cárdenas, 1991.

Esta unidad contiene la información correspondiente a la concurrencia de varias personas en la comisión de un delito, iniciamos con el autor material, el coautor, el autor intelectual, el autor mediato, el cómplice y el encubridor, para abordar en un segundo momento la asociación delictuosa, pandilla y muchedumbres.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

17.1 Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.

17.2. Elabora un glosario que contenga los siguientes conceptos:

- a) autor material
- b) coautor
- c) autor intelectual
- d) autor mediato
- e) cómplice
- f) encubridor
- g) asociación delictuosa y pandilla
- h) muchedumbres

Objetivo particular

Analizar el fundamento y la conceptualización de la concurrencia de varias personas en la comisión de un delito.

CONTENIDOS:

- 17.1. Autor material.
- 17.2. COAUTOR.
- 17.3. Autor Intelectual (investigador).
- 17.4. Autor inmediato.
- 17.5. Cómplice.
- 17.6. Encubridor.
- 17.7. Asociación delictuosa y pandilla.
- 17.8. Muchedumbres.

17.A. DAZA, Gómez Carlos Juan Manuel

La participación se puede entender en sentido amplio o específico. Desde el punto de vista amplio, comprende a todos los que intervienen en un hecho delictivo; luego también los autores, que no son autores, es decir, cuya actividad está en una relación de dependencia con la del autor, que sería la principal y la del partícipe la accesoria. Es decir, la punibilidad no sólo alcanza al autor, sino también a quienes le han prestado ayuda para la realización del delito (cómplices), y a los que han determinado la voluntad de los autores para que cometan el delito (instigadores); el autor, por otra parte, puede inclusive haber obrado acompañado de otros autores (los coautores).

Hay que tener en cuenta que para la aplicación de la pena se tendrá en consideración el grado de participación a cada uno en la sanción correspondiente. Quienes cumplen un papel principal en la comisión del ilícito deben recibir una sanción más severa, que quienes desempeñan tareas accesorias.

"La teoría de la autoría pretende responder a la pregunta quién ha tenido el papel principal entre todos los partícipes, es decir, quién ha ejecutado la acción típica".³⁴²

Lo anterior se complica cuando en la comisión del ilícito intervinieron varios sujetos y el problema es determinar cuál fue la participación de cada uno para poderle imponer una sanción acorde con aquélla.

Dentro de la teoría de la autoría existen varias teorías que pretenden explicar aquélla, de este modo tenemos:

A) Teoría Formal-Objetiva

"Los partidarios de la teoría formal-objetiva piensan que autor es el que realiza un comportamiento que tiene exteriormente la forma de acción típica, o por lo menos, de una parte de la misma".³⁴³

Ejemplo: Ejerce la violencia en el robo, aunque no se apodere de la cosa; analizando lo anterior podemos

³⁴² Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Hammurabi, 2a. ed., Buenos Aires, 1989, p. 91.

³⁴³ *Ibidem*. p. 93

concluir que sólo es posible realizar la acción ejecutiva por sí mismo.

B) Teoría Final-Objetiva

"De acuerdo con ella, el autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras que los que toman parte sin dominar el hecho, son partícipes".³⁴⁴

Dominar el hecho significa tener todo bajo control y estar en posibilidades de decidir si se consuma el hecho o no. Quien tiene esta postura puede denominarse autor; de lo contrario si sólo colaboró se le denominará partícipe.

C) Teoría Objetiva-Estricta

"Según esta teoría es autor quien realiza un acto ejecutivo que se encuentra en relación de causalidad con el hecho realizado, desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones".³⁴⁵

Para que hubiera existido la producción del hecho era necesario que todos los que intervinieran pusieran una condición sin la cual no se produciría el mismo.

D) Teoría Objetiva-Restrictiva

Esta busca de algún modo restringir las consecuencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para lo que como un criterio se plantea que se trate de un acto ejecutivo típico, es decir, expresamente señalado en el tipo; con ello se restringe, enormemente el concepto de autor, no podría considerarse al autor mediato ni al coautor en la mayoría de los casos.

Otro enfoque es indagar una restricción haciendo la comparación entre importancia objetiva y la contribución para poder distinguir entre condición y causa, para así buscar la mayor peligrosidad objetiva de la contribución.

E) La Teoría Subjetiva

³⁴⁴ *Ibidem.* p. 95.

³⁴⁵ Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Ariel, S.A, 3a. ed., Barcelona, 1989, p. 283.

"La Teoría Subjetiva parte de una concepción del aspecto objetivo del hecho en la que no caben diferenciaciones en ese plano para esta teoría; en consecuencia, autor es el que hace un aporte al hecho queriéndolo como suyo (con *animus auctoris*) y cómplice el que quiere el hecho como ajeno (obra con *animus socci*)".³⁴⁶

Esta posición atiende sólo a la intención del sujeto, a su *ánimo*; ha tenido dos formulaciones, la del ánimo de actuar, es decir, actuar en interés propio, autor, o bien en interés ajeno, partícipe.

Ejemplo: Así el cajero que saca una cantidad de dinero para entregarlo a su hijo que lo necesita para un viaje de estudios, podría plantear que lo hizo sin ánimo de autor, sino sólo de contribuir (o bien, que lo hizo en interés ajeno y no propio), luego no sería autor; y tampoco el hijo que, aunque solicitó el dinero, nada tiene que ver con el hurto del padre con lo cual el hecho no tendría autor y tampoco al padre se le podría castigar como partícipe.

F) Teoría Objetivo-Subjetiva o del Dominio del Hecho

"Conforme a esta teoría es autor quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal".³⁴⁷

Esta teoría no confunde autor con ejecutor, y, con ello mismo, permite fácilmente incluir al autor mediato y, además, llegar a una mejor comprensión del coautor, al tiempo que muestra un ámbito limitado pues sólo se aplica a delitos dolosos.

G) Teoría del Dominio del Hecho

Hans Welzel propuso el concepto de la Teoría del Dominio del Hecho, que consiste, en síntesis, que el autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.

Pensamos, que esta doctrina utiliza elementos objetivos y subjetivos, lo que conlleva a una mejor

³⁴⁶ Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Op. cit. p. 94.

³⁴⁷ Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Op. cit. p. 284.

determinación del autor mediato.

H) Las formas de la autoría

1. Autor

"Es quien realiza cada uno de los actos con los que se construye la totalidad corporal u objetiva o fenoménicamente apreciable, comisiva u omisiva, de la cual se desprendió el resultado reprochable".³⁴⁸

Desde nuestro punto de vista no es preciso hablar de autor en sentido abstracto o en sentido genérico, sino que se es sólo autor de un ilícito determinado, ya que las características de la correspondiente figura legal indican los presupuestos fundamentales ineludibles para señalar a una persona como autor; por lo tanto el autor surge de la parte especial de los delitos en particular. Para ser autor no basta con ser autor ejecutor, es necesario que, además, se posean las cualidades para ser autor.

2. Autor por su vinculación

"Si el accionar humano se entiende como la dinámica de una voluntad en busca de un fin, el autor será el centro personal de esa injusticia".³⁴⁹

En consecuencia, podemos mencionar que autor es quien tiene un dominio pleno de la acción, ya que ésta es su finalidad.

3. Autor por su vinculación causal

"Esto nos lleva a enlazar una sucesión de actos, que se encausan unos a otros, hasta llegar al resultado, por un lado, y al autor de esta cadena, por el otro".³⁵⁰

Por lo antes expuesto, el vínculo existente entre el autor y el resultado surge en esta forma material.

³⁴⁸ Ferreira Delgado, Francisco. *Teoría General del Delito*, Temis, S. A., Bogotá Colombia, 1988, p. 150.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 151

³⁵⁰ *Ídem*.

4. Autor Principal

"Será quien realiza el hecho punible, comisivo u omisivo; su participación es material u objetiva, y la materialidad de ella es la pauta para merecer el calificativo de autor".³⁵¹

De lo anterior debemos entender que el autor principal es quien dentro del ilícito cometido realiza o desempeña una función relevante para recibir tal denominación.

5. Autor primario

"Autor primario será quien realiza su propio hecho, obtiene su propio resultado, movido por su propia finalidad".³⁵²

Por lo tanto, la acción u omisión, así como los resultados obtenidos y la finalidad buscada le pertenecen.

I) Coautor

"Coautor es el que tiene juntamente con otro u otros el codominio del hecho".³⁵³

Para Cerezo Mir, coautores serán, todos los que, mediando entre ellos un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realicen algún elemento del tipo. Todo el que realice algún elemento del tipo será coautor, aunque no tenga el dominio del hecho.³⁵⁴

"El coautor es autor; luego para ser tal requiere reunir todas las cualidades propias a éste, su peculiaridad reside en que, además, ha habido un acuerdo de distribución funcional de las labores a cumplir respecto a la realización del hecho".³⁵⁵

Un coautor es, siempre, un autor primario, aunque difiere de lo solitario de esta categoría, justamente porque reparte la ejecución entre varios, es decir, interviene una pluralidad de sujetos que colaboran mutuamente

³⁵¹ *Ibidem.* p. 153.

³⁵² *Ibidem.* p. 154

³⁵³ Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, *Op. cit.* p. 100.

³⁵⁴ Cerezo Mir, José. *Estudios sobre la Reforma Penal Española*. Tecnos, Madrid, España. 1993. p. 187.

³⁵⁵ Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, *Op. cit.* p. 288.

y cuya ejecución se divide entre ellos teniendo la misma finalidad, es por ello que tanto autor y coautor deben reunir las mismas características.

1. Condiciones exigibles para la coautoría

- Que el coautor reúna las mismas condiciones que el autor.
- Que haya un plan común para la realización del hecho.
- Que el coautor haya prestado una colaboración objetiva al mismo.
- Que haya tenido el codominio del hecho.

2. Características de la coautoría

- Existe dominio común en cuanto al hecho.
- Concordancia en el ánimo y cooperación en las actividades.
- Plena conciencia en lo referente a toda la ejecución.
- Antijuridicidad y finalidad común a todos.
- Acuerdo común entre los participantes y por lo tanto no se da en los delitos culposos.

3. Elementos constitutivos

En primer lugar existe uno subjetivo, porque se identifican en la finalidad y motivaciones.

En segundo lugar tenemos el objetivo, porque es repartida la ejecución del hecho, y aunque no coinciden con los mismos actos, sí coinciden con un plan general en los hechos que se realizan.

Concluyendo, podemos decir que es coautor aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización de común acuerdo.

Ejemplo: En la comisión de un ilícito si se exige por ejemplo, ser funcionario, el coautor tiene que ser también funcionario.

Dos personas que se ponen de acuerdo para envenenar a una tercera.

J) Autor mediato

"Con él se indica al autor que no realiza él mismo la acción u omisión, ni obtiene por su propia dinámica el resultado, sino empleando para ello a otra u otras personas a manera de instrumentos, ya sea porque obran engañadas o porque ignoran los resultados de lo que hacen, o porque son inimputables" .³⁵⁶

Por su parte, Cerezo Mir afirma que el autor mediato no realiza la acción típica y no es posible castigarle siempre como inductor o cooperador necesario, aunque se parta del criterio de la accesoriedad mínima cuando el instrumento realice una acción que no sea típica (por ejemplo, un elemento subjetivo del injusto, como el ánimo de lucro en el *hurto*). No puede decirse entonces que induzca a otro a ejecutar el hecho, o que coopere a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.³⁵⁷

Llamémosle instrumento a cierta fuerza o potencia desarrollada intencionalmente por el auténtico autor, con el fin de lograr sus resultados.

"El autor mediato es autor, pues tiene el dominio sobre la realización del hecho descrito por el correspondiente tipo legal; su peculiaridad reside en que lleva a cabo la realización del hecho a través de otro, al que utiliza como instrumento (a un doloso)".³⁵⁸

La autoría mediata presupone dominio del hecho, como la autoría, y además la posesión de los demás elementos de la autoría; por lo tanto es autor mediato quien se vale de otra persona para la ejecución del acto, denominándose al segundo como mero instrumento.

1. Instrumentos

El instrumento no opera por sí mismo, sino que es operado directamente por el autor mediato y puede recaer sobre una persona normal o anormal y en consecuencia se trata de personas.

³⁵⁶ Ferreira Delgado Francisco. *Teoría General del Delito*, Op.cit., p. 155.

³⁵⁷ Cerezo Mir, José. *Estudios sobre la Reforma Penal Española*. Tecnos, Madrid, España. 1993. p. 186.

³⁵⁸ Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Op. cit. p. 285.

2. Inimputable

Es quien carece de comprensión de la ilicitud de su conducta y de voluntad de determinarse al mal.

Ejemplo: El que se vale de otra persona, por ejemplo, de un demente, para matar a otro, no realiza un comportamiento que exteriormente tenga la forma de una acción de matar.

El autor mediato convence a un paranoico que una determinada persona, su enemigo, es quien lo ha perseguido toda la vida, por lo cual el paranoico mata a dicha persona.

K) Autor accesorio

"Se presenta cuando dos o más autores realizan un hecho sin que haya un acuerdo para ello".³⁵⁹

Cuando varias personas, con sus propias motivaciones, con una misma finalidad pero sin acuerdo previo, coinciden en unos hechos que conducirán a idéntico resultado, pretendido por cada uno de ellos, no son coautores, porque faltó la concordancia en sus acciones, pero su coincidencia hace a cada uno autor del hecho.

L) Diversas formas de participación

"Es una categoría dogmática que se caracteriza por estudiar el problema de aquellos que, tomando parte en el delito, no realizan la acción típica".³⁶⁰

Por tanto la participación es la intervención en un hecho ajeno, por eso presupone la existencia de un autor, de un hecho principal al cual se accede, e incluye a los cómplices e instigadores; puesto que su actuar contribuye a la consumación del delito por el autor.

1. Principio de accesoriedad

La accesoriedad significa, pues, que para la existencia de la participación es indispensable que se dé un hecho principal, que es el realizado por el autor, es decir, todo ilícito conlleva un autor específico, que se presenta

³⁵⁹ *Ibidem.* p. 288.

³⁶⁰ Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito, Op. cit. p. 101.

en relación a la ejecución del tipo legal correspondiente, teniendo como base un hecho principal; él o los demás que intervienen efectúan una actividad accesoria.

2. La comunicabilidad de las circunstancias

Es preciso distinguir entre circunstancias atenuantes o agravantes, personales y materiales.

3. Personales

Estas sólo afectan a aquéllas en quienes concurren.

Ejemplo: La atenuante o agravante de parentesco sólo favorece o desfavorece a quien tiene esa relación dentro del hecho en el que ha intervenido.

4. Materiales

Estas afectan a todos los que han tenido conocimiento de ellas, aunque no haya intervenido en relación con ellas.

Ejemplo: La agravante de auxilio de gente armada, o de realizar el delito con ocasión de incendio.

En consecuencia, lo que debe delimitar el ámbito de la participación frente a la autoría es el dominio del hecho.

Partícipes son los que toman parte antes de la ejecución o durante ella, pero sin dominio del hecho.

M) Fundamento de la punibilidad de la participación

"La determinación del fundamento de la punibilidad de la participación es de importancia básica para la interpretación de las prescripciones legales sobre ella".³⁶¹

³⁶¹ *Ibidem.* p. 103.

Al hablar de participación estamos incluyendo, pues forman parte de ella como mencionamos anteriormente, a la instigación y complicidad y son acreedoras a una pena puesto que constituyen una aportación relevante para la consumación del ilícito del autor.

1. Instigador

"Es la persona que determina a otro a que ejecute la acción punible, comunicándole su idea en este sentido".³⁶²

"Instigador es el que dolosamente determina a otro, en forma directa, a la comisión de un delito".³⁶³

Es decir, dolosamente el instigador crea en el instigado la idea de cometer el ilícito; aquí el instigador debe tener plena conciencia del hecho en el cual participa y por lo tanto esa conciencia es de tipo dolosa, de allí que se llama autor intelectual, pues precisamente es quien ha concebido realmente el delito y se lo transmite a otra persona, el autor.

La instigación tiene que ser a un hecho determinado y persona determinada, debe ser eficaz, no es suficiente un mero consejo o que sea una persona ya determinada a ejecutar el hecho, en lo que respecta a los medios, éstos pueden ser de cualquier índole.

Ejemplo: Utilizar grabaciones, películas.

1.1 Características

- Introducir a otra persona a la comisión del ilícito; quien induce no lo realiza, ni colabora en su ejecución.
- Ejecución del inducido de la acción como propia.
- Incitación para la comisión de hechos típicos.
- El provocador inculca al provocado su misma finalidad delictiva.
- Conocimiento del hecho y sus resultados como fines.

1.2 Para que sea punible el hecho del instigador se requiere

³⁶² Ferreira Delgado, Francisco. *Teoría General del Delito*, Op.cit. p. 159.

³⁶³ Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito, Op. cit. p. 106.

- Que previamente no esté decidido el instigador a cometer el hecho.
- Que exista un comienzo de ejecución por parte del instigado en la comisión del delito.

2. Cómplice

"Cómplice es el que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito".³⁶⁴

Los cómplices son partícipes indiferentes a toda cualidad específica que, en cambio, sí es exigida por el tipo a los autores en ciertas figuras delictivas; aunado a esto es importante mencionar que el cómplice presta auxilio o cooperación al autor del hecho típico en el momento en que se ejecute, o aun después de su ejecución y hasta la consumación, siempre y cuando que haya existido promesa de tal ayuda; con anterioridad a ser realizado.

"La complicidad es la colaboración dolosa en un hecho determinado doloso, por actos anteriores o simultáneos a la realización".³⁶⁵

La colaboración ha de ir dirigida a un hecho determinado, y encaminado con plena conciencia al hecho en el cual se colabora; por tal razón presenta un carácter doloso y en consecuencia debe ir dirigido a un hecho doloso.

Ejemplo: Quien presta ayuda, y su aporte es letal para que el delito se cometa; pero esta ayuda es previa al comienzo de ejecución y no participa en ella, adolecerá del llamado codominio del hecho, y por lo tanto, será un cómplice primario o necesario.

2.1 Cómplice necesario

Resulta bastante difícil precisar el concepto de necesidad; si se hace en abstracto nunca hay una contribución necesaria, pues siempre el hecho podría haberse llevado a cabo de otra manera; si se plantea en concreto, toda contribución es necesaria para la realización de este hecho determinado, resulta entonces un problema insoluble.

³⁶⁴ *Ibidem*. p. 107.

³⁶⁵ Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General, Op, cit.* p. 293.

2.2 Cómplice simple

Surge como una fórmula residual cuando no se está comprendido en los casos de las participaciones asimiladas en la pena al autor y, sin embargo, se ha intervenido en el hecho, sin ser una cooperación necesaria, debe tener la calidad de contribución, puesto que ha de ser eficaz e idónea.

3. Encubrimiento

Podemos decir que el encubrimiento es más bien una conducta de consecuencia, pues no puede ser considerado como participación, y esto porque se produce después de consumado el delito.

"Son elementos comunes a todas las formas de encubrimiento la perpetración anterior de un hecho punible, que por tanto ha de estar, por lo menos tentado, y cumplir con el requisito de culpabilidad".³⁶⁶

El conocimiento de la perpetración- del hecho punible implica que el encubrimiento es sólo doloso, esto es, basta con un conocimiento general del hecho delictivo; por lo tanto en el encubrimiento debe necesariamente existir una intervención anterior o simultánea; habrá complicidad, esto es, si ya aun antes de iniciada la realización, ha ofrecido su ayuda posterior.

Ejemplo: Quien compra herramienta a un sujeto que la robó.

4. Exceso de autores

Si los autores se exceden y realizan un hecho más grave que aquel al que se los instigó o para el cual se les prestó ayuda o colaboración, los instigadores y cómplices no responderán sino por el hecho al cual instigaron o en el que creyeron colaborar, como es lógico cabe el dolo eventual respecto del exceso.

Nuestra Legislación Penal vigente nos señala quiénes son responsables de los delitos de la siguiente manera:

³⁶⁶ *Ibidem.* p. 297.

Capítulo III
Personas Responsables de los Delitos

“Artículo 13. *Son autores o partícipes del delito: (actualmente es el artículo 22 del CODF)*

- 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 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.*

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad”.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII, y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el Artículo 64 bis de este código.

“Artículo 14. *Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito salvo que concurran los siguientes requisitos:*

- I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;*
- II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;*
- III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y*
- IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo”.³⁶⁷*

³⁶⁷ *Legislación Penal Federal, Angel Editor, México, 1996, pp. 5-6.*

17. B. CASTELLANOS, Tena Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal
43ª Ed.
Editorial Porrúa. México, 2002.
Págs. 296-299, 303-304.

[...] 3. GRADOS DE PARTICIPACIÓN. Como se ha visto, la participación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Evidentemente si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, de donde surgen varias formas de participación. Ya Francisco Carrara distinguió entre responsables principales y accesorios. Autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso; en cambio, los delincuentes accesorios o cómplices son quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.

Llámase *autor* al que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante. La doctrina está de acuerdo, por supuesto, en considerar como autores no sólo a quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico, sino que es suficiente, para adquirir tal carácter, la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resultan los *autores materiales* y los *autores intelectuales*.

