

2 ej
318

LILIANA ELENA GONZALEZ CASTRO

**ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO EN EL
CODIGO PENAL DEL ESTADO DE
GUANAJUATO DE 1978**

M E X I C O

1 9 7 9

12001



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

	Pag.
1. Introducción	1
1.1. Las Escuelas Penales	1
1.2. Bases Filosóficas de un Código Penal	4
1.3. Evolución legislativa Penal en México	5
2. Consideraciones Generales	13
3. Definición del Delito	16
4. Elementos del Delito	17
4.1. Elemento material	17
4.1.1. Formas de conducta	17
4.1.2. Tiempo y lugar de cometido el delito	17
4.1.3. El nexa causal	21
4.1.4. Clasificación del delito en orden al resultado	29
4.1.5. Ausencia de conducta	36
4.2. Tipicidad	38
4.3. Antijuridicidad	39
4.3.1. Consentimiento	39
4.3.2. Legítima defensa	40
4.3.3. Estado de necesidad	42
4.3.4. Cumplimiento de un deber. Ejercicio de un derecho	45
4.3.5. Impedimento legítimo. Obediencia Jerárquica	46
4.4. Imputabilidad	47

4.4.1.	Inimputabilidad	47
4.4.2.	Conducta libre en su causa	50
4.5.	Culpabilidad	51
4.5.1.	Dolo	52
4.5.2.	Culpa	55
4.5.3.	Preterintencionalidad	58
4.5.4.	Inculpabilidad	60
5.	Formas de Aparición del Delito	65
5.1.	Iter criminis	65
5.2.	Concurso de personas	72
5.2.1.	Comunicabilidad de las circunstancias	77
5.3.	Concurso de delitos	80
5.3.1.	Concurso ideal o formal	80
5.3.2.	Concurso real o material	84
5.3.3.	Concurrencia de normas incompatibles entre sí	84
	Notas	90

1. Introducción.

1.1. Las Escuelas Penales.

Antes de entrar al estudio del presente trabajo, hemos considerado que es necesario, para poder finalmente determinar la filiación del Código de Guanajuato, recordar las Escuelas Penales y seguidamente puntualizar la necesidad de los fundamentos de carácter filosófico de cualquier ordenamiento jurídico penal.

Dentro del arsenal infinito de las Escuelas Penales, me referiré únicamente a la Clásica, Positiva, Neopositiva y la tercera Escuela o de Política Criminal.

La Escuela Clásica, cuya denominación se ignora de --- quien partió, y sin unidad de doctrina, se fundamenta en caracteres bien definidos, como son un método de lógica - abstracta, deductivo, apriorístico; el delito no como simple hecho, sino como un ente jurídico; la responsabilidad penal basada en la conducta libre, y la pena como castigo, como retribución de un mal con un mal.

La Escuela Positiva al contrario de la Clásica es unitaria, manteniendo lineamientos totalmente opuestos a los de la Escuela Clásica: método de observación, o sea galileano, experimental, positivo o inductivo; el delito como fenómeno natural y social, como conducta humana; la responsabilidad fundada en el -- determinismo, y la pena como medida readaptadora o resocializadora.

Debemos hacer hincapié que se sostuvo por mucho tiempo una tendencia denominada "neopositivista". Su creador fue Jiménez de Asúa, manifestando, que "los positivistas han segado ---- hacia un neopositivismo que puede figurar en el llamado positi--- vismo crítico, del que constituiría su izquierda más extrema";¹ - agregando, que "a esta postura neopositivista se llega, de una -- parte, por el decisivo influjo de los nuevos principios filosóficos y biológicos, que fuerzan la revisión de los primeros postu-- lados del positivismo penal; y, por otra parte, merced al recien-

te rumbo jurídico que emprenden los propios positivistas".²

Juan P. Ramos estuvo en desacuerdo con el punto de vista de Jiménez de Asúa, puntualizando que "no se puede hablar de un neopositivismo, como no se habla de una nueva química después de Lavoisier ni de una nueva fisiología después de Claudio Bernard, pues en materia penal hay, si, un neoclasicismo que nace de una vergonzante mezcla de cosas inconciliables, pero, no hay un neopositivismo, ya que lo que hoy se llama así es sólo la depuración científica de una idea originaria de tal manera inconvencional que sin ella no hay derecho Penal, ni ciencia penal, y de ello ha nacido el innegable progreso de nuestra ciencia".³

Convenido Jiménez de Asúa de su doctrina, o sea, de la existencia de un neopositivismo, tiempo después y habiendo reflexionado sobre esta cuestión, dijo que cada día se afirmaba más en su criterio, pues precisamente en virtud del influjo de las nuevas corrientes filosóficas y de las corrientes biológicas, como las leyes mendelianas, la endocrinología y el psicoanálisis, daban lugar al movimiento de un neopositivismo, cuya denominación tenía su fundamento porque no todos los presupuestos del positivismo habían quedado destruidos, ni todas sus consecuencias; que de otra manera no habría justificación para haberse referido al neopositivismo.

Al transcurrir muchos años, se genera en el propio Jiménez de Asúa, un nuevo pensamiento, reconociéndole la razón al penalista argentino Juan P. Ramos, al decir con toda sinceridad: "Cuando en 1923 fuimos a Buenos Aires por requerimiento de la Facultad de Derecho, creímos ver sin comulgar con el positivismo, que podría hablarse de una tendencia (neopositivista), fundada en las nuevas concepciones biológicas y en el sesgo que tomaba la filosofía en el mundo. Juan P. Ramos, con razón que hoy se percibe, negó que un neopositivismo se instalara en el mundo".⁴

Conocida esta corriente del neopositivismo en México, fue rechazada en forma enérgica por el jurista José Almaraz, autor del Código Penal de 1929, que como sabemos fue sustituido por

el hoy vigente Código Penal de 1931. Este penalista en forma breve y clara lanza su pensamiento: "Tampoco se puede hablar de --- <<Neo-Positivismo>>, como no se puede hablar de <<Neo-Biología>> o de <<Neo-Química>>. ¿Por ventura la química cambió de nombre - cuando se comprobó lo infundado de la teoría de flogístico?. Es pueril la denominación Neo-Positivismo so pretexto de que las --- ciencias naturales progresan continuamente, pues de ser fundado - este modo de ver, habría que sustituir periódicamente el nombre - (<<ultra-neopositivismo>> o neo-positivismo 1, 2, 3, etc.) con cada progreso y rectificación subsecuentes. Por otra parte ¿porqué se quiere hacer una excepción con la Escuela Positiva?. Esta no significa adopción de principio alguno sin beneficio de inventario, sino la contrastación de su veracidad por el método que le - dio nombre. En cambio, significa inmediato rechazo de todo concepto contrario a la lógica experimental. La crítica y la auto-- crítica positivista obligan a ésta escuela a tener las puertas -- siempre abiertas a las lecciones de la vida, bien observada, quedará luces para las normas penales. La legislación no es para el positivismo un círculo mágico imposible de franquear ni un tabú - intocable, sino conjunto de disposiciones sujetas a la crítica y - necesitadas de reformas Universales como es su campo científico, - por doquier espiga lo bueno y demuele lo malo o caduco; acepta lo irrefutable y comprobado del sistema antiguo que, por lo mismo, - adquiere carta científica de naturaleza; pero rechaza el postulado que los eclécticos han querido conservar como intocable: el de la culpabilidad moral, con su vano intento de expiación, intimidación, y ejemplaridad y sus bizantinismos de imputabilidad moral y de la responsabilidad atenuada o fraccionada, aplicadas en lo - penal".⁵

De las opiniones que anteceden, es de concluir que la final posición de Luis Jiménez de Asúa es la correcta, al reconocer la no existencia de la tendencia neo-positivista, puesto que tal neo-positivismo según nuestro parecer viene a constituirse -- por los mismos adelantos del positivismo, no siendo por tanto una nueva escuela, al quedar en pie los fundamentos de la propia escuela positiva.

Como resultado de la existencia de la Escuela Positiva y de la Clásica nace la llamada tercera Escuela o Escuela Crítica, que con base en un análisis sereno debe convenirse que teniendo su origen en ambas escuelas, no tiene autonomía, constituyendo consecuentemente como se ha afirmado una escuela ecléctica; escuela que según se ha señalado tiene los caracteres siguientes: - "a) un método experimental en las ciencias penales y lógico-abs--tracto en el derecho penal; b) mantenimiento simultáneo de la ---culpabilidad y del estado peligroso; c) el delito como fenómeno - natural y como ente jurídico, y d) penas y medidas de seguridad - como doble medio de lucha contra el crimen".⁶

1.2. Bases filosóficas de un Código Penal.

El desarrollo que se ha llevado a cabo en las Escuelas Penales, es a virtud de que un Código Penal forzosamente tiene -- que obedecer a una concepción filosófica, para poder estructurar-- todo lo relativo a los elementos del Derecho Penal, que son el --delito, el delincuente, la pena y medidas de seguridad. Todo es--to nos lleva a recordar la íntima relación que existe entre el --Derecho Penal y la filosofía, que se trata y estudia en las rela--ciones del Derecho Penal y la Filosofía.

Con relación a esta cuestión tan importante de la fun--damentación filosófica de los Códigos Penales, ha expuesto Manuel López Rey Arrojo: "Existe una conexión íntima entre Filosofía, - Política y Derecho Penal, de índole quizá mas íntima que la que - otra cualquier disciplina jurídica pueda mantener con las dos ---primeramente enumeradas y ello, por el hecho de que el Derecho --Penal abarca un mayor número de valores culturales que el Derecho Civil, Mercantil, etc. pueden comprender. Mientras estos contem--plan aspectos más o menos parciales, aunque extensos de un con---junto de bienes jurídicos: propiedad, matrimonio, comercio, fa--milia, etc., el Derecho Penal, se refiere no solo a éstos, sino - también al honor, dignidad, buenas costumbres, patria, trabajo, - economía, diversas clases de patrimonio, y a otros muchos bienes--jurídicos, algunos de los cuales como el honor, dignidad y costum

bres no se hallan sujetos a ninguna regulación estricta y sí, a una de índole normativa en cierto modo libre y flexible, bienes -- que significan una más directa conexión con la trayectoria cultural de un pueblo y que imponen por consiguiente, en el Derecho -- Penal, un contacto mas íntimo con eso que ampliamente hemos denominado concepción del mundo y de la vida".⁷

1.3. Evolución legislativa penal en México.

Consideramos que es del todo necesario señalar la ---- orientación de los ordenamientos penales mexicanos a partir del -- Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, hasta el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, para -- terminar fijando las bases doctrinales del Nuevo Código Penal de -- Guanajuato, objeto de nuestro estudio.

Vamos a precisar la orientación doctrinal de los principales ordenamientos y proyectos que se han elaborado en el país. El Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, compuesto de -- 759 artículos y cuyos redactores fueron Bernardo Couto, Manuel -- Fernández Leal, Antonio María Solorio y José Julián Tornell, tiene una orientación evidentemente clásica. En igual sentido el Pro-- yecto de Código Penal para el Estado de Veracruz de los años ---- 1851-1852, con 689 artículos y cuyo autor fue José Julián Tornell. La misma corriente sigue el Código Penal (Corona) para el mismo -- Estado de Veracruz del año 1869, con número de 761 artículos, y -- redactado por Fernando J. Corona.

El Código Penal de 1871 contiene 1152 artículos y fue -- redactado por Urbano Fonseca, José Ma. Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Carlos María Zaavedra, Manuel Zamacona, Antonio Martínez -- de Castro (1861-1863), José María Lafragua, Antonio Martínez de -- Castro, Eulalio María Ortega, Manuel Zamacona e Indalesio Sánchez Gavito (1863) y constituye un documento de orientación clásica -- influida levemente por un espíritu positivo, con la inclusión de -- medidas preventivas y correccionales y de instituciones jurídicas como la libertad preparatoria y la retención.

El Código Penal de 1929, con 1223 artículos, siendo -- redactores Castañeda, Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramírez -- Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada, Ramírez Arriaga y José Almaraz. Código inspirado, según su autor principal en la escuela positiva: "La comisión del Código de 1929 acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva... y estimando en conciencia que no debía presentar como reforma substancial un Código retrasado que no pudiera luchar eficazmente contra la delincuencia, resolvió cambiar radicalmente el principio básico del Código y sus circunstancias; y quiso aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso y basar el proyecto en el principio: «no hay delitos, sino delincuentes»; pero desgraciadamente, a la realización de este desiderátum, se oponen los preceptos constitucionales; de aquí que tuvo la Comisión que desistir de muchas innovaciones importantes".⁸

Por nuestra parte, admitimos la opinión de que no obstante el deseo de la Comisión redactora de fundar el Código de -- 1929 en la escuela Positiva, no pudieron realizarlo en forma integral, por razones constitucionales y errores de carácter técnico.

El Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, compuesto de 400 bis artículos, redactado por José Angel Ceniceros, Luis Garrido, José López Lira, Ernesto G. Garza y Alfonso Tejas Zabre, tiene una orientación ecléctica, pues se fundamenta tanto en la escuela clásica como en la positiva.

El Código de Defensa Social del Estado de Veracruz de 1944, contiene 294 artículos y lo redactaron Alfonso M. Echegaray, Celestino Porte Petit, Fernando Román Lugo y Alberto Sánchez Cortés, representando indudablemente una orientación ecléctica, pero con una intensa influencia positiva, aceptando la afirmación que sobre el mismo se ha manifestado, de que representa un paso hacia adelante con relación al Código Penal de 1931, al recibir con más amplitud el criterio de la peligrosidad y al realizar una mejor técnica legislativa o sistemática jurídica.⁹

El Proyecto de 1949 para el Distrito Federal consta de 381 artículos y formaron parte de la comisión redactora Ricardo - Argüelles, Raúl Carrancá y Trujillo, Luis Garrido, Celestino Porte Petit y como secretario Gilberto Suárez Arvizu.

Para conocer la orientación de este proyecto es necesario conocer la declaración que hizo a la prensa el Licenciado - Ernesto P. Uruchurtu en ese entonces Subsecretario de Gobernación, encargado del despacho: "Después de un cambio de impresiones que tuve con el señor Procurador General de Justicia, licenciado Francisco González de la Vega, y con el Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, licenciado Franco Sodi, previo acuerdo obtenido del señor Presidente de la República, se ha designado para formar parte de la Comisión Redactora del Código Penal, al licenciado Luis Garrido, Director de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional; al licenciado Francisco Argüelles, actual Subprocurador de Justicia del Distrito Federal y antiguo Juez Penal, y al licenciado Celestino Porte Petit, uno de los autores del Código Penal vigente del Estado de Veracruz y distinguido penalista. No es el propósito hacer nuevas leyes en materia penal, pues un cambio total de legislación nulificaría la jurisprudencia y -- las doctrinas que se han ido elaborando sobre disposiciones penales vigentes, durante más de dieciséis años de aplicación. Sin -- embargo, se aprovechará la experiencia adquirida para reformar -- todo lo que sea necesario, subsanando lagunas, eliminando contradicciones y perfeccionando los conceptos legales que haya menester. Al correr de los años el Código Penal ha sufrido diversas -- reformas, que muchas veces, en lugar de mejorarlo, han oscurecido su sentido y hecho difícil su aplicación. Con tal motivo, la -- Comisión que hoy se nombra tendrá como tarea esencial la de hacer una labor de coordinación y aseo de nuestra legislación criminal, poniéndola al día, para que responda en todos sus aspectos a la -- defensa de la sociedad mexicana. Los trabajos de reforma no serán secretos. La Comisión recabará opiniones de Jueces, Magistrados, -- Agentes del Ministerio Público, Defensores y, en general, la de --

todas aquellas personas e instituciones dispuestas a emitir su -- opinión fundada. El Anteproyecto de reformas que se formule se -- hará del conocimiento de los Tribunales y de las Asociaciones de -- Abogados para que presenten sus observaciones, y con vista de --- ellas redactar el Proyecto definitivo. En consecuencia, se hará - la más amplia discusión sobre estas reformas para que sean el --- fruto de un trabajo serio y metódico, que satisfaga las verdade-- ras necesidades sociales en cuanto a la represión del crimen y a -- su debida prevención. La reforma penal, naturalmente, tendrá que -- ajustarse a las posibilidades del erario nacional, y por lo mis-- mo, no se proyectarán instituciones o sistemas que no puedan lle-- varse a cabo. La idea directriz de la reforma no será en conse--- cuencia la de abordar problemas de orden filosófico, histórico o -- metafísico, ni la de afiliar el Código a una escuela determinada, -- sino la de abordar el asunto con un sentido real. Por eso la Co-- misión está integrada por juristas de reconocida competencia y -- práctica legal, a fin de que resuelvan las modificaciones con la -- técnica que les es propia. El Gobierno no desea una reforma pre-- cipitada. Por eso los señores comisionados disfrutarán de todo -- el tiempo necesario para que su trabajo rinda el fruto que del -- mismo se espera. Además, en forma principal, se hace hincapié en -- que se tendrá al corriente de los trabajos de la Comisión a los -- representantes que las Cámaras legisladoras designen, a quienes -- se escuchará con todo interés, tomándose muy en cuenta sus opinio-- nes en el Anteproyecto que se formule".¹⁰

A juicio nuestro igualmente el proyecto de Código Pe-- nal de 1949 contiene una orientación ecléctica por estar influido -- por la escuela clásica y en ciertos aspectos por la escuela posi-- tiva.

El Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal - de 1958 contiene 291 artículos, cuya Comisión redactora estuvo -- integrada por Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconce-- los, Celestino Porte Petit y Manuel del Río Govea.

Contamos con relación a este Proyecto de 1958, con la -- valiosa opinión de Luis Jiménez de Asúa, emitida el año de 1961,-

o sea dos años antes de la elaboración del Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

Ahora bien, el juicio crítico a que nos referimos, del penalista español antes mencionado, es en los siguientes términos: "De cuantos Proyectos existen, éste es probablemente el mejor. En el llamado título preliminar, se han precisado los problemas referentes a la validez de la ley penal, pero ha sido al tratar del -- delito, donde las reformas adquieren mayor volumen. El acierto --- acompaña a los redactores al definir, en el Art. 80., el dolo di-- recto, eventual y el mediato o directo de segundo grado; al dar el concepto de la culpa, que abarca la consciente y la inconsciente, -- y al ocuparse de los delitos preterintencionales, subordinando a -- la culpa -de ambas clases- la penalidad por el resultado mayor. -- Las ideas de Forte Petit se consagran, pues, en este artículo. En -- cambio, no creemos que merezca plácemes el intento de definir la -- relación de causalidad, en el artículo 9, empresa en la que han -- fracasado todos los legisladores, comenzando por el italiano de -- 1930. La fórmula del Código vigente, en que se hace referencia a -- las personas jurídicas, es equívoca, aunque no cabe duda que no -- consagra la responsabilidad criminal de aquellas. Ahora con las -- <<sanciones>> que pueden imponerse a las sociedades en los Arts. - 60 y 61, creemos que empeora el equívoco. Los eximentes, muy difi-- cultosamente ordenadas en el Código actual, se sistematizan bien - en el Proyecto, en el que se define la legítima defensa sin los de-- talles negativos que hasta ahora enturbian esta justificante y así mismo es de loar el concepto que se da del estado necesario. Pro-- fundo es el cambio que ha experimentado cuanto se refiere a la im-- putabilidad. En el Código vigente no parece ésta tenerse en cuenta así como no tenían consagración las auténticas causas de inimputa-- bilidad, rastros de la indirecta formación positivista de los re-- dactores del Código Penal de 1931. En el Proyecto se proclama la - imputabilidad en el Art. 15 y se enumeran como causas que la ex--- cluyen: el trastorno mental transitorio que ya figura en el Código vigente cargado de requisitos redundantes, que el Proyecto elimi-- na-, el permanente y la sordomudez del no instruido. En materia de

participación, no se habla del encubrimiento -doblemente regulado en el Código en vigor-, que pasa a constituir un delito en particular".

"En el Libro Segundo, destinado a definir y sancionar los delitos en especie, se han introducido algunos conceptos y --nuevas figuras. Anotemos que se define el delito político aten---diendo no sólo a su objetividad jurídica, sino al móvil (Art. 123); que se añade, como delito moderno contra el derecho internacional, el de genocidio (Art. 127); que se castiga más severamente a los que elaboren comestibles o bebidas dañosas a la salud (Art. 143); que se crea el delito de guiar un vehículo de motor en estado de embriaguez (Art. 149); que se configuran la acusación o denuncia falsa (Art. 174), el tomarse justicia por su mano (Art. 189), los matrimonios ilegales (Art. 216), el abandono de deberes de asis--tencia familiar (Art. 219); que se define y sanciona con pena muy leve, cuyo mínimo puede ser de seis meses, el homicidio por emo--ción violenta (Art. 222). Aunque se han redactado las varias es--pecies del aborto de modo más claro que en el Código actual (en los artículos 240-245 del Proyecto), no se reconocen como eximentes, ni el aborto sentimental ni el eugenésico, que se consagran en el Código Argentino".

"Hay Proyectos de reforma de sus respectivos Códigos - en varios Estados de México. El de la Baja California (cuyo texto, aún no aprobado, puede verse en Criminalia, agosto 1959) ha sido sobremanera influido por Porte Petit; buena prueba son las defi--niciones de dolo, culpa y preterintención, sobre todo, de esta --última (Art. 5o.)".¹¹

Este Proyecto de 1958 tiene una orientación ecléctica, al igual que los Proyectos a que antes hemos hecho referencia, --por tener bases clásicas y de la escuela positiva.