Si alguien ejecuta por sí solo el delito, se le llama simplemente *autor*; si varios lo originan, reciben el nombre de *coautores*. Los auxiliares indirectos son denominados *cómplices*, quienes aun cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Sebastián Soler, entre otros, habla de *autores mediatos* para señalar a aquellos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad. El autor mediano no delinque *con otro*, sino *por medio de otro* que adquiere el carácter de mero instrumento.

Maggiore² clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

a) Según el *grado*, la participación puede ser *principal* y *accesoria*; mientras la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.

² *Derecho penal*, t. 11, pág. 108, S' edición, Bogotá, 19S4.

b) Según *la calidad*, la participación puede ser *moral* y *física*, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca, como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

c) En razón del *tiempo*, la participación es *anterior*, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva cada partícipe; *concomitante*, si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito; y *posterior*, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo, y

d) Según su *eficacia*, la participación es *necesaria* y *no necesaria*, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión, el concurso de personas.

La participación es *moral*, cuando atiende al carácter psíquico o moral del aporte del autor principal; es *física*, si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

Hay *instigación*, dice Soler, cuando el sujeto "quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo".³ La *determinación* o *provocación* se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillado a la ejecución del delito.

El *mandato* existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena. La *orden* no es sino una forma del mandato y la impone el superior al inferior con abuso de su autoridad. La *coacción* se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. El *consejo* es la "instigación que se hace a alguno para inducido a cometer el delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigador". La *asociación* es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados.⁴

El nuevo artículo 13 del Código Penal Federal, mejora considerablemente la sistemática en torno a autoría y participación en el delito y, sobre todo, pretende agotar todas las posibles formas de responsabilidad penal; el dispositivo (ya transcrito antes en el Capítulo XII) establece: "Son autores o partícipes del delito: I. Los que

³ *Derecho Penal Argentino*, t. SS, págs. 258 y ss., Buenos Aires, 1956.

⁴ 4Cfr. MAGGIORE, *Op. cit.*... pág. 109.

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 otros; 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. Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.- Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por artículo 64 bis de este Código".

La fracción I refiérese a que son responsables quienes aportan una actividad puramente intelectual; debe entenderse que sólo responderán penalmente si el hecho se realiza; de lo contrario se sancionarían actos de ideación o concepción y los puramente preparatorios. La II alude al autor material, que es quien ejecuta el delito por sí mismo. En la III, a los coautores.

La IV constituye una amplia fórmula de la autoría mediata, es decir, se precisa que es responsable quien delinque por medio de otro, que sirve de mero instrumento. La V contempla las hipótesis de instigación e inducción como autoría intelectual. La complicidad se recoge en la fracción VI. En la VII una forma *sui generis* de encubrimiento a la que nos referiremos en el siguiente apartado. La fracción VIII recoge los casos de autoría indeterminada o responsabilidad corresponsiva, ante la incertidumbre respecto al autor material, de entre los participantes del hecho delictuoso, asignándole una especial sanción (menos severa). El artículo 64 bis dispone: "En los casos previstos por las fracciones VI, VII Y VIII de! artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva". [...]

[...] 6. ASOCIACIÓN DELICTUOSA y PANDILLERISMO. Las asociaciones delictuosas son verdaderas organizaciones cuyo propósito es delinquir. Independientemente de las infracciones que la *societas sceleris* llegue a cometer, la simple reunión con tales fines, tipifica el delito de "asociación delictuosa", previsto y sancionado por el artículo 164 reformado del Código Penal, el cual establece: "Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años, y de cien a trescientos días multa. Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policíaca, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de

retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos" ⁶ En la asociación delictuosa no hay participación, sino concurso necesario de sujetos.

En el pandillerismo, a que se contrae el artículo 164 bis del Código Penal vigente, opera también el concurso necesario de personas, por exigir la ley la pluralidad. Dicho precepto establece: "Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos. Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito. Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policíaca, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes de las penas que le correspondan por el o los delitos cometidos y se le impondrá además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro." ⁷

Téngase presente que el pandillerismo no es un delito autónomo (la asociación delictuosa sí), sino una forma de comisión de otros delitos, que hace aumentar la pena a ellos correspondiente. Por otra parte, en el delito de asociación delictuosa, el tipo requiere de una organización con fines delictivos, en tanto el pandillerismo se configura sin ese requisito; basta que cometan en común algún delito tres o más sujetos, reunidos en alguna de las formas señaladas por el dispositivo. Debe quedar perfectamente aclarado que si bien en el pandillerismo no es dable admitir la participación, por tratarse de un "concurso necesario de personas", es operante la participación (o concurso eventual) respecto al o a los delitos cometidos por los pandilleros. [...]

⁶ Reformado por Decreto de 29 de diciembre de 1988. publicado en el *Diario Oficial* de 4 de enero de 1989. Después adicionado por Reforma publicada el 10 de enero de 1994. Con fecha 8 de febrero de 1999. se modificó la punibilidad para este delito. anteriormente era de uno a ocho m10s de prisión y de treinta a cien días multa.

⁷ Este artículo fue incluido en el Código Penal por Decreto del 2 de enero de 1968. publicado en el *Diario oficial* del 8 de marzo del mismo a110. Reformado por Decreto de 29 de diciembre de 1988, publicado en el *Diario Oficial* de 4 de enero de 1989. en vigor el 10 de febrero siguiente.

17. C. Jiménez de Azua, Luis
Lecciones de Derecho Penal
Vol. 3 Edit. Harla. México, 1997.
Págs. 344-354.

CAPÍTULO 44

DELITO DE MUCHEDUMBRES

44.1 COMENTARIO PRELIMINAR

En verdad, el delito multitudinario, que surge sin previo acuerdo, no es forma de la codelincuencia. Además, los problemas de dogmática jurídica que suscita son raquíuticos comparados con su aspecto psicológico.

Perdónesenos por enclavarlo aquí, en un libro de estricto carácter jurídico, en que nos hemos permitido escasas veleidades psicológicas y sociológicas. Acaso hubiera estado el tema más justamente expuesto al estudiar las causas de inimputabilidad o de atenuación de culpa. Nada más el hecho de que son varios los que instantáneamente concurren al delito, abona, si no justifica, sistematizarlo en este lugar.

La psicología de las muchedumbres y la naturaleza de sus delitos cuenta con abundante bibliografía. Citemos los nombres más destacados: Enrique **Ferri**, **Pugliese**, Escipión **Sighele**, Gabriel **Tarde**, Gustavo **le Bon**, Pascual **Rossi**, **Puglia**, **Benedikt**, **Jelgersma**, Raúl de la **Grasserie**, **Wund**, **Freud**, Vespasiano V. **Pella**, Felipe **Manci**, etc. En España son de poca enjundia las páginas consagradas al tema, si se exceptúa el opúsculo de Concepción **Arenal** sobre **El delito colectivo**, en el que, en verdad, se aborda otro asunto.

44.2 CONCEPTO DE MUCHEDUMBRE

Primero que nadie, Enrique **Ferri** puso las bases de la Psicología colectiva, disciplina intermedia entre la psicología individual y la sociología, y lanzó esta frase que circuló en la materia como artículo de fe: *en los hechos psicológicos la reunión de los individuos jamás da un resultado igual a la suma de cada uno de ellos*. También **Pugliese**, en 1887, y, sobre todo, Escipión **Sighele**, en 1891, estudian la muchedumbre, exclusivamente desde el plano del delito el primero, y especialmente dirigida a la multitud criminal el segundo. **Tarde**, en el Congreso de Bruselas en 1892, sigue la faena. En 1895 escribe Gustavo **le Bon**, y desde entonces, durante diez años consecutivos, se multiplican los trabajos sobre este asunto, que se puso de moda.

Escipión **Sighele**, en la tercera edición de su *Fallo delinvente*, publicada en esta tercera estampa con el título del *delitti della folla* (Turín, Bocca, 1902), comienza examinando el principio de que partieron **Spencer y Schopenhauer**: una reunión de hombres posee los caracteres propios que resultan de los caracteres de los hombres tomados singularmente. Pero en este principio hay excepciones. Recuérdense los despropósitos cometidos por jurados, que aisladamente son inteligentes, pero que dan un veredicto absurdo como obra de conjunto. Se citan casos de condena o absolución increíbles por jurados en los que cada uno, aisladamente, no hubiera sido capaz de condenar o absolver con tanta iniquidad. ¿Qué prueban esos veredictos? Que doce hombres de buen sentido e inteligentes pueden emitir un veredicto estúpido y absurdo. Una reunión de individuos puede, pues, producir una conclusión o resultado opuesto al que hubiera dado cada uno de ellos. El mismo fenómeno se da en el caso de aquellas numerosas comisiones artísticas, científicas o industriales en que diez o veinte artistas o sabios dan una solución que no está conforme con los principios del arte o de la ciencia.

¿Cuál es la causa de estos fenómenos extraños, pero innegables? Hay motivos intrínsecos que no resuelven el problema: se hacen resoluciones lentas y malas porque unos faltan, otros discrepan, etc; porque en un grupo es más difícil encontrar firmeza, porque la responsabilidad no es personal y se diluye. Con razón dice **Gabelli**: *Las fuerzas de los hombres unidas se diluyen y no se suman*. Y **Sighele** perfecciona la doctrina y concluye: *el resultado de una reunión de hombres jamás es una suma, sino que es siempre un producto*. Max **Nordau** halla la causa, y muy sagazmente escribe: una asamblea compuesta de veinte o treinta Goethe, Kant, Shakespeare, Newton, etc, daría resoluciones como otra formada por hombres mediocres al juzgar los problemas prácticos del momento, porque predominaría 10 que esos hombres excelsos tienen de común con los demás de la especie, que les hace idénticos al sujeto ignorado que pasa por la calle. Todos coincidimos en lo impersonal. De aquí la exactitud de la frase de José **Ingenieros**: *La mediocridad es el bajo nivel de las opiniones colectivas*. Por eso las asambleas políticas suelen ejecutar a menudo actos que están en abierto y absoluto contraste con la opinión y las tendencias individuales de la mayor parte de los miembros. Ya lo observó **Solón**, y es viejo el proverbio: *Senatore boni viri, senatus autem mala bestia*. De aquí que pueda afirmarse aun en contra del criterio de Pascual **Rossi** (*Psicología collettiva*, Milán, 1900), que cree que la psicología colectiva se identifica con la sociología la existencia de esa rama psicológica. **Ferri y Sighele** dicen que la psicología estudia al individuo, la sociología a una sociedad entera y la psicología colectiva trata de las agrupaciones de individuos jurados, asambleas, comicios, teatros, que en sus manifestaciones se alejan tanto de la psicología individual como de la sociología.

Ahora bien, y antes que nada, ¿cuál es la causa de que en esas reuniones de hombres quiebre el viejo principio de **Spencer**? El ser tales agrupaciones *no homogéneas e inorgánicas*. La falta de homogeneidad explica

que la unidad del agregado y de sus componentes sólo es posible cuando éstos son entre sí semejantes: un hombre, un caballo, un pez y un insecto no pueden formar entre sí agregado alguno. Es obvio que en los agregados humanos de que se ha hablado hay *heterogeneidad de los elementos psicológicos* (ideas, intereses, gustos, costumbres), y por ello *no hay correspondencia entre los caracteres del agregado y los caracteres de las unidades*. Además, en el ejemplo de **Spencer**, en el que decía que con piedras rectangulares bien cortadas se puede hacer un muro de cierta altura sin cal, cabe observar que es preciso poner esas piedras homogéneas en cierto orden para hacer el muro. Esto es, que se necesita organizarlas; si no, tampoco se hace el muro; en montón informe no se hace el muro. Así, para el agregado homogéneo se precisan, además, relaciones permanentes y orgánicas. Con finos distingos concuerda en esencia con esta tesis de **Sighele** el escandinavo **jelgersma** en su *Rapport* al V Congreso Internacional de Antropología Criminal de Ámsterdam, celebrado en 1901.

Entre los agregados de hombres, más o menos heterogéneos e inorgánicos que se han nombrado, jurados, comicios, público de los teatros, etc, que se sustraen a las leyes de la sociología y deben ser objeto de las leyes de la psicología colectiva, está sin duda alguna, **la muchedumbre**, definida así por Escipión **Sighele**: *La muchedumbre es un agregado de hombres heterogéneo por excelencia, porque está compuesta de individuos de todas las edades de los dos sexos, de todas las clases y de todas las condiciones sociales, de todos los grados de moralidad y de cultura, e inorgánico por excelencia, porque se forma sin previo acuerdo, súbitamente y de improviso.*

En estos últimos años se ha rectificado, para mayor perfección la doctrina de **Sighele**. La muchedumbre es transitoria, no constituye agregado permanente, no existe entre sus miembros previo acuerdo para el acto agresivo, aunque sí puede haberlo para otro fin cualquiera (huelga pacífica, etc), y precisa circunstancias ambientales y temporales análogas. Hay, pues, que distinguir entre **muchedumbre y multitud**. El éxito de esta aguda empresa corresponde a Felipe **Manci**, que en su opúsculo *La folla, Studi di Psicologia collettiva e di Diritto Penale* (Milán, Vallardi, 1924), dice que es muchedumbre: *Una reunión de individuos idénticos por temperamento o por relación de intereses, que operan en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar, motivadas por causas únicas idénticamente concordantes*. Y es multitud: *la reunión de elementos heterogéneos, desconocidos, inorgánicos*. En toda multitud está en germen la muchedumbre.

Queda, pues, bien fijado que para nosotros, la transitoriedad, la inorganización, etc, caracterizan la muchedumbre; pero que exigimos en ella relación de temperamentos o de **intereses**, y unas circunstancias concomitantes de tiempo y de lugar. Estas últimas características diferencian a la muchedumbre de la multitud, y

su falta de permanencia la distingue de la secta criminal, que es una reunión crónica, con medios violentos, para la consecución de un fin que estima altruista (sirva de ejemplo el anarquismo).

Ya tenemos bien establecido el concepto de la muchedumbre, y ahora supuesta la hipótesis de que perpetre un delito debemos investigar su responsabilidad criminal. Al llegar a este punto, un grave, problema se interpone: el de la psicología de la muchedumbre, sin lo cual no es posible saber si es o no responsable.

44.3 PSICOLOGÍA DE MUCHEDUMBRES

El asunto de la responsabilidad penal es relativamente sencillo cuando el autor del delito es una sola persona, se complica cuando en un delito participan varios, y es de difícilísima solución cuando los autores del delito no son dos o tres, sino un número grandísimo de individuos que escapa a toda precisa determinación; en una palabra: cuando el delito es obra de una muchedumbre. La represión jurídica es fácil en el primer caso y poco más difícil en el segundo, pero en el último asume una imposibilidad casi absoluta de solución, **ya que no se suele encontrar, y por ello no se puede castigar, a los verdaderos culpables.**

Los antiguos criminalistas penaban igual a todos los partícipes de un delito de la multitud. Pero ya **Brissot** dijo que las **penas disminuyen en razón del número**. La escuela Clásica no se planteó el problema de si el delito de una muchedumbre debe pensarse de modo diverso que el de un individuo aislado. Era natural. La escuela Positiva sostuvo, en cambio, que el delito cometido por una muchedumbre debía ser tratado distintamente que el de un solo hombre, por que diversa era en un caso y en otro la parte que toman en él los factores antropológicos y sociales. Y no sólo los positivistas: Concepción **Arenal**, en *El delito colectivo*, piensa así. Fue el abogado **Pugliese** (en su opúsculo *Del delitto collettivo*, Trani, 1887) el primero que trata de la responsabilidad penal en el delito multitudinario. Sostuvo entonces en su famosa defensa ante el Tribunal de Bari, la semirresponsabilidad penal para todos los que cometen un delito a impulsos de la muchedumbre. Con elocuencia, dijo: *Cuando es una muchedumbre, un pueblo, quien se rebela, el individuo no obra como tal..., y el brazo con que hiere es un instrumento inconsciente*. **Sighele**, en sus primeros estudios, comparó los delitos cometidos en el ímpetu de una muchedumbre a los perpetrados por pasión individual. Pero este autor distingue ya desde el comienzo de sus trabajos, y dentro de la rúbrica general de *delito colectivo*: **el delito por tendencia congénita de la colectividad** (bandolerismo, **camorra**, **mafia**), que es semejante al del delincuente nato, y **el delito por pasión de la colectividad** (que es el cometido por la muchedumbre), equiparable al delito del delincuente de ocasión: Este gran problema de la responsabilidad colectiva necesita como hemos dicho, dilucidar el de la psicología multitudinaria.

Guy de **Maupassant** (en *Sur l'eau*) describe los sentimientos y el alma de las muchedumbres con sentido propio y diverso del de los individuos. Y Emilio **Zola**, en *Germinal*, ha novelado con sin par maestría el delito de una multitud en tumulto. Un desconocido lanza un grito, y una especie de frenesí se apodera de todos, que machacan, destrozan a un hombre, y cada uno de ellos, si hubiera estado solo, se hubiese precipitado a salvarle. *Es que cada uno ha dejado de ser un hombre, para formar parte de una multitud.* Lo mismo opina **Tarde**, con otras palabras, y recordemos que los más antiguos escritores han hecho numerosas descripciones de las muchedumbres, recopiladas por **Marpillero** y **Orano**.

Pero todos cuantos escribieron hasta **Sighele**, se limitaron a comprobar la existencia del alma de la muchedumbre. **Sighele** trata de explicarla y analizarla. ¿Por qué el grito de un desconocido lleva a un pueblo a los más horribles excesos? Es la facultad de imitación, respondía **Bordier**. Y luego, **Tarde** estudia las leyes de ésta. Pero **Sighele** cree que esto es insuficiente. Las facultades imitativas producen el contagio moral (que **Aubry** y tantos otros analizan); pero tampoco basta. ¿A qué se debe el contagio moral? **Tarde** dijo que a la sugestión, y **Sergi** estudió la sugestión epidémica (que explica el fenómeno de las religiones). Los psiquiatras conocen el delirio de dos y las psicosis epidémicas, y los criminalistas aplican la teoría al suicidio en pareja y a la pareja criminal, bien estudiada por **Sighele**.

Esta sugestión es para él la causa de las manifestaciones de la muchedumbre. ¿Y no es también evidente que en ésta, la sugestión tendrá el máximo de sus efectos y llegará instantáneamente de la **forma de dos a la forma epidémica**, porque en ella la unidad de tiempo y de lugar y la inmediatez del contacto entre los individuos llevan al último límite de lo posible la velocidad del contagio de las emociones?

Sobre la rapidez con que la emoción se propaga en las muchedumbres escribió magníficas páginas el naturalista Alfredo **Espinas**, a propósito de las abejas. Y **Sighele** concluye: *Como hacen las abejas, como hacen los pájaros, que por el mínimo batir de alas son asaltados de un pánico invencible, así, entre los hombres alocados, una emoción se difunde sugestivamente por medio de la vista y del oído, antes que los motivos le sean conocidos, y la impulsión resulta de la sola representación del hecho imitado, del mismo modo que no podemos hundir la mirada en el fondo de un precipicio sin provocar el vértigo que a él nos atrae.*

Sin negar acciones heroicas y virtuosas de la muchedumbre, afirmamos que la multitud está más bien dispuesta al mal que al bien, porque en ella las facultades buenas de los individuos, en lugar de sumarse, se diluyen. La ocasión decide, y el estímulo tiene la **terribilidad de lo irreparable**. Ciertamente **Tácito** dijo: *la muchedumbre es mudable por súbitos impulsos*; pero la ocasión suele ser más bien mala que buena, y por eso la

muchedumbre tiende más al mal que al bien. Además, en su seno, los malos suelen predominar, pues como el mal es activo y la bondad pasiva (no hacer mal), los malos vencen. Además, los indiferentes tienen que asumir el tinte moral de la muchedumbre y gritar con los que gritan.

Resumiendo: ¿Por qué comete delitos la muchedumbre? **Sighele** responde: *es ley psicológica de indiscutible verdad que la intensidad de una emoción crece en proporción directa del número de las personas que sienten esa emoción en el mismo lugar y contemporáneamente. Estamos en presencia de ese fenómeno que Enrique Ferri llama fermentación psicológica; las levaduras de todas las pasiones salen de la profundidad de la psique, y como de las reacciones químicas de los varios cuerpos se forman sustancias nuevas y diversas, ase de las reacciones psicológicas de varios sentimientos surgen emociones nuevas y terribles, ignoradas hasta entonces por el alma humana.*

Desde fines del pasado siglo, queda pues bien estudiada la psicología de la muchedumbre. Por eso no está en lo cierto **Miceli** cuando dice, en su artículo *Psicología della folla*, que ésta no ha sido descrita. Con razón objeta **Sighele** que **Miceli** parece desear que se haga su descripción como reseña un museo el Beadeker. Estas características psicológicas de la muchedumbre, en las que se hallan las bases de su evidente irresponsabilidad, han recibido modernamente el enorme esfuerzo de los estudios de S. **Freud**, renovador auténtico de la psicología, que tiene en España, un seguidor nada sospechoso para quien vista toga o quien se siente tras una mesa de juzgador: el magistrado César **Camargo**.

Pues bien: Sigmund **Freud**, en su *Psicología de las masas y análisis del yo* (en alemán *Massenpsychologie und Ichanalyse*), tomo IX de la traducción española de López **Ballesteros** de sus *Obras completas*, (editadas por *Biblioteca Nueva*); y **Camargo**, en su libro *El Psicoanálisis en la doctrina y en la práctica judicial* (Madrid, Aguilar, 1931) y en *La esencia del Psicoanálisis* (Madrid, Morata, 1932), comienzan por examinar las ideas de Gustavo **le Bon**, asequibles a todos por haber sido vertida al castellano por **Navarro de Palencia** la obra que escribió en 1895 y que aparece titulada *Psicología de la multitud* (Madrid, Jorro, 1931).

Le Bon le atribuye un alma colectiva; pero lo que más le interesa a **Freud** es hallar en el escritor francés la teoría del **predominio de lo inconsciente**, tan grata a las nuevas concepciones. Anticipándose a **Freud**, supone **Le Bon** que todo lo consciente se deriva de un **substractum** inconsciente, formado por los innumerables residuos ancestrales que constituyen el alma de la raza, otra observación de **Le Bon** que **Freud** recoge es la desaparición de la responsabilidad en la multitud. Para **Freud**, esto consiste en *que el individuo que entra a formar parte de una multitud se sitúa en condiciones que le permiten suprimir las represiones de sus tendencias*

inconscientes. Sea como sea, observa justamente Camargo, el resultado es el mismo, y ya se trate de **complejos reprimidos o tendencias ancestrales**, es el caso que el anónimo rompe el freno de la censura y da rienda suelta a todos los instintos. **Le Bon** trata también del contagio mental y de la sugestibilidad, pero, como **Freud** subraya, todo esto ya lo había dicho mejor **Sighele**. También hace suyas **Freud** otras características que el escritor francés atribuye a las muchedumbres: impulsividad, credulidad, apasionamiento, respeto a la fuerza, conservadurismo, etc. Ambos escritores, el de Francia y el de Austria, reconocen que los instintos de la masa pueden ser, según las circunstancias, nobles o crueles, heroicos o cobardes, pero siempre imperiosos.

Después de examinar **Freud** la teoría de **Mc Dougall**, sienta su propio y peculiar criterio y explica los fenómenos de la multitud mediante su conocida teoría de la **libido**, otra vez nos exhibe su hipótesis pansexualista y el **complejo de Edipo** vuelve a entrar en juego para explicar los lazos afectivos que unen a unos individuos con otros y la sumisión al jefe (cuando lo hay). Todas las características asignadas a la multitud corresponden, según **Freud**, a *un estado de regresión a una actividad animica primitiva, tal y como lo atribuimos a la horda prehistórica*. Pero subrayemos que la **identificación** contribuye también a la comunidad y al enlace de todos. **Trotter** habló del instinto gregario, y del hombre como animal de grey. **Camargo**, insistiendo en el tema de la **identificación**, tan fecunda en consecuencias, añade: *Por mi parte, observo un hecho fundamental e indiscutible que tampoco ha pasado inadvertido a Freud, y menos aún a Ingenieros, y que es la pérdida de todas las características personales del individuo al disolverse en la masa*. Si se me permite la comparación, *diré que se forma una especie de fotografía galtoniana, en la que se acentúan todos los caracteres comunes de los individuos que forman la multitud, al superponerse, y, en cambio, desaparecen los que son particulares de cada uno*. Hasta **Sighele**, **Le Bon** y sus secuaces, la metamorfosis del individuo en multitud es transparente: por acciones y reacciones simpáticas entre los componentes del grupo, se origina un proceso de sugestión y de contagio que va debilitando el poder del gobierno propio en el individuo; se produce un estado inhibitorio que los psicólogos norteamericanos llaman **mental isolation** (aislamiento mental), a cuya virtud, los impulsos atávicos, refrenados por la civilización, quedan en libertad; por último, la atención se concentra en un cierto objetivo: venganza, destrucción, glorificación del conductor o adalid cuando lo hay, triunfo de un ideal político, de una causa social, o resolución favorable de un conflicto obrero, cuya finalidad tiende a convertirse en una representación colectiva. Yo no creo que las interpretaciones que propone **Freud** rectifiquen sustancialmente este proceso, y menos que lo compliquen. Al contrario: lo complementan y aclaran. La explicación del aislamiento mental se investiga por el psiquiatra vienés en más hondos estratos psicológicos: en vez de sugestión, se trata de hipnosis, de la que aquella es una muestra. El hombre de la multitud sufre la hipnotización del **meneur**, cuando éste existe, y cuando está ausente se hipnotizan por contagio los diversos componentes de la muchedumbre. Así como la hipnosis es la verdadera etiología de la sugestión, la causa de la simpatía a que los escritores de

Psicología colectiva aluden, es el **amor**. Donde hasta ahora se había dicho *simpatía*, para designar la afinidad sentimental, sin la que es inconcebible la multitud, **Freud** pone **libido**, es decir, *la energía de los instintos relacionados con todo aquello susceptible de ser comprendido bajo el concepto de amor*. Pero es preciso cuidadoso esmero al llenar de significado esta palabra. No se emplea con su sentido restricto de amor sentimental y carnal entre hombre y mujer, sino en el amplio alcance del vocablo: amor a la humanidad, amistad, amor propio, amor a la idea abstracta, a los ideales políticos, a la causa proletaria. Dominado por la **libido**, el hombre de la multitud renuncia su ideal del yo, del yo reflexivo y moral, cambiándolo por el ideal de la masa.

Después de cuanto se ha dicho, la sugestión, originada por la hipnosis, queda interpretada por el amor, y reforzada por la identidad de que **Manci** ha hablado, para el que el fenómeno de la masa reside *en las condiciones generales subjetivas preexistentes de la muchedumbre misma*

Antes de abandonar este terna queremos hacer constar que las muchedumbres femeninas poseen especiales características, ya que los fenómenos de hipnosis e identidad se producen más veloces e intensos. Estos caracteres los ha estudiado Aloysio de **Carvalho** en su artículo *Multidões femininas delinquentes* (impreso en *Revista da facultade de direo da Bahía*, 1932, volumen VII, págs 75 y siguientes), en el que hace interesantes reflexiones psicológicas y sociológicas, recordando los casos más salientes de la Revolución francesa que antes estudió **Hans von Hentig** y del movimiento sufragista de Inglaterra.

Las más recientes doctrinas sobre psicología de las muchedumbres conducen, por camino más directo que las primeramente enunciadas, a la irresponsabilidad de los delitos que se perpetran en multitud. Procedamos a estudiada.

44.4 DELITOS DE MUCHEDUMBRE

Es una especie perfectamente diferenciada, y que exige soluciones distintas, del **género delito colectivo**. Este importante asunto se discutió primeramente en el Congreso Internacional de Antropología Criminal de Bruselas, celebrado en 1892, donde presentó Gabriel **Tarde** una importantísima ponencia. Sobre ella debatieron **Dekterew, Zakwsky, Paul Garnier, Benedikt y Magitot**. En 1901 se replantea en el V Congreso Internacional de Antropología Criminal que hubo en Amsterdam, en el que destacan dos *Rappoports* sobre *Le crime collectif*: el de Escipión **Sighele** y el de **Jelgersma**. Sobre estas ponencias discutieron Mario **Carrara, Bonmalm, Steimete, Dekterew y Benedikt**.

La forma más simple y embrionaria del crimen colectivo es la pareja criminal (en la que siempre hay uno que domina **incubo**, y otro que es sugestionado **súcubo**). Después se llega, como segunda manifestación del delito colectivo, a la asociación de malhechores. La sugestión, con un **incubo** o conductor, y varios **súcubos** o conducidos, es el fenómeno que las explica. El tercer lugar en el estudio del crimen colectivo lo ocupa la **secta criminal**, que es la forma crónica de la muchedumbre delincuente. La secta se diferencia de la asociación de malhechores porque comete sus crímenes como medio de llegar a un fin que ella cree social y altruista. Sólo importa subrayar que aquí también juega papel decisivo el fenómeno de la sugestión. Hay en la secta *meneurs* y *menés*.

De la secta criminal a la **muchedumbre delincuente** el paso es corto. Éste es el fenómeno más agudo y típico de delito colectivo. Pero exige tratamiento propio. Hay, a veces, más o menos visibles, conductores y conducidos; pero, como luego veremos, en la mayoría de los casos no pueden señalarse. Existe un estímulo que provoca la sugestión y el contagio; se identifican los individuos reunidos, y todos son, a la par, caudillos y arrastrados.

44.5 RESPONSABILIDAD DE LOS INDIVIDUOS INMERSOS EN LA MASA

Napoleón dijo: *Les crimes collectifs n'engagent personne*. En cambio, **Sighele** creyó que la muchedumbre es responsable. Pero ¿cómo y quién debe ser en ella? El sentido corriente responde: toda la multitud. Y la ciencia, después de reflexionar en todos los aspectos, dice, de acuerdo con el buen sentido: toda la muchedumbre debe ser responsable. No el individuo sino la muchedumbre. *¿Quién mató al comendador? Fuenteovejuna, señor*. Pero ¿es posible esta responsabilidad colectiva? Ésta fue, en los tiempos antiguos, la única forma de responsabilidad. Pero la ley, en nuestros días, ha individualizado las responsabilidades. Hoy se tiene en cuenta el ambiente. Hay una suerte de responsabilidad colectiva; pero, en vez de castigarse, como en la antigüedad, al reo y a su familia (al ambiente), hoy la pena sólo recae sobre el autor del acto; pero cuanto más fuerte es el influjo ambiental, tanto más benigna es la sensación aplicada al individuo que delinquiró.

En un homicidio por lucro está todo en el individuo que lo comete, y el ambiente ninguna o poquísima influencia tiene. Por eso la reacción social es muy fuerte contra el autor. En un homicidio por pasión, la mayor parte de sus causas radican en el ambiente y la mínima parte en el hombre que lo perpetra; por eso es mínima, en tal caso, la reacción social contra el sujeto. Si se llega a demostrar que toda la responsabilidad estaba en el ambiente, no se impondrá pena al autor, como en el caso de legítima defensa.

Sighele, aplicando las consideraciones generales a la muchedumbre dice muy razonablemente: *cuando hemos dicho que toda la muchedumbre debe ser responsable de los delitos cometidos por sus miembros, no hemos hecho más que aplicar a un caso especial y más evidente que los otros la teoría moderna de la responsabilidad colectiva. . . El individuo será, pues, el único efectivamente responsable; pero, puesto que su responsabilidad está en relación inversa a la de la muchedumbre, será preciso examinar si la responsabilidad del delito reside toda en la multitud, ya que en tal caso sería el individuo irresponsable, o qué parte de responsabilidad tuvo la muchedumbre, graduándose sobre esta responsabilidad la reacción social contra el individuo. En suma: la temibilidad del reo, que, en este caso como en todos los demás, nosotros debemos buscar, es nuestra guía; temibilidad que, según la escuela positiva, crece o disminuye en razón inversa del crecer o disminuir del número y de la intensidad de las circunstancias exteriores en la etiología de un delito*

El problema se reduce a averiguar si en efecto es posible que un individuo honrado se deje arrastrar por la muchedumbre a cometer el mal casi en un acceso de locura momentánea, que, una vez cesado, no deja más traza y no puede dar derecho a reacción penal alguna.

Para poder responder a este punto es preciso que se conozca y no sólo en teoría la fuerza sugestiva de las multitudes; cuál es su potencia de perversión sobre el individuo, capaz, en su fascinación terrible y extraña, de convertir en un asesino al hombre piadoso.

Hemos dicho que la psicología colectiva explica el fenómeno por la sugestión de la muchedumbre. Lo cierto es que la sugestión en la muchedumbre es más imperiosa que en otras situaciones, y si se une al fenómeno de la *identidad*, podemos concluir que, dadas determinadas circunstancias, puede producirse irresponsabilidad plena para el sujeto individual que actúa en una muchedumbre en tumulto.

Ahora bien, para proclamar que los individuos inmersos en una multitud son irresponsables, o para medir su responsabilidad, cuando existe, es preciso el examen de estos tres importantísimos extremos: primero, la distinción entre conductor y conducidos. Segundo, el móvil por el que el delito colectivo se cometió. Tercero, la dificultad de recoger pruebas sobre el hecho, o la poca fe que merecen en este caso los testimonios. Estudiémoslos por separado.

44.6 CRITERIOS PARA MEDIR LA RESPONSABILIDAD

44.6.1 Conductores y masa

En ocasiones, verdaderos delincuentes, auténticos locos y hombres degenerados de toda clase, participan en las muchedumbres. Ello basta para distinguir ya los **activos** de los **pasivos**, que coinciden con la distinción de *meneurs* y *menés*, de que habla Gabriel **Tarde** (*Les crimes des foules*, Lyon, **Storck**, 1892; *Foules et sectes au point de viú criminel*, en *Revue des deux Mondes*, 1893; *L'opinion et la foule*, París, Alcan, 1901). La psicología del *meneur* la estudiaron también **Le Bon** y Pasquale **Rossi** (*psicología colectiva morbosa*, Turín, Bocca, 1901). Cuando pueden distinguirse los conductores de los conducidos su responsabilidad será diversa, según los casos particulares y la actitud psicológica de los participantes. **Sighele** ya dice que haya veces en las multitudes verdaderos delincuentes natos; pero hay otros que sólo son **débiles**. Hay también homicidio por pasión, la mayor parte de sus causas radican en el ambiente y la mínima parte en el hombre que lo perpetra; por eso es mínima, en tal caso, la reacción social contra el sujeto. Si se llega a demostrar que toda la responsabilidad estaba en el ambiente, no se impondrá pena al autor, como en el caso de legítima defensa muchos hombres tímidos y buenos que aceptan las ideas que les vienen impuestas. Estas formas de debilidad de carácter tienen, como consecuencia, hacer al individuo fácil o facilísima presa de las sugerencias del ambiente exterior. Así puede el débil ser criminal en la muchedumbre.

Nadie mejor que Concepción **Arenal** ha expuesto el repertorio de personajes que pueden actuar en el delito de muchos. La insigne escritora dice que, desde el **punto de vista intelectual**, pueden clasificarse así los participantes del delito colectivo: 1. Los que comprenden bien la idea; 2. Los que sólo la comprenden en parte; 3. Los que no la comprenden y la defienden por espíritu de imitación; y 4. Los que no sólo desconocen la idea, sino que le dan una significación contraria a la que tiene. Desde el **punto de vista moral**, clasifica doña Concepción **Arenal** a estos delincuentes: 1. Los que tienen fe en la idea y abnegación por la causa; 2. Los que creen en la idea, pero no tienen por ella abnegación; 3. Los que aceptan la idea como buena, pero la juzgan propia para explotarla; 4. Los que, sin preocuparse de la idea, la defienden como medio de servir su interés; 5. Los malvados que buscan en la idea medios de hacer el mal que no podrían realizar solos ni en cuadrilla; 6. Los débiles que, sin ser malos, se ven arrastrados por la idea, y que obran en virtud del impulso ajeno; 7. Los que fueron buenos hasta que la fermentación colectiva despierta en ellos energías perturbadoras; y 8. Los desamparados que creen recobrar un momento su personalidad agregándose a los que la tienen, gritando viva o muera, y haciendo el bien o cometiendo delitos.

Estas clasificaciones son por demás interesantes y precisas para fijar la responsabilidad; pero más que a la muchedumbre delincuente, se refieren a la secta ya la revolución **stricto sensu**, que, al contrario de las muchedumbres propiamente dichas, requieren previo acuerdo de voluntades para el acto y, por ende, adalidades o animadores.

Como el mismo **Sighele** confiesa, en las muchedumbres no suelen existir verdaderos conductores, o éstos están tan lejanos y oscuros que se confunden con los conducidos; mejor dicho, todos son masa, arrastrados, sugestionados por el estímulo.

44.6.2. Motivo

El motivo tiene un valor trascendental en las muchedumbres. Si fuese bajo e inmoral robar, violar, la absolución y hasta la atenuación repugnarían.

Pero, de ordinario, el móvil es noble o, al menos, pasional. A veces, la multitud trata de defenderse, otras, de vengar un delito. Ejemplo de este último motivo es la llamada *Ley de Lynch*, sobre la que han escrito **Desjardins, Nocito, González Lanuza, Garófalo, Dorado Montero, Villoldo, Cardone**, etc. Hay entusiastas, como **Garófalo**, de esta forma primitiva y rapidísima de ejecución. También **Lanuza** afirma que los linchadores lo son por profundo horror al delito, y no pueden ser condenados como criminales. **Sighele** confiesa que una justicia sumaria no puede ser buena justicia, pero añade que la *Ley de Lynch* es un síntoma reconfortante de la moralidad de un país, y si bien el derecho condena, la conciencia absuelve. **Dorado**, más ecuánime, señala casos en que el móvil no es defendible. En contra de la *Ley de Lynch* se pronuncian **Villoldo** y **Cardone**. Yo no siento por ella entusiasmo alguno, pero esto no quiere decir que me parezcan delincuentes vulgares los que linchan a un criminal.

Felipe **Manci** clasifica las muchedumbres por el móvil. En su opúsculo ya recordado, dice: como hay individuos emotivos y pasionales, así también hay muchedumbres emotivas y pasionales. Las primeras obran instantáneamente, es decir, reaccionan a la causa emotiva con la emoción; las segundas reaccionan a la causa, que puede ser emotiva, con la pasión, es decir, continuamente, a través de un proceso psíquico, una formación gradual prevalente, anormal, de un estado de conciencia. Las emotivas tienen causas violentas, traumáticas: miedo, alegría, cólera, y dan reacciones violentas, traumáticas, rápidas, más de naturaleza fisiológica que psíquica, localizadas al ambiente, a los individuos, y son sus hechos transitorios (miedo, entusiasmo, aplausos, irrupciones, heroísmo colectivo). Las pasionales tienen reacciones sucesivas graduales (amor, odio) y sus hechos

son continuados, homogéneos, de naturaleza psíquica, sucesiones corrientes y colectivas, aunque procedan de un hecho traumático, de un acontecimiento emotivo, etcétera.

44.6.3 Dificultad de la prueba

Es la dificultad de la prueba una de las más destacadas características de las muchedumbres. Cuando se comete un hecho en público y hay muchos testimonios, es más discutido y más discutible que cuando hay un pequeño número de testigos. Acerquémonos a una aglomeración en una calle y preguntemos la causa. Nos darán respuestas numerosas y contradictorias.

Pero la nota más típica es el poder de sugestión de la muchedumbre, que hace creer que se han visto u oído cosas que no existieron. El poder de sugestión influye siempre en la prueba testifical; pero es más agudo cuando se testimonian hechos en muchedumbre.

44.7 DOCTRINA DE LOS ESCRITORES, DE LAS LEYES Y DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

Apresurémonos a descartar el criterio de aquellos escritores, singularmente desafortunados al tocar este asunto de la responsabilidad individual en los delitos de la muchedumbre, aunque sea de pasada, como Vespasiano **Pella** (*Apercue sur la criminalité collective*, París, Sagot, 1920) Adolfo **Bonilla**, que niega la existencia del delito colectivo y le moteja de *fantasma jurídico*, y Álvaro **Olea Pimentel** (en su tesis doctoral), cuyo vacilante criterio parece admitir en muchos casos una atenuación por el contagio. Reservemos nuestro estudio a los que han esclarecido el tema con máximo prestigio.

Sighele ha sido mucho más afortunado en la investigación psicológica de la muchedumbre que en la fórmula jurídica, como dice **Florián**. El famoso escritor italiano no se atreve a sentar como regla general la irresponsabilidad de los sujetos que proceden a impulsos de una muchedumbre tumultuosa, y se adscribe a la opinión de **Pugliese**: los delitos cometidos en una muchedumbre deben considerarse siempre perpetrados por individuos semirresponsables. También **Garófalo** beneficia a los reos ocasionales que intervienen en el delito multitudinario, aplicándole la doctrina del vicio parcial de mente, a los efectos prácticos de la legislación italiana, que entonces no permitía otra cosa.

Así lo reconocieron los tribunales de Italia en ocho sentencias famosas, en buena parte de las cuales se apreció el aludido *vicio parcial de mente*, conforme al art 47 del Código Penal de 1889.

Tan poderosa doctrina jurisprudencial ha sido causa de que la atenuante de sugestión multitudinaria pase a las leyes penales italianas. En el número 6 del art 22 del Proyecto preliminar de Código Penal, que se compuso en el año 1921 por una comisión que presidió Enrique **Ferri**, se estimaba como atenuante ejecutar el hecho por impulso de una **muchedumbre en tumulto**. Razonando la disminución de pena, dice **Ferri**, en la **Relazione** que precede al Proyecto, que, fuera de la muchedumbre, no hubiese ese hombre cometido excesos criminosos. Y no sólo propone la atenuante, sino que considera posible el perdón judicial.

La tesis estaba tan cuajada en el ambiente italiano, que no ha podido sustraerse a ella el Código Penal fascista de 19 de octubre de 1930. A pesar de que el rigor de las penas crece en este nuevo documento legislativo, dice el vigente Código, en el número 3 del art 62, que, salvo para los delincuentes habituales o por tendencia instintiva (es decir, algo parecido a los que llamaron natos los positivistas), atenúa el delito: *haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto*.