El último Proyecto elaborado en el país, es el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, del año de --1963, expresándose en la Exposición de Motivos, que "La dirección doctrinaria que inspira al nuevo Código, es predominantemente la-

técnica jurídica y, por lo mismo, se procuró resolver los problemas con la técnica que es propia de los hombres de derecho, sin acudir a filosofías inconducentes.¹²

Haciendo un análisis de este importante Proyecto, y a mi juicio el mejor elaborado, representa una orientación igualmente ecléctica.

Por último, el Código de Guanajuato del año de 1978, objeto de estudio en este trabajo, compuesto de 291 artículos, y cuya Comisión estuvo integrada por Alejandro Méndez Ortiz, José Luis Ibarguengoitia y Chico, Andrés Cervantes García, Antonio Hernández García, Jaime González Valdivia, Miguel Valadez Reyes, J. Jesús Villaseñor Ayala y Enrique Cardona Arizmendi, tiene indudablemente una base ecléctica al fundamentarse en principios clásicos y de la escuela positiva.

En la Exposición de Motivos se hace notar, que "para la elaboración del Proyecto se tuvieron a la vista los ya muy extensos comentarios jurisprudenciales y doctrinarios que sobre el Código Penal Federal de 1931 se han elaborado (aplicables en general a nuestro Código vigente), así como la legislación penal de las Entidades Federativas de nuestra República, especialmente aquéllas que se han apartado de los viejos moldes del Código Penal mencionado; y también se tuvieron a la vista algunos importantes Proyectos de ley, como son: Código Penal Tipo para Latinoamérica, Código Penal Tipo para la República Mexicana, y los de las Repúblicas de Ecuador, Colombia, Federal Alemana y otros". Asimismo dicha Exposición señala, que "en principio se puede afirmar que el Proyecto no se encuentra afiliado a ninguna corriente o escuela doctrinaria, y que a lo más pudiera decirse que responde a la corriente técnica jurídica, aunque cabe aclarar que la misma no entraña propiamente una determinada postura filosófica, sino más bien señala una técnica, un sistema que pretende apoyarse en los principios rigurosamente científicos, queriendo responder a las actuales realidades sociales, políticas y económicas del Estado, y que por otra parte, toma en consideración el-

avance que han tenido la biología, la psicología, la psiquiatría y en general las disciplinas criminológicas, así como el desarrollo que la ciencia del derecho penal ha tenido en los últimos --- treinta años y que han permitido dilucidar un gran número de cuestiones que no se encuentran correctamente planteadas en el Código Penal en vigor", agregándose en la mencionada Exposición, "que el Proyecto encuentra únicamente sustentación en los principios atinentes a la materia penal, contenidos en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, alguno de los cuales, incluso, han sido recogidos celosamente; y también se sustenta en los dogmas o axiomas de carácter penal que han sido establecidos por la doctrina, como el de que no hay delito sin culpabilidad; principio de conocimiento, etc., finalizándose en la Exposición de Motivos de que se aprecia también una marcada tendencia a humanizar sus disposiciones y sanciones y a brindar una efectiva protección a la víctima del delito, estableciéndose disposiciones que permitirán -- hacer una realidad la reparación del daño".

Una vez expuesta la evolución legislativa de los más importantes Códigos y Proyectos desde 1835, hasta 1963, pasamos a hacer el análisis del nuevo Código de Guanajuato, objeto de nuestro estudio, en lo referente a la Teoría del Delito.

2. CONSIDERACIONES GENERALES.

El Derecho Penal está compuesto de dos partes. La --- Parte General, que comprende a la norma, al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad; la otra, la especial, --- trata de los delitos en particular y de sus penas correspondientes.

Por lo que respecta á la teoría del delito, debemos -- tener en cuenta que está compuesta de 2 partes. Una primera que estudia los elementos del delito y su aspecto negativo y una segunda, que hace referencia a las formas de manifestación del delito o sea la aparición del mismo.

La teoría analítica o atomizadora de la que somos partidarios conceptúa al delito como un todo, pero dividiéndolo en - sus propios elementos, los que pueden variar en su número según - la concepción que se tenga del mismo, es decir, desde una estructura bitómica, hasta una heptatómica, que es la que nos enseña el penalista Luis Jiménez de Asúa.¹²

Al hacer el análisis de la teoría del delito en el Código de Guanajuato, trataremos de seguir un orden en los elementos del delito, comenzando por el objetivo, siguiendo con la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, - las condiciones objetivas de punibilidad en su caso, y la punibilidad, así como sus aspectos negativos: ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud, inimputabilidad, inculpabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias. Y en cuanto a la segunda parte de la teoría del delito, - o sea con relación a las formas de aparición del mismo, haremos - el estudio del iter criminis, del concurso de delitos y del concurso de personas, o sea la participación.

Una vez expuesta la prelación lógica del delito, nos vamos a permitir examinar el contenido del título Segundo, en --- sus 7 capítulos, denominados respectivamente "El delito y sus --- formas" (Capítulo Primero, "Tentativa" (Capítulo Segundo), ----

"Autoría y Participación" (Capítulo Tercero), "Concurso de Delitos" (Capítulo Cuarto), "Causas de justificación" (Capítulo Quinto), "Inimputabilidad" (Capítulo Sexto), "Culpabilidad e Inculpabilidad" (Capítulo Séptimo).

Se observa de la lectura de los capítulos antes mencionados, que no se sigue una sistematización como la que hemos señalado, con relación a la primera y segunda parte de la teoría del delito, pues después del delito y sus formas se agregan en el Código, la tentativa, la autoría y participación y el concurso de delitos, que corresponden a la segunda parte de la teoría del delito, pues el iter criminis estudia los actos ejecutivos que dan lugar a la tentativa, y el concurso de personas en el delito, a la autoría y participación, para incluirse finalmente, el concurso de delitos. Y sorprendentemente a continuación de éste, se comprenden las causas de justificación, que constituyen el aspecto negativo de un elemento del delito: la antijuridicidad, y termina la reglamentación del Código Guajuatense, con la inimputabilidad, culpabilidad e inculpabilidad.

Desgraciadamente la exposición de motivos no nos da luz sobre esta particular forma de ubicar los temas respectivos de la teoría del delito.

Es pertinente señalar el meritorio esfuerzo realizado por los redactores del Código Penal tipo para la República Mexicana de 1963, al imponerse la tarea de sistematizar lo más apropiadamente la teoría del delito, culminando su labor con una sistematización respecto al aspecto negativo del mismo (Capítulo Tercero, correspondiente al título segundo), precisando los redactores del proyecto de Código Penal tipo la prelación seguida en el aspecto negativo antes aludido en la forma siguiente: "Por otra parte, al señalarse en el artículo 23 los casos en que no existe delito, se procuró enumerarlos tomando en consideración la prelación lógica que guardan los elementos del mismo; de tal manera que, en primer término, se hace referencia al aspecto negativo de la conducta (fracción I); inmediatamente después a las causas de licitud, comenzando con el consentimiento que funciona

a veces como atipicidad (fracción II), y en seguida el ejercicio legítimo de un derecho (fracción III), legítima defensa y las --presunciones de la misma (fracción IV). Después, el estado de --necesidad que funciona en algunos casos como causa de inculpabilidad por inexigibilidad (fracción V); el cumplimiento de un deber legal (fracción VI); la obediencia legítima y jurídica, que puede originar en casos particulares otro aspecto negativo del --delito (fracción VII), y el impedimento legítimo. Finalmente, --se incluyeron los casos de inexistencia del delito, correspondientes al aspecto negativo de la culpabilidad, el cual abarca --las hipótesis que la originan como son: el error de hecho esencial e invencible (fracción IX) y la vis moral, que, en ocasiones, puede dar lugar a una causa de inimputabilidad (fracción --X)".¹³

Expuesto lo que antecede, nos ajustaremos a la prelación lógica por nosotros enunciada para llevar a cabo el presente trabajo que nos hemos propuesto.

3. Definición de delito.

El Título Segundo del Código Penal del Estado de Guanajuato se denomina: "El Delito", y el capítulo primero: "El Delito y sus formas".

El Código en este aspecto, está inspirado en el Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano, ya que al Título segundo lo llama "El Delito" y al Capítulo primero: "Forma, tiempo y lugar del Hecho Punible".

El artículo 11 del Código de Guanajuato define el Delito como la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible, optando por una definición hexatómica, desoyendo la opinión casi unánime de que la definición del delito es -- totalmente innecesaria e irrelevante por ser de carácter formal-- no justificándose su existencia en un Código Penal;¹⁴ punto de -- vista sostenido por Manuel López Rey Arrojo en la exposición de motivos del Proyecto Oficial de Código Penal de Bolivia de 1943, en el sentido de que "no se ha estimado tampoco necesario dar -- una definición legal del delito que, a más de improcedente en un Código, es siempre defectuosa".¹⁵

La Exposición de Motivos del Código de Guanajuato, --- trata de justificar la inclusión de la definición del delito en la forma siguiente "En este capítulo, se decidió dar una definición del delito, destacando sus elementos esenciales o características conceptuales, con el deliberado propósito de establecer con esa base una ordenación sistemática de los preceptos del --- Código".

- 4. Elementos del delito.
- 4.1 Elemento material
- 4.1.1. Formas de conducta.

El artículo 12 del Código de Guanajuato establece - que "El delito puede ser realizado por acción o por omisión".

Este numeral que pudiera considerarse igualmente -- innecesario, se refiere a las formas en que puede presentarse la conducta, es decir, por acción y por omisión, y ésta última en omisión simple o comisión por omisión, observándose, -- que el elemento material del delito puede revestir una conducta o un hecho según sea la descripción del tipo, dando lugar a la conocida clasificación de delitos de mera conducta o formales y de resultado material o materiales.

4.1.2. Tiempo y lugar de cometido el delito.

Se trata el problema del tiempo y lugar del delito - en la doctrina de diferente manera según la opinión que se -- sostenga al respecto :

- a) Así el tiempo del delito determinado sector lo coloca en la validez temporal y otro, al estu--diar el elemento material del mismo.
- b) Con referencia al lugar de realización del ili--cito penal, unos lo incluyen en la aplicación - de la ley en cuanto el espacio y quienes esti--man que su lugar apropiado es al tratar el ele--mento material del delito.

La doctrina para resolver esta cuestión en cuanto-- a la acción se apoya en diferentes tesis bien conocidas, como son: la de la actividad o la de la residencia, del resultado, mixta, del resultado intermedio¹⁶, del trayecto total del he--cho¹⁷, de la ampliada actividad¹⁸ y de la valoración jurídi--ca¹⁹.

Por lo que respecta al tiempo y lugar en el delito- de omisión, hay dos criterios: una que con un mismo punto de-

vista da solución al problema de los delitos de omisión simple o de comisión por omisión. Y la otra que trata de resolver el problema con criterios diferentes, utilizando uno para la omisión simple, y otro para el delito de comisión por omisión.

Considerando el punto de vista de querer resolver el caso a estudio con un mismo criterio, se argumenta que el tiempo y lugar de las omisiones, tanto simple como de comisión por omisión es aquél en que debía llevarse a cabo la conducta esperada y exigida.

La corriente que utiliza criterios diferentes, sirviéndose de uno para la omisión simple y de otro para la comisión por omisión, se apoya en que hay que estar con relación a la omisión simple, a la conducta esperada y exigida y por lo que hace a los delitos de comisión por omisión el tiempo y lugar del delito es donde se produce el resultado.²⁰

Por lo que respecta a la legislación penal, algunos -- Códigos reglamentan el tiempo y lugar de cometido el delito, -- con base en alguna o algunas de las teorías antes mencionadas, -- como acontece en el Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano, que sigue la teoría mixta, al establecer en los artículos 13 y 14 respectivamente: "El hecho se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aún cuando sea otro el tiempo del resultado. La omisión se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida" (Art. 13).-- "El hecho se considera realizado: 1º) En el lugar donde se desarrolló, total o parcialmente, la actividad delictuosa de autores y partícipes. 2º) En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado. En los delitos de omisión el hecho se -- considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida"-- (Art. 14).

A su vez, los anteriores preceptos tienen su antecedente en los artículos 8 y 9 del Proyecto de Código Penal de Sebastián Solar, que dicen: "El hecho se reputa cometido tanto -- donde se ha ejecutado la acción, en todo o en parte, como donde

se ha producido o debería producirse el resultado. En los delitos de omisión, el hecho se reputa cometido en el lugar donde -- debería cumplirse la acción omitida" (Art. 8). "El hecho se --- reputa cometido en el momento en que se ha ejecutado la acción.- En los delitos de omisión, el hecho se reputa cometido en el momento en que debía cumplirse la acción omitida" (Art. 9).

Consideramos de sumo interés señalar la orientación - que han seguido proyectos importantes con referencia al problema que estamos examinando del lugar y tiempo de cometido el delito.

El párrafo 8 de la parte general del Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán preceptúa "(1) Un hecho se comete al tiempo en que el autor o partícipe ha actuado. (2) Un hecho se comete en el lugar en que el autor o el partícipe ha actuado, o en que se ha producido un resultado típico o en que, -- conforme a la representación del autor o del partícipe, debía -- producirse. El partícipe también ha cometido el hecho en el lugar en que lo cometió el autor". El párrafo 9 de la parte general del Código Penal de la República Federal Alemana del año - 1975 dispone "(1) Un hecho se comete en el lugar en que el autor o partícipe ha actuado o, en caso de omisión, en que debía - actuar, o en que se ha producido un resultado típico, o en que, - conforme a la representación del autor o partícipe, debía producirse. (2) La participación se comete en el lugar en que se comete el hecho como también en todo lugar en que el partícipe --- haya actuado o, en caso de omisión, hubiere debido actuar o, --- conforme a su representación, hubiese debido cometerse el hecho. Actuando en el interior el partícipe de un hecho en el extranjero, vale para la participación el derecho penal alemán, aún cuando el hecho no esté amenazado con pena conforme al derecho del lugar del hecho". El anteproyecto de Código Penal para la República del Ecuador, elaborado por el Dr. Raúl Zaffaroni, en su artículo 5º, establece que "el delito se reputa cometido en el momento en que se ha llevado a cabo la conducta, aunque otro sea el momento del resultado".

El Código Penal del Estado de Guanajuato, se refiere a esta cuestión en el ámbito espacial; posición que consideramos inadecuada, porque su ubicación corresponde al tratar el elemento material en la teoría del delito: artículo 2º del referido -- Código, el cual establece que se tendrá por cometido el delito - en el lugar y tiempo en que se realice la conducta o se produzca el efecto exigido en la descripción legal.

El anterior precepto está inspirado en el 5º del Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1958, cuyos -- redactores consideraron necesario incluir una norma que precisara el lugar y tiempo de ejecución del delito, pues frecuentemente la práctica ha demostrado que la ausencia de una regla precisa da lugar a controversias sobre la jurisdicción de los tribunales que deben conocer del delito.

De la lectura de los artículos 5º y 2º del Proyecto - de Código Penal de 1958 y Código Penal de Guanajuato, respectivamente, se desprende que optaron por la teoría mixta o combinada o sea la aceptación de que se tendrá por cometido el delito - en el lugar y tiempo en que se realicen la conducta o el hecho o se produzca el resultado; texto que fue tomado íntegramente por el Código de Michoacán de 1962, en su artículo 4º.

Por varios motivos somos enemigos de la teoría mixta a que antes nos referimos y pensamos que su no inclusión hubiera sido beneficiosa, dejando la solución del lugar y tiempo de cometido el delito, a la propia esencia de las figuras delictivas, estimando de superlativa importancia el juicio del finado jurista español Francisco Blasco Fernández de Moreda que levanta acertadamente su voz en contra de la fórmula adoptada por el Proyecto de 1958 igual a la del artículo 2º del Código de Guanajuato: "Implica novedad la inclusión de una norma precisando el lugar y tiempo de la ejecución del delito, que serán aquéllos en «que se realice la conducta o el hecho o se produzca el resultado» ; fórmula mediante la cual, la Comisión redactora, rinde pleitesía a la llamada doctrina de la ubicuidad que, en lo atinente a la -

determinación del lugar sostuvieron en el pasado Julio Claro y - Próspero Farináceo; domina la ciencia alemana moderna con Bin--- ding, Lillienthal, Olshausen, Wachenfeld, M. E. Mayer, Von Hippel, Schonke, etc; tiene en Italia mantenedores de la talla de Manzini y de Massari, informando el Código Rocco; se recibe con favor de la Jurisprudencia francesa y los autores del Proyecto de Código Penal Francés, y prevalece frente a la denominada teoría de la acción, que otrora postulaba el Instituto de Derecho Internacional (sesión de Munich 1882), en la sesión del mismo Instituto en Cambridge (1931), si bien un año después el Congreso Internacional de Derecho comparado de la Haya (1932), volvió a la tesis precedente. No sin razón Jiménez de Asúa critica a la teoría de la ubicuidad o mixta, porque, «equivale a no solucionar el problema, ya que quedará latente en la ley y resucitará en la práctica, la disputa entre si ha de ser el lugar de la manifestación de voluntad o el de producción del resultado el definitivamente- rector; o aferrarse como lo ha hecho Eberhard Schmidt, a una --- unidad (constituída por los elementos actividad y resultado) sin querer reconocer que las cuestiones se suscitan precisamente --- porque esa unidad se rompe a veces, temporal y espacialmente» "21

4.1.3. El nexu causal.

La relación causal está considerada en el primer pá--- rrafo del artículo 13 del Código de Guanajuato, determinando que "nadie podrá ser sancionado por un delito, si el resultado del - cual depende la existencia del mismo, no es consecuencia de su -- propia conducta"; precepto tomado del 9 del Proyecto de Código - Penal de 1958, para el Distrito Federal: "Nadie podrá ser sancio nado por una conducta o hecho previstos en la ley como delitos, - si el resultado del que depende la existencia del delito, no es- consecuencia de la propia conducta".

Pensamos en primer lugar, que hubiera sido preferible no reglamentar el nexu causal para dejar con libertad al juzga-- dor de tomar el camino más adecuado en el vasto campo doctrinal- de la causalidad. Y en segundo lugar, la redacción del mencio nado numeral 12, no toma partido, al no fundamentar la causali--

dad en doctrina alguna, sino que en forma negativa y simplista expresa que "nadie podrá ser sancionado por un delito, si el resultado del cual depende la existencia del mismo no es consecuencia de la propia conducta".

Con toda justificación Blasco y Fernández de Moreda emite una opinión desfavorable al artículo 12 que comentamos: - "No podemos aplaudir, en cambio, lo preceptuado en los artículos 9º y 10º del anteproyecto. El primero, quiere definir jurídicamente la relación de causalidad, problema eminentemente filosófico y extra jurídico, con una fórmula que, entendida en sentido amplio, no dice nada y estrictamente interpretada, llevaría a negar la relación causal en todo supuesto de concurso de concausas y de complementos de la acción del agente, irrogando consecuencias jurídicas en pugna con la justicia, el sentido común y el interés general. El segundo, asume carácter didáctico, contrapuesto al normativo peculiar de las disposiciones legislativas, al definir, sin que venga a cuenta, el delito instantáneo y el permanente, como supuestos previos al delito continuado, que se concibe de acuerdo con la doctrina italiana, cual una hipótesis de «pluralidad de conductas o hechos con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica» ".²²

El problema causal en la legislación del Distrito Federal y la de los estados de la República, es la siguiente:

1o.- La mayoría de los Códigos de los Estados de la República Mexicana, siguen la orientación del Código Penal del Distrito Federal, que reglamenta la causalidad únicamente en orden al homicidio en los artículos 303, 304 y 305, apoyándose según el parecer de varios penalistas en la teoría de la equivalencia de las condiciones respecto de los artículos mencionados, y no así en cuanto al 305, en el que la concurrencia de las condiciones interrumpe el nexo causal.²³

2o.- El Código del Estado de Michoacán reglamenta el problema causal en la Parte General, estableciendo en su artícu

lo 10: "Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho previstos en la ley como delitos, si el resultado del que depende la existencia del delito no es consecuencia de la propia voluntad del agente o de su culpa".²⁴

30.- El Código Penal del Estado de Veracruz adopta una posición muy particular a virtud de que en la Parte General alude a la causalidad en el artículo 8, para todos los delitos, en el sentido de que "el que efectúe un acto o incurra en una omisión, será responsable de toda lesión o peligro de lesión -- que a consecuencia de cualquiera de ellos se produjere, en tanto no aparezca y se pruebe que el resultado sobrevino a virtud de un acontecimiento extraño a la conducta, y siempre que ésta fuere adecuada en cada caso concreto para la consumación típica del delito de que se trate". Y en la Parte Especial, indebidamente hace referencia a la causalidad, por lo que respecta al homicidio, en los artículos 230, 231 y 232, que corresponden -- respectivamente a los numerales 303, 304 y 305 del Código Penal del Distrito Federal, creándose en consecuencia una concurrencia de normas incompatibles entre sí, pues, por una parte existe la norma general de causalidad para todos los delitos (Art.- 8) y por la otra, los numerales 230, 231 y 232 respectivos a la figura delictiva del homicidio.

En estas condiciones la causalidad respecto del homicidio se resolverá conforme a los artículos 230, 231 y 232 a -- virtud del principio de especialidad y para los restantes delitos que tengan resultado material, el artículo 8 colocado en la Parte General; postura equivocada e incomprensible de los redactores veracruzanos.