Apresurémonos a decir que esta tímida tendencia está ya superada, y que hoy la doctrina proclama netamente la irresponsabilidad completa.

44.8 IRRESPONSABILIDAD DE LOS INDIVIDUOS QUE ACTÚAN EN MUCHEDUMBRE

Desde 1895 Gustavo **le Bon**, en que su obra se imprime, niega que pueda hablarse de la muchedumbre **delincuente**. *Las muchedumbres dice que caen, después de un período de excitación, en estado de simples autómatas inconscientes, arrastradas por la sugestión, parece difícil calificarlas en caso alguno de criminales. . . Ciertos actos de las muchedumbres son en verdad delictivos si se les considera en sí mismos, pero con igual título que el acto de un tigre que devora a un indio después de haber dejado que sus cachorros le despedacen para distraerse*. Lo mismo piensa **Piazzì** (*L'arte nella folla*, Palermo, 1900).

En la actualidad, después de los estudios de **Freud**, y de la atribución al inconsciente de los actos delictivos de los individuos que forman la muchedumbre, ya no puede dudarse de su irresponsabilidad. Los que opinan de otro modo son inconsecuentes. Con gran motivo critica **Manci** las frases de **Ferri** en la citada *Relazione* del Proyecto de Código Penal de 1921. Si el hombre que delinquiró no hubiera delinquido sin la sugestión de la muchedumbre, ¿para qué penarle! no hace mucho, Jorge **Peirano Facio**, en un trabajo de seminario para la Universidad de Montevideo, dice que en los delitos cometidos por una muchedumbre **stricto sensu**, no son responsables sus componentes cuando falta el **meneur**; incluso si lo hay, no pueden ser penados

ni el adalid, cuando fue arrastrado por la muchedumbre, ni los **menés**, pero sí deben imponerse, cuando sean necesarias, medidas curativas o preventivas.

El sujeto individual que comete actos delictivos en una muchedumbre, no es responsable, en el atinado sentir de **Manci**, porque el **individuo estaba en un estado en que ha podido querer lo contrario de lo que hizo**, es decir, su yo normal no tenía ni la conciencia ni la voluntad de lo contrario y, por ende, de su responsabilidad. Ha intervenido una solución de continuidad en la individualidad normal, por efecto del tumulto colectivo. Edmundo **Mezger** también admite la inimputabilidad del individuo que delinque en masa, cuando se comprueba la inhibición de la conciencia.

En suma: el hombre que delinquiró en tales circunstancias, como parte de la muchedumbre, **no es un enajenado**, sino un ser habitualmente sano de mente, que en aquel dramático y excepcional instante se hallaba en situación de trastorno psíquico transitorio.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide en la unidad

1. ¿Cuál es el contenido de la teoría de la autoría?
2. Explique brevemente las formas de participación
3. ¿Qué diferencia hay entre asociación delictuosa y pandilla?
4. Conforme al Código Penal vigente señale las formas de participación del delito
5. ¿Que se entiende por muchedumbre?
6. ¿En que consiste la psicología de muchedumbre?
7. ¿En que casos se puede presentar el delito de muchedumbre?
8. ¿Cuál sería la responsabilidad penal en un delito de muchedumbre?
9. Atendiendo a la delincuencia organizada ¿que diferencia hay con el delito de asociación delictuosa? (ver Código Penal)

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal Parte general (Tomo I)*, 18ª ed., Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asúa Luis, *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 3ª ed., México-Buenos aires, Ed. Hermes, 1959.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª. Ed., México, Ed. Cárdenas, 1991.

Dentro de esta unidad se hablará de los concursos de delito, el ideal o formal, el real o material, el de acumulación, reincidencia, habitualidad, identificación y en un segundo momento el del concurso aparente de normas.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 18.1. Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.
- 18.2. Explica brevemente en un escrito que es concurso de delitos y sus clases (ideal, real, acumulación, reincidencia, habitualidad, identificación y concurso aparente de normas).

Objetivo particular

Analizar el fundamento y la conceptualización de la concurrencia de los delitos en la comisión del delito.

CONTENIDOS

- 18.1. Concepto.
- 18.2. Clases de concurso de delitos.
 - 18.2.1. Ideal o formal.
 - 18.2.2. Real o material.
 - 18.2.3. Acumulación.
- 18.3. Reincidencia.
- 18.4. Habitualidad.
- 18.5. Identificación.
- 18.6. Concurso aparente de normas.

18. A.	CASTELLANOS, Tena Fernando
	<i>Lineamientos elementales de Derecho Penal</i>
	43ª ed. Edit. Porrúa, México, 2002 Págs. 307-311

XXX

EL CONCURSO DE DELITOS

SUMARIO: 1. Ideas generales; noción.-2. Unidad de acción y de resultado.-3. Unidad de acción y pluralidad de resultados.-4. Pluralidad de acciones y unidad de resultado.-5. Pluralidad de acciones y de resultados.-6. Concurso aparente de leyes.- 7. Reincidencia.-8. Habitualidad.-9. Identificación.

I. IDEAS GENERALES; NOCIÓN. En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de *concurso*, sin duda porque en la misma persona *concurren* varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser *ideal* y *material*.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

2. UNIDAD DE ACCIÓN Y DE RESULTADO. Cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y de unidad de lesión jurídica.

3. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE RESULTADOS. En este caso aparece el *concurso ideal* o *formal*, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal -y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto-, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.

Se pueden citar muchos ejemplos de concurso ideal o formal; tal ocurre si el individuo, con un disparo de arma de fuego, mata a su adversario, lesiona a un transeúnte y daña la ajena propiedad; también cuando el delito de violación reconoce como sujeto pasivo a un pariente próximo, tipificándose, además, el incesto. (Respecto a este último ejemplo, algunos consideran sólo un delito: la violación.)

El artículo 18 reformado del Código Penal señala: "existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos...". Por su parte el 64 del mismo ordenamiento indica: "en caso de *concurso ideal*, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que aumentará hasta una mitad más del máximo de duración sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero". El artículo 25 (ubicado en el Capítulo 11 del Título Segundo del Libro Primero), dispone que la prisión será de tres días a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315, 320, 324 Y 366 en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años.¹ Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 12 de junio de 2000, se modificó el artículo 366, ahora señala que en caso de que el menor secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores la pena de prisión podrá ser de hasta setenta años.

4. PLURALIDAD DE ACCIONES Y UNIDAD DE RESULTADO. Una conducta reiteradamente delictuosa, puede lesionar el mismo bien tutelado por el Derecho. Las acciones son múltiples, pero una lesión jurídica. Se habla entonces del delito *continuado*. Recuérdese que es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Consiste en unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de ataque jurídico. (Para mayor claridad véase el tema XIV, núm. 5.)

El Código Penal en la fracción n del artículo 70 señala que el delito es *permanente* o *continuo*, cuando la consumación se prolonga en el tiempo. Nótese que nuestra ley llama indistintamente continuo o permanente al delito que permite la posibilidad de prolongar en el tiempo el comportamiento, de tal modo que sea idénticamente violatorio del Derecho en cada uno de sus momentos. Tal es el caso de los delitos de privación de libertad. Mientras en el delito *continuado* son varias las acciones emanadas de la misma resolución (robar determinados objetos mediante conductas repetidas), en el *continuo* o *permanente* la acción o la omisión son únicas.

El mismo ordenamiento señala en la fracción II del citado artículo 70 que el delito es *continuado*, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.*

No debe perderse de vista que la figura del delito continuado entraña una novedad en el Código Penal y

¹ Reforma según Decreto de 29 de diciembre de 1988, publicado en el *Diario Oficial* de 4 de enero de 1989, en vigor el 1° de febrero siguiente. Los artículos señalados se refieren, el 31.5 bis, al homicidio intencional cometido con motivo de una violación o un robo; el 320 al homicidio calificado; el 324 al parricidio y, el 366 al homicidio del secuestrado por su o sus secuestradores.

* Reformado por Decreto Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 13 de mayo de 1996, en vigor al día siguiente de su publicación.

fue introducida por la reforma de 1983, publicada en el *Diario Oficial* de enero del año siguiente.

El último párrafo del artículo 64 establece que en caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

La anterior fórmula legal, literalmente interpretada, hacía posible considerar como *delito continuado*, por ejemplo, los homicidios de varias personas, si forman parte del mismo designio delictivo, lo cual resulta inaceptable. Para evitar estas situaciones, algunos códigos limitan el ámbito del delito continuado, como ocurre, v. gr., en el ordenamiento represivo del Estado de Guanajuato, en cuyo artículo 14 se precisa que el delito es continuado, cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma conducta, procedente de la misma resolución del activo, con unidad de lesión jurídica, pero tratándose de agresiones a la vida, a la salud, al honor, a la libertad, a la honestidad, se *requerirá identidad de sujeto pasivo*. El Código Penal de Jalisco exige que los varios comportamientos de igual naturaleza, procedentes de idéntica intención del sujeto, violen el mismo precepto legal en *prejuicio del mismo ofendido*. Afortunadamente, se ha reformado el artículo 7º en su fracción III, el cual ahora señala que además de la unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y la violación al mismo precepto legal, haya unidad en el sujeto pasivo.

La fórmula del delito continuado fue ideada por los prácticos italianos con el propósito de evitar la aplicación de penas exageradas a un mismo individuo autor de varios delitos relativamente pequeños; se llegó a la conclusión (para eludir los excesos señalados) de que no se integran múltiples delitos semejantes, sino una infracción única.

La determinación de que un delito es instantáneo, permanente o continuado, no solamente tiene relevancia para los efectos de la distinción con el concurso, sino muy especialmente para marcar el momento en el cual debe empezar a correr el término para la prescripción; a fin de determinar el lugar de realización y estar en condiciones de fijar la competencia; para precisar si ya se ejecutó, o si se está ejecutando, caso éste en donde puede oponerse la defensa legítima, etc.

5. PLURALIDAD DE ACCIONES Y DE RESULTADOS. Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por algunos de ellos, se está frente al llamado *concurso material* o *real*, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo), cometidos por un mismo sujeto).

La segunda hipótesis del artículo 18 reformado, figura del concurso *real* o *material*; existe cuando dad de conductas se cometen varios delitos.

El artículo 64, en su segundo párrafo preceptúa: "En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero".*

Los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión para los casos de concurso real o material, a saber: *acumulación material*, *absorción* y *acumulación jurídica*. En el sistema de *acumulación material* se suman las penas correspondientes a cada delito. En el de la *absorción*, sólo se impone la pena del delito más grave, pues se dice que éste absorbe a los demás. En el de la *acumulación jurídica* se toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable.

El Código Penal de 1931 parece acogerse a los tres sistemas; el artículo 64 permite la aplicación de la pena correspondiente al delito mayor (*absorción*) pero faculta al juzgador para aumentarla en atención a los delitos cuya pena sea de menor cuantía (*acumulación jurídica*), y establece la posibilidad de aplicar hasta la suma de las sanciones de todos los delitos (*acumulación material*) sin que pueda exceder de sesenta años.

18. B. LÓPEZ, Betancourt Eduardo <i>Introducción al Derecho Penal</i> 8ª ed. Edit. Porrúa. México, 2000 Pág. 230 a 231
--

[...] LA ACUMULACIÓN

La *acumulación* se presenta cuando se han realizado varios delitos y los mismos no han sido sancionados; si alguno de ellos hubiese sido sancionado se podrían presentar otras figuras que estudiaremos en su oportunidad, denominadas la *reincidencia* y la *habitualidad*.

Expresado en otras palabras, la *acumulación*, es el sistema por el cual se va a sancionar al concurso real

* Reformado por Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de mayo de 1996, en vigor al día siguiente de su publicación. El primero y segundo párrafos del artículo 64 fueron modificados por Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de fecha 18 de mayo 1999, en vigor al día siguiente de su publicación.

de delitos. La doctrina ha coincidido en que son tres los sistemas para castigar al concurso real o material:

- a) La acumulación material de las penas;
- b) La absorción de las penas, y
- c) Acumulación jurídica.

La acumulación material de las penas consiste en la aplicación de todas las penas que correspondan a cada uno de los delitos cometidos. Este sería el caso, si una persona cometió los delitos de homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena, si sus penas respectivamente son 15, 5 y 3 años, la sanción que se impondrá al infractor, siguiendo la acumulación material de penas, será de 23 años de prisión. Este sistema se considera demasiado severo y ha sido declarado sumamente cruel y por ello su uso en el mundo jurídico es mínimo.

Por el sistema de absorción, el mecanismo es bastante sencillo, ya que el delito más grave y de mayor penalidad absorbe a los otros. En el mismo ejemplo que ofrecimos, se aplicarían sólo 15 años de cárcel; el delito de homicidio, absorbe al de lesiones y al de daño a propiedad ajena. Al contrario del sistema de acumulación material, este método es criticado por benévolo y expresan que sería injusto el dejar -de hecho- sin sancionar algunos ilícitos.

El sistema de acumulación jurídica es en la práctica un sistema intermedio entre la acumulación y la absorción; en el mismo se toma como base para la imposición de sanción, el delito mayor, al que se le van incrementando en forma proporcional las sanciones de los demás delitos cometidos, siempre y cuando no se exagere la pena final; esto es, la sanción deberá ser adecuada y justa, tomando en cuenta diversidad de factores. En efecto, nosotros coincidimos con los autores que proponen al sistema de acumulación jurídica como el más indicado. [...]

CAPÍTULO 46

REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

46.1 CONCEPTO DE REINCIDENCIA

Según vimos, un hombre puede cometer varios delitos. Unas veces un mismo propósito los liga, bien porque el mismo acto constituye varias figuras de delito (concurso ideal) o bien porque uno de ellos sea medio para cometer el otro o se hallen relacionados entre sí como antecedente a consiguiente (delitos conexos). Pero

en otros casos el individuo delinque varias veces sucesivas, recae en la comisión de delitos: entonces se dice que hay, o concurso real y reiteración, o reincidencia.

No cabe duda que la reincidencia fue apreciada desde los primeros tiempos como una agravante de responsabilidad, sin que se diera por legislación alguna mayor trascendencia a este concepto que la de estimarle como un motivo para la imposición de la pena más grave. Pero no siempre opinaron así los tratadistas, como enseguida veremos.

46.2 EFECTOS

En principios doctrinales, no todos están conformes en el efecto de agravación penal de la reincidencia. Las teorías formuladas en orden a los efectos que ha de producir la cualidad de reincidente, pueden reducirse a estos grupos.

46.2.1 Efectos agravantes

Este es el criterio más extendido, **Rossi**, defendiendo las normas del Código napoleónico, afirma que el legislador ve en el reincidente un caso de culpabilidad especial, a la vez moral y política, puesto que el delincuente, al repetir las infracciones, se revela como tenaz transgresor del orden jurídico. Y no se diga añade *que de ese modo se sale del campo del derecho para ir al de la moral, porque no apreciamos en el reincidente su cualidad de individuo inmoral y depravado, sino como se manifiesta positivamente por la comisión del nuevo delito*. También Francisco **Carrara** defendió el criterio agravante; pero no de la imputabilidad ni de la *cantidad de delito*, sino de la pena. Su tesis se apoya en estos argumentos: no puede imputarse una segunda vez el anterior delito, del que el reo saldó ya su partida. No es de apreciar la mayor perversidad del reincidente, porque si se entra en el campo de la moral, siendo el derecho penal juez competente, se extralimitaría en sus confines. No aumenta la cantidad del delito porque si el daño mediato es aquel que el delito lleva, además, a todos aquellos ciudadanos que no fueron directamente dañados con la acción, no puede aceptarse como norma prevalente en la medida del delito, y sí tan sólo como elemento accesorio, toda vez que el aumento de ese daño, derivado de la forma accidental de ejecución del delito, puede obedecer, incluso en hechos análogos, a influencias diversas. Pero aun en el caso sigue pensando **Carrara** de aceptar ese aumento en el delito, la reincidencia, demostrativa de la inutilidad de la pena, nos llevaría a la definitiva conclusión de tener siempre que estimarla como una agravante del castigo. Esta es la doctrina del gran maestro clásico que funda la agravación de los reincidentes en *la insuficiencia relativa de la pena, insuficiencia demostrada por el reo con sus propios actos; esto es, con la*

rotunda prueba de su desprecio por la primera pena.

46.2.2 Improcedencia del agravante

Numeroso grupo de escritores, oriundos de varias nacionalidades, mantuvieron la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia por no encontrar en el concurso de esta circunstancia aumento de daño material, moral o político del delito. Estiman quienes así razonan, que castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituiría una grave injusticia, un quebrantamiento de la máxima *non bis in ídem*, o que apreciar la recaída con efectos jurídicos sería mezclar la moral y el derecho, que tienen áreas propias, puesto que es justo que la pena siga a la manifestación de la voluntad criminal, pero no debe recaer sobre la general inmoralidad del individuo. Así lo creyeron **Carmignani, Carnot, Alauzet, Kostlin, Merkel, Gesterling, Mittermaier, Pagano, Giuliani**. A su vez, **Tissot**, enemigo de la agravación en principio, "pasa por ella por motivos prácticos y con muchas condiciones.

46.2.3 Efectos atenuantes

Superando la anterior postura, **Bucellatti y Kleinschrod** sostienen que la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse, por tanto, menor imputabilidad en el agente, y concluyen pidiendo que la pena, lejos de agravarse con la recaída en el nuevo delito, debe aminorarse. No se limita a estos argumentos **Kleinschrod**, que, con encendidas palabras, acusa a la sociedad como culpable del aumento de la reincidencia, por creer que el ambiente social y familiar de vicio y corrupción, escasez de trabajo, mala distribución de la riqueza y, sobre todo, la defectuosísima organización penal y penitenciaria, son culpables de que aquellos delincuentes, víctimas de las circunstancias que les rodean, se encuentren en situación propicia para recaer en el delito.

46.2.4 Criterio moderno

Precursor de las nuevas ideas fue Carlos **Roeder**, que recordó los males de la sociedad apuntados antes, subrayó el pésimo efecto de las penas cortas de privación de libertad, que al poner en contacto al delincuente primario con los profesionales del crimen, pervierten al delincuente y le hacen reincidente. Por eso, pensó **Roeder** que, más que castigar, era preciso robustecer la voluntad de los delincuentes para que no recayesen.

Las nuevas concepciones legales mantienen el concepto viejo de la **reincidencia**, instalando junto a él la

habitualidad. Esta distinción se funda en este punto de vista, circulante entre los códigos de hoy, de tipo marcadamente sincrético: unas veces, el reo delinque una vez y recae de nuevo. Entonces no hay lugar a suponer que la pena fracasó en él, que quedó ya sin personalidad de derecho penal. Pero otras veces las más, la reincidencia es múltiple, y los varios hechos con que el delincuente vulneró la norma no son más que la expresión de un estado personal: la **habitualidad**. Constituido ya el delincuente de hábito, demuestra que la pena no tiene ningún poder sobre él, que ni le intimida ni le corrige imponérsela agravada, pero la misma, es absurdo. Cuando al término de ella salga, volverá a ser un peligro para la sociedad. El **habitual** es, pues, un incapaz para la pena, que se encuentra en estado peligroso, contra quien es necesario defenderse con medidas de carácter especial.

En los tiempos que nacen, y, sobre todo, en el futuro inmediato/la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia. Ya no interesa tanto la repetición de un delito, y vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, que acaso un primer acto delictivo es capaz de revelar.

En suma: el criterio jurídico de la reincidencia se ve reemplazado por el concepto antropológico de habitualidad y profesionalismo de que hemos de ocuparnos más adelante.

46.3 CLASES DE REINCIDENCIA

Una cuestión interesante surge dentro del problema jurídico de la reincidencia. Para unos como **Carrara, Canónico y Crivellaries** es necesario que se haya cumplido totalmente la pena impuesta por el primer delito, pues si la realización de un segundo crimen la agrava, es porque los medios que el Estado le dio al delincuente para corregirse no produjeron en el efecto alguno. La generalidad de los autores dicen **Manzini y Alimena** reconocen tan sólo como necesario el requisito de la irrevocabilidad de la sentencia.

A lo primero, se ha llamado **reincidencia propia**; a lo segundo, **impropia**. **Carrara** dijo: **vera y finta**.

El Código Penal español y la mayor parte de los hispanoamericanos exigen tan sólo que haya recaído sentencia condenatoria *ejecutoriamente el condenado*).

Ahora bien; para que la reincidencia exista, ¿se necesita que la recaída se produzca en cualquier delito o se precisa que sea en uno de la misma clase? El primitivo derecho romano exigía que fuese en el mismo género de actos punibles: *in eius dem sceleribus*. Pero posteriormente se extendió el concepto a toda clase de delitos. Atendiendo a éstos, se pueden presentar dos clases distintas de reincidencia:

- a) Reincidencia genérica cuando es en cualquier otro delito a la que denomina **reiteración** el Código español, con evidente error); y
- b) Reincidencia específica (cuando se produce en delitos de la misma clase).

Se piensa por muchos autores que tanto la reincidencia genérica como la específica deben ser tenidas en cuenta; pero no faltan algunos como **Chauveau y Pacheco** que creen que sólo debe considerarse la específica, pues ésta demuestra un impulso profundamente arraigado en nuestra conciencia. Por último, otros sostienen que ambas reincidencias se equivalen, y que la única diferencia entre ambas debe reducirse a la diversidad de su tratamiento. Así opinan **Carrara, Canónico y Brusa**. No faltan quienes dentro de tal sistema defiendan puntos contrapuestos. Por ejemplo, **Scheurlen** postula que debe castigarse más la reincidencia específica, mientras que **Trebutien** reserva mayor pena a la genérica.

En varios Códigos hispanoamericanos se han reconocido las dos especies de reincidencia: la genérica y la específica, atribuyendo a ésta efecto de mayor agravación, y caracterizándola por la expresión de **delitos comprendidos en el mismo título del código o delitos de la misma especie, naturaleza o índole**.

46.4 CRITERIOS PARA DECIDIR IGUAL ÍNDOLE EN LOS DELITOS

La doctrina que circunscribe la reincidencia propiamente dicha a la de tipo específico o las teorías y legislaciones que la distinguen en genérica y específica para dar a ésta más gravedad, se desvelan por determinar normas para definir esa especialidad, ingenua y torpemente formulada en el Código español, diciendo que existe cuando el delito anterior y el nuevamente perpetrado se hallan en el mismo título del Código. Seguir este criterio es absurdo, pues a menudo hay delitos de tipo íntimamente parejo que no están en el mismo título del Código, y otras muchas veces infracciones contenidas en el mismo título tienen móviles tan distintos, que realmente no podría hablarse de la permanencia del mismo impulso criminal, del cual es signo la reincidencia específica.

Por tanto, dos soluciones se presentan para fijar el criterio de la homogeneidad de los delitos: a) **identidad absoluta**, que implica igualdad en los delitos; y b) **identidad relativa**, que indica igualdad en el impulso criminoso, en el móvil, que en el derecho penal moderno tiene enorme importancia, y que generalmente se exteriorizará por la comisión de un delito de la misma especie; pero que a veces podrá referirse a figuras delictivas totalmente distintas.

Para decidir esta identidad relativa y la consiguiente apreciación de la reincidencia, proponen la mayor parte de los tratadistas que se conceda a los jueces el más amplio arbitrio; pero **Sacker y Manzini** no quieren ir tan lejos. En vez de dejar sólo en las manos del magistrado este asunto tan arduo, desean que el legislador señale, no una clasificación de delito, sino de móviles o instintos. Sacker ofrece estos cuatro grupos: 1. Instinto de conservación y cuanto con él se relacione; 2. Impulso de avaricia, de lucro o de goce; 3. Sentimientos de pasión, venganza, odio, libidinosidad; y 4. Sentimientos contrarios a la convivencia social, moral, política y religiosa.

La clasificación de los tipos, conforme al elemento subjetivo de lo injusto, podría ser a este respecto de grande utilidad.

46.5 PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA

Tres sistemas pueden distinguirse en orden a la prescripción de la reincidencia: a) El de la temporalidad, favorable a la tesis enunciada; b) El de la perpetuidad, que condena la prescripción; y c) El mixto.

Existen autores que opinan que después de transcurrido cierto tiempo no debe tenerse en cuenta la circunstancia de la reincidencia, pidiendo, pues, que pueda prescribir, puesto que prescriben los delitos. **Blanche, Chauveau y Hélie, Ortolan, Pessina, Sacker, Béranger, Manzini** y tantos otros, se fundan, para sostener esa opinión, en que el transcurso de cierto tiempo demuestra que ya no existe, o por lo menos no perdura, la tendencia al delito, puesto que durante mucho tiempo no se manifestó. Por el contrario, **Garófalo, Nicéforo** y otros muchos partidarios de la escuela positivista creen que la reincidencia no puede sujetarse a ningún término, y que la tendencia al delito, si reaparece después de muchos años, demuestra su profundo arraigo.

Francisco **Carrara** y Emilio **Brusa** sostienen un criterio ecléctico, aunque inclinado al punto de vista que luego sostendrían los positivistas. Creen que no es difícil encontrar una vía conciliadora entre el sistema de la perpetuidad y el de la temporalidad. La solución ideada por el maestro toscano consiste en mantener el criterio de la perpetuidad en la apreciación de la reincidencia; pero disminuyendo el efecto agravante de un modo proporcionado al tiempo transcurrido entre la liquidación de la pena anterior y la comisión del nuevo delito.

Algunos Códigos iberoamericanos han admitido la **prescripción de la reincidencia**. Así, por ejemplo, en Bolivia, no se reconoce que se reincide sino cuando el reo delinquirió antes de pasados dos años desde que cumplió la condena impuesta por el primer delito (art 89); en Paraguay se fijan, a contar del plazo de extinción de

la pena, quince años, diez, cinco, o tres, según la gravedad de la infracción anterior (art 49); en la Argentina se establecen los mismos plazos de prescripción de la pena y otro tanto más, que nunca excederá de diez años (art 53); en Panamá, Venezuela, Colombia y Costa Rica se señala el plazo de diez años (arts 75, 100, 34 Y 32, respectivamente), en Perú y Uruguay, cinco (arts 111 y 48, 1. respectivamente), y en México se hace referencia, como en el Código argentino, a un término igual al de la prescripción de la pena, pero sin añadir más (art 20).

46.6 HABITUALIDAD

Las legislaciones del siglo XIX fracasaron frente a los delincuentes habituales. Estos criminales acostumbran a cometer delitos de no mucha gravedad, y disponiendo los Códigos casi exclusivamente de penas privativas de libertad que habían de aplicarse proporcionadas al daño escaso de la infracción, las condenas eran nada más que breves descansos en la vida del delincuente, riesgos profesionales de escasa entidad o contribuciones pagaderas en días de prisión que aseguraban al contribuyente el ejercicio de su oficio parasitario.

La circunstancia agravante de reincidencia, en contradicción con los principios clásicos fundamentales de la imputabilidad, no tenía eficacia, una vez que sus efectos estaban limitados por el máximo de la pena. Y la habitualidad no tenía aplicación sino a través de la reincidencia y también como elemento constitutivo de otras circunstancias y clases de codelincuencia.

El éxito alcanzado por la escuela Positiva en la censura de los criterios tradicionales fue debido, más que a los principios del positivismo, a que la crítica se inspiró en el sentido común. A todas las inteligencias resulta claro el absurdo de poner en libertad a quien ha cumplido la corta condena proporcional a su pequeño delito, y que ha de continuar en las mismas puertas de la prisión la historia criminal a que le impulsan sus hábitos y tendencias.

De todos los sectores de la doctrina se conviene en la necesidad de adoptar procedimientos de defensa, que para unos es la pena perpetua o por tiempo indeterminado; para otros, una medida de seguridad complementaria, y para los restantes, la medida de seguridad sustituyendo a la pena. Ahora nos interesa fijar el concepto de habitualidad.

46.7 HABITUALIDAD. REINCIDENCIA. PROFESIONALISMO. PROCLIVIDAD AL DELITO. INCORREGIBILIDAD.

Debemos, en primer término, distinguir la habitualidad de la reincidencia, de la profesionalidad, de la predisposición a delinquir y de la incorregibilidad.

El **hábito criminal**. Es costumbre adquirida por la repetición de- actos delictivos, y la facilidad para realizar los, como consecuencia de la práctica en este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones, aunque puede existir en los delitos continuados y colectivos que están constituidos por pluralidad de hechos, sin necesidad de más de una infracción.

Es más y menos que la reincidencia. Más, porque no basta con la repetición de infracciones, es preciso que esta insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es posible caer más de una vez en el delito, sin que éste debe de ser ocasional por la renovación de las circunstancias externas que produjeron el estímulo. Menos, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia o sea la condena ejecutoria, sino que aquella puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituyen el concurso real de delitos.

El **profesional**. Es una especie del delincuente habitual. Aquí la costumbre va unida al lucro y constituye un modo de vida, un oficio que se ejerce previo aprendizaje: falsificadores, timadores, carteristas, ladrones de varia graduación social, desde el asaltante callejero al elegante ladrón de hotel, peristas, proxenetas, chantajistas, usureros, explotadores del juego, contrabandistas, etc. Son profesiones regularmente desempeñadas contra las cuales ha sido impotente hasta ahora la ley penal.

Predisposición a delinquir. En él entra el hábito y la profesión, pero no es preciso llegar a *esto* para que se pueda ya reconocer la inclinación al delito. La predisposición puede declararse con un solo delito e incluso antes del mismo. Y así como en la criminalidad habitual influye primeramente el ambiente, los inclinados a delinquir pueden serlo por disposición congénita, como el **delincuente por tendencia instintiva**, huella que la debatida teoría del delincuente nato ha dejado en el Código italiano de 1930.

Finalmente, no debe equipararse la habitualidad a la **incorregibilidad**. El hábito se desarraiga por la educación, sobre todo en la juventud. La profesión criminal es sustituible cuando se ejercita al penado en otra profesión. El optimismo en la corregibilidad del delincuente crece cuando entendemos ésta como una forma de readaptación a la vida social sin aspirar a la enmienda moral. Por eso nos parece que si hoy se conviene en

aplicar a estos reos la sentencia indeterminada, es preferible, dentro de la indeterminación la medida correccional a la medida de seguridad con fines exclusivamente inocuidadores que se está adoptando en Europa. Concepción Arenal dijo *que no debía hablarse de delincuentes incorregibles sino de incorregidos*. Lo cual es, al menos, aplicable a los habituales, que no tanto a los delincuentes por tendencia instintiva.

El método para fijar el concepto de la habitualidad es distinto en las legislaciones. En primer término se establece un supuesto objetivo, formado por el número de infracciones porque ha sido condenado el culpable. La pluralidad del delito es necesaria para que se pueda hablar propiamente de hábito criminal, si bien no sería necesario que esta pluralidad constituya reincidencia, debiéndose comprender también el concurso real de delitos; aunque así no lo reconozcan las legislaciones, que, teniendo el molde tradicional de la reincidencia, acostumbran a definir la habitualidad como una reincidencia especial y agravada. Cuando no hay multiplicidad de delitos podrá hablarse de predisposición para delinquir, de peligrosidad crónica, concepto con que **Liszt y Foltin** quieren sustituir al de delincuencia habitual, pero no de habitualidad. También se exige que el nuevo delito tenga cierta gravedad o, al menos, que sea doloso. Estos requisitos formales tienen una doble función: son una garantía contra la arbitrariedad judicial y son también indicios del estado peligroso, para cuya apreciación ha de tenerse en cuenta el número y clase de gravedad de los delitos cometidos.

La inmensa mayoría de los Códigos hispanoamericanos incluso el argentino, a pesar de establecer la medida mixta de seguridad y pena aunque predomine ésta, de *reclusión por tiempo indeterminado* no han recibido estas concepciones subjetivas y tan sólo tratan de la multirreincidencia, como criterio agravante en mayor medida que la simple reincidencia genérica y específica.

Una crítica más profunda de estos problemas, y el planteamiento y desarrollo de las cuestiones concomitantes con la habitualidad, que desembocan en el estado peligroso, desbordan la materia que hemos tratado en el presente volumen. Sólo quisimos estudiar los más importantes problemas de dogmática sobre **la ley penal y el delito**. Estos a que ahora hemos llegado pertenecen **al delincuente y a la sanción**, mejor dicho, al remedio defensivo que se conoce con el nombre de **medidas de seguridad**, que por ahora no se abordarán.

Lineamientos elementales de Derecho Penal
--

43ª ed. Edit. Porrúa, México, 2002 págs. 313-314

9. IDENTIFICACIÓN. Para que los jueces y tribunales estén en condiciones de aplicar certeramente las reglas sobre concurso, reincidencia y habitualidad, así como para darse cuenta de la personalidad de los infractores, deben conocer los antecedentes penales de los mismos. Estos y otros motivos especialmente relacionados con la función investigatoria, han originado la necesidad de buscar sistemas de identificación de los delincuentes; dos son los principales: el *antropométrico* y el *dactiloscópico*.

El antropométrico, cuyo autor es el doctor Alfonso Bertillón, se basa en las medidas y características de los individuos, útiles en su conjunto para identificarlos; se complementa con fotografías de frente y de perfil.

Más preciso que el anterior, es el sistema dactiloscópico, consistente en aprovechar los dibujos o huellas que dejan las papilas dérmicas de las yemas de los dedos, las cuales no se modifican nunca en el mismo sujeto, pues permanecen constantes desde los seis meses de vida intrauterina y hasta después de la muerte. La implantación del sistema se debe a Francisco Galton, con base en los estudios de William Hershell. Pero quien más ha contribuido a su perfeccionamiento es el investigador argentino Juan Vucetich.

La dactiloscopia ha tomado tres diversas direcciones, surgiendo, consecuentemente, tres sistemas diferentes: a) el sistema Galton, en Inglaterra, Estados Unidos, República Dominicana y Panamá; b) el sistema Vucetich en todo el resto de América de habla española y portuguesa; y, c) el sistema Olores, en España. En el Galton –dice don Constancio Bernardo de Quirós–, los tipos fundamentales de dibujos papilares son hasta ocho, a saber: arco plano, arco realizado, asa radial, asa cubital, bolsa central, lazado doble, verticilo y verticilo accidental. Estos ocho tipos quedan reducidos a cuatro en el sistema Vucetich, a saber: arco, presilla interna, presilla externa y verticilo. Conforme al sistema Olores seguido en España, se emplean los mismos cuatro tipos del de Vucetich con nombres diversos.⁵

Para realizar la clasificación de las huellas de un individuo, se utiliza la fórmula de un quebrado, cuyo numerador expresa los datos de la mano derecha y el denominador los de la izquierda. Los pulgares se representan por una letra mayúscula, según el tipo respectivo; los demás dedos por el número, del 1 al 4, que les corresponda, según se advierta en cada dedo el arco, número 1; la presilla interna, número 2; la presilla externa

⁵ *Criminología*, pág. 303, 2ª edición, Puebla, México.

número 3, y el verticilo, número 4.

Entre nosotros se utiliza el sistema Vucetich complementado con el retrato hablado con base en el bertillonaje.

Don Constancio Bernardo de Quirós reproduce sus propias huellas dactilares con el siguiente quebrado:

V. 3243

I. 2242 [...]

18. D.	BACIGALUPO, Z. Enrique
Manual de Derecho Penal	
3ª reimp. Edit. Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1996	
Pág. 238-243	

[...] E. Concurrencia de leyes penales y concurrencia de delitos

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la aplicación de la ley penal a un hecho delictivo requiere con frecuencia resolver en primer lugar la cuestión de la relación existente entre los posibles tipos penales aplicables (concurrencia aparente de leyes) y, en segundo lugar, la determinación de la unidad o la pluralidad de acciones ejecutadas por el autor (concurso de delitos). Es claro que estas problemáticas son esencialmente distintas.

La cuestión de la *concurrencia aparente de leyes* (es decir de tipos penales aplicables) se desenvuelve en un plano en el que sólo entra en consideración una relación de tipos penales entre sí (por ejemplo: se trata de saber si el uso de documento falsificado (Código Penal español, arto 304), en una estafa (Código Penal español, arto 528; Código Penal argentino, arto 172) debe juzgarse sólo como estafa porque esta excluye al otro o si, por el contrario, es posible aplicar ambos tipos penales al mismo hecho; si el robo excluye la aplicación del hurto o si pueden aplicarse al *mismo hecho*, en razón de que la acción de robo realiza también todos los elementos del hurto.

El problema del *concurso de delitos* presupone, por el contrario que ya se ha resuelto la relación de los tipos *entre sí* y de lo que se trata es de saber si la acción se subsume bajo un tipo penal o bajo varios (concurso

ideal) y además si el autor ha realizado *varias* acciones y *varias* lesiones de la ley penal (concurso real).

En otras palabras; si una acción se adecua a más de un tipo penal (por ejemplo: la acción de robo con violencia en las personas produce también lesiones corporales: ¿debe aplicarse *sólo* la pena del robo o es posible también aplicar la de las lesiones?) o si el autor ha realizado *varias* acciones que *independientemente unas de otras* se adecuan a más de un tipo penal (por ejemplo: el autor mata al guardia y luego realiza las acciones de un robo). ¿Qué pena es aplicable? En el primer caso se habla de *concurrencia ideal*, mientras en el segundo se habla de *concurrencia real o material*.

Por tanto, mientras en los casos de concursos aparentes se discute sobre la relación de tipos *entre sí*, en los supuestos de concurso ideal o real se trata de la relación *entre varios tipos penales y una o varias acciones*.

La cuestión del concurso tiene una incidencia directa en la determinación del marco penal (es decir, para la determinación del máximo y mínimo de la pena) aplicable: la solución de un concurso aparente de leyes importa la exclusión de las penas que serían consecuencia de los tipos penales excluidos. A su vez la determinación de si una acción se adecua a un tipo o a más de uno o si varias acciones realizan diversos tipos (o más de una vez el mismo) genera la cuestión de si es suficiente sanción la pena de un delito para una acción de múltiple adecuación o de si la pluralidad de acciones típicas debe sancionarse mediante la *acumulación* de las penas previstas para cada delito y, en este caso, hasta dónde puede alcanzar tal acumulación (¿es indefinida o tiene un límite?).

2. EL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES PENALES

Como hemos visto habrá un concurso (aparente) de leyes penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando entre los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de *especialidad*, o de *subsidiaridad*, o de *consunción*. La caracterización de las diferentes formas que pueden alcanzar las relaciones entre los tipos penales en el caso de concurso de leyes es considerada, lo mismo que la delimitación de uno y otro supuesto, como de "discutida y sin ninguna esperanza" (STRATENWERTH, 1177). La consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena *no* debe computarse otras violaciones de la ley. Esto último marca una diferencia fundamental con la consecuencia jurídica del concurso ideal en el que, como veremos (*infra* C), de acuerdo con el *principio de absorción* se aplica la pena del delito más grande, pero teniendo en cuenta que el autor *también* ha cometido otras violaciones de la ley penal (confr. SAMSON, SK StGB, § 52, 28. Otro punto de

vista: JESCHECK, p. 604; probablemente de otra opinión: GIMBERNAT, *Introducción*, p. 153; RODRÍGUEZ DEVESA, P. G. p. 191; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, 11, p. 327).

No parece acertada, por lo tanto, la opinión prácticamente dominante en España que considera que el art. 68 del Código Penal se refiere a casos de concursos (aparentes) de leyes (confr. GIMBERNAT, *loc. cit.*; CÓRDOBA RODA, *loc. cit.*; RODRÍGUEZ DEVESA, *loco cit.*; CÓRDOBA RODA, *loc. cit.*; RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*). El art. 68 se refiere, en mi opinión, *sólo al concurso ideal*, ya que establece como criterio de decisión del concurso la aplicación del precepto que aplique mayor sanción. En nuestra caracterización de los concursos (aparentes) de leyes la mayor sanción no constituye un criterio adecuado de decisión, pues se trata de relaciones lógicas. La circunstancia, en cuya apreciación coinciden los autores antes citados, de que lo dispuesto en el art. 68 del Código Penal español no es adecuado para la solución de la relación de especialidad cuando se trata de la relación entre un tipo básico y otro privilegiado, demuestra, en realidad, antes que una laguna en la regulación, una total ajenidad de la materia del concurso de leyes en el objeto de regulación del art. 68. Esta ajenidad es clara porque el texto de esta disposición se refiere a las relaciones entre hechos y tipos penales que, como vimos, no es propia del concurso (aparente) de leyes ("Los hechos susceptibles de ser *calificados* con arreglo a dos o más preceptos...").

a) *Especialidad*

La opinión generalizada considera que la relación de especialidad es la que ofrece menos dificultades teóricas. Habrá relación de especialidad cuando un tipo penal tenga todos los elementos de otro pero, además, algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad. En verdad, la realización del *tipo especial* no es sino una forma específica de lesión de la ley (del tipo) más general. Por ejemplo: el infanticidio (Código Penal argentino, art. 81, 2; Código Penal colombiano, art. 328; Código Penal español, art. 410; Código penal mexicano, art. 325; Código Penal venezolano, art. 413) es *especial* respecto del parricidio o, en su caso, del homicidio (Código Penal argentino, art. 80, 1; Código Penal colombiano, art. 324, 1; Código Penal español, art. 405; Código Penal mexicano, art. 323; Código Penal venezolano, art. 408, 3, a). La relación de especialidad se da en todos los casos en que los tipos guardan la relación de calificado o privilegiado con respecto al tipo básico. La determinación de si un delito representa una hipótesis especial del tipo básico o si, por el contrario, constituye a su vez un tipo autónomo, es decir otro tipo básico, puede ser discutida.

b) Subsidiaridad

Con referencia a la subsidiaridad ya no es posible establecer un único punto de vista en su fundamentación (confr. SAMSON, *SK StGB*, Vor § 52, 62 y ss.; STRATENWERTH, 1191). Se dará una relación de subsidiaridad cuando un tipo penal sólo sea aplicable en tanto no resulte aplicable otro. La subsidiaridad puede ser *expresa* o *tácita*, según esté ordenada en la ley o deba ser deducida de esta interpretación.