Es de singular importancia consultar las opiniones vertidas en la segunda sesión (matutina), de fecha 20 de octubre de 1965, en la que se discutió, el problema de la causalidad, existiendo dos corrientes:

a) Una en el sentido de que no debía tratarse en el-

Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica la relación -- causal. A favor de este punto de vista estuvieron Fragoso, Porte Petit, Jiménez de Asúa y Sebastián Soler,²⁵ considerando de -- interés dar a conocer lo expresado por Soler: "El Código no --- tiene que contener una disposición relativa a este falso proble-- ma de la causación. Digo falso, porque las ciencias penales -- efectivamente progresan y en estos últimos cuarenta años es és-- te uno de los temas que más han progresado. Después de estos - cuarenta años y del extraordinariamente valioso trabajo doctri-- nario que se ha hecho alrededor del tema, ha quedado perfecta-- mente en claro, en uno de los pasos que en campo de la natura-- leza filosófica se suelen dar y que suelen significar el progre-- so de la filosofía, que el problema estaba mal planteado. El - problema no era el de la causalidad y que, tal como venía plan-- teado, implicaba sin análisis -como siempre ocurre cuando estas novedades doctrinales se producen- la suposición de que las ca-- tegorías de captación y de acción humanas son las mismas. Yo - no quiero propugnar aquí que alguien se afilie a una de las --- teorías modernas, pero sí me parece absolutamente claro que la-- pretensión tan explicativa de la acción humana con que se pre-- sentaban las teorías causalistas hace veinte años, hoy no tie-- nen sentido. También es absolutamente claro que el problema no es el de saber qué es causa del resultado, sino quien es autor-- del resultado. Para mí es particularmente grato subrayar que - este punto de vista es bastante reconocido universalmente gra-- cias al aporte muy valioso de la doctrina de la acción finalis-- ta, de Welzel, que yo no comparto en su totalidad, pero sí en - un gran sector. Digo que me es particularmente grato, porque - nuestro punto de vista lo he sostenido hace más de treinta ---- años. La inclusión de un precepto sobre causalidad en el Códig-- o Penal Tipo, representaría un positivo retroceso técnico y -- científico. En ese sentido, pues, adhiero totalmente a la pro-- puesta de la Comisión, tal como la ha relatado el Prof. Fragoso, en el sentido de que no debe haber un texto concebido en las -- fórmulas conque se ha resuelto ese problema o pretendido resol-- ver en algunas legislaciones y, particularmente, en los tiempos

modernos a partir del Código de Rocco".²⁶

b) La otra corriente sostenida por Da Costa y Hungría, de que era necesario regular legalmente la causalidad, proponiendo Hungría la fórmula siguiente: "El resultado del cual depende la existencia del crimen, es imputado a aquel que lo causa. Con sidérase causa la acción u omisión sin la cual el resultado no habría ocurrido. Párrafo 1º: La omisión es relevante como causa cuando quien omite debía o podía actuar para evitar el resultado derivado de ese deber, sea que provenga de la ley, de relación contractual o de peligrosa situación de hecho, creada por el propio omitente, aunque sin culpa. Párrafo 2º: La causa que sobreviene independiente, aunque sea relativamente, excluye imputación cuando por sí sola produce un resultado. Los hechos anteriores, entre tanto, se imputan a quien los practicó".²⁷

Sometida a votación la proposición de la inclusión o no de la relación causal en el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, se resolvió "que no habrá texto sobre la relación de causalidad".²⁸

El artículo 13 en su párrafo final establece que reponderará del delito producido quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.

El problema que plantea el artículo anterior, es el relativo a los delitos de comisión por omisión o como últimamente se les ha denominado de resultado material por omisión.²⁹

La conducta es una hipótesis del elemento material del delito, la que a su vez abarca la acción y la omisión, dividiéndose esta última en omisión simple y comisión por omisión.

El deber jurídico de obrar proviene en la omisión simple de una norma penal y por lo que respecta a la comisión por omisión, de un deber derivado de un precepto jurídico, ya sea de naturaleza penal o de otra rama del Derecho, de un deber-

derivado de un actuar que no sea doloso, exceptuando, por no -- ser obligatorio, el deber moral o impuesto por la convivencia.

El artículo 13 del Código de Guanajuato, está tomado del Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano, mismo que, - preceptúa: "Cuando la ley reprime el hecho atendiendo al resultado producido, responderá también quien no lo impidió si pudo hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si tenía el deber jurídico de evitarlo" (Art. 12).³⁰

El antecedente del numeral latinoamericano lo encontramos en el artículo 10 del proyecto Soler, que dice: "El que omite impedir un resultado, que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiese producido",, agregando además que "el deber de obrar incumbe a quien - tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a -- quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado".

Existen otros proyectos que reglamentan la comisión por omisión. Así el Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán en el párrafo 12 expresa que "quien omite evitar un re--- resultado perteneciente al tipo, pese a que: 1. En razón de un -- deber jurídico legal o libremente asumido frente a la generalidad, o al dañado, debía cuidar que en el resultado no se produjese, o 2. Haya generado un peligro próximo de producción de -- resultado, es punible conforme al tipo correspondiente solo --- cuando lo injusto de su conducta, conforme a las circunstancias del hecho, corresponde a lo injusto de la comisión mediante --- hacer".

La parte general de la reforma penal de la República Federal Alemana de 1975, en el párrafo 13 establece que "quien omite evitar un resultado perteneciente al tipo legal, es punible conforme a esta ley sólo cuando ha debido responder jurídicamente para que el resultado no aconteciera y cuando la omi---

sión corresponde a la realización del tipo legal mediante un -- hacer".

Y el Anteproyecto de Código Penal para la República del Ecuador, elaborado por Raúl Zaffaroni, en el artículo 14, - preceptúa, que "no evitar un acontecimiento equivale a causar-- lo: 1º Cuando se tiene el deber jurídico de actuar; 2º Cuando - se ha creado el riesgo; o 3º Cuando se ha garantizado que el -- acontecimiento no ocurrirá, habiendo inducido de esta manera a - otro a correr el riesgo".

Los redactores del Código Guanajuatense consideran a su juicio que con su fórmula resuelven todos los problemas de - la comisión por omisión, estimando que "a tal fin se estatuye - una fórmula que resuelve la causalidad en la omisión y que comprende los casos de ejecución dolosa y culposa del delito y, -- desde luego, los de comisión por omisión, señalando las bases - para atribuir un resultado al autor de una conducta omisiva, al establecer que responde del resultado quien no lo impida si podía hacerlo y debía jurídicamente evitarlo. De esta manera la - causalidad material en la omisión queda tratada en forma comple - ta, de tal suerte que aún cuando de la omisión, del no hacer, - no pueda derivarse un resultado material, éste se atribuye ju - rídicamente al agente con base en esta disposición. La falta - de una disposición similar en el Código vigente determina la -- impunidad en los casos de comisión por omisión dolosa y en ge - neral en todos aquellos en que la conducta, por no ser causa -- material de un resultado de la misma naturaleza, no es subsumi - ble en el tipo por falta de una disposición que atribuya ese -- resultado al autor de la omisión. La fórmula propuesta resuel - ve todos estos casos y evita injustas impunidades. En cuanto - al deber jurídico de actuar o evitar el resultado, la Comisión - decidió no señalar limitativamente las fuentes concretas de ese deber, como algunos proyectos lo hacen, en virtud de las difi - cultades inherentes a toda enumeración exhaustiva, prefiriéndo - se simplemente aludir al carácter jurídico del deber, no impor -

tando de donde emane, esto es de la ley, de un contrato, etc.".

De la exposición de los redactores antes aludida se desprenden 3 puntos importantes:

1o.- Que aun cuando de la omisión, del no hacer, no pueda derivarse un resultado material, éste se atribuye jurídicamente al agente con base en esta disposición; afirmación inexplicable e inadmisibile, porque si la omisión no es causa del resultado, sencillamente no hay relación causal, y por tanto, falta un elemento del hecho y no puede haber responsabilidad alguna.

2o.- Consideramos que no es exacta la afirmación de que la falta de una disposición similar en el Código determine la impunidad en los casos de comisión por omisión, pues, para saber si concurre un delito de comisión por omisión, debe estarse a la naturaleza del precepto prohibitivo. Basta recordar las oportunas palabras del jurista español Mariano Jiménez Huerta: "La técnica legislativa lejos de tipificar y punir expresamente los llamados delitos de comisión por omisión, como hace con los propios y verdaderos delitos de omisión, se abstiene de formular en los Códigos referencia alguna a los mismos, ya que subinteligencia se considera propio de la interpretación judicial determinar, con apoyo en medios instrumentales extraídos del total ordenamiento jurídico, los casos en que una omisión tiene valor y alcance de un medio comisivo de violar una norma penal, y, por tanto, puede ser subsumida en un tipo punitivo que sanciona la producción de un resultado".³⁴

3o.- Se expresa en la Exposición de Motivos que al aceptar en el artículo de referencia el término "jurídicamente", queda solucionado el problema de las fuentes del deber de obrar, al expresar que "en cuanto al deber jurídico de actuar o evitar el resultado, la comisión decidió no señalar limitativamente las fuentes concretas de este deber, como algunos proyectos lo hacen, en virtud de las dificultades inherentes a toda enumeración ---

exhaustiva, prefiriéndose simplemente aludir al carácter jurídico del deber, no importando de donde emane, esto es, de la ley, de un contrato, etc."

1.4. Clasificación en orden al resultado.

En el artículo 14 el Código de Guanajuato hace referencia al delito instantáneo, permanente y continuado, en los términos siguientes: "El delito es instantáneo cuando la agresión al bien jurídico tutelado se consuma en ese solo momento; es permanente cuando la consumación se prolonga por más o menos tiempo; y 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 y a la honestidad se requerirá identidad de sujeto pasivo".

En la parte relativa de la Exposición de Motivos se dice que "en el artículo 14 se dividen y clasifican los delitos en orden a la conducta, definiéndose los instantáneos, permanentes y continuados, que tampoco el Código vigente define o cuando menos no con la precisión deseable. En este artículo se acogieron los criterios más ampliamente aceptados en la doctrina y otras legislaciones. Esta clasificación permite resolver problemas de concurso de delitos, prescripción de la acción penal, individualización de las penas y otros más".

En la doctrina se hace la clasificación de delitos en orden a la conducta y en orden al resultado, incluyéndose en estos últimos a los delitos instantáneos, permanentes o continuos y continuados; razón por la cual estimamos que no es adecuada la afirmación hecha en la Exposición de Motivos del Código de Guanajuato, de que el delito instantáneo, permanente y continuado correspondan a la clasificación de los delitos en orden a la conducta.

No debemos dejar pasar por alto que no hay unanimidad en cuanto a si se debe o no definir los delitos instantáneo y permanente en los ordenamientos penales, ya que, unos piensan que es necesario y útil el definirlos, y otros, por el contrario, que es totalmente irrelevante su inclusión en los códigos penales.

En México los proyectos de Código Penal de 1958 para el Distrito Federal y el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, definen los delitos instantáneo y permanente. El primero, en su artículo 10 nos dice que es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos, y permanente, cuando la consumación se prolonga por más o menos tiempo. El proyecto tipo de 1963 en el artículo 18 expresa que el delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos y es permanente, cuando la consumación se prolonga por más o menos tiempo.

La redacción del delito instantáneo en el Código de Guanajuato no nos parece adecuada porque se refiere a que la agresión al bien jurídico tutelado se consume en un solo momento, lo cual no quiere decir, que se agote en un solo momento, pues la esencia del delito instantáneo de acuerdo con la doctrina es de que tan pronto se consume, la consumación se agota y si ésta permaneciera por más o menos tiempo, el delito sería permanente. Por ello, estimamos acertados los proyectos de 1958 y 1963, que se refieren con acierto a que la consumación se agote. En otros términos la instantaneidad debe referirse a la consumación y no a cualquier otra circunstancia.

En el artículo 14, parte final, el Código de Guanajuato establece que hay delito 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 y a la honestidad se requerirá identidad del sujeto pasivo".

El antecedente del anterior precepto, con alguna modificación lo encontramos en el artículo 20., parte final del Código de Michoacán, que establece, que es continuado cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción procedente de idéntica resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal".

La fundamentación del delito continuado en la Exposición de Motivos del Código de Guanajuato se hace en el sentido, de que "cabe destacar, en relación con este artículo, que el concepto de delito continuado se finca no sólo en el criterio de identidad objetiva de la conducta y unidad de la lesión jurídica, sino que requiere unidad de resolución, lo que entraña un criterio ecléctico objetivo-subjetivo, pero exige además, tratándose de agresiones a bienes que pudiéramos llamar inescindibles de la personalidad humana, identidad de sujeto pasivo, ya que se opinó que en tales casos las múltiples conductas no podrían unificarse so pena de considerar a la víctima como un mero objeto de tutela, desentendiéndose de sus esenciales características axiológicas".

La posición adoptada por el legislador de Guanajuato es encomiable, al reglamentar el delito continuado, terminando con la disputa consistente en que no obstante que no esté regulado por la ley el delito mencionado, deba considerársele por los Tribunales, o bien, que es indispensable su inclusión en los Códigos Penales.³²

El panorama jurídico mexicano está dividido en dos corrientes:

a). Códigos que no reglamentan el delito continuado, como el Código Penal del Distrito Federal y los Códigos de los Estados de Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, --- Hidalgo, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San -- Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán.

b). Ordenamientos que incluyen el delito continuado, como el del Estado de Aguascalientes, Durango, Guerrero, Michoacán, Morelos, Nayarit, Sinaloa, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas y los Proyectos de Código Penal para el Distrito Federal de 1949,³³ 1958, y Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

Esbozada la situación jurídica del delito continuado, haremos un análisis del artículo 14, parte final, del Código que estudiamos.

El precepto aludido exige tres elementos para su --- existencia:

- a). Repetición de una misma conducta.
- b). Procedente de la misma resolución del sujeto, y
- c). Unidad de lesión jurídica.

En otros términos, la base del delito continuado en el precepto que comentamos es la de que haya unidad de propósito, pluralidad de conductas o hechos, según la descripción típica, y la identidad de lesión jurídica.

La expresión de unidad de resolución, no deja de tener sus críticas en la doctrina, pero esto igualmente sucedería de optar por cualquiera de estas expresiones: "Unidad de plan", de "proyecto" o "programa", "unidad de deseo" o "unidad de propósito". Consecuentemente ha sido siempre problema encontrar - la expresión adecuada a este elemento subjetivo del delito continuado.

Después de definirse el delito continuado en el artículo 14, se dice, que tratándose de agresiones a la vida, a la salud, al honor, a la libertad y a la honestidad se requerirá -- identidad de sujeto pasivo.

Esta excepción recogida en el precepto 14 mencionado tiene su inspiración en Edmundo Mezger, que piensa que "cuando se trata de bienes jurídicos << eminentemente personales >> como la vida, el cuerpo, el honor, la libertad, la honestidad, sólo puede existir una acción continuada si la persona ofendida es la misma"³⁴ Maurach explica que "en los ataques a valores de personalidad (cuerpo, vida, honor, libertad, derecho doméstico, secreto), por el carácter personal del bien, se excluirá regularmente la relación de continuidad si los concretos titulares del bien jurídico son distintos".³⁵ En fin César Camargo Hernández, después de considerar que "uno de los problemas más debatidos es el referente a si es requisito indispensable, para que se pueda apreciar la continuación, la unidad de sujeto pasivo, o si, por el contrario, se puede apreciar ésta aunque los sujetos pasivos sean múltiples",³⁶ analiza las distintas posiciones en que se ha colocado la doctrina respecto a este problema, concluyendo: "Estamos de acuerdo con los que opinan que en el delito continuado no es necesaria la unidad de sujeto pasivo, excepto cuando sean lesionados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal, tales como la vida, la integridad corporal, la honestidad, la -- libertad, el honor, etc. Por lo tanto, observamos con relación a la teoría que admite de un modo absoluto la pluralidad de sujetos pasivos, que el mantenimiento de la ficción del delito --- continuado en los casos en que se lesionen los bienes de naturaleza personal a que antes nos hemos referido, no creemos que --- tenga justificación por estimarla contraria a los intereses sociales y a los más altos sentimientos de justicia"³⁷

El artículo 14 señala como uno de sus elementos, el -- que haya unidad de lesión jurídica; expresión que obliga a de--- terminar el alcance de su contenido.

En la doctrina se polemiza sobre la expresión que - debe ser utilizada para precisar este elemento del delito continuado.

Así, se estima que debe decirse violación del mismo precepto penal, identidad de norma penal, violación de la misma disposición penal, unidad de bien jurídico lesionado o unidad de lesión jurídica, como lo estima el Código de Guanajuato.

Nosotros opinamos que de todas las expresiones antes señaladas, debe preferirse la de violación del mismo precepto penal o de la misma disposición penal, por ser a nuestro juicio la más apropiada.

La expresión unidad del bien jurídico lesionado, no creemos que satisfaga para señalar al elemento a que nos estamos refiriendo. Expliquémonos, el Código Mexicano incluye en el Título Vigésimo Segundo a los "Delitos en contra de las --- personas en su patrimonio", como son, el robo, el abuso de --- confianza, el fraude, despojo de cosas inmuebles o de aguas y el daño en propiedad ajena.

Ahora bien, un individuo puede tener la unidad de - propósito de robar, cometer abuso de confianza, fraude, etc., - en forma alternativa, y como todos estos delitos están incluidos en los delitos en contra de las personas en su patrimonio, estaría lesionando un mismo bien jurídico, o sea el patrimo--- nio, lo cual es inadmisibile. En apoyo de nuestra opinión recordemos lo que dice el penalista italiano Antolisei a este -- respecto: Este criterio presenta el inconveniente de que el - bien jurídico protegido por la norma en ocasiones es el mismo - en diversos delitos, entre los que no puede establecerse la -- continuación, como por ejemplo, entre el hurto y la estafa o - la apropiación indebida; o entre el homicidio doloso y el cul-
poso 38

Establecida nuestra posición en el sentido de que - debe aceptarse la frase: violación del mismo precepto o dispo-

sición penal, es obligado analizar la que usa el Código de Guajalato: identidad de lesión jurídica.

Nosotros pensamos que esta expresión es de tal amplitud, que abarca tanto a la violación del mismo precepto o disposición penal que a la unidad del bien jurídico lesionado, y - por tanto, por lo que respecta a esto último, acarrearía como - hemos observado, los problemas a que hemos hecho referencia en líneas anteriores, o sea, que dentro de unidad del bien jurídico lesionado quedarían incluidos delitos de diferente naturaleza.

De acuerdo con lo antes explicado, opinamos que podría definirse el delito continuado como la pluralidad de conductas o hechos con el mismo designio delictuoso y violación -- del mismo precepto o disposición penal e incluso de diversa --- gravedad; agregado, que soluciona los problemas que presentan - en el delito continuado las infracciones de diversa gravedad.

El Proyecto de Código Penal Tipo con acierto incluye esta expresión al final de su artículo 21, solucionando los casos en que cometándose violación de un mismo precepto penal, - puede haber circunstancias que agraven la penalidad.

Para mayor seguridad y apoyo a nuestro parecer, consideramos oportuno citar el pensamiento de César Camargo Hernández: "Si por violación del mismo precepto penal entendemos - la del precepto fundamental, la mayor o menor intensidad de la violación no impide esta unidad y, por lo tanto, es perfectamente admisible la continuación entre delitos de la misma especie - consumados o en grado de tentativa. Al no ser esta unidad ---- cuestión de cantidad o de grado, sino de cualidad, también es - concebible la continuación entre simples y agravados y entre -- delitos de la misma naturaleza a los que les esté señalada distinta penalidad, como ocurre con el hurto, que se castiga en -- atención al valor de lo sustraído".³⁹

1.5. Ausencia de Conducta.

El artículo 16 del Código Penal del Estado de Guana--juato determina que no existe conducta cuando se viola la ley -- penal por fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad--del agente.

El anterior precepto tiene su antecedente en la frac--ción I del artículo 23 del Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, que expresa que son causas excluyentes de responsabilidad violar la ley penal por fuerza física irresistible, o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente.

Efectivamente el proyecto antes mencionado, considera que es causa excluyente de incriminación, violar la ley penal -- por fuerza física irresistible, o en cualquier otro caso en que-- haya ausencia de voluntad del agente, diciéndose en la Exposi---ción de Motivos de éste proyecto, que la fracción I se ocupa del aspecto negativo de la conducta en forma total, es decir, absor--viendo todos aquéllos casos en que el agente, aún realizando una actividad o inactividad, la ha desplegado faltando el elemento -psíquico de la conducta, o sea: la voluntad. De acuerdo con és--to, el juzgador podrá, en cada caso concreto, determinar si se -trata de un aspecto negativo de la conducta. Y para mayor com--prensión del contenido del mencionado precepto, se comienza seña--lando la ausencia de conducta originada por la fuerza física ---irresistible, terminando por establecerse "o en cualquier otro - caso en que haya ausencia de voluntad del agente".⁴⁰

El Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal--del año de 1958, estimó que no debía reglamentarse el aspecto -- negativo de la conducta, expresándose en la Exposición de Moti--vos, que "la Comisión estimó pertinente no incluir como caso de--inexistencia del delito, la fuerza física irresistible, por ser--innecesario, ya que quien obra impulsado por dicha fuerza no ---<<actúa>> , convirtiéndose en un simple instrumento".