Los casos de *subsidiaridad expresa* pueden ejemplificarse de la siguiente manera: en el Código Penal argentino, el delito 302 (cheque sin provisión de fondos) tiene carácter subsidiario respecto del delito del art. 172 (estafa); en el Código Penal español el último párrafo del art. 488 (confr. CÓRDOBA RODA, *loc. cit.*, p. 333); en el Código Penal colombiano, art. 370.

Los supuestos de *subsidiaridad tácita* deben deducirse por la vía interpretativa. Para ello es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro debe ser de tal naturaleza que la realización de ambos mediante una *única acción* no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal. Tal situación es de apreciar cuando uno de los tipos penales no implique sino una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo bien jurídico. Ello resultará claro, por ejemplo, entre la tenencia de instrumentos para la falsificación (Código Penal argentino, art. 299; Código Penal español, arts. 314 y ss.) y el delito de falsificación o entre los delitos de peligro y de resultado contra un mismo bien jurídico (por ejemplo, lesiones corporales menos graves son subsidiarias de las más graves). Este punto de vista sobre la subsidiaridad puede considerarse como un criterio *estrecho*, frente a otros más amplios (por ejemplo, confr. SCHONKE-SCHRODER-STREE, *StGB*, Vor §§ 52 y ss., 107; "la subsidiaridad puede derivarse del fin y la conexión de los preceptos. Significa, por tanto, que según la voluntad de la ley un tipo contiene en forma exclusiva la calificación del hecho").

La mayor o menor amplitud con que se considere la subsidiaridad tiene su contrapartida, por lo general, en la que se acuerde a la consunción (confr. por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, 733).

c) Consunción

La relación de consunción se da cuando el contenido de lo ilícito y la culpabilidad de un delito está incluido en otro (confr. SAMSON, *loco cit.* p. 71; JESCHECK, p. 602). En otras palabras, se dará una relación de consunción cuando "la realización de un tipo (más grave) por lo menos, por regla general, incluye la realización

de otro (menos grave)". (STRATENWERTH, p. 1187). La relación no es de naturaleza solamente lógica.

Aunque pueda considerarse que en la definición de la consunción existe, en principio, acuerdo, no lo hay respecto de los casos que corresponde tratar en esta categoría. Mientras unos autores incluyen dentro de la consunción los *hechos posteriores copenados* (confr. JESCHECK, p. 602; SAMSON, *loc. cit.* pp. 72 y ss.), otros los tratan en forma independiente (confr. STRATENWERTH, núm. 1195).

Puede constatarse un acuerdo en los casos en que se trata de "*hechos acompañantes característicos*" (confr. JESCHECK, p. 603; SAMSON, *loc. cit.*, p. 76; SCHMIDHÄUSER, pp. 734 Y ss.). Ejemplo de estos casos son el uso ilegítimo de automotor (Código Penal español, art. 516 bis) y el hurto de combustible que se consume en la realización de la acción de uso ilegítimo; el aborto y las lesiones que con él se causan (STRATENWERTH, núm. 1188).

Este supuesto es la materia regulada por el Código Penal español, art. 71, cuando se refiere a "un sólo hecho que constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea *medio necesario para cometer otro*". La teoría española considera mayoritariamente este hecho como un caso de concurso *real*, cuya consecuencia jurídica "resulta altamente discutible" (CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, 11, p. 316). Precisamente lo discutible de esta disposición, que de ser un caso de concurso real importaría una excepción injustificada político-criminalmente de la regla general de esta especie de concursos contenida en el Código Penal español, art. 69 requiere verificar que, en realidad, se refiera a casos de *consunción*, es decir, de concurrencia aparente de leyes. En efecto, si el art. 71 se refiere a un supuesto de concurso real carecería de toda justificación, pues la comisión de un delito *para* cometer otro no merece la atenuación de consecuencias que prevé este artículo. Además, en su primera parte ("un sólo hecho que constituya dos o más delitos") sería una simple repetición de lo que ya establece el art. 68, lo que carecería totalmente de explicación. La manera de resolver esta situación consiste en aplicar el art. 71 exclusivamente en los casos de consunción, sea que se trate de "*un sólo hecho*" (por ejemplo, lesiones causadas a otros) que revista diversas gravedades (por ejemplo, el Código Penal español, art. 420 contiene un solo hecho: dañar a otro en la salud o en su integridad corporal en que sus formas más graves absorben a las menos graves del art. 422), o "cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro" (por ejemplo, en el aborto de los arts. 411 y ss. y las lesiones que se producen para causarlo; las lesiones consecuencia de la violencia en el robo y el robo; las coacciones implícitas en la intimidación en el robo).

Contra esta interpretación podría alegarse que el Código Penal español, art. 71 establece la aplicación de la pena del delito más grave en su grado máximo, con lo que sería inconsecuente con la idea fundamental del

concurso de leyes. Esta inconsecuencia, sin duda, existe. La manera de subsanada no es, sin embargo, la de aceptar la postura dominante, sino la de excluir la aplicación del grado máximo porque no puede cargarse al autor como fundamento de la pena una circunstancia que le es totalmente ajena: la concurrencia *aparente* de leyes.

d) *Los actos posteriores copenados*

Los actos posteriores copenados son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente (confr. JESCHECK, p. 602; SAMSON, *loc. cit.* p. 74; STRATENWERTH, núms. 1195 y ss.). Genéricamente puede sintetizarse la idea fundamental de este supuesto de la siguiente manera: son casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituyen una unidad tal que la ley los considera como una unidad alcanzada por la pena del primero (confr. SCHONKE-SCHRODER-STREE, *StGB*, Vorbem. §§ 52 Y ss., p. 112).

El tratamiento de estos hechos fuera de los supuestos de consunción se basa en que "los delitos de aseguramiento y utilización retroceden ante el delito cometido para la adquisición de la cosa, que es el propio centro de gravedad del ataque criminal, en tanto no ocasionen al afectado un nuevo daño o no se dirijan contra un nuevo bien jurídico" (STRATENWERTH, núm. 1195).

Ejemplos de hechos posteriores copenados es el uso del documento por quien lo ha falsificado (RODRÍGUEZ DEVESA, p. 190). Por el contrario no serían hechos posteriores copenados la destrucción de la cosa (delito de daño) o la venta posterior de la cosa hurtada engañando a un tercero sobre la propiedad de la misma.

Desde el punto de vista terminológico hay quienes designan estos supuestos como "actos posteriores impunes" (RODRÍGUEZ DEVESA, p. 190; STRATENWERTH, núm. 1195 que utiliza a la vez la terminología que hemos empleado aquí). La cuestión no va más allá de lo terminológico.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide.

1. En que consiste la prescripción de la acción penal y prescripción de la acción e indique su fundamento legal (ahora prescripción de la pretensión punitiva)
2. ¿Qué diferencia hay entre la prescripción penal y la civil? Comentar con el asesor (a)
3. Señale y explique brevemente los medios extintivos.
4. ¿En que consiste la conmutación y sustitución de la pena e indique su fundamento? (Conforme a nuestro actual Código Penal)
5. ¿En que momento se establece la individualización de la pena e indique su fundamento legal?
6. Enuncie las penas y medidas de seguridad contempladas en nuestro Código Penal vigente.
7. ¿Qué se entiende por pena?
8. ¿Qué diferencia hay entre pena y punibilidad?
9. Señale los fines de la pena.
10. Señale las características de la pena.
11. ¿Quién se encarga de la aplicación de la pena?
12. ¿Que teorías se encargan de establecer el fundamento de la pena? Explíquelas brevemente.
13. Conforme al actual Código Penal ¿qué tipo de penas se pueden imponer? Indique su fundamento.
14. ¿Cómo clasifica nuestro actual Código Penal a las medidas de seguridad?
15. ¿En que consiste la condena condicional y si existe alguna diferencia con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, prevista en el artículo 89 del Código Penal?
16. Conforme al Código Penal vigente ¿como se clasifican las causas de extinción de la penal? (ahora extinción de la pretensión punitiva)

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal Parte general (Tomo I)*, 18ª ed., Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asúa Luis, *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 3ª ed., México-Buenos aires, Ed. Hermes, 1959.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª. Ed., México, Ed. Cárdenas, 1991.

Penas y medidas de seguridad

Dentro de esta unidad en un primer momento se mencionará lo que es la penología, lo que es la pena en cuanto a sus características, fines, clasificación y límites constitucionales, sin olvidar mencionar en estos apartados la pena de muerte.

En un segundo momento se hablará de las medidas de seguridad, su clasificación y límites para su imposición.

Y por último se hará referencia a la prevención particular y general de la sanción de los delitos, las tendencias internacionales en la política criminal moderna, los sustitutivos penales, la condena condicional, la libertad preparatoria, libertad bajo potestad, cumplimiento de la pena y extinción de la pena.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

- 19.1. Realiza las lecturas que se presentan en la unidad.
- 19.2. Elabora un escrito donde expliques que es la penología, el concepto, características, fines, clasificación, límites constitucionales de la pena, sin dejar fuera lo referente a la pena de muerte.
- 19.3. Elabora un resumen que contenga lo referente a las medidas de seguridad, clasificación y límites para su imposición.
- 19.4. Elabora un ensayo que nos hable de la prevención general y particular con la sanción de los delitos, las tendencias internacionales en la política criminal moderna, los sustitutos penales, condena condicional, libertad preparatoria, libertad bajo potestad cumplimiento de la pena y extinción de la pena.

Objetivo particular

Analizar las penas y medidas de seguridad, su fundamento, así como los beneficios de que goza el delincuente.

CONTENIDOS

- 19.1. Penología (concepto).
- 19.2. Pena.
 - 19.2.1. Concepto.
 - 19.2.2. Características.
 - 19.2.3. Fines.
 - 19.2.4. Clasificación y límites constitucionales para su imposición.
 - 19.2.5. Referencias a la pena de muerte.
- 19.3. Medidas de seguridad.
 - 19.3.1. Concepto.
 - 19.3.2. Clasificación y límites para su imposición.
- 19.4. Prevención general y particular con la sanción de los delitos.
- 19.5. Tendencias internacionales en la política criminal moderna.
- 19.6. Substitutivos penales.
- 19.7. Condena condicional.
- 19.8. Libertad preparatoria.
- 19.9. Libertad bajo protestad.
- 19.10. Cumplimiento de la pena.
- 19.11. Extinción de la pena.

19. A.	CASTELLANO, Tena Fernando
<i>Lineamientos Elementales de Derecho Penal</i>	
	43ª ed. Ed. Porrúa. México, 2002. Págs. 317- 348.

XXXI

LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

SUMARIO: I. Penología.-2. Noción de la pena.-3. Fundamentos de la pena.-4. Fines y caracteres de la pena.-5. Clasificación.-6. Las medidas de seguridad.-7. Individualización de la pena.-8. La condena condicional.-9. La libertad preparatoria.-10. Conmutación y sustitución de la pena.-11. Atribución judicial para prescindir de la pena de prisión.-12. Breve referencia a la pena de muerte.

1. PENOLOGÍA. Es el conjunto de disciplinas que tiene por objeto el estudio de las penas, su finalidad y su ejecución. Dice Carrancá y Trujillo que "la Penología o tratado de las penas, estudia éstas en sí mismas, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos, sus sustitutivos; lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad...".¹ El campo de la Penología lo constituye la rica variedad de penas y medidas de seguridad en todos sus aspectos.²

Unos autores ubican a la Penología dentro de la Criminología; otros la consideran autónoma. Rama importante de la Penología es la Ciencia Penitenciaria, cuyo objeto de conocimiento es la pena de prisión, en su aplicación, fines y consecuencias.

2. NOCIÓN DE LA PENA. Muchas definiciones se han dado sobre la pena; nosotros sólo señalaremos algunas.

La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernaldo de Quirós). El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Liszt). Por nuestra parte hemos dicho que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.

3. FUNDAMENTOS DE LA PENA. Aceptadas la fundamentación y la necesidad del orden jurídico, se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena. A tres pueden reducirse: absolutas, relativas y mixtas.

a) *Teorías absolutas...* Para estas concepciones, la pena carece de una finalidad práctica; se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado; de ahí que estas orientaciones absolutas, a su vez, se clasifiquen en *reparatorias* y *retribucionistas*.

b) *Teorías relativas.* A diferencia de las doctrinas absolutas que consideran la pena como fin, las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Esto es, asignan a la pena una finalidad en

¹ *Derecho Penal Mexicano*, t. I, pág. 41, 6ª edición, Robredo, 1962.

² En este sentido SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *Represión y Tratamiento Penitenciario de Criminales*, pág. 45, México, 1962.

donde encuentra su fundamento.

c) *Mixtas*. Estas teorías, dice Eusebio Gómez, intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad. De todas las teorías mixtas, la más difundida es la de Rossi, quien toma como base el orden moral, eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas; junto a él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y relativa. Esta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena, considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad.

Eugenio Cuello Calón parece adherirse a las teorías mixtas, al afirmar que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aun cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece.³

4. FINES y CARACTERES DE LA PENA. Para Cuello Calón la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además, debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley.⁴

Indudablemente el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para conseguirla, debe ser *intimidatoria*, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; *ejemplar*, al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; *correctiva*, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educativos adecuados, impidiendo así la reincidencia; *eliminadora*, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y, *justa*, pues la injusticia acarrearía males mayores, no sólo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el Derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la

³ *Derecho Penal*, t. I, pág. 536, Barcelona, 1947.

⁴ *Op. cit.*, t. I, pág. 536.

seguridad y el bienestar sociales.

Villalobos señala como caracteres de la pena los siguientes: debe ser aflictiva, legal, cierta, pública, educativa, humana, equivalente, suficiente, remisible, reparable, personal, variada y elástica.⁵

5. CLASIFICACIÓN. Por su fin preponderante, las penas se clasifican en *intimidatorias*, *correctivas* y *eliminatorias*, según se apliquen a sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos.

Por el bien jurídico que afectan, o como dice Carrancá y Trujillo, atendiendo a su naturaleza, pueden ser: *contra la vida* (pena capital); *corporales* (azotes, marcas, mutilaciones); *contra la libertad* (prisión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado); *pecunarias* (privan de algunos bienes patrimoniales, como la multa y la reparación del daño); y *contra ciertos derechos* (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc.).

El artículo 24 del Código Penal establece: "Las penas y medidas de seguridad son: 1. Prisión. 2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. 3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. 4. Confinamiento. 5. Prohibición de ir a lugar determinado. 6. Sanción pecuniaria. 7. (derogado). 8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito. 9. Amonestación. 10. Apercibimiento. 11. Caución de no ofender. 12. Suspensión o privación de derechos. 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. 14. Publicación especial de sentencia. 15. Vigilancia de la autoridad. 16. Suspensión o disolución de sociedades. 17. Medidas tutelares para menores. 18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. Y las demás que fijen las leyes.

Respecto a la prisión, el legislador mexicano establece sólo ésta en unas ocasiones; en otras, en forma copulativa la prisión y la multa, por último, alternativamente la prisión o la multa; en este último caso no procede la prisión preventiva, según dispone, el artículo 162 del Código Federal de Procedimientos Penales.⁶

⁵ *Derecho penal Mexicano*, págs. 531 y ss., Porrúa, 1975.

⁶ En las reformas publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación del 30 de diciembre de 1991, se transforma en alternativa la pena para las conductas tipificadas en los artículos 160 y 162 relativos al delito de armas prohibidas; en los 173 y 176 referentes al delito de violación de correspondencia; en el 178 concerniente al delito de desobediencia o resistencia de particulares a las autoridades; en el 182, relativo al delito consistente en la reiterada negativa a declarar o a otorgar la protesta de ley; en el 187 referente al delito de quebrantamiento de sellos; en la fracción II y en los párrafos segundo, tercero y cuarto de la fracción IV, del artículo 194, relativo al delito contra la salud; en el 226, ejercicio indebido del propio derecho; en el 243 referente al delito de falsificación de documentos; en el 247,

De entre las penas señaladas, merece especial reflexión, además de la de muerte a la cual dedicamos un apartado, una especie del género *sanción pecuniaria*, a saber: la *reparación del daño*. El artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal establece que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.⁷

concerniente al delito de falsedad en declaraciones; en el 249, de variación de nombre o domicilio; en el 279 relativo a la bigamia y otros delitos contra el estado civil; en el 280 referente al delito contra las leyes dictadas en materia de inhumación y exhumación; en el 282, de amenazas; en la segunda parte del 289 concerniente al delito de lesiones leves que tardan en sanar más de quince días; en los 336 y 336 bis, relativos al delito de incumplimiento de obligaciones alimentarias; en el 341 referido al abandono de atropellado; en el 380, robo de uso; en la fracción primera del artículo 386 relativo al fraude, cuando el perjuicio no exceda de 10 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

En el mismo Decreto se añade una segunda parte al primer párrafo del artículo 51, para indicar que el juzgador podrá imponer la sanción privativa de libertad, si se trata de delito con punibilidad alternativa y ello sea ineludible tanto a los fines de justicia como a los de prevención general y especial. Este nuevo dispositivo se complementa con la reforma al artículo 65.

⁷ Art. 29: "La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado que se fijará por días-multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día-multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos. Para los efectos de este Código, el límite inferior del día-multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación. Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad. Cada jornada de trabajo saldrá un día-multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá el número de días-multa sustituidos. Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo. En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día-multa por un día de prisión."

Art. 30: "La reparación del daño comprende: I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Art. 31: "La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso. Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación."

Art. 31 Bis: "En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente.

El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo."

Art. 32: "Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29: Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad; II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad; III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos; IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquiera especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio; V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes-directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y VI. El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos." Art. 33: "La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales."

Art. 35: "El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá: entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación. Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, en su caso, a prorrata entre los

Según el artículo 34, "La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo. Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales. Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente." Este dispositivo permite apreciar que la reparación del daño unas veces es pena y otras pierde tal carácter, lo cual resulta contradictorio. En realidad, por su naturaleza, la reparación del daño no puede ser una pena; ésta se extingue por la muerte del sentenciado, lo cual no ocurre con la reparación del daño, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 91 del Código represivo. Si admitiéramos como pena pública tal reparación, se trataría de una sanción trascendental, prohibida por la Constitución. Urge, pues, retornar a los sistemas anteriores, dejando al campo del Derecho Civil el resarcimiento de los daños patrimoniales causados por el delito.⁸

6. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. Reina la confusión entre los especialistas sobre lo que es propiamente

ofendidos. Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado. Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Al mandarse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá a la autoridad ejecutara que conserve su importe a disposición del tribunal, para que se haga su aplicación conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores de este artículo."

Art. 36: "Cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará como mancomunada y solidaria."

Art. 37: "La reparación del daño se mandará hacer efectiva, en la misma forma que la multa. Una vez que la sentencia que imponga tal reparación cause ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada de ella a la autoridad fiscal competente y ésta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de dicha copia, iniciará el procedimiento económico - coactivo, notificando de ello a la persona en cuyo favor se haya decretado, o a su representante legal"

Art. 38: "Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte."

Art. 39: "El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente. La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de ésta, tomando en cuenta las circunstancias del caso."

⁸ Para un estudio sobre esta cuestión, puede consultarse el *Derecho Penal Mexicano* de IGNACIO VILLALOBOS, págs. 621 y ss. 3ª edición, Porrúa, 1975.

una pena y una medida de seguridad; a ambas generalmente se les designa bajo la denominación común de sanciones. El Código del Distrito y casi todos los de la República, a veces emplean, sin embargo, los vocablos pena y sanción como sinónimos.

La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, la retribución, las medidas de seguridad, sin carácter afflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, pues en la actualidad ya han sido desterradas otras penas, como los azotes, la marca, la mutilación, etc.

Acertadamente señala Villalobos,⁹ que no deben ser confundidas las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del Estado referentes a toda la población y en muchos casos tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal, aun cuando redunden en la disminución de los delitos, como la educación pública, el alumbrado nocturno de las ciudades o la organización de la justicia y de la asistencia sociales; las medidas de seguridad, en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica. Insiste el mismo autor en que las medidas de seguridad miran sólo a la peligrosidad y, por ende, pueden aplicarse no únicamente a los incapaces, sino también a seres normales susceptibles de ser dirigidos por los mandatos de la ley. Hace notar el aludido maestro, cómo las medidas de seguridad no son recursos modernos, según de ordinario se cree, sino procedimientos de antigua raigambre, contenidos, desde luego, en el Código de 1871, de corte netamente clásico.

7. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. En todos los tiempos se ha tratado de buscar que la pena se dicte en relación a la gravedad y a la naturaleza del delito. Recuérdese la ley del talión "ojo por ojo y diente por diente", para hacer más palpable la equivalencia entre el hecho y su castigo. Posteriormente, se sintió la necesidad de tomar en cuenta el aspecto subjetivo del delincuente y más tarde su temibilidad o peligrosidad social.

El Código de 1871 de Martínez de Castro, establecía tres términos en las penas: mínimo, medio y máximo, los cuales se aplicaban en función de los catálogos de atenuantes y agravantes (Arts. 66 a 69). La legislación de 1929 adoptó el mismo sistema, con una variante: el juzgador podía tomar en cuenta para la fijación concreta de la pena, agravantes y atenuantes no expresadas por la ley, de acuerdo con la magnitud del delito y sus modalidades, así como de conformidad con las condiciones peculiares del delincuente (Art. 55).

⁹ *Derecho Penal Mexicano*, págs. 534 y ss., Porrúa, 1975.

El Código vigente señala penas con dos términos, uno mínimo y otro máximo, dentro de los cuales puede moverse el arbitrio del sentenciador. El Ordenamiento en sus artículos 51 y 52, fija bases al juez para graduar la sanción en cada caso. El primero de esos preceptos establece que para la aplicación de las sanciones se tendrán en cuenta "las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente" ¹⁰ ; el 52 ordena que el juez fijará las penas y medidas de seguridad, con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta la magnitud del daño causado o del peligro corrido; la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para la ejecución; las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima; la edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Indica el precepto que cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta además, sus usos y costumbres; el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Específicamente, para delitos cometidos por servidores públicos, se impone al juzgador, al individualizar la pena, la obligación de considerar otros elementos, relacionados con la situación que guarde el servidor público en cuanto a su empleo o cargo y la necesidad de reparar los daños y perjuicios (Art. 213 del C. P.).

En cuanto a las penas privativas de la libertad, se ha intentado su duración *indeterminada*, por el tiempo necesario para obtener la corrección del sentenciado. En nuestro Derecho es inadmisibles la *pena indeterminada*, en función de las disposiciones de la Carta Magna.

En reciente reforma se establece que toda sanción privativa de libertad se reducirá en un día por cada dos de trabajo. ¹¹ La libertad preparatoria procede, como se verá después, cuando ya se ha cumplido una parte de la

¹⁰ Artículo 51. "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial

"En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días." Reformado por Decreto del 29 de diciembre de 1984, publicado en el *Diario Oficial* del 14 de enero de 1985. en vigor 30 días después.

¹¹ La Ley de Normas Mínimas dispone en el artículo 16: "Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele

condena.

8. LA CONDENA CONDICIONAL. La condena condicional, de remotos antecedentes en el Derecho Canónico, proviene en la actualidad de los Estados Unidos del Norte (1859), de donde pasó a Europa y a otros países de América. Se estableció por vez primera en 1929 en el Distrito Federal en el *Código Almaraz*, pero en la República fue en la Ley de San Luis Potosí en donde inicialmente se instituyó (1921).

Mediante la condena condicional se suspenden las penas cortas privativas de libertad, a condición de que el sentenciado no vuelva a delinquir en un tiempo determinado; de lo contrario se le hace cumplir la sanción señalada.

El artículo 90 del Código del Distrito, preceptúa que la condena condicional suspende la ejecución de la sanción impuesta por sentencia definitiva. Podrá suspenderse a petición de parte o de oficio, cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años, se trate de delincuentes primarios que hayan observado buena conducta, tengan modo honesto de vivir y otorguen fianza para asegurar su presentación ante las autoridades que los requieran. Según la fracción VII del artículo aludido, si durante el término de duración de la pena, contado desde la fecha de la sentencia ejecutoria, el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla.¹²

por otros datos efectiva readaptación social. "Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación de actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado..."

El profesor MARCIAL FLORES REYES en su ponencia: *Remisión de la Pena* indica que la remisión parcial no entraña una concesión por gracia, sino derechos adquiridos por el sentenciado, mediante un adecuado comportamiento demostrativo de cabal y efectiva readaptación social. Considera que a la pena impuesta deben restarse los días remitidos (la mitad de los laborados) y de ese resultado se deducen según el caso, las tres quintas partes o una mitad, si procede la libertad preparatoria, con lo que se establece una auténtica independencia entre ambas instituciones. *Memoria del 5º Congreso Nacional Penitenciario*, 1975.

¹² Por Decreto de 16 de febrero de 1971, publicado en el *Diario Oficial* de 19 de marzo del mismo año (en vigor 60 días después de la publicación), se modifican diversos preceptos del Código Penal, entre otros el relativo a la condena condicional. El dispositivo alude a que por primera vez el sentenciado haya incurrido en delito "intencional". El artículo 90 del Código Penal ha tenido otras reformas, publicadas en el *Diario Oficial* de 31 de diciembre de 1974, 5 de enero de 1983, 16 y 30 de diciembre de 1991; 1993, publicadas en 10 de enero de 1994.

"Artículo 90. El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas: I. El Juez o Tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones: a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años; b) Que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible, y c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir. II. Para gozar de este beneficio el sentenciado deberá: a) Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido; b) Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia; c) Desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos; d) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; y e) Reparar el daño causado. Cuando por sus circunstancias personales no pueda reparar desde luego el daño causado, dará caución o se sujetará a las medidas que a juicio del juez o tribunal sean bastantes para

Podrá ser negado el citado beneficio, a pesar de tratarse de penas privativas de libertad menores de cuatro años y de delincuentes primarios, si en la causa obran datos que permitan presumir que el condenado volverá a delinquir.

La condena condicional puede ser obtenida aun después de pronunciada una sentencia condenatoria. De acuerdo con la fracción X del artículo 90 del Código Penal, el reo tiene posibilidad de que le sea concedido dicho beneficio, promoviendo ante el juez de la causa la apertura del incidente respectivo.

9. LA LIBERTAD PREPARATORIA. La libertad preparatoria se concede a los delincuentes cuando ya han cumplido una parte de su condena y observaron en la prisión buena conducta. El Código del Distrito de 1931, establece esta institución en sus artículos 84, 85, 86 Y 87, en donde señala las bases para la concesión de la libertad por parte del Ejecutivo. Esas exigencias son, fundamentalmente, que se trate de penas privativas de libertad mayores de dos años; el sentenciado al cumplir la parte relativa de su condena haya observado los reglamentos carcelarios; una persona solvente vigile la conducta del reo e informe de la misma a la autoridad y otorgue fianza para garantizar la presentación de su fiado; el reo adopte oficio o profesión; resida en el lugar que se le señale y haya reparado el daño causado por su delito u otorgado fianza para garantizar esa reparación. Si el agraciado con la libertad preparatoria observare mala conducta o dejare de cumplir con los requisitos respectivos, se le hará extinguir toda la parte de la condena privativa de libertad de la cual se le había hecho gracia.¹³

asegurar que cumplirá, en el plazo que se le fije, esta obligación. III. La suspensión comprenderá la pena de prisión y la multa, y en cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o tribunal resolverán discrecionalmente según las circunstancias del caso.

IV. A los delincuentes a quienes se haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo prevenido en el mismo. V. Los sentenciados que disfruten de los beneficios de la condena condicional quedarán sujetos al cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. VI. En caso de haberse nombrado fiador para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los términos de este artículo, la obligación de aquél concluirá seis meses después de transcurrido el término a que se refiere la fracción VII, siempre que el delincuente no diere lugar a nuevo proceso o cuando en éste se pronuncie sentencia absolutoria. Cuando el fiador tenga motivos fundados para no continuar desempeñando el cargo, los expondrá al juez a fin de que éste, si los estima justos, prevenga al sentenciado que presente nuevo fiador dentro del plazo que prudentemente deberá fijarle, apercibido de que se hará efectiva la sanción si no lo verifica. En caso de muerte o insolvencia del fiador, estará obligado el sentenciado a poner el hecho en conocimiento del juez para el efecto y bajo el apercibimiento que se expresa en el párrafo que precede. VII. Si durante el término de duración de la pena, contado desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria, el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito doloso que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla. En caso contrario, se hará efectiva la primera sentencia, además de la segunda, en la que el reo será considerado como reincidente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de este Código. Tratándose de delito culposo, la autoridad competente resolverá motivadamente si debe aplicarse o no la sanción suspendida. VIII. Los hechos que originen el nuevo proceso interrumpen el término a que se refiere la fracción VII tanto si se trata de delito doloso como culposo, hasta que se dicte sentencia firme. IX. En caso de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el condenado, el juez podrá hacer efectiva la sanción suspendida o amonestarlo, con el apercibimiento de que, si vuelve a faltar a alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha sanción, y X. El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en este precepto y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa."

¹³ "ARTICULO 84.-Se concederá libertad preparatoria al condenado, previo el informe a que se refiere el Código de Procedimientos Penales, que hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso

No debe confundirse la libertad preparatoria con la libertad provisional mediante caución. La preparatoria la concede el Poder Ejecutivo a los condenados que, como se ha visto, hayan cumplido buena parte de la pena privativa de libertad; en cambio, la libertad provisional se otorga por el juez a los procesados para que no sufran prisión mientras dura el proceso. La libertad provisional mediante caución no procede en todos los casos, según la reformada fracción I del artículo 20 de la Constitución.

Sin embargo, según reformas a los Códigos de Procedimientos penales, Federal y para el Distrito Federal, es dable otorgar la libertad caucional, aun cuando el término medio aritmético de la pena rebase los cinco años, excepto en los casos que los respectivos dispositivos señalan.¹⁴ En el Decreto publicado en el Diario Oficial de la

de delitos imprudenciales, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: I. Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia; II. Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; y, III. Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego. Llenados los anteriores requisitos, la autoridad competente podrá conceder la libertad, sujeta a las siguientes condiciones: a) Residir, o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda; b) Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia; c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; d) Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida."

ARTÍCULO 85. (Este artículo fue reformado por Decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el *Diario Oficial* de 9 de marzo de 1964; Decreto de 3 de enero de 1966, publicado en el *Diario Oficial* de 14 del mismo mes; Decreto de 2 de enero de 1968, publicado en el *Diario Oficial* de 8 de marzo del mismo año; Decreto de 16 de febrero de 1971, publicado en el *Diario Oficial* de 19 de marzo del mismo año, después por Decreto de 28 de noviembre de 1978, publicado en *Diario Oficial* de 8 de diciembre del mismo año, después en su primer párrafo por el artículo primero del Decreto de 23 de diciembre de 1992, publicado en *Diario Oficial* de 28 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente, luego por Decreto de diciembre de 1993, publicado el 10 de enero de 1994, en vigor el 1º de febrero siguiente, para quedar como sigue:

"La libertad preparatoria no se concederá a los sentenciados por alguno de los delitos contra la salud en materia de narcóticos previstos en los artículos 194 Y 196 bis, por el delito de violación previsto en el primero y segundo párrafos del artículo 265 en relación con el artículo 266 bis fracción I; por el delito de plagio o secuestro previsto por el artículo 366, con excepción de lo previsto en la fracción VI de dicho artículo en relación con su antepenúltimo párrafo y lo dispuesto en el penúltimo párrafo; por el delito de robo con violencia en las personas en un inmueble habitado o destinado para habitación, conforme a lo previsto en el artículo 367 en relación con los artículos 372 y 381 bis, de este Código, así como a los habituales y a quienes hubieren incurrido en segunda reincidencia."

"Tratándose de los delitos comprendidos en el título décimo, la libertad preparatoria sólo se concederá cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que lo garantice."

"ARTÍCULO 86. La autoridad competente revocará la libertad preparatoria: I. Si el liberado no cumple las condiciones fijadas, salvo que se le dé una nueva oportunidad en los mismos términos que se establecen en la fracción IX del artículo 90 de este Código; II. Si el liberado es condenado por nuevo delito doloso mediante sentencia ejecutoriada, en cuyo caso será de oficio la revocación; pero si el nuevo delito fuere culposo, la autoridad competente podrá, según la gravedad del hecho, revocar o mantener la libertad preparatoria, fundando su resolución. El condenado cuya libertad preparatoria haya sido revocada, deberá cumplir el resto de la pena. Los hechos que originen los nuevos procesos a que se refiere este artículo interrumpen los plazos para extinguir la sanción."

ARTÍCULO 87. Los sentenciados que disfruten de libertad preparatoria, quedarán bajo el cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social."

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito reglamenta la tramitación de la libertad preparatoria en los artículos 583 y siguientes, que también se reformaron según Decreto de 18 de febrero de 1971, publicado en el *Diario Oficial* de 19 de marzo del mismo año (en vigor 60 días después de su publicación), después según Decreto publicado 10 de enero de 1994, en vigor el 1º de febrero siguiente.

¹⁴ Consúltense los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (reformados).

Federación de fecha 3 de julio de 1996, en vigor al día siguiente de su publicación, aparecen reformas a la fracción I del artículo 20 de la Constitución, en el sentido de que inmediatamente que lo solicite el inculpado, "el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad."

10. CONMUTACIÓN y SUSTITUCIÓN DE LA PENA. El Código Penal vigente, tratándose de delitos políticos, establece en el artículo 73 que el Ejecutivo podrá hacer la conmutación de sanciones, después de impuestas en sentencia irrevocable. Cuando la sanción impuesta sea la de prisión, se conmutará en confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión, y si fuera la de confinamiento, se conmutará en multa, a razón de un día de aquél, por cada día de multa (ver Art. 29 del C. P.).

Los delitos políticos son los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos (Art. 144 del Código Penal).

El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El Ejecutivo hará la designación del lugar, pero cuando se trate de delitos políticos, la designación será hecha por el juez que dicte la sentencia (Art. 28 del C. P.).

El Código punitivo se refiere a otro caso de conmutación en el artículo 75, relativo a las personas imposibilitadas para cumplir alguna modalidad de la sanción impuesta, en cuyo caso la autoridad ejecutora podrá modificarla sin alterar su esencia.

Respecto de la pena de prisión, puede ser sustituida por el juzgador por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando no exceda de cinco años; por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de cuatro años o, por multa, si no excede de tres años (Art. 70 del C. P.).¹⁵ Existen dos hipótesis donde la sustitución de la pena

¹⁵ El último párrafo del artículo 29 establece que, del importe de la multa que se imponga como sanción, procede descontar, a razón de un día multa por uno de prisión, la parte proporcional tanto de las jornadas de trabajo prestado a la comunidad en cumplimiento de la sentencia que en este sentido se hubiere impuesto; o del tiempo cumplido en ejecución de la pena de prisión que, en su caso, se le haya aplicado. De conformidad con el segundo párrafo del artículo 74, que se incluye en el Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la

no es dable: a) cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y b) que el agente sea condenado por alguno de los siguientes delitos del Código Penal Federal: uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero; contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; violación, previsto en los artículos 265, 266 Y 266 bis; homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320; secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los casos previstos en los párrafos antepenúltimo y penúltimo de dicho artículo; comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter; robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis; robo, previsto en el artículo 371, último párrafo, 372 y 381 fracciones VII, VIII, IX, X, XI Y XV; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previstos en el artículo 400 bis.

11. ATRIBUCIÓN JUDICIAL PARA PRESCINDIR DE LA PENA DE PRISIÓN. Al tratar en el capítulo XXVII las excusas absolutorias, se hizo referencia al artículo 55 reformado del Código Penal. Dicho dispositivo consagra la atribución a los jueces para prescindir de la imposición de la pena privativa de libertad, en los casos en que los responsables hubieren sufrido graves consecuencias en su persona o que por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la prisión o la restricción de la libertad. El citado precepto señala que procederá el juez de oficio o a petición de parte, motivando su resolución. Dispone que en los casos de senilidad o de precario estado de salud, el juzgador se apoyará siempre en dictámenes de peritos.¹⁶

12. BREVE REFERENCIA A LA PENA DE MUERTE. Del artículo 24 del Código Penal del Distrito Federal, se desprende que la pena capital ha sido excluida del catálogo legal; lo mismo se advierte en los códigos locales de los Estados de la Federación, pues en ninguno se conserva; sólo existe en la legislación castrense. Nuestra Carta Magna no la prohíbe, antes bien, sienta las bases para su imposición,¹⁷ por lo que aún se discute la conveniencia de reimplantarla.

Federación del día 30 de diciembre de 1991, procede también descontar la parte proporcional correspondiente al tiempo durante el cual el sentenciado sufrió prisión preventiva.

¹⁶ Decreto de 12 de diciembre de 1991 publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 30 del mismo mes y año.

¹⁷ El artículo 22 de la Constitución General preceptúa: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109... Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

González de la Vega escribe: "...La pena de muerte es ejemplar, pero no en el sentido ingenuo otorgado por sus partidarios; es ejemplar porque enseña a derramar sangre. México representa, por desgracia, una tradición sanguinaria; se mata por motivos políticos, sociales, religiosos, pasionales y aun por el puro placer de matar; la *ley fuga*, ejecución ilegal de presuntos delincuentes, es otra manifestación de la bárbara costumbre; las convulsiones políticas mexicanas se han distinguido siempre por el exceso en el derramamiento de sangre. Es indispensable remediar esta pavorosa tradición, proclamando enérgicamente que en México nadie tiene derecho a matar, ni el Estado mismo. El Estado tiene una grave responsabilidad educacional: debe enseñarnos a no matar; la forma adecuada será el más absoluto respeto a la vida humana, así sea a la de una persona abyecta y miserable. Por otra parte, la pena de muerte es estéril, infecunda e inocua. Se ha reservado históricamente a los homicidios calificados especialmente de premeditación; el asesino que prepara su delito siempre tiene la convicción de eludir la acción de la justicia; en su cálculo no entra, ni la pena de muerte ni sanción alguna, salvo que, como afirma Ferri, a la postre resulta esencialmente imprevisor y olvida siempre algún dato que permitirá no evitar el delito ya consumado, sino imponerle la sanción. El caso típico que demuestra la inutilidad de la pena de muerte es su aplicación en los delitos de rebelión; tenemos ciento treinta años de aplicar la pena de muerte para las rebeliones, y tenemos ciento treinta años de rebelión. El recrudescimiento último de los delitos de sangre y la iniciativa de la restauración de la pena de muerte, son síntomas de un mismo mal: la tradición de Huichilobos."¹⁸

A las razones anteriores, Carrancá y Trujillo añade que la pena de muerte es, en México, radicalmente injusta e inmoral, pues el contingente de delincuentes amenazados con ella, se compone de hombres humildes del pueblo; los delincuentes de las otras clases sociales delinquen generalmente contra la propiedad y en esos casos la pena capital no estaría señalada. Se aplicaría, por tanto, a los hombres más humildes, víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado, víctimas de la incultura, de la desigualdad económica, de la deformación moral de los hogares en donde se han desarrollado, mal alimentados y viciados por el alcoholismo, siendo los culpables no ellos, sino el Estado y la sociedad, que en vez de la escuela, la adaptación social y la igualdad económica, los suprime lisa y llanamente por medio de la pena de muerte.¹⁹

Para el historiador Fernando Anaya Monroy, la tradición humanista de México y el respeto que al país le ha merecido siempre la persona humana, le impulsan a aceptar sin reservas el abolicionismo.²⁰

Infinidad de argumentos se han aducido en pro y en contra de la pena capital; mucho se ha escrito sobre

¹⁸ *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos*. t. I. pág. 138. 3ª edición. México, 1944.

¹⁹ *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 188, 4ª edición, 1956.

²⁰ Conferencias. 1959.

esta cuestión. En favor se afirma fundamentalmente que es *necesaria, lícita, ejemplar y útil...*

No es necesaria, por su ineficacia para la restauración del orden jurídico perturbado; en los países donde más se aplica, la delincuencia sigue en aumento. Es a todas luces *ilícita* porque el Estado carece del derecho a privar de la vida; en la relación jurídica existen dos extremos: de una parte el propio Estado y de la otra el individuo a quien deben serle respetados sus atributos esenciales, así sea un criminal. El Derecho, regulador de la conducta humana, sólo se justifica en tanto realiza determinados valores para hacer posible la vida gregaria; por ende no puede, válidamente, destruir los bienes fundamentales encomendados a su protección. Ya el Marqués de Beccaria expresaba que nadie ha cedido al depósito común el derecho a la propia vida; además ese derecho es inalienable y no es dable cederlo.²¹ No puede ser lícita, cuando la experiencia enseña que no se aplica por igual al débil y al poderoso, o mejor dicho, nunca se impone a éste, entrañando por lo tanto una manifiesta injusticia. Revela la práctica que no sirve de ejemplo para quienes no han delinquido, pues en los lugares donde existe, sigue delinquiéndose; en consecuencia, no es *ejemplar*. Además, es sabido que muchos condenados a muerte han presenciado anteriores ejecuciones. Tampoco es *útil*, si como se ha expresado, lejos de contribuir a la disminución de la delincuencia, ésta crece en aquellos países en donde la pena capital tiene mayor aplicación. Por otra parte es *trascendental*, dado el inenarrable sufrimiento por ella causado a los familiares del condenado.²²

²¹ *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Cap. XVI. Traducción de Bernaldo de Quirós, Cajica, 1957.