Es indudable que este numeral implica a nuestro juicio un adelanto en la Legislación Penal Mexicana porque reglamenta el aspecto negativo del elemento material del delito en forma más acertada que la del Código Penal del Distrito Federal y la de los restantes Códigos de la República Mexicana,⁴¹ que se refieren únicamente a una hipótesis de ausencia de conducta que denominan: fuerza física exterior irresistible, como si ésta fuera el único caso de ausencia de conducta. La Exposición de Motivos del Código de Guanajuato fundamenta el artículo 16 citado, diciendo: "Por último, se establecen los aspectos negativos de la conducta en los casos de vis maior, vis absoluta, impedimento físico, y en general, cuando no haya manifestación de la voluntad del agente, habiéndose preferido este amplio remate de la fórmula a una enumeración limitativa, habida cuenta de los vaivenes y repentinos avances de la psicología y la psiquiatría, que en estos momentos no permiten la adopción de ese criterio firme y unánime sobre el contenido volitivo de la conducta típica, en los casos de sueño, sonambulismo e hipnotismo; por lo que se prefirió que el juzgador en cada caso lo determinara". Por tanto, la fórmula de Guanajuato es exhaustiva en cuanto dice "o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente", con la observación de que era innecesario señalar en forma casuística a la fuerza física irresistible, al impedimento físico, y a la fuerza mayor, pues hubiera quedado correcto el precepto diciendo: "No existe conducta cuando hay ausencia de voluntad del agente", es decir, hubiera bastado el "amplio remate" de la fórmula, a que se hace referencia en la exposición de motivos.⁴²

Nuestro punto de vista es el de que debe incluirse en el Código Penal el aspecto negativo del elemento material del delito en una fórmula general en que se abarquen todas las hipótesis en que falte la voluntad. Por tanto, será tarea del juzgador señalar en el caso concreto, que se trata de una hipótesis de ausencia de conducta, sin desconocer que, lo que para algunos constituye un aspecto negativo de la conducta, para otros son inimputabilidades.

4.2. Tipicidad.

Otro problema interesante y discutible es el de determinar si igualmente debe estar incluido en el ordenamiento penal el aspecto negativo de la tipicidad, puesto que se trata de una inexistencia de delito.

Sabemos bien, que a la tipicidad se le considera en la doctrina de muy diferente manera, ya que unos sostienen que se trata de un elemento del delito, y otros, que afirman que constituye una relación conceptual.

La tipicidad en realidad consiste en una adecuación a lo que describe el tipo, es decir, cuando hay una adecuación, conformidad con lo que la ley considera como delito, podemos sostener que hay tipicidad.

En consecuencia, si la atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad, no estaría por demás establecer entre las hipótesis de "no hay delito", una más, en el sentido de que "no habrá delito, cuando no haya conformidad o adecuación a lo descrito por el tipo", con lo que se guiaría al juzgador en este aspecto de una manera clara y precisa.

4.3. Antijuridicidad.

El Capítulo Quinto del Título Segundo se denomina -- "Causas de Justificación", incluyendo los artículos 33 y 34, -- abarcando el primero el consentimiento del sujeto pasivo (fracción I), la legítima defensa (fracción II), el estado de necesidad (fracción III) y el cumplimiento de un deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho (fracción IV).

Sobre el particular en la Exposición de Motivos se estima que en el Capítulo mencionado anteriormente, se establecen cinco causas de justificación o aspectos negativos de la -- antijuridicidad, refiriéndose precisamente a las que anteriormente anotamos.

4.3.1. Consentimiento.

El legislador guanajuatense considera como primera -- justificante al consentimiento, estableciendo en la fracción -- primera del artículo 33 que "el hecho se justifica cuando se -- comete con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

El Código de Guanajuato reconoce al consentimiento -- como causa de licitud, dándose en la Exposición de Motivos los argumentos que consideran pertinentes para tal afirmación.

Somos de parecer, que el consentimiento implica el -- que no se lleve la conducta contra la voluntad del individuo, -- es decir, el consentimiento puede darse cuando el tipo incluye un "contra de", originando consecuentemente, una atipicidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el consentimiento tiene una doble función, destruyendo la antijuridicidad o el tipo (debiéndose decir la tipicidad), -- fundando tal parecer en los siguientes términos: "Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado en --

virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuricidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, -- esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción-legal se consagra como elemento constitutivo del delito la --- ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero, el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos -- se llevara a cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada, por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin --- antijuricidad y no puede imponerse pena cuando la conducta --- realizada no es antijurídica".⁴³

4.3.2. Legítima defensa.

El Código de Guanajuato en su artículo 33, fracción II reglamenta la legítima defensa, determinando que el hecho -- se justifica, "cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa em--- pleada para repelerla o impedirle".

Consideramos que la fracción II del artículo 33 --- mencionado tiene indudablemente sus bases en el artículo 16 -- del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, que dispone que no comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos siempre que concurren los siguientes requisitos: 1º) Agresión ilegítima. 2º) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedirle o repelerla.

Del análisis de la fracción II con excepción de algún punto en el que discrepamos, nos parece una fórmula acertada que comprende los requisitos esenciales positivos y negativos de la legítima defensa, evitándose naturalmente problemas - que de otra manera se ocasionarían.

De la Exposición de Motivos aparece que la fracción-II del mencionado artículo 33 contiene estos aciertos:

a) Con toda claridad establece que cualquier bien -- jurídico tutelado es defendible a través de este Instituto.

b) Se suprimió el calificativo de que la agresión -- sea violenta.

c) Se hace referencia a la actualidad o inminencia - de la agresión para destacar un tratamiento diferente del código vigente.

d).- Se destaca que debe existir necesidad en la --- defensa, ya que éste es elemento esencialísimo de la justifican te.

a) El anterior Código de Guanajuato, al igual que el del Distrito, limitaban la legítima defensa a los bienes tute-- lados a la "persona", "honor" y "bienes", los cuales haciendo - un análisis se refieren a la vida, salud, honor y patrimonio. - El actual Código de Guanajuato al hablar de "bienes jurídicos"- amplía esta causa de licitud a cualquier bien tutelado.

b).- Coincidimos con los legisladores guanajuatenses, en que la violencia no es requisito indispensable en la agresión para que se configure la legítima defensa.⁴⁴

c) El Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, señala que la agresión debe ser actual, violenta, sin derecho, - y de la cual resulte un peligro inminente. La inminencia no -- debe referirse al peligro, sino a la agresión misma. De la de-- finición de la agresión,⁴⁵ se desprende que esta puede ser ac--

tual o inminente, es decir que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos tutelados.

d).- Este requisito de la legítima defensa se considera indispensable para que opere esta justificante. Se dice en la Exposición de Motivos, que "se exige en la fórmula la necesidad razonable, entendiéndose por tal, lo que es adecuado, prudente, atentas las circunstancias del caso, o sea una prognos del juzgador sobre la necesidad misma, y sobre lo razonable de la reacción. Con ello se consigue, además, destacar los casos de exceso, cuando esta necesidad razonable no existe y con esta expresión se evita echar mano del criterio de la proporcionalidad, que en el caso de la defensa legítima no es el más claro para delimitarla".

Este problema puede considerarse desde diferentes aspectos:

- a) No debe existir proporción de los bienes en conflicto.⁴⁶
- b) Debe existir proporción de los bienes en conflicto.⁴⁷
- c) Debe existir proporción de los medios empleados.⁴⁸
- d) Debe existir proporción de bienes y de medios.⁴⁹

Observamos que el Código de Guanajuato no incluye en su articulado la presunción de legítima defensa, lo que estimamos a todas luces conveniente, sin olvidar las controversias -- que ha provocado en nuestro medio jurídico la inclusión de la presunción de la legítima defensa.

4.3.3. Estado de Necesidad.

Por lo que respecta al estado de necesidad, se encuentra incluido en la fracción III del artículo 33 antes citado en los términos siguientes: "cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien ---

para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el peligro sea actual o inminente; b) que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; c) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro".

La fracción III aludida tiene su base con ligeras modificaciones en el artículo 17 del proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica, que textualmente expresa: "No comete delito el que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren conjuntamente los siguientes requisitos: 1º que el peligro sea actual o inminente; 2º que no lo haya provocado intencionalmente; 3º que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo".

En la Exposición de Motivos se señalan los elementos esenciales del estado de necesidad de acuerdo con la fórmula adoptada por el legislador Guanajuatense y se justifica la existencia de cada uno de ellos.

Se dice que es necesario el sacrificio de un bien menor, habida cuenta de que quien sacrificara un bien de igual o mayor jerarquía que aquel que se salvaguarda no puede encontrar ninguna justificación; que sólo la preponderancia del interés puede fundar la autorización legal del sacrificio de un bien, y que si la preponderancia no se presenta, todavía es necesario analizar el hecho a la luz de la culpabilidad para poder castigarlo.

De acuerdo con las nuevas corrientes se sostiene y con acierto, que el estado de necesidad es una causa de justificación cuando el bien sacrificado es de menor entidad que

el salvado y causa de inculpabilidad cuando los bienes en conflicto son de igual entidad.

El Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1958 y el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, hacen referencia al estado de necesidad en el caso de que los bienes en conflicto sean iguales.

La fracción II del artículo 12 del primer Proyecto, establece que "no habrá delito, por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o de un tercero, de un peligro real, grave, actual o inminente, sacrificando otro bien jurídico de menor entidad, siempre que dicho peligro no hubiere sido provocado", y que "igualmente procederá el estado de necesidad cuando se trate de salvar un bien propio de igual valor." Diciéndose en la Exposición de Motivos: "Siendo requisitos del estado de necesidad la existencia de un peligro de naturaleza real, grave, actual o inminente, y la necesidad de salvar un bien jurídico, de igual o mayor jerarquía, la fracción II del Proyecto, sitúa este aspecto negativo del delito, dentro de la teoría <<de la diferenciación>>, es decir, como causa de justificación o como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta". El Proyecto de 1963, en la fracción V del artículo 23, dispone que son causas de inculminación, "obrar por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro grave, actual o inminente, no ocasionado por el agente, lesionándose otro bien jurídico de igual o menor valor, siempre que la conducta sea proporcionada al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo". Y en la Exposición de Motivos se expresa: "La fracción V se refiere al estado de necesidad, precisando el concepto de su verdadera naturaleza, abarcando las dos hipótesis en cuanto al valor de los bienes en conflicto o sea al lesionarse un bien de igual o de menor valor, permitiendo así al juzgador moverse tanto en el aspecto negativo de la antijuridicidad, como en el de la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.",

Se argumenta en la Exposición de Motivos, que "se exige que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, - porque quien pudiendo utilizar un medio igualmente eficaz pero menos lesivo que el que usó, está excediendo los límites de la necesidad y entonces el hecho encuadrará en el artículo 34", -- agregándose, que "se excluye la operancia de la justificante -- cuando el hecho deriva del incumplimiento de una obligación, - siempre que exista el deber legal de afrontar el peligro, ya - que en estos casos el deber legal introduce un elemento que -- elimina la juricidad del hecho".

Por otra parte se explica en la Exposición, que "la - Comisión decidió restringir el estado de necesidad, excluyendo aquéllos casos en que el peligro se haya provocado dolosamente porque no existe el fundamento de la necesidad, pero por lo -- que se refiere a la provocación culposa del peligro, se consideró que no eliminaba la necesidad y entonces la conducta encuadraría dentro de un exceso".

Esta última cuestión señalada en la Exposición, representa uno de los problemas más importantes dentro del estado de necesidad.

Es de todos conocido que circulan en la doctrina dos posiciones: una, que sostiene que no procede el estado de necesidad cuando el peligro sea causado dolosa o culposamente; --- otra, en el sentido de que aprovecha esta causa de licitud --- cuando el peligro sea causado culposamente.

Nuestro punto de vista es de que no debe favorecer - el estado de necesidad al sujeto que ha creado el peligro, sea que haya obrado dolosa o culposamente.

.3.4. Cumplimiento de un deber. Ejercicio de un Derecho.

En la fracción IV del mismo artículo 33, se reglamenta el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un

deber legal; fórmula que representa una indudable mejora, como se demostrará a continuación.

Estas justificantes se tomaron textualmente del artículo 15 del proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica y cuyo antecedente lo encontramos en las fracciones III y VI - del artículo 23 del Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

No puede negarse que hay un gran avance técnico con la nueva redacción del ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber legal, porque era indispensable no -- hablar únicamente del ejercicio de un derecho, sino del ejercicio legítimo del mismo y es indudable que fue un acierto referirse al cumplimiento de un deber legal, en vez de un "deber consignado en la ley", habida cuenta que la primera expresión: "deber legal" es de mayor amplitud y por tanto, se resuelve en forma exhaustiva los problemas, que presentaba la expresión: - "deber consignado en la ley", es decir, se abarcan todos los -- casos en que exista un deber legal y no consignado en la ley.

4.3.5. Impedimento legítimo. Obediencia jerárquica.

Observamos que el Código de Guanajuato no incluye al impedimento legítimo ni a la obediencia jerárquica, por considerar que el primero no es sino una especie de cumplimiento de un deber, y otro tanto debe decirse de la obediencia jerárquica, cuando el inferior no tiene poder de inspección sobre la -- orden del superior, pues en caso contrario, la obediencia se -- trata en el ámbito de la culpabilidad. .

4.4. Imputabilidad.

El Código de Guanajuato no reglamenta la imputabilidad, sino que se refiere únicamente a su aspecto negativo.

La imputabilidad que bien se sabe que es la capacidad de culpabilidad o sea, la capacidad de querer y de entender, --- tendrá que obtenerse en el ordenamiento guanajuatense, al igual que en todos aquéllos que no hacen referencia a la misma, a través de una interpretación a contrario sensu de las causas de --- inimputabilidad.

4.4.1. Inimputabilidad.

El capítulo VI, denominado inimputabilidad correspondiente al título segundo comprende los artículos 35 al 39, abarcando aquéllos casos en que se presenta como se ha dicho, el aspecto negativo de la imputabilidad.

Somos de opinión que para que se comprenda el alcance de la reforma del Código vigente de Guanajuato respecto a la --- inimputabilidad, debe estudiarse la orientación del Código de -- Guanajuato hoy abrogado. Este Código, en su orientación sigue - fielmente los lineamientos del Código Penal de 1931, y por tanto, todo lo que se ha expuesto con relación a este ordenamiento es aplicable al Código de Guanajuato mencionado.

El Código abrogado de Guanajuato en el artículo 11 --- fracción II, se refiere al transtorno mental transitorio, que -- constituye indudablemente una causa de inimputabilidad.

El citado Código de Guanajuato, en el artículo 63 hace mención de los sordomudos, o sea de aquéllos que tienen retraso mental, y en el 64 incluye a los que tienen falta de salud mental, es decir a los enajenados, y en el artículo 114, reglamenta lo concerniente a los menores, o sea a los que les falta desarrollo mental, preceptuando que "las disposiciones de este Código

no son aplicables a los menores de 14 años que cometan infracciones a las leyes penales, sino que su tratamiento se regirá - por la ley del Tribunal para Menores".

Adelantándonos al problema que estamos enfocando, podemos señalar que el Código abrogado de Guanajuato considera al igual que el de 1931 del Distrito Federal como causa de inimputabilidad, el trastorno mental transitorio, y como casos de -- responsabilidad social la sordomudez y la enajenación.

Jiménez de Asúa hace referencia a este problema con respecto al Código de 1931, en el sentido de que "el Código de México, es el primero que inaugura en las leyes de iberoamérica este sistema de los Códigos que, con más o menos consecuencia, -- y siguiendo criterios <<positivistas>> han suprimido las causas de <<inimputabilidad>>, sujetando a locos, sordomudos y --- menores, a responsabilidad criminal, que da motivo a las medidas asegurativas, y lo hacen con la inevitable amalgama y heterogeneidad de especies eximentes, patrimonio de los que tratan de imponer la responsabilidad social, ya que ese confusionismo impera igualmente en el tratado de Florian, en los principios de Ferri y en el Proyecto Italiano de 1921",⁵⁰ aseverando al -- emitir otro juicio, que "tampoco podemos incluir el Código Mexicano entre los que rinden culto al positivismo. Ciertamente -- entre las <<circunstancias excluyentes de responsabilidad penal>> sólo figuran, junto a causas de justificación y excusas absolutorias, el obrar del acusado impulsado por fuerza física exterior irresistible, la inconsciencia, el trastorno mental -- transitorio y el miedo grave, en el heterogéneo y revuelto artículo 15, sin que aparezca ni la enajenación, ni la sordomudez (artículos 67 y 68), que no son para el Código de 1931 causas de inimputabilidad, sino fundamento de medidas asegurativas. --- Pero esta responsabilidad social de los <<locos, idiotas, imbeciles, enfermos, o anómalos mentales>>, no se basa en criterios positivistas, sino en el <<pragmatismo>>, lo que acaso sea aún peor, pues la escuela positiva fue prestigiosísima, en-

tanto que el pragmatismo del Sr. Saldaña (cuya cantinela pueril de que «no hay delinquentes sino hombres») repiten no sabemos por qué todos los penalistas mexicanos), es una tendencia sin eco responsable y sólo seguida por unos poquitísimos españoles - desprovistos de la más leve autoridad científica".⁵¹ En otro lugar afirma nuevamente Jiménez de Asúa, que el Código vigente no parece ésta (se refiere a la imputabilidad) tenerse en cuenta así como no tenían consagración las auténticas causas de --- inimputabilidad, rastros de la indirecta formación positivista- de los redactores del Código de 1931".⁵²

Se desprende de los artículos que hemos mencionado -- del Código vigente del Estado de Guanajuato:

I.- Que no adopta el criterio del Código de 1931 de - la responsabilidad social respecto a las hipótesis de inimputabilidad aceptadas por la doctrina, sino que, por una parte, declara al sujeto inimputable, como en el caso del Art. 35, y por otra, el mismo precepto dispone que "el Tribunal oyendo la opi-- nión médica especializada sobre la peligrosidad del agente y su tratamiento adecuado, ordenará el sometimiento del declarado -- inimputable a una medida de seguridad curativa, conciliando sus intereses con los de la colectividad, salvo el caso de grave -- perturbación de la conciencia sin base patológica, en que no se aplicará ninguna medida", reduciéndose todo el contenido del -- artículo 35, a dos hipótesis: 1o. Se declara inimputable al individuo, y se le sujeta a una medida; o bien 2o. Se le declara inimputable y no sujeta a ninguna medida.

El Art. 37, que se refiere a la grave perturbación de la conciencia, establece que lo señalado en tal precepto, se -- rige por lo dispuesto en el Art. 35, originándose en esencia -- hipótesis análogas al artículo 35.

II.- Que el Código de Guanajuato precisa las causas - que originan la inimputabilidad, debiendo haberse seguido el -- criterio no limitativo sino general: que el transtorno sea producido por cualquier causa.

En cuanto al artículo 36 debemos observar que se refiere a la imputabilidad disminuida, al disponer que "al agente que, por efecto de las causas a que se refiere el artículo 35, en el momento de la acción u omisión sólo haya poseído en grado moderado la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión, se le aplicará una pena no menor de 1/3 del mínimo ni mayor de 1/3 del máximo de la establecida por la ley para el correspondiente delito, y si la imposición de la pena se considerara perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar causas patológicas, se aplicará solamente una medida de seguridad curativa".

4.4.2. Conducta libre en su causa.

El artículo 37 en su parte final, y el artículo 38 -- reglamentan la conducta libre en su causa, pudiéndose advertir que dada la redacción del Código de Guanajuato a este respecto, la conducta libre en su causa abarca tanto al delito doloso, -- como al culposo, lo que significa un adelanto con respecto a -- las anteriores legislaciones.

4.5. Culpabilidad.

En el capítulo séptimo, se trata de uno de los elementos y su aspecto negativo más importante del delito: culpabilidad e inculpabilidad.

Del examen del capítulo aludido, que comprende del artículo 40 al 45, se desarrolla lo relativo a la culpabilidad y su aspecto negativo, con apoyo en la teoría psicológica, adelantándonos a observar que en el último artículo o sea el 45 se refiere a la inculpabilidad cuando el sujeto obrare bajo coacción o peligro de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero; inculpabilidad que corresponde al aspecto negativo del elemento volitivo o afectivo, agregándose inmediatamente en el precepto antes aludido: "cuando razonablemente no puede exigírsele una conducta diversa", enlazándose en esta forma el psicologismo y el normativismo.

Es de gran interés lo manifestado en la Exposición de Motivos con respecto a este capítulo.

Se hace notar que "la Comisión decidió no incluir una definición general de la culpabilidad que prescindiera de sus formas, en virtud de que su conceptualización sería tan general que ninguna utilidad reportaría"; agregándose, que es la razón por la cual solamente se definen las formas de culpabilidad, haciendo una clasificación tritómica que comprende el dolo, la culpa y la preterintención, lo que significa apartarse de la tradicional postura que reconoce sólo las dos primeras formas para conceptualizar la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, con todas las implicaciones que este criterio acarrea.

Consideramos que la preterintencionalidad no constituye una tercera forma de culpabilidad, porque no se origina una forma distinta al dolo y a la culpa, sino que se da una hipótesis de suma de dolo y de culpa. Por ello Bettioli sostiene, que se puede concluir afirmando, que la preterintencionalidad no es ya una forma-

en sí del nexo psicológico, sino un supuesto de dolo mezclado -- con culpa.⁵³

En cuanto a las formas de culpabilidad, el Código de -- Guanajuato reglamenta el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin.

4.5.1. Dolo.

En el artículo 41 dispone que obra con dolo quien ---- quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como -- quien lo acepta, previéndolo como posible.