²² Citemos algunas de las formas en que se ha aplicado la pena de muerte tomadas del libro de JUAN J. E. CASSASÚS, *Por la Abolición del Castigo Capital* (1ª edición, La Habana. 1934): "El lujo de crueldad de esta pena llegó al grado máximo en Venecia. Los jueces venecianos tenían un grupo de personas que se encargaban de estudiar la mayor forma de suplicio, para los condenados a muerte. Inventaron el enterrar vivo, como también el de cocer a los sentenciados. El sistema más espantoso para dar muerte a un hombre era, sin duda alguna, el enterrarlo vivo. Dictada la sentencia, el condenado era conducido ante el Juez, quien después de darle a conocer la forma como había de morir le mostraba un ataúd, diciéndole: "Dentro de unos instantes estarás dentro de este ataúd, empezará a sentir asfixia; después estarás bajo tierra y querrás despedazar la caja; te sangrarás el cuerpo de desesperación; aullarás como un perro; te acordarás del crimen que cometiste; sentirás un espantoso remordimiento; pedirás perdón a gritos, pero nadie te escuchará; empezará a sentir que te faltan las fuerzas; harás el último esfuerzo para librarte de la estrecha prisión; el aire te faltará al fin y haciendo un gesto espantoso, quedarás muerto. Ahora te llevaré a que conozcas la historia completa que te he contado. Y el infeliz era encerrado en el ataúd y sepultado bajo tierra." De Venecia esta costumbre pasó a Francia, donde fue practicada por espacio de un siglo. Tan terrible como enterrar con vida, era la sentencia de morir cocido, también inventada en Venecia, y, sin duda, importada de China, según afirma Ung-Pen. El condenado a muerte era colocado desnudo dentro de un enorme cazo de cobre, lleno de agua fría. Bajo el cazo había una gran cantidad de leña; los verdugos se divertían, primero, con la ansiedad del condenado a muerte y con la vergüenza que demostraba debido a que siempre se hacia asistir a esos actos a mujeres perversas, las que se divertían con criticar los defectos físicos del desdichado que iba a perder la vida. Cuando ya las mujeres se habían divertido lo suficiente, se prendía fuego a la hoguera. El agua empezaba a calentarse y luego a hervir. Los últimos momentos del condenado a muerte eran espantosos. Tan espantosa era esta manera de matar, que Enrique VIII, quien presenció una ejecución, horrorizado, ordenó que jamás volviera a ser empleado ese sistema. La última víctima del "cocimiento" fue Rosse, cocinero del Obispo de Rochester, envenenador de su amo.

Los sistemas de ejecución en Venecia fueron introducidos a la mayor parte de los países europeos. En Alemania se usó por varios siglos la decapitación y el descuartizamiento de los condenados a muerte: en Inglaterra eran amarrados a una rueda que les azotaba contra el suelo hasta hacerlos pedazos.

Las penas más terribles eran, generalmente, durante la Edad Media, para los envenenadores. Entre los envenenadores más famosos

Podemos agregar que las normas jurídicas deben tener un mínimo de contenido moral (el Derecho pertenece a la Ética, *(lato sensu)*) e indiscutiblemente la ley moral establece la prohibición de matar. El *no matarás* del Decálogo es terminante, imperativo, en su contra no vale argumento alguno; ordena simplemente *no matarás*, en ningún caso, a nadie, ni a ti mismo.

LA EXTINCIÓN PENAL

SUMARIO. I. Extinción de la acción penal y extinción de la pena.-2. Diversos medios extintivos.

I. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y EXTINCIÓN DE LA PENA. La acción penal es la actividad del Estado cuya finalidad consiste en lograr que los órganos jurisdiccionales apliquen la ley punitiva a casos concretos. Según nuestra Constitución, el Ministerio Público es el titular de la acción penal (Art. 21). Al Estado corresponde igualmente, la ejecución de las sanciones impuestas a los infractores. Tanto el ejercicio de la acción penal como la ejecución, pueden extinguirse por diversos medios.

2. DIVERSOS MEDIOS EXTINTIVOS: a) *Cumplimiento de la pena*. Si el delincuente cumplió la pena señalada, evidentemente el Estado carece ya de interés alguno sobre el particular; luego el cumplimiento constituye, sin duda, una causa extintiva de la sanción.

b) *Muerte del delincuente*. Tanto la pena como la acción penal se extinguen por muerte del infractor (excepto la pena de reparación del daño y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él), según dispone el artículo 91 del Código Penal del Distrito Federal. En

del siglo XIII se recuerda a Luisa Mabre, extraña mujer -a la que la ciencia, gustosa quisiera examinar ahora-, en menos de un año envenenó con arsénico blanco mezclado con cristal pulverizado a sesenta y dos niños de París. La Mabre era una mujer de la aristocracia que se dio a las costumbres más extravagantes después de haber tenido un terrible conflicto conyugal. Se le veía por las calles de París repartiendo dulces a los pequeños por quienes aseguraba tener un gran cariño; pero los dulces eran el veneno que preparaba con gran cuidado, hasta que al fin fue descubierta, confesando su crimen y diciendo que su fin era acabar con los hombres. Los jueces llamaron a los padres de las víctimas y pidieron que dijeran en qué forma querían ver morir a la Mabre, resolviéndose entregarla a las fieras; pero no a las fieras que de un zarpazo acabarían con ella, sino a las fieras que poco a poco fueran destrozando su cuerpo. Fue así como la Mabre fue encerrada en una jaula con dieciséis gatos monteses, mientras que bajo la jaula se hacía fuego. Los gatos empezaron por rasguñar a la mujer; pero conforme sentían el calor de la leña que ardía bajo la jaula, enfurecidos se lanzaron sobre ella. Pero la mataban poco a poco, tal y como habían pedido los padres de las criaturas sacrificadas. Dos días duró el festín de los gatos. La mujer vivió para ver cómo había quedado sin piernas y sin brazos, muriendo en medio de los más espantosos sufrimientos, cuando las fieras le arrancaban los ojos, las narices y las orejas.

Enrique IV, que había hecho estudiar a sus jueces otros sistemas para ejecutar a los regicidas, dejó numerosas fórmulas, pero entre ellas las más crueles son: la de untar de miel el cuerpo del condenado a muerte y llevarlo a algún lugar donde abundaran las moscas. Darle de comer y beber, pero repitiendo siempre los baños de miel, hasta que las moscas lograran corroer el cuerpo del infeliz. La de dar baños de aceite hirviendo dos o tres veces al día, hasta que la carne del cuerpo cayera a pedazos, dejando los huesos descarnados. La de arrojar al condenado a muerte a un pantano, donde se hundiera poco a poco y para siempre." (Páginas 110 y ss.)

virtud de que nuestra Constitución prohíbe las penas trascendentales, una vez acaecida la muerte del infractor, no es dable sancionar, porque al hacerla se castigaría, de hecho, a los familiares y por lo mismo se trataría de la imposición de penas prohibidas constitucionalmente.

c) *Amnistía*. De conformidad con el artículo 92 del Código Penal, la amnistía extingue tanto la acción penal como las sanciones impuestas (excepto la reparación del daño). Amnistía significa olvido del delito.¹

La palabra amnistía proviene del griego y significa olvido del delito; mediante ella se dan los hechos por no realizados; por lo mismo no se conserva el registro de los antecedentes de quien se beneficia con dicha institución.

d) *Indulto*. El indulto sólo produce la extinción de la pena.²

¹ El precepto establece: "ARTÍCULO 92. La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola; y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito."

En el *Diario Oficial* de la Federación del 20 de mayo de 1976, se publicó la Ley de Amnistía para las personas contra las que se ejerció acción penal por los delitos de sedición e invitación a la rebelión en el fuero federal y por resistencia de particulares, en el fuero común del Distrito Federal; así como delitos conexos con los anteriores, cometidos durante el conflicto estudiantil de 1968. Se establece que tanto el Procurador General de la República como el del Distrito Federal, solicitarán de oficio la aplicación de los beneficios que otorga dicha ley.

² El Código Penal vigente en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en la federal, establece:

"Art. 94. El indulto no puede concederse, sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable."

"Art. 95. No podrá concederse de la inhabilitación para ejercer una profesión o algunos de los derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo o empleo, pues estas sanciones sólo se extinguirán por la amnistía o la rehabilitación."

"Art. 96. Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales aplicable y se estará a lo dispuesto en el artículo 49 de este Código."

"Art. 97. Cuando la conducta observada por el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su liberación no represente un peligro para la tranquilidad y la seguridad pública, conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción y no se trate de sentenciado por traición a la Patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida y secuestro, ni de reincidente por delito intencional, se le podrá conceder indulto por el Ejecutivo Federal, en uso de facultades discrecionales, expresando sus razones y fundamentos en los casos siguientes:

"I. Por los delitos de carácter político a que alude el artículo 144 de este Código,

"II. Por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político o social, y

"III. Por delitos de orden federal o común en el Distrito Federal, cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la Nación, y previa solicitud."

Art. 98. (Reformado por el artículo primero del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial* de 13 de enero de 1984, y después nuevamente reformado por el artículo primero del Decreto que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero Federal: del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial* de 31 de octubre de 1989, en vigor al día siguiente, para quedar como sigue):

"Art. 98. El indulto en ningún caso extinguirá la obligación de reparar el daño causado. El reconocimiento de la inocencia del sentenciado extingue la obligación de reparar el daño."El Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

"Art. 558. Cuando se trate del indulto a que se refiere la fracción III del artículo 97 del Código Penal, el solicitante ocurrirá al Ejecutivo Federal con su petición, por conducto de la Secretaría de Gobernación, debiendo acompañar los justificantes de los servicios prestados a la Nación por el sentenciado."

Nuestra Ley Penal vigente distingue el indulto de la declaración de inocencia. El primero es potestativo para el Poder Ejecutivo; la segunda procede cuando se concluye que no fue cometido el delito o no lo cometió el sentenciado. El indulto no entraña el perdón de la reparación del daño; en cambio dicha reparación se excluye en la declaración de inocencia.

El indulto no borra el delito como la amnistía, pero mediante el mismo se hace remisión de la pena judicialmente mediante impuesta. "La amnistía hace desaparecer la criminalidad indulto no; en sustancia obra como si la pena se hubiera cumplido."³

e) *Perdón del ofendido*. El perdón del ofendido por el delito produce, en determinados casos, la extinción del ejercicio de la acción penal y, por excepción, la de la ejecución.⁴ Sólo opera esta causal de extinción,

"Art. 559. El Ejecutivo, en vista de los comprobantes, o si así conviniere a la tranquilidad y seguridad públicas, tratándose de delitos políticos, concederá el indulto sin condición alguna, o con las que estime convenientes."

"Art. 560. El reconocimiento de la inocencia del sentenciado se basa en alguno de los motivos siguientes:

"I. Cuando la sentencia se funde exclusivamente en pruebas que posteriormente se declaren falsas;

"II. Cuando después de la sentencia aparecieren documentos públicos que invaliden la prueba en que se haya fundado aquélla o las presentadas al jurado y que sirvieron de base a la acusación y al veredicto:

"III. Cuando condenada alguna persona por homicidio de otra que hubiere desaparecido, se presentare ésta o alguna prueba irrefutable de que vive:

"IV. Cuando dos reos hayan sido condenados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad de que los dos lo hubieren cometido;

"V. Cuando el sentenciado hubiese sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos. En este caso prevalecerá la sentencia más benigna."

"Art. 561. El sentenciado que se crea con derecho a obtener el reconocimiento de su inocencia, ocurrirá a la Suprema Corte de Justicia, por escrito en el que expondrá la causa en que funda su petición, acompañando las pruebas que correspondan o protestando exhibidas oportunamente. Sólo será admitida la prueba documental, salvo que se trate del caso a que se refiere la fracción 111 del mismo artículo anterior."

"Art. 562. Al hacer su solicitud, el sentenciado podrá nombrar defensor, conforme a las disposiciones conducentes de este código, para que lo patrocine durante la sustanciación del indulto, hasta su resolución definitiva."

"Art. 563. Recibida la solicitud, se pedirá inmediatamente el proceso o procesos a la oficina en que se encontraren; y cuando conforme al artículo 561 se haya protestado exhibir las pruebas, se señalará un término prudente para recibirlas."

"Art. 564. Recibido el proceso o procesos y, en su caso, las pruebas del promovente, se pasará el asunto al Ministerio Público, por el término de cinco días, para que pida lo que a su representación convenga."

"Art. 565. Devuelto el expediente por el Ministerio Público, se pondrá a la vista del reo y de su defensor, por el término de tres días, para que se impongan de él y formulen sus alegatos por escrito."

"Art. 566. Transcurrido el término a que se refiere el artículo anterior, se fallará el asunto declarando fundada o no la solicitud, dentro de los diez días siguientes. "

"Art. 567. Si se declara fundada, se remitirá original el expediente al Ejecutivo de la Unión por conducto de la Secretaría de Gobernación, para que, sin más trámite, reconozca la inocencia del sentenciado."

³ GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 304, Omeba, Buenos Aires.

⁴ Por excepción, el Código vigente faculta al ofendido por el delito de adulterio, a otorgar el perdón en cualquier tiempo, aun después de pronunciada la sentencia. En este caso el perdón puede extinguir no sólo el derecho de acción, sino también el de ejecución. El artículo 276 establece: "Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables."

tratándose de delitos perseguibles por querrela de parte y si se otorga dicho perdón antes de pronunciarse y sentencia en segunda instancia, si el inculpado no se opone a que produzca sus efectos. La ley deja, pues, al destinatario del perdón, la facultad de aceptarlo o rechazado. El artículo 93 del Código Penal dispone, también, que el perdón debe concederlo el ofendido o su legítimo representante.

f) *Rehabilitación*. La rehabilitación no extingue la acción, sólo el derecho de ejecución. Artículo 99 del Código Penal: "La rehabilitación tiene por objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso y en cuyo ejercicio estuviere suspenso."

g) *Prescripción*. La prescripción es un medio extintivo, tanto de la pena cuanto de la acción penal. Opera por el solo correr del tiempo. ⁵ Es la pérdida, por el transcurso de cierto tiempo, de la atribución del Estado para

⁵ El Código Penal dispone:

"Art. 100. Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos."

"Art. 101. La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.

"Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción.

"La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso."

"Art. 102. Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades, y se contarán:

"I. A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo;

"II. A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa.

"III. Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado; y

"IV. Desde la cesación de la consumación en el delito permanente."

"Art. 103. Los plazos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquel en que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia, si las sanciones son privativas o restrictivas de la libertad, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria."

"Art. 104. La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciere multa; si el delito mereciere, además de esta sanción, pena privativa de libertad o alternativa, se atenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad; lo mismo se observará cuando corresponda imponer alguna otra sanción accesoria."

"Art. 105. La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años."

"Art. 106. La acción penal prescribirá en dos años, si el delito sólo mereciere destitución, suspensión, privación de derechos o inhabilitación, salvo lo previsto en otras normas."

"Art. 107. Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia.

"Pero una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio."

"Art. 108. En los casos de concurso de delitos, las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor."

"Art. 109. Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable."

"Art. 110. La prescripción de las acciones se interrumpirá también por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición

ejercitar la acción penal contra el indiciado, o para ejecutar la pena impuesta al condenado.

La prescripción de la sanción se fundamenta en que su tardía ejecución carecería de objeto; no colmaría los fines de la represión y ya tampoco resultaría útil para lograr la readaptación del delincuente. En vista del interés social que representa, es una institución de orden público; por ello los jueces y tribunales deberán hacerla valer de oficio.

internacional, y por el requerimiento de entrega del inculcado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra donde aquél se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el primer caso también causarán la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que dé motivo al aplazamiento de su entrega. La interrupción de la prescripción de la acción penal, sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 de este Código."

"Art. 111. Las prevenciones contenidas en los dos primeros párrafos y en el primer caso del tercer párrafo del artículo anterior, no operarán cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción. Se exceptúa de la regla anterior el plazo que el artículo 107 fija para que se satisfaga la querrela u otro requisito equivalente."

"Art. 112. Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirán la prescripción."

"Art. 113. Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años; las que no tengan temporalidad, prescribirán en dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución."

"Art. 114. Cuando el reo hubiere extinguido ya una parte de su sanción, se necesitará para la prescripción tanto tiempo como el que falte de la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser menor de un año."

"Art. 115. La prescripción de la sanción privativa de libertad sólo se interrumpe aprehendiendo al reo, aunque la aprehensión se ejecute por otro delito diverso, o por la formal solicitud de entrega que el Ministerio Público de una entidad federativa haga al de otra en que aquél se encuentre detenido, en cuyo caso subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue dicha entrega o desaparezca la situación legal del detenido que motive aplazar el cumplimiento de lo solicitado."

La prescripción de las demás sanciones se interrumpirá por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas. También se interrumpirá la prescripción de la pena de reparación del daño o de otras de carácter pecuniario, por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación haga ante la autoridad fiscal correspondiente y por las actuaciones que esa autoridad realice para ejecutadas, así como por el inicio de juicio ejecutivo ante autoridad civil usando como título la sentencia condenatoria correspondiente."

"Art. 116. La pena y la medida de seguridad se extinguen, con todos sus efectos, por cumplimiento de aquéllas o de las sanciones por las que hubiesen sido sustituidas o conmutadas. Asimismo, la sanción que se hubiere suspendido se extinguirá por el cumplimiento de los requisitos establecidos al otorgada, en los términos y dentro de los plazos legalmente aplicables."

"Art. 117. La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56."

"Art. 118. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término."

"El transcurso del tiempo tiene fundamentales consecuencias en el ordenamiento jurídico; mediante él pueden adquirirse o perderse derechos. En el ámbito penal, su influencia radica en la conveniencia política de mantener una persecución contra el autor de un delito a través de un lapso cuya duración determinan las leyes minuciosamente.

Con la prescripción, el Estado circunscribe su poder de castigar a límites temporales, excedidos los cuales, considera inoperante mantener la situación creada por la violación legal incurrida por el agente.

La prescripción se puede operar con respecto a la acción, es decir, relativa a la persecución del juzgamiento; y con respecto a la *pena*, en cuanto se busca su efectiva ejecución.

Conviene tener presente que la prescripción hace desaparecer el derecho del Estado para perseguir o para ejecutar la pena, pero no elimina al delito, que queda subsistente, con todos sus elementos, pero sin la consecuencia final de la aplicación de la pena misma. El delito no se extingue; se esfuma en cambio la posibilidad de castigarlo." ⁶

h) *Vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable.* A partir de las reformas de 1985, se añade el CAPÍTULO VIII al TÍTULO QUINTO denominado "Extinción de la responsabilidad penal", cuyo artículo 117 establece que la ley supresora de un tipo penal extingue la acción penal o la sanción correspondiente y en consecuencia, la autoridad que conozca del asunto, sea el Ministerio Público si se trata de averiguación previa o el órgano jurisdiccional si se tramita un procedimiento penal en que aún no exista sentencia inmodificable, o la autoridad administrativa si se está ejecutando la sanción, aplicará de oficio la nueva ley, en los términos del artículo 56.

Originalmente esta hipótesis se consignaba en el hoy derogado artículo 57 de nuestro Código Penal, que a la letra establecía: "Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior le daba, se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se está juzgando, y a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas, y cesarán de *derecho* todos los efectos que éstas y los procesos debieran producir en lo futuro."

i) *Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos.* También a

⁶ GOLDSTEIN, *Op. cit.*, págs. 397 y ss.

partir de las reformas de 1985, se incluye este supuesto como causal de la extinción de la responsabilidad, añadiéndose el Capítulo IX cuyo artículo 118 a la letra establece: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término."

j) *Extinción de las medidas de tratamiento de inimputables.* Esta hipótesis de extinción de la responsabilidad penal ya se contemplaba en nuestra ley con anterioridad a las reformas de 1985, precisamente en el Capítulo VII del TÍTULO QUINTO del Libro Primero, el cual y con motivo de estas reformas pasó ahora a ser el Capítulo X comprensivo sólo del artículo 118 bis; se refiere al supuesto del inimputable a quien se le hubiere decretado como medida de seguridad determinado tratamiento, si se encontrare prófugo y fuere nuevamente detenido, se extinguirá la ejecución de ese tratamiento cuando se pruebe que ya no resulta necesario por haber desaparecido las causas generadoras del mismo.

GUÍA DE AUTOEVALUACIÓN

Instrucciones: Contesta brevemente lo que se te pide.

- De preferencia leer ley de ejecución de sanciones penales para el Distrito Federal, así como el nuevo y el viejo código penal para el distrito federal.

- 1.- Explica el concepto de penología.
- 2.- ¿Qué es una pena en sentido jurídico?
- 3.- ¿Qué es la conminación penal?
- 4.- ¿Qué es la prevención especial, general, tanto positiva como negativa?
- 5.- Explica la teoría retribucionista.
- 6.- ¿Qué tipo de penas existen?
- 7.- ¿Que tipo de penas se contemplan tanto en el nuevo y viejo Código Penal para Distrito Federal?
- 8.- ¿Cuál es la única autoridad que puede imponer las penas y cuál es su límite constitucional?
- 9.- Diferencia entre penas y medidas de seguridad.
- 10.- ¿Qué es y cómo se aplica un sustitutivo penal?
- 11.- Diferencia entre sustitutivo y beneficios.

- 12.- ¿Qué requisitos se establecen para la condena condicional?
- 13.- ¿Qué requisitos se establecen para la libertad preparatoria?
- 14.- ¿Qué requisitos se establecen para la libertad bajo protesta?
- 15.- Explica brevemente lo que es el cumplimiento de una pena.
- 16.- Explica la extinción de la pena y si hay una relación con la prescripción.
- 17.-Explica detalladamente los niveles de graduación de la pena que existen y su relación con el grado de culpabilidad.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CUELLO, Calón Eugenio, *Derecho Penal Parte general (Tomo I)*, 18ª ed., Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980.
- JIMÉNEZ, de Asúa Luis, *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 3ª ed., México-Buenos aires, Ed. Hermes, 1959.
- ZAFFARONI; Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª. Ed., México, Ed. Cárdenas, 1991.