Se fundamenta el numeral mencionado diciéndose: "En -- el artículo 41 se define el dolo aludiendo a sus elementos esenciales, que son el querer o aceptar el hecho legalmente descrito. Esta concepción responde plenamente a una afiliación a la -- teoría de la aceptación o de la admisión y por tanto aquí son -- aplicables los conceptos de esta doctrina. Conviene destacar -- que la fórmula habla del hecho legalmente descrito, porque con -- esta expresión se pretende abarcar tanto a los delitos de mera -- conducta como a los de resultado material, por lo que la expre-- sión comprende no sólo la conducta sino además los resultados de la misma. Lo anterior equivale a decir que obra con dolo quien -- quiere su conducta o el resultado de ella, si el mismo es una -- exigencia del tipo, pero también significa que se obra con dolo -- cuando se acepta ese resultado, habiéndolo previsto a lo menos -- como posible consecuencia de la conducta. Se habla de querer el hecho para estructurar el dolo directo o intencional, como tam-- bién se le llama, en el que el agente quiere su conducta y el -- resultado de la misma, o bien solamente aquélla cuando el tipo -- no exige la producción de un resultado. Se habla de querer el -- hecho para estructurar el dolo directo o intencional, como tam-- bién se le llama, en el que el agente quiere su conducta y el -- resultado de la misma, o bien solamente aquélla cuando el tipo -- no exige la producción de un resultado. Se habla de aceptar el-

hecho, en el sentido de admitir o consentir los resultados de la conducta y así se consigue estructurar un concepto aplicable a todas las especies de dolo indirecto; esto es, siguiendo la nomenclatura de Ignacio Villalobos, aplicable al simplemente indirecto, al indeterminado y al eventual. En el primero, dolo simplemente indirecto el agente tiene previsión de un resultado como una derivación causal necesaria de su conducta y aunque directamente no quiere ese evento, lo admite, acepta o consiente desde el momento que realiza la conducta causal. En el dolo eventual el agente prevé el resultado como consecuencia probable o posible de su conducta, pero lo menosprecia o le resulta indiferente y por ello realiza la conducta causal: esta actitud de --- menosprecio o indiferencia es la que permite concluir que el sujeto acepta el resultado y de ello deriva el reproche doloso; en cambio, si el sujeto espera o confía que el resultado no se producirá, incurre en culpa. La distinta intensidad o grado de --- volición en relación con el resultado, determina el distinto --- trato que se da en cuanto a la pena. Por último, en el dolo indeterminado el agente tiene previsión de varios resultados de su conducta (posibles, probables o ciertos), pero cualquiera es --- admitido o aceptado, conforme a los fines que persigue. En todas las especies o clases de dolo indirecto existe, entonces --- previsión del resultado como una consecuencia cierta, probable o posible de la conducta y en virtud de ello el artículo 41 exige una previsión <<a lo menos como posible>> ."

El antecedente del artículo 41, lo encontramos en el - 25, del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica: "obra con dolo el que quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como el que lo acepta previéndolo por lo menos como posible".

Es indudable, que en el artículo 41, se comprende tanto al dolo directo como al eventual, pero consideramos que hubiera sido preferible por ser adecuado, decir: obra con dolo --- quien quiere la realización de la conducta o del hecho legalmen-

te descritos, así como quien los acepta previéndolos a lo menos como posibles, porque las hipótesis del elemento material del delito son la conducta o bien, el hecho, según la descripción del tipo. También somos de opinión, que además del dolo directo y eventual debe incluirse el dolo de consecuencia necesaria, como lo hacen los Proyectos de Código Penal para el Distrito Federal de 1958 y de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, respectivamente: "Son dolosos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, sino lo necesariamente unido al querer del agente" (Art. 8º). "El delito es doloso, cuando el agente quiere o acepta el resultado, o cuando éste es consecuencia necesariamente unida a la conducta realizada" (Art. 12).

El Código de Defensa Social Veracruzano, incluyó la definición del dolo en el artículo 7º que establece que obra -- con dolo, previendo las consecuencias del acto u omisión y queriéndolas o aceptando conscientemente la producción de los mismos, y el vigente del mismo Estado dice, que es intencional --- cuando se desean o se aceptan las consecuencias del acto u omisión (artículo 6º). El de Michoacán expresa en su artículo 7º, que es doloso cuando se ejecuta voluntariamente una acción u omisión queriendo o aceptando el resultado. Y el del Estado de México, con el mismo numeral, preceptúa que el delito es doloso cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión realizada.

En cuanto a los proyectos contamos con el de 1949 para el Distrito Federal, en el sentido de que el delito es intencional cuando se quiere o acepta el resultado. El proyecto de 1958 dispone, que los delitos son dolosos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, sino lo necesariamente unido al querer del agente (artículo 8º) y el proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana determina en su artículo 12, que el delito es doloso cuando el agente quiere o acepta el ---

resultado o cuando éste es consecuencia necesariamente unida a la conducta realizada.

Lo que antecede, demuestra el interés del legislador de especificar las formas o especies de la culpabilidad al definir el dolo directo, el eventual, la culpa con y sin representación como veremos posteriormente y el dolo de consecuencia necesaria, como se comprueba en el Código Penal del Estado de México y en los proyectos de Código Penal de 1958 y Código Tipo para la República Mexicana.

4.5.2. Culpa.

El Código de Guanajuato en el artículo 42, párrafo --- primero, reglamenta la segunda especie de la culpabilidad, diciendo, que obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito, por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá, señalando en su párrafo segundo, la sanción correspondiente.

En la Exposición de Motivos se argumenta, que "en el artículo 42 se define la culpa con base en sus elementos esenciales, aligerándola de aquéllos que no son indispensables para conceptuarla. Se compone, en primer lugar, de la infracción o inobservancia de un deber de cuidado atribuido al agente, base común para las dos grandes formas de la culpa, la imprudencia y la negligencia. El deber de cuidado se entiende no sólo atribuido legal o jurídicamente al sujeto (mediata o inmediatamente originado en la ley; expresa o implícitamente consignado en ella), sino que le incumba << de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales >>. Esta expresión entraña también, por otra parte, que el reproche culposo solamente podrá hacerse atentas las circunstancias objetivas y personales del agente. En -- segundo lugar, y a fin de señalar su diferencia con el dolo even

tual, se requiere en la culpa que en el caso de que se hubiese representado el resultado como una consecuencia posible de la conducta, el agente obre con la confianza de que no se producirá. Con esto se señala el elemento psicológico característico de la culpa con representación o culpa consciente como -- también se llama".

El artículo comentado del Código de Guanajuato referente a la segunda forma de la culpabilidad está tomado del -- artículo 26 del Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano -- que establece que obra con culpa, quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le -- incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones -- personales y, en caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de poder evitarlo.

El Código de Veracruz en el artículo 60, determina -- que el delito es de culpa cuando se ejecuta un acto o se incurre en una omisión cuyas consecuencias eran previsibles y no se previeron; cuando habiéndose previsto se confía en que no sucederán; o cuando se causa un daño por impericia o falta de aptitud. Los Códigos de Guerrero (Art. 60), Sonora (Art. 60) y Tamaulipas (Art. 50) en esencia son iguales al Código veracruzano.

En cuanto a los proyectos, el de 1958 estima en el -- artículo 80 como delitos culposos, cuando el resultado no se previó siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera, o se cause por impericia o ineptitud. Por su parte, el Proyecto de Código Penal Tipo -- de 1963, considera en el artículo 13, que el delito es culposo, cuando habiéndose previsto el resultado, se confió que no se produciría, cuando no se previó siendo previsible, o cuando se causó por impericia o ineptitud.

Pensamos que esta fórmula de la culpa mejora las --- existentes en la legislación mexicana, a virtud de que se tra-

ta de abarcar todos los casos que puedan presentarse de culpa, al incluir la verdadera esencia de la misma, que consiste en -realidad, en la violación de un deber de cuidado.

Mezger a este respecto, explica que actúa culposamente, el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado,⁵⁴ agregando que la culpa presupone que el autor no ha observado el cuidado que según las circunstancias y sus conocimientos y capacidades personales debía y podía observar, y que a consecuencia de ---ello, o no ha previsto el resultado que hubiera podido prever--aplicando el cuidado que su deber le impondría --culpa inconsciente--, o, en verdad, ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se produciría --culpa consciente--.⁵⁵

Es evidente que la definición que se da en el Código de Guanajuato de la culpa, a nuestro parecer abarca tanto la culpa consciente, con previsión o con representación, como la culpa inconsciente, sin previsión o sin representación, o sea, los casos en que previendo el resultado tuvo la esperanza de -que no se realizaría, o bien, cuando no lo previó siendo pre--visible.

Consideramos oportuno hacer una reflexión respecto a la culpa con representación o sin representación, tomando en cuenta la definición que de los mismos se han elaborado en los Proyectos que hemos mencionado.

El problema que se plantea es en el sentido de que -se acostumbra definir la culpa con representación y sin representación con base únicamente en haber previsto el resultado -teniendo la esperanza de que no se produzca, o bien no haberlo previsto siendo previsible, cuando que es necesario además, --de la previsión o imprevisión siendo previsible, que el sujeto realice una acción o una omisión imprudente o negligentemente.

Ya con anterioridad Ignacio Villalobos había advertido este problema manifestando, que "en esta definición - - - (¿dogmática?), se advierte todavía la dirección intelectualista basada en la previsión y por tanto falta de toda referencia a la verdadera esencia de la culpa: la negligencia o la imprudencia. Por ello resulta inexacta, pues aunque un hecho sea - previsible y no se prevea, no habrá culpa si tal imprevisión - no se debe a negligencia o imprudencia; tampoco la hay, aún -- cuando se prevea el resultado y se tenga la esperanza de que - no se realice (como la muerte en una operación quirúrgica), -- mientras el actuar no sea negligente o imprudente.⁵⁶

Creemos que la definición aludida, incluye la imprudencia y la negligencia, consistente la primera en la violación de un deber de cuidado realizando una acción, y la segunda, cuando no haciendo, o sea realizando una omisión, se viola igualmente un deber de cuidado. El problema consiste en saber si la fórmula mencionada abarcaría a la impericia o a la falta de aptitud, que contemplan los Códigos de Guerrero, Sonora y - Tamaulipas, teniendo en cuenta de que en la impericia como en la ineptitud, no se trata de la violación de un deber de cuidado, sino en el primer caso, de una deficiencia de carácter - técnico, y en la segunda, de una deficiencia de carácter natural.

Si lo que antecede se considerara acertado, habría -- que agregar a la fórmula sobre la culpa, las hipótesis de impericia o ineptitud.

4.5.3. Preterintencionalidad.

El artículo 43 del Código de Guanajuato establece, - que obra con preterintención quien causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente.

El antecedente más lejano de la preterintencionalidad está en el artículo 7º del Código de Defensa Social vera--

cruzan, que establece que "existe infracción preterintencional, cuando se causa un daño mayor que aquél que se quiso causar, con dolo directo respecto del daño querido y con culpa con representación o sin representación, con relación al daño causado".

El Código de Michoacán expresa en el artículo 7º, que es preterintencional cuando el resultado es mayor al querido, o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se produciría.⁵⁷

En cuanto a los Proyectos, el de 1958 para el Distrito Federal, dispone en el artículo 8º, que el delito es preterintencional, cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría. Y el Proyecto de Código Tipo para la República Mexicana determina que el delito es preterintencional, cuando se produce un resultado mayor al querido o aceptado, si aquel no fue previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se produciría.

La postura que adopta el Código de Guanajuato, es indudablemente acertada, porque acoge la tesis más correcta acerca de la preterintencionalidad, o sea la que estima que la preterintencionalidad es una mixtura de dolo respecto del resultado querido y culpa respecto al resultado producido, pero con la circunstancia de que además de referirse al resultado querido, hace referencia al resultado aceptado, que significa un adelanto indudable, que fue tomado del Proyecto de Código Tipo para la República Mexicana de 1963.

Puede anotarse, que define a la preterintencionalidad en forma completa, porque precisa que existe dolo directo o eventual respecto al resultado querido o aceptado.

En esta forma, se amplía la preterintencionalidad, -- habida cuenta que antes se hacía referencia que debía existir -- dolo directo respecto al resultado querido, excluyendo la hipó-

tesis de dolo eventual. Este acierto proviene como lo hemos--
anotado, de haber tomado en consideración lo establecido en el
artículo 14 del Proyecto de Código Penal Tipo para la Repúbli--
ca Mexicana.

Por otra parte, reduce la expresión: "Si aquél no -
fue previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previs--
to, se confió que no se produciría", en el sentido de que "si--
el mismo se produce culposamente", lográndose con este último--
término, la inclusión de la culpa con o sin representación.

4.5.4. Inculpabilidad.

El Código de Guanajuato reglamenta el aspecto nega--
tivo de la culpabilidad basándose en el error de tipo, en el -
error de licitud y en la coacción; aspectos negativos respecti--
vamente de los elementos intelectual y emocional o volitivo --
del dolo.

En efecto, el artículo 44 del Código de Guanajuato,--
expresa que "no obra con dolo quien al realizar el hecho le---
galmente descrito, incurre en error respecto de algún elemento
de tal descripción" y que "si el error se debe a culpa, se ---
sancionará a tal título, cuando el hecho admita esa forma de -
realización", y que "las mismas reglas se aplicarán a quien --
suponga erróneamente la concurrencia de circunstancias que --
justificarían el hecho realizado".

En la Exposición de Motivos se anota, que en "el ar--
tículo 44, se establece el error como causa de inculpabilidad.
Aquí la Comisión se apartó terminantemente de la vieja distin--
ción entre error de hecho y el error de derecho, que tantos --
problemas exegéticos ha causado, para inclinarse por el reco--
nocimiento de la inculpabilidad en el error de tipo. La fór--
mula respectiva determina que no existirá dolo si el error del
agente incide en cualquier elemento componente del tipo o des--
cripción legal, sin que interese la naturaleza del elemento --

típico, esto es, sin que importe que se trate de elementos --- materiales, subjetivos o, incluso, de naturaleza normativa o - axiológica. Así quien yerra sobre la ajeneidad de la cosa en el robo, obra sin dolo porque su error se vincula a un elemento o exigencia típica y no interesa si el error es puramente - fáctico (confundir el objeto con una cosa propia), o proviene de una falsa estimación jurídica (considerar propio el bien -- que se ha aportado a una sociedad)".

La doctrina ha elaborado para construir la inculpa-- bilidad, el error de hecho esencial e invencible , el error de derecho, las eximentes putativas y la coacción.

La misma doctrina posteriormente, de acuerdo con las nuevas teorías sobre el delito, ha creado para fundamentar --- igualmente la inculpabilidad, el error de tipo y el error de - prohibición.

Welzel estima que error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva, perteneciente al -- tipo de injusto, sea de índole real (descriptiva) o normativa.⁵⁸ Por su parte Jiménez de Asúa, considera que "el error de tipo-- consiste en el desconocimiento de una o varias circunstancias- objetivas, que la figura típica contiene, ora pertenezcan a la propia descripción, ora a los elementos normativos,⁵⁹ y por -- último, Maurach expresa, que error de tipo es, el desconoci--- miento de circunstancias del hecho pertenecientes al tipo le-- gal, con independencia de que los términos sean descriptivos o normativos, jurídicos o fácticos.⁶⁰

Como anteriormente hemos indicado, el Código de Guanajuato estatuye el error de tipo en el artículo 44 ya mencionado.

Al transcribir la parte relativa de la Exposición de Motivos, se observa que el Código de Guanajuato no admite el - error de prohibición con base en las razones expuestas por los redactores del Código mencionado.

Dada esta situación legislativa, creemos conveniente - hacer referencia, someramente, al "error de prohibición".

Para Maurach, error de prohibición, es todo error sobre la antijuridicidad de una acción conocida como típica por el autor, independientemente de que el error se base en un desconocimiento fáctico, o en una errónea apreciación de preceptos jurídicos,⁶¹ señalando que el error de prohibición puede presentarse en tres formas distintas:

- a) Como desconocimiento del general mandato normativo.
- b) Como error sobre el ceder de la norma, o sea, error sobre una causa de justificación, y
- c) Como viciosa representación de la eficacia determinante de la norma, porque cree que la observancia de la norma -- no le es exigible.⁶²

Welzel considera que estamos frente a error de prohibición:

- a) Cuando el autor no conoce la norma jurídica.
- b) Cuando el autor la desconoce (la interpreta erróneamente), o
- c) Cuando acepta erróneamente un fundamento de justificación.⁶³

En otro lugar nos dice: "Error de prohibición, es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente, con dolo), <<el autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido>>, no conoce la norma jurídica, o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad si es disculpable, o la disminuye, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 51 y el artículo 44, si es culpable".⁶⁴

En fin, para Graf Zu Dohna, el error sobre la anti---juridicidad puede presentarse a través de tres modalidades:

a) Como desconocimiento propiamente dicho, de la prohibición.

b) Como suposición errónea de la existencia de una --justificante no reconocida por el orden jurídico.

c) Como creencia errónea de la existencia de una si--tuación de hecho que, de haber existido realmente, excluiría la antijuridicidad.⁶⁵

De lo anterior, podemos señalar que en la Exposición-de Motivos se reduce, o limita el error de prohibición al error de derecho, cuando claramente se observa de las anteriores opiniones, que abarca al error de licitud, o sea, a las eximentes-putativas, es decir, cuando el sujeto cree por un error esen---cial e invencible que existe a su favor una causa de licitud.

Por otra parte, consideramos que es de importancia meditar si en un Código Penal debe admitirse en forma adecuada el error de derecho como lo hacen algunos proyectos y Códigos pe--nales.

Por último, la Exposición de Motivos hace referencia al error accidental e inesencial en los términos siguientes: --"Es claro que si el error no versa sobre un elemento del tipo,-error inesencial, el dolo subsiste plenamente y aquí encuadran el error en el golpe, en la persona o en el objeto (aberratio -ictus, error nel objeto vel personam)", agregándose en dicha --Exposición, que "es necesario comentar también que de la fórmu-la se desprende que en los casos en que incidiendo el error en un elemento de un tipo subordinado o específico, no existe dolo respecto a tal tipo, pero si no hay error, sobre algún elemento del tipo básico o genérico respectivo, existirá dolo en rela---ción a esta última figura. Así, quien por error en la persona-mata a su padre, no obrará con dolo respecto al parricidio, pe-

ro sí respecto al homicidio, ya que no existe ningún error que-verse sobre algún elemento de este último tipo", finalizando la Exposición de Motivos, diciendo que "la fórmula comentada, entonces, aplicada a contrario sensu, resuelve todos los casos de error inesencial y los de remanente de dolo derivados de las -- relaciones que los tipos guardan entre sí".

Una vez estudiada la culpabilidad e inculpabilidad en el Código Guajuatense, nos permitimos observar que el Código-comentado no hace referencia alguna al "límite de la culpabilidad" o sea al caso fortuito, lo cual hubiera sido de sumo interés para saber el porqué de esa omisión.

5. Formas de aparición del delito.

En el capítulo anterior analizamos los elementos del delito de acuerdo a la prelación lógica; por tanto, toca en este capítulo iniciar el estudio de las formas de aparición del mismo, es decir, el iter criminis, el concurso de sujetos o participación y el concurso de delitos.

5-1. Iter Criminis.

El iter criminis o "camino del delito", podemos dividirlo en dos fases, interna una, y externa la otra. A su vez, la primera se integra por la ideación, la deliberación y la resolución; pero todo esto dentro de la mente del sujeto, es decir aún sin exteriorizar sus ideas. Esta fase no es punible, pues como se ha dicho "el pensamiento no delinque". La segunda, o sea la fase externa, comienza con la resolución manifestada, continuando con los actos preparatorios, actos de ejecución y finalmente la consumación. No incluimos el agotamiento, por estar, que constituye un momento posterior.

El agente pasa de la fase interna a la externa en el momento en que exterioriza su resolución de delinquir, es decir, hay ya una "resolución manifestada". Esta por lo general no es punible, a no ser que los ordenamientos penales señalen casos específicos.

El legislador guanajuatense trata el problema de la tentativa en los artículos 17, 18 y 19, correspondientes al Capítulo segundo del Título Segundo, considerándola la Comisión dentro de la tipicidad y no como forma de aparición del delito, que según nuestra opinión es lo correcto.

Se justifica este punto de vista en la Exposición de Motivos diciendo: "Tanto las normas de la tentativa como las de la participación no son, como lo han afirmado preclaros tratadistas, sino normas amplificadoras de los tipos penales y por

tal razón, la Comisión las ha considerado dentro de la tipicidad".

Efectivamente Bettiol señala: "Adviértase que esta norma (se refiere a la de la tentativa) no tiene carácter autónomo en cuanto sólo puede funcionar en contacto con una norma -incriminatoria principal. Se trata de una norma secundaria que sirve para extender la esfera de incriminación de la principal, a hechos que por sí mismos no entrarían en su esfera y quedarían, por lo tanto, impunes por atípicos".⁶⁶

Estamos de acuerdo en que la tentativa funcione sólo en contacto con la norma principal, puesto que no hay simple -- "tentativa" sino que existe tentativa de una figura en particular, como por ejemplo, tentativa de homicidio, de robo, etc. -- Sin embargo, pensamos que no extiende la esfera de incriminación sino que la restringe.

Independientemente del criterio adoptado, de que sea norma extensiva o restrictiva del tipo, pensamos al igual que muchos autores que la tentativa es una forma de aparición del delito, es decir, es una forma de manifestarse y no viene a --- formar parte de la tipicidad.

El Código de Guanajuato preceptúa, que "hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas extrañas a la voluntad del agente".

Consideramos, que este criterio está inspirado en la doctrina italiana, que señala que "el nuevo Código prefirió --- abandonar la distinción tradicional entre <<actos preparatorios>> y <<actos ejecutivos>>, y concentrar la atención en la idoneidad de los actos, cualesquiera que sean, para producir el resultado (es decir, en su eficiencia causal), y en su dirección unívoca hacia el resultado delictuoso (o sea, en su valor-sintomático)",⁶⁷ agregando: "En el delito es ejecución todo lo

que sigue a la deliberación... Es inútil, en el sistema del Código, ir indagando si el acto es preparatorio o ejecutivo, con el fin de reconocer la existencia de la tentativa. El acto preparatorio también puede originar el conato, con tal que sea --- idóneo y se dirija unívocamente al delito".⁶⁸

Ahora bien, la Exposición de Motivos del Código de -- Guanajuato, con relación al artículo 17, manifiesta: "La tentativa se ha estructurado básicamente con un criterio que se -- sustenta en la idoneidad y la univocidad de los medios utilizados para la comisión del delito. La fórmula obedece al propó-- sito deliberado de zanjar las espinosas cuestiones que derivan de colocarse en las posturas extremas del peligro corrido por -- el bien jurídico tutelado o de la peligrosidad revelada por el agente que intentó cometer el delito. Se decidió también san-- cionar la tentativa de delito imposible en los casos previstos en el artículo 18. Se rechazó el criterio de basar la tentativa punible en un principio de ejecución, en virtud de los gra-- ves problemas para determinar cuáles son los actos ejecutivos -- encuadrables en la tentativa y cuáles son los meramente prepara-- torios que se encuentran fuera de la punición, o cuáles son-- aquéllos actos que penetran al núcleo del tipo y cuáles se en-- cuentran en su periferia; en fin, se estimó que el criterio de la univocidad es el que más claramente resuelve el problema, ya que desplaza la indagación de determinar si el acto es ejecutivo o preparatorio, para indagar si inequívocamente se encaminaba a la ejecución de un delito y una vez demostrado ésto, poco interesa si se trata de actos preparatorios o ejecutivos, remotos o inmediatos a la consumación, habida cuenta que no interesa tanto aquí el peligro corrido por el bien jurídico tutelado, sino más bien la peligrosidad revelada por el agente; si además los actos inequívocos pusieron en peligro el bien tutelado, --- ésta será una razón para considerar más grave el hecho, y en -- tal caso el juzgador hará énfasis en la pena, pero el legisla-- dor no puede desentenderse de la peligrosidad revelada y dejar impune el hecho. Por tanto, es claro que la fórmula aprobada --

incluya la punición de actos que algunos tratadistas pudieran - considerar preparatorios o remotor en relación con la consuma-- ción, pero, se repite, la Comisión hizo énfasis en la peligro-- sidad. De esta manera, aún tratándose de actos preparatorios, - si son idóneos y están inequívocamente dirigidos a consumir el delito deben castigarse".

Del contenido del artículo 17 que analizamos, podemos concluir que en esencia corresponde al artículo 56 del Código - Penal italiano,⁶⁹ y por tanto, los comentarios de los juristas - a dicho precepto son de enorme importancia para el análisis del numeral 17 mencionado.

El Proyecto de Código Penal Tipo para la República -- Mexicana de 1963, en el artículo 15 establece, que "la tentati-- va será punible, cuando la resolución de cometer un delito se - exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos - que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrump e o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente".

El Código de Guanajuato reglamenta la tentativa imposible o delito imposible en el artículo 18, preceptuando que -- "hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, -- cuando la imposibilidad resulta del objeto en que se quiso ejecutar o del uso de medios no idóneos para consumarlo, debido a error del agente", y "si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible".

De la lectura del anterior precepto se desprende que abarca como tentativa imposible las conocidas hipótesis de falta de objeto jurídico, de objeto material y cuando los medios -- no son idóneos.

Efectivamente en la Exposición de Motivos del Código de Guanajuato, se dice que "en el artículo 18 se habla de la -- tentativa de delito imposible, estableciéndose dos clases, a -- saber: a) Cuando utilizándose medios idóneos para consumir el delito, resulta de imposible realización por inexistencia del -- objeto material o jurídico en que se quiso cometer, b) Cuando la imposibilidad deriva de la utilización de medios inidóneos que el agente usa confundiéndolos con idóneos", y "en ambos casos -- la conducta se sanciona porque revela peligrosidad el sujeto -- activo, pero en el segundo caso no se aplica sanción cuando el agente utiliza medios inidóneos si su error deriva de supersticiones o creencias anti-naturales, ya que se estimó que en -- tales casos hay nula o mínima peligrosidad, pues si el sujeto está convencido de que el medio anti-natural utilizado es el adecuado para cometer el delito y la posibilidad de vulnerar el -- bien jurídico no nace mientras continúe utilizando el medio que por ignorancia o superstición cree idóneo, resultará remota la posibilidad de sustraerse del error y, por tanto, de realizar -- una conducta peligrosa", y mientras que en el caso de error derivado de otras causas (disparar con balas de salva por error de hecho, por ejemplo), el sujeto puede percatarse fácilmente -- de su error y utilizar un medio idóneo", y "lo anterior, justifica el distinto tratamiento que la fórmula da para ambos casos,

ya que es mas fácil evitar el error de hecho, que el error que se origina en la superstición o creencia anti-natural".

En el Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1958 se hace referencia a los casos de delito imposible, cuando en el párrafo final del artículo 13, se dispone que ---- "cuando por falta de idoneidad de los medios, o por inexistencia del objeto jurídico o material, el delito sea imposible, -- será sancionable", considerándose en la Exposición de Motivos, -- que "respecto al delito imposible, la comisión se alejó de toda consideración técnica, en orden a la tipicidad, para no ver más que la peligrosidad revelada por el agente", y "para construir el concepto de delito imposible, se alude a la falta de idoneidad de los medios, sea ésta absoluta o relativa, así como a la inexistencia del objeto, sea jurídico o material, previéndose -- en tal forma todas las hipótesis de delito imposible".

En fin, el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana del año de 1963 recoge en su artículo 17 la -- tentativa imposible en la forma siguiente: "El delito es imposible por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material", precepto que abarca igualmente delito imposible por falta de objeto jurídico, por falta de objeto material y por inidoneidad de los medios.

En el artículo 19 del Código de Guanajuato se trata -- lo relativo al desistimiento y al arrepentimiento, en el sentido de que si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción de un resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyeran por sí mismos delito, fundamentándose tal disposición en la correspondiente Exposición de Motivos, expresándose que en el artículo 19 se establece la impunidad para el desistimiento voluntario o arrepentimiento en la tentativa, ya que en tales casos una seria política criminal recomienda la no punición, habida cuanta de que de-

esta manera se invita al agente a no consumir el delito, y así se consigue la salvaguarda del bien jurídico tutelado", y "es claro que en el desistimiento y el arrepentimiento se presupone que existe la espontaneidad de la conducta cuando había la posibilidad de la consumación".

El precepto guanajuatense tiene la misma esencia que el artículo 40 del Proyecto de Código Penal Latinoamericano que establece, que "el que desistiere voluntariamente de la ejecución del delito o impidiere que el resultado se produzca, sólo responderá por los hechos punibles que ya hubiera realizado".

El Proyecto de Código Penal de 1958, no hace alusión al desistimiento y al arrepentimiento, por considerarlo totalmente innecesario, argumentando en la Exposición de Motivos, -- que la Comisión no ha creído conveniente hacer referencia expresa al desistimiento y al arrepentimiento activo en la tentativa, porque ambas soluciones se obtienen de la interpretación a contrario del precepto.

Por su parte, el Proyecto de Código Penal Tipo de --- 1963, en su artículo 16 dispone: "Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción de un resultado, no se -- impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyeran por sí mismos delitos".

5.2. Concurso de personas.

El capítulo tercero del Título Segundo, se denomina - "Autoría y Participación", abarcando los artículos 20 al 27.

En la Exposición de Motivos se señala, que "en este - Capítulo se alude expresamente a la autoría y a las formas de - participación, definiendo cada una de ellas, a fin de que se -- precisen las conductas merecedoras de sanción".

Pensamos que la denominación que se ha dado a este -- instituto jurídico es apropiada, porque posiblemente no se puede contar con un término genérico que englobe a los que inter-- vienen en el delito.

Recuérdese que se han propuesto entre otras denomina-- ciones la de "participación", "codelincuencia", "concurso de -- personas en el delito", no siendo aceptables, porque no respon-- den a la esencia de la institución que comentamos, en tanto que la expresión "autoría y participación" abarca exhaustivamente a los que intervienen en el delito.

El artículo 20 del Código que comentamos, establece - que "es autor el que comete el delito por sí o por medio de --- otro que sea inimputable o inculpable y quedará sujeto a la --- sanción prevista para el delito cometido. Si se ejecuta el de-- lito por varios en común, cada uno será penado como autor".

La Exposición de Motivos declara con relación al au-- tor material o inmediato, que el artículo 20 conceptúa la auto-- ría material, la autoría mediata y la coautoría; que el autor - se define como el que comete el hecho punible por sí, es decir, quien realiza la conducta prevista en el tipo respectivo, o --- bien la conducta productora del resultado cuando el tipo exija-- esa producción.

En cuanto a la autoría mediata, se dice, que ésta se-- conceptúa como el que comete el hecho por medio de otro incul-- pable o inimputable, es decir, cuando se vale de otro sujeto --

incapaz o que obra sin dolo, culpa ni preterintención, destacándose con ello que el autor mediato se vale de otro sujeto -- sin responsabilidad penal, utilizándolo como un instrumento.

Estamos totalmente de acuerdo en que se precisen la - autoría material o inmediata y la autoría mediata, dando el --- concepto de cada una de ellas, debiéndose destacar que no obs-- tante la intensa y contradictoria polémica respecto a la auto-- ría mediata, se logra a nuestro parecer un adelanto en la legis-- lación porque se llena el vacío hasta hoy existente con rela--- ción a esta cuestión que analizamos.

No olvidemos que la vida nos suministra infinidad de-- casos en que un sujeto se vale de otro, que puede ser un inimpu-- table, un inculpable por error o por no exigibilidad de otra -- conducta, o bien, de un culpable culposo.

Tenemos como antecedente en México, respecto a la --- autoría mediata, al Proyecto de Código Penal Tipo para la Repú-- blica Mexicana del año de 1963, que en la fracción III, del ar-- tículo 28, nos dice, que son responsables de la comisión de un-- delito, los que se sirven para cometer el delito de una persona inculpable o inimputable. Igualmente, el Proyecto de Código -- Penal Tipo para Latinoamérica, en el artículo 33, se refiere a-- la autoría mediata, al expresar, que "el que realiza por sí o -- sirviéndose de otro, el hecho legalmente descrito, y los que lo realizaren conjuntamente, serán reprimidos con la pena estable-- cida para el delito".

Por lo que hace a la coautoría, se anota en la Expo-- sición de Motivos, que "cuando varios en común ejecutan el he-- cho, todos se consideran autores del delito, más propiamente -- co-autores, y que el término << en común >> que se utiliza, deno-- ta la convergencia objetiva y subjetiva característica de la -- participación y la sanción imposible es la señalada en el tipo-- correspondiente: en los casos de autoría, la conducta encuadra--

directamente en el tipo penal establecido en la parte especial del proyecto, a diferencia de lo que sucede en la instigación y la complicidad, en que las conductas no encuadran de esta manera directa, sino a través de las normas de este capítulo".

El artículo 21, del Código de Guanajuato, dispone, -- que "es instigador el que dolosamente determina a otro a la --- comisión dolosa de un delito, y será sancionado con la pena establecida para el autor del mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 23 a 26".

El numeral mencionado alude a la autoría intelectual, que se funda en la Exposición de Motivos, diciéndose que, "en el artículo 21 se define la instigación, destacando sus elementos esenciales, inducción psicológica que determina a otro a -- cometer un delito. La inducción, es decir, el influjo psicológico que se ejerce para determinar a otro, está implícito en la fórmula, no importando el medio que se utilice para determinar: promesas, dádivas, consejos, amenazas, etc., salvo que en este último caso la coacción psicológica utilizada determine la inculpabilidad del autor, ya que en tal supuesto se trataría de -- una autoría mediata, habida cuenta que el delito se comete por medio de un inculpable". Se agrega, en la Exposición de Motivos, que "la instigación ordinariamente será persuasión, influjo psicológico que se usa para convencer, lo que denota un nexo psico-causal o vínculo de causalidad psicológica, pero además -- se requiere que la conducta del instigador sea dolosa, esto último, en virtud de que el criterio de la Comisión fue el de rechazar la instigación culposa, ya que, se pensó, prescindiendo de cualquier disquisición doctrinaria al respecto, que no existía la suficiente antisocialidad para castigar ese hecho", terminándose sobre esta cuestión, en el sentido de que, "se exige que el instigado sea determinado a delinquir dolosamente, pues como ya se dijo, la participación requiere la convergencia subjetiva que no puede existir en la infracción culposa y, por --- otro lado, aquí cabe también el argumento de insuficiencia de -- antisocialidad".

El artículo 22 hace referencia a la complicidad, determinando que es cómplice el que dolosamente presta ayuda a otro para la comisión dolosa de un delito.

La fórmula de la complicidad, según la Exposición de Motivos, no se aparta del concepto más aceptado de la misma; --- si acaso cabe aclarar que, al igual que en la instigación, se -- hace énfasis en la dolosidad del cómplice y en la ejecución dolosa del delito, por las mismas razones que se anotaron al tocar -- la instigación, pero además porque conforme a la orientación doctrinaría y jurisprudencial imperante en nuestro medio, se rechaza decididamente la complicidad culposa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto sobre este particular, que "doctrinariamente la complicidad es -- la participación deliberada, consciente y voluntaria de un individuo con otro u otros en la realización de un delito, puesto -- que no se comprende el concurso de varios sujetos en tal reali--zación, sino cuando se asocian las voluntades de todos ellos -- para un objeto común y se prestan mutua ayuda y asistencia para realizar sus fines: consecuentemente la complicidad no puede -- existir en los delitos por imprudencia porque en estos no exis--te la intención delictuosa; por lo que si alguien se pretende -- considerar como cómplice del autor material de los delitos de -- homicidio y lesiones, pero a la vez se conceptúa que es responsable únicamente por imprudencia, es decir, sin intención, legal--mente no puede existir tal complicidad". 70

Estimamos que la fórmula de la complicidad que ofrece el artículo 22 es correcta, porque contiene la esencia de la -- complicidad, consistente en la ayuda o cooperación para la rea--lización del delito, y si en una fórmula general se abarca en -- toda su extensión esta forma de participación, le asiste toda la razón a la Comisión Redactora del Código de Guanajuato al deci--dirse a no introducir distingos entre complicidad primaria y -- secundaria, porque la importancia que en cada caso concreto ---

directamente en el tipo penal establecido en la parte especial del proyecto, a diferencia de lo que sucede en la instigación y la complicidad, en que las conductas no encuadran de esta manera directa, sino a través de las normas de este capítulo".

El artículo 21 del Código de Guanajuato, dispone, -- que "es instigador el que dolosamente determina a otro a la --- comisión dolosa de un delito, y será sancionado con la pena establecida para el autor del mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 23 a 26".

El numeral mencionado alude a la autoría intelectual, que se funda en la Exposición de Motivos, diciéndose que, "en el artículo 21 se define la instigación, destacando sus elementos esenciales, inducción psicológica que determina a otro a -- cometer un delito. La inducción, es decir, el influjo psicológico que se ejerce para determinar a otro, está implícito en la fórmula, no importando el medio que se utilice para determinar: promesas, dádivas, consejos, amenazas, etc., salvo que en este último caso la coacción psicológica utilizada determine la inculpabilidad del autor, ya que en tal supuesto se trataría de -- una autoría mediata, habida cuenta que el delito se comete por medio de un inculpable". Se agrega, en la Exposición de Motivos, que "la instigación ordinariamente será persuasión, influjo psicológico que se usa para convencer, lo que denota un nexo psico-causal o vínculo de causalidad psicológica, pero además -- se requiere que la conducta del instigador sea dolosa, esto último, en virtud de que el criterio de la Comisión fue el de rechazar la instigación culposa, ya que, se pensó, prescindiendo de cualquier disquisición doctrinaria al respecto, que no existía la suficiente antisocialidad para castigar ese hecho", terminándose sobre esta cuestión, en el sentido de que, "se exige que el instigado sea determinado a delinquir dolosamente, pues como ya se dijo, la participación requiere la convergencia subjetiva que no puede existir en la infracción culposa y, por --- otro lado, aquí cabe también el argumento de insuficiencia de -- antisocialidad".

El artículo 22 hace referencia a la complicidad, determinando que es cómplice el que dolosamente presta ayuda a otro para la comisión dolosa de un delito.

La fórmula de la complicidad, según la Exposición de Motivos, no se aparta del concepto más aceptado de la misma; --- si acaso cabe aclarar que, al igual que en la instigación, se -- hace énfasis en la dolosidad del cómplice y en la ejecución dolo sa del delito, por las mismas razones que se anotaron al tocar -- la instigación, pero además porque conforme a la orientación doc trinaria y jurisprudencial imperante en nuestro medio, se rechaza décididamente la complicidad culposa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto sobre este particular, que "doctrinariamente la complicidad es -- la participación deliberada, consciente y voluntaria de un individuo con otro u otros en la realización de un delito, puesto -- que no se comprende el concurso de varios sujetos en tal reali-- zación, sino cuando se asocian las voluntades de todos ellos -- para un objeto común y se prestan mutua ayuda y asistencia para realizar sus fines: consecuentemente la complicidad no puede -- existir en los delitos por imprudencia porque en estos no exis-- te la intención delictuosa; por lo que si alguien se pretende -- considerar como cómplice del autor material de los delitos de -- homicidio y lesiones, pero a la vez se conceptúa que es responsa ble únicamente por imprudencia, es decir, sin intención, legal-- mente no puede existir tal complicidad". 70

Estimamos que la fórmula de la complicidad que ofrece el artículo 22 es correcta, porque contiene la esencia de la -- complicidad, consistente en la ayuda o cooperación para la rea-- lización del delito, y si en una fórmula general se abarca en -- toda su extensión esta forma de participación, le asiste toda la razón a la Comisión Redactora del Código de Guanajuato al deci-- dirse a no introducir distinciones entre complicidad primaria y -- secundaria, porque la importancia que en cada caso concreto ---

tenga la complicidad se resuelve poniendo en juego el arbitrio-judicial.

El párrafo segundo del mencionado artículo 22, establece que cuando se contribuya con ayuda posterior al delito, - sólo habrá complicidad si fue convenida con anterioridad al --- mismo, explicándose en la Exposición de Motivos, "que en el se-- gundo párrafo del artículo 22 se establece la complicidad sub-- sequens, distinguiéndola netamente del encubrimiento, ya que en la primera existe una contribución causal al delito cuando el - auxilio se ofrece o conviene con anterioridad a su ejecución, - en tanto que en el encubrimiento no existe aporte causal".

Sobre este particular, es conveniente anotar que el - anterior Código de Guanajuato siguiendo al Código Penal de 1931 del Distrito Federal, establece el caso de auxilio a los delin- cuentes una vez efectuado el delito, en la fracción IV del --- artículo 9 y en la fracción II del 340, ambos del Código Penal, diciéndose en esta última fracción "preste auxilio o coopera--- ción de cualquier especie al autor de un delito, con conocimien- to de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución- del citado delito, estimándose por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el acuerdo con relación a la fracción IV del - artículo 9 correspondiente al 13 del Código Penal de 1931 debe- ser anterior a la realización del delito.

De todo lo que antecede se puede observar que el pá-- rrafo segundo del artículo 22 equivale a la fracción IV del -- artículo 9 del Código Penal anterior, sin que el Código vigente en el capítulo relativo al encubrimiento incluya una fracción - como la II del artículo 340 antes mencionada.

.2.1. Comunicabilidad de las Circunstancias

En la Exposición de Motivos se dice que el "difícil - problema de la comunicabilidad en la participación, se resuelve con un criterio diferente al del Código en vigor y que no cuenta con ningún precedente conocido por la Comisión".

El Código abrogado de Guanajuato dispone en el artículo 50, que las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con el hecho u omisión -- sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión de un delito". Y el artículo 51 nos dice, que "las circunstancias personales de alguno o algunos de los delincuentes, cuando sea elemento constitutivo, modificativo o calificativo del delito, sólo perjudican a los que lo cometen con conocimiento de ellas"; preceptos casi idénticos al 54 y 55, respectivamente del Código Penal de 1931.

Los numerales relativos a la comunicabilidad de las - circunstancias han sido motivo de análisis y crítica de parte - de nuestros penalistas.

Pavón Vasconcelos estima que en el artículo 54 se si-- gue mejor sistema, en lo tocante a las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación - con el hecho, al declarar "que aprovechan o perjudican a todos- los que intervengan con cualquier grado en la comisión de un de- lito", aún cuando se perdió de vista el criterio esencial del - conocimiento que sobre las mismas debe tener quien participa en la infracción penal.⁷¹

En cuanto al numeral 55 del Código Penal de 1931, --- equivalente al 51 del Código abrogado de Guanajuato, el mismo - Pavón Vasconcelos es de opinión, que este precepto con un cri-- terio subjetivo del todo errado,⁷² y de acuerdo con la orienta-- ción privatista en la doctrina, las referidas circunstancias --

personales no son comunicables entre los partícipes, pues la -- ley las refiere, con exclusión de las demás, a determinadas --- personas, no siendo justo ni equitativo, a pesar del conocimien- to de ellas por el partícipe, que agraven su situación, dado -- que son de tal manera individuales, que tanto objetiva como sub- jetivamente resultan indiferentes para los terceros.⁷³ Y Alma- raz, en su estudio denominado "Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931", critica severamente al artículo 55- mencionado, pues considera que "en su afán de reprimir seria--- mente la delincuencia, el artículo 55 establece que las circuns- tancias personales de algunos de los delincuentes, cuando sean- modificadoras del delito, perjudican a todos los que lo cometen con conocimiento de ellas,⁷⁴ agregando, que si un individuo --- acompaña a otros a robar sabiendo que uno de ellos es delincuen- te habitual, conforme a la disposición citada, se le considera- a él también como habitual, y si un individuo causa la muerte - de su padre con la complicidad de varios sujetos, y si éstos -- ayudaron al delito a sabiendas de que se trata del padre de --- aquel individuo, responden como parricidas,⁷⁵ subrayando el au- tor citado, que, "el afán no parece ser del todo lo serio que - afirman los redactores, aunque sí es de trascendencia, porque - élas apuntadas son circunstancias modificativas del delito o -- calificativas del delincuente?",⁷⁶ precisando que "de acuerdo - con esta seria innovación, se considera parricida al que priva- de la vida a una persona que no es su padre y se tiene por ---- habitual, al que no ha cometido sino un delito, tal vez ocasio- nal, es decir, al que no es habitual, y entonces surge el dile- ma: o las definiciones de parricida y de delincuente habitual - son malas o pésima es la disposición del artículo 55",⁷⁷ y fi- naliza Almaraz, advirtiendo, "que no discute la justificación - de agravar la pena en estos casos, por estimarse aumentada la - peligrosidad: censuro el absurdo contenido en este precepto, -- que da al traste con el tan decantado principio <<no hay delin- cuentes, sino hombres>> y que obliga a desconocer la personali- dad del infractor y a atribuirle una artificial, contraria a la real". 78.

El Código de Guanajuato se refiere al problema de la comunicabilidad o no de las circunstancias, en los artículos 25 y 26 respectivamente: "Si una calidad, relación personal o --- elemento de carácter subjetivo constituye la razón de atenuación o agravación de la pena, sólo influirán en la responsabilidad de aquéllos en quienes concurran" (Art. 25). "Las calidades, relaciones personales o elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción legal que concurrieren en alguno de los partícipes, se comunican a los demás que hubieren tenido -- conocimiento de los mismos, siempre que no constituyan la razón de atenuación o agravación de la pena. Si no los hubieren conocido, sufrirán la pena del delito previsto sin esos requisitos" (Art. 26).

La fuente inspiradora del Artículo 25, es el párrafo tercero del Artículo 38 del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, que preceptúa: "Las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo no integran tes de la descripción legal, sólo influirán en la responsabilidad de aquéllos en quienes concurran". Y al Artículo 26 correge ponde el primer párrafo del mencionado Artículo 38 que señala: "Las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción legal del -- hecho que concurrieren en alguno de quienes lo han realizado, se comunicarán a los demás autores y partícipes que hubieren te nido conocimiento de ellos, si no los hubieren conocido, sufrirán la pena del delito previsto sin esos requisitos".

En la doctrina, que por cierto es abundante respecto a la comunicabilidad de las circunstancias, se clasifican en -- personales, reales y subjetivas, existiendo una respetable opinión en el sentido de que las personales no deben comunicarse, -- que las reales deben comunicarse en tanto se tenga conocimiento de ellas y las subjetivas no deben, como las personales ser -- comunicables; criterio que nos parece el más acertado.

5.3. Concurso de delitos.

En el Capítulo Cuarto del Título Segundo del Código-- de Guanajuato, se hace alusión al "concurso de delitos".

Todos sabemos que hay concurso de normas incompati--- bles entre sí, concurso de delitos y concurso de personas en el delito.

En el artículo 32 el Código se refiere al concurso -- aparente de normas y el 20 siguiente a la participación.

5.3.1. Concurso ideal o formal.

Hay concurso ideal, nos dice el artículo 29 de Guana- juato, cuando con una sola conducta, dolosa, culposa o preterin- tencional, se violan varias disposiciones penales.

Se dice en la Exposición de Motivos, que "en los ar- tículos 28 y 29 se conceptúan, respectivamente, el concurso --- real y el ideal, sin apartarse de la estructura más aceptada y- solamente cabe señalar que se hace énfasis en que la comisión - de los delitos que integran el concurso puede ser dolosa, cul- - posa o preterintencional, para indicar con claridad el propósi- to de que se reconozca que también hay concurso en las infrac- ciones culposas y de esta manera apartarse de la jurisprudencia que señala lo contrario y que la Comisión estimó infundada".

El artículo 29 antes citado, se refiere al concurso - ideal o formal, desprendiéndose de su redacción que abarca el - concurso ideal homogéneo como el heterogéneo, al emplear el --- término "varios".

Consideramos de suma importancia el agregado que se - hace en el numeral 29: "dolosa, culposa o preterintencional--- mente", porque de una manera precisa alude a las dos formas de- la culpabilidad y a la preterintencionalidad, o bien, a los --- elementos de la conducta, si se tiene otra orientación distinta al psicologismo.

Dada la importancia de esta cuestión, es decir, si hay concurso ideal en los delitos culposos, recordemos algunos puntos de vista:

Juan José González Bustamante es de parecer, que "el concurso ideal a que se refiere el artículo 58 y su consecuencia que es la agravación de la pena, sólo comprende a los delitos dolosos, según la recta interpretación que ha dado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Conforme a dicha tesis, cuando en un sólo hecho ejecutado en un sólo acto o en una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se hará el aumento de penas sólo en el caso de que se trate de un delito doloso. No habrá lugar a la acumulación en los delitos impropriadamente llamados de imprudencia como sería el caso del que, irreflexivamente choca el automóvil que maneja y a consecuencia de la colisión, resultan varias personas dañadas; unas muertas, las demás heridas y destrozados los vehículos. La pena será de tres a cinco años de prisión cualquiera que sean los resultados lesivos".⁷⁹

Pavón Vasconcelos considera, que "si bien es cierta la inaplicación de la regla relativa a la acumulación ideal, tratándose de delitos culposos, ello no impide que, cuando con una sola acción u omisión, integrantes de una sola conducta, se produzca una pluralidad de delitos, se esté en presencia de un concurso ideal. Dicho en otros términos, el concurso ideal se presenta tanto en los delitos dolosos como en los delitos culposos, aún cuando tratándose de los últimos no haya lugar a la aplicación de las reglas de la acumulación ideal".⁸⁰

Cuello Calón nos indica, que "aun cuando de un sólo hecho imprudente se originen males diversos, como el hecho culposo es uno sólo, existe un solo delito de imprudencia",⁸¹ agregando, que "de acuerdo con esta doctrina, el automovilista imprudente que atropella y causa lesiones a dos personas y además daños, no responderá de dos delitos de lesiones y uno de daño por imprudencia, sino de un sólo delito culposo".⁸²

Refiriéndose Jiménez de Asúa al criterio de Cuello -- Calón, estima, que "sin darse cuenta de lo que dice --y sólo en ciega prosecución de las decisiones del Tribunal Supremo-- ha -- estampado esta frase Eugenio Cuello Calón",⁸³ continuando Asúa, de que Cuello entroniza así, sin saber lo que está haciendo, la fórmula del crimen culpa,⁸⁴ finalizando el autor citado, que -- "en cambio, los Tribunales argentinos, mucho más en lo cierto, -- y ante la varia y excepcional tipificación de los delitos culposos, reconocen la pluralidad de éstos y someten el caso a la regla del concurso".⁸⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado dos puntos de vista:

1o.) Que procede el concurso ideal en los delitos --- culposos.

Así ha sostenido, que "para la imposición de la pena, si se trata de dos delitos cometidos por imprudencia en los que concurre la acumulación ideal que establece el artículo 58 del Código Penal, debe precisarse cuál es el delito que merece pena mayor; y si la pena privativa de libertad se fijó por encima -- del máximo correspondiente a ese delito, es notorio que se han violado, por indebida aplicación, las disposiciones legales --- pertinentes".⁸⁶

2o.) No cabe el concurso ideal tratándose de delitos- culposos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, que "el artículo 19 del Código Penal Federal establece -- inequívocamente que no hay acumulación, cuando con un sólo acto se violan varias disposiciones penales, y aun cuando la pena al responsable pueda agravarse en consideración a las otras infracciones, según el artículo 58 del mismo ordenamiento, en el caso de acumulación ideal, no puede tener aplicación este precepto -- tratándose de delitos de culpa, pues la Primera Sala de la Suprema Corte ha establecido que la multiplicidad de infracciones

Refiriéndose Jiménez de Asúa al criterio de Cuello -- Calón, estima, que "sin darse cuenta de lo que dice --y sólo en ciega prosecución de las decisiones del Tribunal Supremo-- ha - estampado esta frase Eugenio Cuello Calón",⁸³ continuando Asúa, de que Cuello entroniza así, sin saber lo que está haciendo, la fórmula del crimen culpa,⁸⁴ finalizando el autor citado, que -- "en cambio, los Tribunales argentinos, mucho más en lo cierto, - y ante la varia y excepcional tipificación de los delitos culposos, reconocen la pluralidad de éstos y someten el caso a la regla del concurso".⁸⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado dos puntos de vista:

1o.) Que procede el concurso ideal en los delitos --- culposos.

Así ha sostenido, que "para la imposición de la pena, si se trata de dos delitos cometidos por imprudencia en los que concurre la acumulación ideal que establece el artículo 58 del Código Penal, debe precisarse cuál es el delito que merece pena mayor; y si la pena privativa de libertad se fijó por encima -- del máximo correspondiente a ese delito, es notorio que se han violado, por indebida aplicación, las disposiciones legales --- pertinentes".⁸⁶

2o.) No cabe el concurso ideal tratándose de delitos-culposos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, que "el artículo 19 del Código Penal Federal establece -- inequívocamente que no hay acumulación, cuando con un sólo acto se violan varias disposiciones penales, y aun cuando la pena al responsable pueda agravarse en consideración a las otras infracciones, según el artículo 58 del mismo ordenamiento, en el caso de acumulación ideal, no puede tener aplicación este precepto - tratándose de delitos de culpa, pues la Primera Sala de la Suprema Corte ha establecido que la multiplicidad de infracciones

no debe tomarse en cuenta más que para calificar la gravedad de la culpa en los términos de los artículos 51 y 60 del citado -- Código, y en consideración a tal gravedad, imponer la pena dentro de los extremos que señalan estas disposiciones".⁸⁷ "El -- sentenciador, al aplicar la pena, consideró indebidamente el -- caso como un concurso formal de delitos, asignando la corres--- pondiente al delito mayor, si se trata de un hecho culposo, --- pues en este caso, resulta inaplicable el artículo 58 del Código Penal del Distrito, ya que la pena correspondiente es la establecida por el artículo 60 del propio ordenamiento, indepen-- dientemente de las lesiones jurídicas que la imprudencia origi-- ne; pero si la pena asignada se encuentra comprendida dentro de los límites establecidos por el legislador, para la infracción-- de que se trata, es claro que no existe agravio alguno, en per-- juicio del reo, que haga procedente la concesión del amparo".⁸⁸ "Los delitos de improcedencia tienen fijada pena específica en el artículo 60 del Código Penal y fluctúa de tres días a cinco-- años y suspensión o privación para ejercer determinada profe--- sión u oficio hasta por dos años. En esta clase de delitos, la acción culposa es una sola aunque los daños sean diversos y por tal motivo es incongruente discriminar cuando se trate de un -- solo hecho ejecutado en un solo acto, una distinta imprudencia-- para cada uno de los daños causados; la métrica de infracciones debe moverse entre los márgenes señalados en el artículo 60 del Libro mencionado, siendo de observarse que dicho precepto en la serie de reglas normativas que establece para la estimación de-- la gravedad o levedad de la imprudencia, no se refiere a la --- pluralidad de los daños causados, pues no corresponde forzosa-- mente la intensidad del daño a la gravedad de la imprudencia. -- Las reglas del artículo 58 sobre acumulación ideal de delitos, -- es obvio que no pueden referirse sino a los delitos intenciona-- les; de acuerdo con esas reglas, la pena se forma con la san--- ción del delito mayor, la cual se puede aumentar hasta una mi-- tad más del máximo de su duración y en los delitos no intencio-- nales que se sancionan uniformemente con una pena específica, -- se carecería de base para determinar cual es mayor y cual me---

nor".⁸⁹ "La Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia, ha establecido en varias ejecutorias, que los delitos de imprudencia tienen fijada una pena específica en el artículo 60 del Código Penal, y la acción culposa en los mismos es una sola, aunque los daños diversos; pero lo que es incongruente discriminar, cuando se trata de un sólo hecho ejecutado en un solo acto, una distinta imprudencia para cada uno de los daños causados".⁹⁰

El artículo 31 párrafo final, establece que sin embargo, cuando en un concurso ideal se produzcan varios delitos-dolosos, que afecten la vida, la salud personal o la libertad física, se castigará con la pena aplicable al concurso real. -- Esta disposición como se observa de su contenido es novedosa en la legislación penal mexicana, puesto que, constituye una excepción al concurso ideal, pues tratándose de determinados bienes-jurídicos, lo considera como concurso real.

En efecto, los legisladores de Guanajuato, al hacer referencia a este punto en la Exposición de Motivos, expresan que "cuando se trate de varios resultados provenientes de una conducta dolosa que afecte la vida, la salud personal o la libertad física aunque encuadren dentro de un concurso ideal, se reprimen como un concurso real, habida cuenta que en tales casos se presenta una gravedad similar a la que reviste el concurso material.

5.3.2. Concurso real o material.

El artículo 28 determina que hay concurso real cuando una persona cometa varios delitos ejecutados dolosa, culposa o preterintencionalmente, en actos distintos.

5.3.3. Concurrencia de normas incompatibles entre sí.

En el Capítulo Cuarto, del Título Segundo, intitulado "Concurso de delitos", se encuentra ubicado el "concurso aparente de normas", colocándose en el punto de vista de conside--

rar que dicho concurso corresponde su lugar en la segunda parte de la teoría del delito y específicamente en el concurso de delitos.

Independientemente del problema que se suscita sobre la terminología de este instituto, consideramos, al igual que otros estudiosos del Derecho Penal, que su ámbito está en la Teoría de la Ley Penal, porque se trata lisa y llanamente de un problema de la aplicabilidad de la ley penal, en que dos o más normas que regulan una materia o un caso, una de ellas es la aplicable, quedando excluidas consiguientemente las restantes.

Para poder analizar el contenido del artículo 32 mencionado, debemos recordar que los principios que se han enunciado para resolver el concurso aparente de normas, son el de especialidad, el de consunción o absorción, el de subsidiaridad y el de alternatividad.

Sobre este particular no hay un criterio uniforme, habida cuenta que la doctrina se divide, sosteniendo unos, la pluralidad de criterios, con base en dos o más, y otros, en el sentido de que basta un sólo criterio, no habiendo acuerdo con relación a los mismos.

El Código de Guanajuato para resolver el problema aludido, toma en consideración los principios antes señalados en el artículo 32.

En la Exposición de Motivos se dice, que en el artículo 32, se toca el tema de lo que se ha dado en llamar concurso aparente, que se presenta cuando una conducta encuadra en varios tipos penales, pero por diversas relaciones que guardan entre sí las figuras, resultan incompatibles y no pueden concurrir; de tal suerte que tratar estos casos como un verdadero concurso entrañaría violar el principio de non vis idem".

No estamos de acuerdo con el precepto que se da de concurso aparente, en el sentido de que se presenta cuando una conducta encuadra en varios tipos penales, pero por diversas

relaciones que guardan entre sí las figuras, resultan incompatibles y no pueden concurrir, en razón de que el concurso aparente puede presentarse en el caso en que una materia esté regulada por dos o más normas, no tratándose consecuentemente de tipos penales, como cuando está en concurso el artículo 15 fracción IV, bien con el artículo 334 o 379, todos del Código Penal, es decir, se trata de una hipótesis en que se reglamenta el estado de necesidad en general y a la vez en una norma especial, que es la que triunfa, por el principio de especialidad, como son el aborto necesario o el robo necesario.

Se sigue diciendo en la Exposición de Motivos, que -- "la doctrina y la jurisprudencia han realizado esfuerzos muy -- importantes para dilucidar el tema y sus intrincadas cuestiones, pero en nuestro medio tales esfuerzos carecen de asidero legal, habida cuenta que las normas que tratan el concurso aparente en nuestro Código vigente (idénticas a la del Código Federal), no sólo hacen un planteamiento incompleto, sino además erróneo; de ahí que la Comisión se haya decidido por un planteamiento lo -- más extenso posible", agregándose que "los elementos torales -- del concurso aparente son, de una parte, el principio que de--- termina la imposibilidad de sancionar dos veces el mismo hecho, y de la otra incompatibilidad de las figuras en virtud de las -- relaciones que guardan entre sí; relaciones que establecen en -- el artículo que se comenta y se desenvuelven en las distintas -- fracciones que lo componen, que en el fondo no hacen sino recoger principios de lógica jurídica y de estructura lógica de las normas".

La fracción I del artículo 32, establece que no hay -- concurso de delitos, cuando el hecho corresponda a más de una -- infracción penal si una es elemento constitutivo o calificativo de otra, fundándose "en que en esta fracción se trata de los -- casos en que un sólo hecho o conducta, es subsumible en dos o -- más infracciones, pero una es elemento constitutivo o calificado de otra, por lo que en tal supuesto no puede existir concurso de delitos, sino solamente habrá la figura resultante de su-

adición o fusión; por ejemplo, el robo más allanamiento de morada, de cuya fusión resulta un robo calificado en lugar habitado, y aunque el hecho encuadra en dos figuras allanamiento y robo calificado, es claro que sólo existe y se puede sancionar la -- figura compuesta (robo calificado), sin que puedan punirse ambas, so pena de castigar dos veces la violación del domicilio".

La fracción II expresa que no hay concurso de delitos, cuando la norma sea especial respecto a otra que sea subsidiaria.

En la Exposición de Motivos se dice que "en esta fracción se tratan los casos de relación de género a especie entre las figuras y se establece, conforme al principio lógico de exclusión de la norma general, que solamente podrá sancionarse la figura que es específica, sin importar para ello que la especie sea privilegiada o atenuada y merezca una sanción menor que la asignada a la genérica".

La fracción III determina que no hay concurso de delitos cuando la norma sea principal respecto a otra que sea --- subsidiaria, diciéndose en la Exposición de Motivos, que "en la fracción aludida se establece la relación de subsidiaridad entre las figuras, aplicando el principio lógico de que la norma principal excluye a la subsidiaria, pero aquí opera también a la inversa, es decir, cuando no es posible aplicar la princi--- pal aún es posible aplicar la subsidiaria; y así, como ejemplo de este último caso, cuando por cualquier circunstancia no es --- posible punir una tentativa de homicidio ejecutada con un dis--- paro de arma de fuego, todavía es posible castigar el hecho como disparo".

La fracción IV dispone que no hay concurso de deli--- tos, cuando las normas estén formuladas alternativamente, siempre que establezcan la misma sanción.

La fundamentación de esta fracción, se basa en que -- "alude a los casos de alternatividad equivalente, en los que el

tipo contiene algún elemento formulado alternativamente (conducta, medio comisivo, circunstancia local, etc.), de tal manera - que basta que se de uno de esos elementos para que proceda la - sanción y resulte indiferente, por su equivalencia, que se dé - más de uno sin perderse por ello la unidad, como sucedería en - una violencia física y además la moral".

Por último, en la fracción V, preceptúa, que no hay - concurso de delitos, cuando una norma absorba descriptiva o --- valorativamente a otra, de tal manera que su aplicación conjunta entrañaría sancionar 2 veces el mismo delito, justificándose dicha fracción en que "trata la relación de consunción o absorción entre las figuras, en las que existiendo identidad o asi-- milación de bien jurídico tutelado, guardan una vinculación de-- medio a fin (uso de documento falso y fraude), de peligro a --- daño (disparo de arma de fuego y lesiones), de menos a más ---- (homicidio y parricidio), etcétera; casos en los que la absor-- ción opera de la menos grave a la más grave, sancionándose sólo ésta".

Y finalmente la Exposición de Motivos y con relación-- al numeral 32 ya mencionado, concluye de que es claro que en -- ocasiones la incompatibilidad se presentará encuadrando en más-- de una fracción, pero lo anterior se explica si se tiene en --- cuenta que el artículo establece una enumeración exhaustiva o-- limitativa que contempla los distintos ángulos de la cuestión.

Analizando el contenido de cada una de las fracciones ya señaladas, podemos desprender que la primera y quinta se ba-- san en el principio de absorción o consunción; la segunda, en - el principio de especialidad; la tercera, en el principio de -- subsidiaridad, y la cuarta, en el principio de alternatividad.

Es de interés señalar que el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963 en el artículo 8, se -- refiere al concurso aparente de normas, diciéndose, que "no hay concurso de leyes punitivas en los siguientes casos: a) Cuando

una de las disposiciones sea especial y la otra no tenga este carácter; b) Cuando los preceptos sean de mayor alcance que las otras disposiciones; c) Cuando una de las disposiciones sea sólo de aplicación subsidiaria en relación a las otras prevenciones; y d) Cuando ambos preceptos definan figuras delictivas que sean incompatibles entre sí".

Ahora bien, en la Exposición de Motivos de este Proyecto se expresa, que "en el Capítulo IV, se reglamenta el problema tan importante en sus aspectos legales y doctrinarios, relativo a la concurrencia de leyes incompatibles entre sí, habiéndose procurado adoptar una denominación que respondiera lo más adecuadamente posible a la verdadera naturaleza del concurso aparente de normas", finalizando la Exposición precisando, que "de acuerdo con la nomenclatura mencionada, la Comisión Redactora pudo fijar claramente los límites entre la concurrencia de normas incompatibles entre ellos y el concurso ideal o formal de delitos; pero, además, conviene resaltar el hecho de que, de acuerdo con el contenido del artículo respectivo, el juzgador, moviéndose en una esfera de mayor elasticidad, puede solucionar los problemas que se le presenten en esta materia mediante los principios que sustenta, tales como el de la especialidad, el de la subsidiaridad, el de la consunción o el de la alternatividad".

Nosotros hemos siempre considerado que el problema de la concurrencia de normas incompatibles entre sí debe resolverse en base a dos principios únicamente: el de la especialidad y el de la absorción.

N O T A S

- 1.- El Código Penal Argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho Penal, p. 57, 2a. ed.- Editorial "La Facultad". Buenos Aires, 1943.
- 2.- El Código Penal Argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho Penal, p. 57, 2a. ed.- Editorial "La Facultad". Buenos Aires, 1943.
- 3.- El Código Penal Argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho Penal, p.p. 20 y 21, - 2a. ed. Editorial "la Facultad", Buenos Aires, 1943.
- 4.- La ley y el delito, p. 59, Ed. "Andrés Bello". Buenos Aires 1945.
- 5.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931.
- 6.- Jiménez de Asúa. El Código Penal Argentino y los proyectos-reformadores ante las modernas direcciones del Derecho Penal, p.p. 95-96 y 97, 2a. ed. Editorial "La Facultad". Buenos Aires, 1943.
- 7.- Proyecto Oficial de Código Penal, p.p. XVI y XVII. La Paz, - 1943.
- 8.- Exposición de Motivos del Código Penal de 1929, p.p. 18, 24 48 y 49.
- 9.- Porte Petit, Celestino. Evolución Legislativa Penal en México, p. 112, México, 1965.
- 10.- Porte Petit, Celestino. Evolución Legislativa Penal en México, p.p. 118-119. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1965

- 11.- Estudios de Derecho Penal y Criminología, 1. p.p. 100-101.- Bibliográfica Omeba. Editores Libreros, Buenos Aires, 1961.
- 12.- La Ley y el Delito. p.p. 206-207, 6a. edición. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973.
- 13.- El Proyecto de Código Penal de Perón de 1951, se refiere a algunos aspectos negativos del delito en el Título Segundo-denominado "El delito": "De las causas que excluyen la antijuridicidad de la conducta" (capítulo III), "De las causas que excluyen la culpabilidad" (capítulo IV), "De las causas absolutorias" (capítulo V), En el Proyecto de Bolivia de -- 1943 elaborado por Manuel López-Rey Arrojo se habla en el - Título II, capítulo II "De las causas que excluyen la res--ponsabilidad penal", en sus 3 diferentes secciones de aspec--tos negativos, en el orden que se menciona: "Ausencia de --conducta", "Ausencia de antijuridicidad", "Ausencia de cul--pabilidad". A este respecto véanse además el Anteproyecto - de Código Penal para la República del Ecuador. Derecho Pe--nal Contemporáneo No. 37, Facultad de Derecho. U.N.A.M. --- 1970.
- 14.- Efectivamente hay una corriente en el sentido de que no debe definirse el delito. Así Hernández Quiroz dice que "al - fin noción formal, la que anida en el artículo 7º del ante--proyecto, equivale a decir: es delito lo que la ley penal - considera delito, tiene que representar una entidad vacía e ineficaz, sin linaje técnico-jurídico que justifique su e--xistencia en un Código" (En torno al más reciente antepro--yecto de Ley Penal Mexicana. La Reforma Penal Mexicana, Pro--yecto de 1949, p. 230, México, 1951). Juan José González - Bustamante, al referirse al Proyecto de 1949, expresa que - "se suprime la inútil definición formalista del delito" (El jurista y la ley. La Reforma Penal Mexicana. Proyecto de -- 1949, p. 267, Ruta, México, 1951). Por su parte, Javier Al--ba estima loable la supresión del contenido del actual artí

culo 7º, en el que se da una pretendida definición de delito (Breves consideraciones al anteproyecto del Código Penal de 1949, p. 224, Ruta, México, 1951).

- 15.- Proyecto Oficial de Código Penal por Manuel López-Rey Arrojo, p. XLII, La Paz. 1943.
- 16.- Con relación a la teoría del resultado intermedio o resultado intermediario más próximo, para Beling constituye una variedad de la Teoría del resultado, importándole el tiempo y lugar del efecto antijurídico "más próximo" propuesto por la acción. Esquema de Derecho Penal, p. 180. Ed. De palma, Buenos Aires, 1944.
- 17.- La "Teoría del trayecto total del hecho", sostiene que éste se comete aparte del lugar y el tiempo de su fin (resultado) en todos los lugares y tiempos intermedios. Beling.- Esquema de Derecho Penal, p.p. 180-181. Ed. De palma. Buenos Aires, 1944.
- 18.- El delito se comete según la "Teoría de la ampliada actividad", donde se verifica la parte esencial de la actividad-criminosa. Maggiore. Derecho Penal, I, p. 225, 5a. edición Ed. Temis Bogotá, 1954. Cfr. Antolisei. Manuale di Diritto Penale, p. 94, 3a. edición. Milano, 1955. Battaglini. Diritto Penale, p. 84, 3a. edición. Padova, 1949.
- 19.- Siguiendo la "Teoría de la valoración jurídica", el Derecho podría adaptar el principio de la manifestación de voluntad o el resultado, de acuerdo con los fines perseguidos en cada una de las materias donde el problema se plantea. Antón Oneca. Derecho Penal I, p. 174. Madrid, 1949.
- 20.- Sobre este particular consúltese a Mezger. Tratado de Derecho Penal, I, p.p. 318-319, 2a. edición. Madrid, 1946.

- 21.- Criminalia XXV, p.p. 636 y 637.
- 22.- ¿Hacia la Reforma Penal Mexicana? Criminalia XXV, p. 637.
- 23.- De acuerdo con Jiménez Huerta, la teoría en que están sustentados los artículos 303, 304 y 305, con base en una interpretación a contrario sensu, es la teoría de la causalidad adecuada. Panorama del Delito, p. 117, México, 1950.
- 24.- Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López en su obra "Código Penal de Michoacán Comentado", exponen: "Aunque la causalidad es un problema de naturaleza estrictamente material, ubicado en el ámbito del hecho, como elemento integral del delito, no debe perderse de vista que, en el inicio del planteamiento de la causalidad, la determinación de la relación material se estimó factor preponderante para determinar la culpabilidad del agente. El Código Michoacano, inclinándose por la vieja concepción jurídica que apoya un indicio de la culpabilidad en la existencia del nexo causal, declaró que solo podrá ser sancionado el hecho delictuoso, cuando el resultado del cual depende la existencia del delito ha sido consecuencia de la propia voluntad del agente o de su culpa, involucrando la causalidad en el elemento subjetivo del delito de tal manera que un problema de orden material se convierte en la estructura del artículo 10, en un problema de causalidad psíquica. La interpretación del precepto pudiera igualmente llevar a reconocer en él la aceptación de la teoría de la equivalencia de las condiciones (conditio sine qua non), limitada por el correctivo de la culpabilidad" (p. 36 Editorial Flama, Morelia, 1965).
- 25.- Las opiniones pueden consultarse en las páginas 70-77, 447 448 del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica.- México, 1967.

- 26.- Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, p.p. 76-77. México, 1967.
- 27.- Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, p. - 448. México, 1967.
- 28.- Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, p. - 77. México, 1967.
- 29.- Así los denomina Porte Petit, al estudiar la comisión-por omisión. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal p. 331. México, 1963.
- 30.- En la sesión matutina de fecha 20 de octubre de 1965 - se discutió el problema de la comisión por omisión, es decir como debía redactarse el artículo respectivo del proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, proponiéndose dos criterios; uno en el sentido de que debían señalarse en forma precisa las fuentes del deber de obrar, y otra, de que debía señalarse en forma general la fuente del deber de obrar, argumentándose que - si se señalaban en forma casuística las fuentes del deber de obrar, podría quedar no incluida, alguna otra fuente, debiéndose procurar un término genérico que fuera totalmente exhaustivo para incluir cualquier -- fuente del deber de obrar, quedando el texto relativo y aprobado en definitiva en los siguientes términos :- "Cuando la ley reprima el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo ". Código Penal Tipo para - Latinoamérica, p.p. 82-109, México, 1967.
- 31.- Panorama del delito, p.p. 40-41, Imprenta Universita--

ria. México, 1950.

- 32.- El Proyecto Oficial de Código Penal para Bolivia del año de 1943, en el artículo 51, preceptúa, que "se estimará que no hay pluralidad de delitos, sino un solo delito continuado, correspondiéndole por tanto una pena única y si necesario fuere, medida o medidas de seguridad, cuando mediante conductas homogéneas temporalmente unidas entre sí, se cometa fundamentalmente el mismo delito, lesionando al mismo bien jurídico. La identidad del titular del bien jurídico lesionado es sólo exigible en los delitos contra las personas". El Proyecto del Código Penal de Perón, dispone en el artículo 17, que "el delito será continuado cuando con varios hechos ejecutivos de un solo designio se violaren las disposiciones legales referentes a un mismo delito, aún cuando fuera en sus diferentes supuestos calificados y privilegiados. En tal caso la sanción podrá aumentarse hasta la mitad del máximo correspondiente al respectivo delito".
- 33.- "Se considera, para los efectos legales, delito continuo, aquél en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen. Para apreciar la continuidad se deberá tener en cuenta no sólo las acciones materiales, sino la intención del delincuente". (Art. 18.C.P. Arg.). "Delito continuo es aquel en que la acción o la omisión que lo constituyen se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo; o en que el agente comete varias violaciones de la misma disposición legal, ya sea que éstas se ejecuten en uno o en distinto tiempo siempre que ellas procedan de la misma resolución criminal". (Art. 15 C.P. Dgo.). "El delito continuado es aquél en que

- 34.- Tratado de Derecho Penal, II, p. 320. Madrid, 1935.
- 35.- Tratado de Derecho Penal, II, p.p. 434-435. Barcelona, 1962. Cfr. Maggiore. Derecho Penal, II, p.p. -- 181-183. Editorial Temis Bogotá, 1954.
- 36.- El delito continuado, p. 59. Barcelona, 1951.
- 37.- El delito continuado, p.p. 64-65. Barcelona, 1951.
- 38.- Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 378. Ed. UTEHA Argentina. Buenos Aires, 1960.
- 39.- El delito continuado, p. 58. Barcelona, 1951.
- 40.- Memoria de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, años 1958-1964, - p. 193.
- 41.- Los Códigos Penales que la incluyen son los de los Estados de Aguascalientes. (Art. 14-II), Colima --- (Art. 13-I), Campeche (Art. 13-I), Coahuila (Art. - 12-I), Chiapas (Art. 17-I), Chihuahua (Art. 15-I), - Durango (Art. 11-I), Hidalgo (Art. 12-I), Jalisco - (Art. 12-I), Michoacán (Art. 12-III), Morelos (Art. 14-I) Nuevo León (Art. 12-I), Nayarit (Art. 14-I), - Oaxaca (Art. 11-I), San Luis Potosí (Art. 17-I), -- Sinaloa (Art. 12-I), Sonora (Art. 13-I), Puebla --- (Art. 15-I), Querétaro (Art. 10-I), Tabasco (Art. - 14-I), Tamaulipas (Art. 15-I), y Tlaxcala (Art. --- 12-I), El Proyecto Oficial de Código Penal para Bolivia del año de 1943 en el artículo 17 establece, - que "no delinque el que obra violentado por - - - .

el hecho que lo constituye se integra con acciones plurales procedentes de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal ". (Art. 16 C.P. -- Gro.). "Y es continuado cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición procedente de idéntica resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal". (Art. 8 C.P. Mich.). "También es delito continuo aquél en que el agente ejecuta varias violaciones a la misma disposición legal, se lleven a cabo en un solo o distintos momentos, siempre que ellos obedezcan a una misma resolución criminosa". (Art. 19 C.P. Mor.). "Es continuado cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción procedente de idéntica intención del sujeto, con violación, del mismo precepto legal y siendo el mismo ofendido ". (Art. 7 C.P. Nay.). "Es delito continuado aquél en que el hecho que lo constituyese integra con acciones plurales procedentes de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal ". (Art. 16 C.P.Sin.). "Es continuado cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción, procedente de idéntica resolución del sujeto, con violación del mismo precepto legal y siendo el mismo ofendido ". (Art. 7 C.P.Tlax.). Se considera delito continuo, aquél en que se prolonga por más o menos tiempo la acción o la omisión que lo constituyen. Para apreciar la continuidad, se deberá tener en cuenta también la intención del delincuente. (Art. 16 C.P. Ver.). "Es continuado cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción procedente de idéntica resolución del sujeto, con violación del mismo precepto legal y siendo el mismo ofendido ". (Art. 7 C.P. Zacs.).

na fuerza material irresistible ". El Proyecto de -- Código Penal para la República del Ecuador, elaborado por Raúl Zaffaroni, preceptúa en el numeral 15, - que "no hay conducta cuando en el momento del he -- cho: 1º (Inconsciencia): El individuo se encuentra - privado de consciencia; o 2º (Fuerza Física): El in -- dividuo está sometido a una fuerza física irresisti -- ble". Se observa que ambos proyectos concretan la - ausencia de conducta únicamente a la hipótesis de -- fuerza física irresistible, siendo por tanto, suma - mente criticables.

- 42.- Por otra parte, si cuando falta la conducta no hay - delito, ¿ por qué se dice en el mencionado artículo - 16 que se viola la ley penal ?.
- 43.- Semanario Judicial de la Federación, T. CXXII, p.p.- 1348-1349. 5a. época.
- 44.- Antolisei (Manuale di Diritto Penale, p. 210, 3a.-- Milano, 1955) y Bettiol (Diritto Penale, p. 213. Pa -- lermo, 1945) sostienen que la agresión no necesaria -- mente es violenta. Abarca (El Derecho Penal en Méxi -- co, p. 281. México, 1941), Carrancá y Trujillo (Dere -- cho Penal Mexicano, II, p. 83, 4a. ed. México, 1956), Jiménez Huerta (La Antijuricidad, p. 256. México, -- 1952) y Sodi (Nuestra Ley Penal, I, p. 114, 2a. ed. - México, 1917), estiman que la violencia es indispensa -- ble en la agresión.
- 45.- Por agresión debe entenderse una conduct a con la cual

se pone en peligro o se lesionan bienes jurídicamente tutelados.

- 46.- Maurach sostiene que "por regla general no se debe atender a la ponderación de los bienes en colisión, para averiguar el carácter «necesario» de la defensa, pues en principio, cualquier bien puede ser defendido hasta la última consecuencia; incluso es lícita la muerte del agresor para salvaguardar un bien material (propiedad, posesión, patrimonio); no se exige una proporcionalidad entre los bienes." Tratado de Derecho Penal, I, p. 384. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962).
- 47.- Cfr. Antón Oneca. Derecho Penal, I, p. 246. Madrid, 1949.
- 48.- Porte Petit señala que "no debe entenderse que existe racionalidad, cuando hay proporcionalidad e los medios, pues puede haber desproporcionalidad, sin embargo, existir racionalidad del medio empleado". - Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 521, 2a. ed., México, 1973.
- 49.- Battaglini opina que "a los fines de la proporción, no se puede mirar solamente a los medios sino que debe sopesarse también la importancia de los bienes en conflicto. (Diritto Penale, p. 327. 3a. ed. Padova, 1949).
- 50.- Tratado de Derecho Penal, III, p. 284. Buenos Aires, 1951.

- 51.- Tratado de Derecho Penal, I, p.p. 1283,1284, 2a. edición. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1957.
- 52.- Estudios de Derecho Penal y Criminología, I, p. 101. Bibliográfica Omeba. Ed. Libreros. Buenos Aires, --- 1961.
- 53.- Derecho Penal. Parte General, p. 409. Ed. Temis Bogotá, 1965.
- 54.- Tratado de Derecho Penal, II, p. 152, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- 55.- Tratado de Derecho Penal, II, p.p. 153-154, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- 56.- Derecho Penal Mexicano, Parte General, p. 312, Ed. - Porrúa, S.A. México, 1960.
- 57.- En la Exposición de Motivos del Código de Michoacán se dice, "que la preterintención no estructura con base, por una parte, en el dolo (querer o aceptar - el resultado) y, por otra, en la causación de un resultado más grave producido por culpa. En esta tercera forma de culpabilidad existe una mixtura de -- dolo y culpa que imide considerar el hecho como -- puramente doloso o puramente culposo. De ahí que - la comisión le haya asignado una pena más grave que la que le corresponde al hecho culposo, pero menos que la que corresponde al doloso. La preterintención recoge una realidad psicológica y oxológica que con mucha frecuencia se presenta en la práctica, y -

al adecuarse a tales realidades permite imponer un - castigo más justo ".

- 58.- Derecho Penal. Parte General, p. 177, Ed. Roque De-- palma. Buenos Aires, 1956.
- 59.- Tratado de Derecho Penal, VI. p. 549. Buenos Aires.
- 60.- Tratado de Derecho Penal, II, p. 142, Ed. Ariel. -- Barcelona, 1962.
- 61.- Tratado de Derecho Penal, II, p. 142, Ed. Ariel. Bue nos Aires. 1962.
- 62.- Tratado de Derecho Penal, II, p.p. 149-150.
- 63.- Derecho Penal. Parte General, p. 177. Buenos Aires,- 1956.
- 64.- El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista, p. 115. Ed. - Ariel. Barcelona, 1964.
- 65.- La Estructura de la Teoría del delito, p. 79. Buenos Aires, 1958.
- 66.- Derecho Penal. Parte General, p.p. 478-479. Ed. Te - mis Bogotá, 1965.
- 67.- Derecho Penal, II, p.p. 73-74. Ed. Temis Bogotá, --- 1954.
- 68.- Maggiore. Derecho Penal, II, p.p. 73 y 75, 5a. edi - ción. Ed. Temis Bogotá, 1972.
- 69.- "El que realizare actos idóneos dirigidos de manera-

ine-úvoca a cometer un delito, responderá de delito tentado, si la acción no se realiza o el resultado no se verifica ".

- 70.- Boletín de Información Judicial, III, p. 246.
- 71.- Manual de Derecho Penal. Parte General, p.p. 455- -- 456. Ed. Porrúa, S.A. México, 1967.
- 72.- Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 455. Ed.- Porrúa, S.A. México, 1967.
- 73.- Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 455, Ed. Porrúa, S.A. México, 1967.
- 74.- p. 46. México, 1941.
- 75.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal - de 1931, p. 46. México, 1941.
- 76.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal-- de 1931, p. 46. México. 1941.
- 77.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal - de 1931, p. 46, México, 1941.
- 78.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal - de 1931, p. 47, México, 1941.
- 79.- Las reformas penales. Revista jurídica veracruzana, - VI, p. 296.
- 80.- Código Penal de Michoacán, comentado, p. 104. Ed. -- Flama. Morelia, 1965.

al adecuarse a tales realidades permite imponer un -
castigo más justo ".

- 58.- Derecho Penal. Parte General, p. 177, Ed. Roque De--
palma. Buenos Aires, 1956.
- 59.- Tratado de Derecho Penal, VI. p. 549. Buenos Aires.
- 60.- Tratado de Derecho Penal, II, p. 142, Ed. Ariel. --
Barcelona, 1962.
- 61.- Tratado de Derecho Penal, II, p. 142, Ed. Ariel. Bue
nos Aires. 1962.
- 62.- Tratado de Derecho Penal, II, p.p. 149-150.
- 63.- Derecho Penal. Parte General, p. 177. Buenos Aires,-
1956.
- 64.- El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción
a la Doctrina de la Acción Finalista, p. 115. Ed. -
Ariel. Barcelona, 1964.
- 65.- La Estructura de la Teoría del delito, p. 79. Buenos
Aires, 1958.
- 66.- Derecho Penal. Parte General, p.p. 478-479. Ed. Te -
mis Bogotá, 1965.
- 67.- Derecho Penal, II, p.p. 73-74. Ed. Temis Bogotá, ---
1954.
- 68.- Maggiore. Derecho Penal, II, p.p. 73 y 75, 5a. edi -
ción. Ed. Temis Bogotá, 1972.
- 69.- "El que realizare actos idóneos dirigidos de manera-

ine-úvoca a cometer un delito, responderá de delito tentado, si la acción no se realiza o el resultado no se verifica ".

- 70.- Boletín de Información Judicial, III, p. 246.
- 71.- Manual de Derecho Penal. Parte General, p.p. 455- -- 456. Ed. Porrúa, S.A. México, 1967.
- 72.- Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 455. Ed.- Porrúa, S.A. México, 1967.
- 73.- Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 455, Ed. Porrúa, S.A. México, 1967.
- 74.- p. 46. México, 1941.
- 75.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal - de 1931, p. 46. México, 1941.
- 76.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal-- de 1931, p. 46. México. 1941.
- 77.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal - de 1931, p. 46, México, 1941.
- 78.- Algunos errores y absurdos de la legislación penal - de 1931, p. 47, México, 1941.
- 79.- Las reformas penales. Revista jurídica veracruzana,- VI, p. 296.
- 80.- Código Penal de Michoacán, comentado, p. 104. Ed. -- Flama. Morelia, 1965.

- 81.- Derecho Penal, I, p. 439, 12a. edición Barcelona, - 1956.
- 82.- Derecho Penal, I, p. 439, 12a. edición Barcelona, - 1956.
- 83.- Tratado de Derecho Penal, V, p. 1067. Ed. Losada, - S.A. Buenos Aires, 1956.
- 84.- Tratado de Derecho Penal, V, p. 1067. Ed. Losada, - S.A. Buenos Aires, 1956.
- 85.- Tratado de Derecho Penal, V, p. 1068. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1956.
- 86.- Semanario Judicial de la Federación CXXI, p.p. 2897 -2898, 5a. época.
- 87.- Semanario Judicial de la Federación, LXXX, p. 1075.
- 88.- Semanario Judicial de la Federación, IV, p. 10. Segunda Parte, 6a. época.
- 89.- Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1940. Primera Sala, p.p. 31-32.
- 90.- Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1942, p.p. 70-71.