



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO: ABANDONO DE
PERSONA CONTENIDO EN EL ARTICULO 340 DEL
CODIGO PENAL DEL D. F.**

T E S I S

**Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO**

p r e s e n t a

MIGUEL ANGEL VALDOVINOS GRIMALDO

MEXICO, D. F.

1983



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

INDICE

Análisis Dogmático del Delito: Abandono de persona
contenido en el artículo 340 del Código Penal.

Prólogo.

PAG.

CAPITULO PRIMERO: CUESTIONES METODOLOGICAS.

I.- EL METODO PARA EL ANALISIS. DIFERENTES CRITERIOS.	1
II.- EL SISTEMA A SEGUIR.	6
1.- La Teoría Causalista.	6
2.- Teoría Finalista.	7
3.- El sistema del delito en la doctrina penal mexicana.	15

CAPITULO SEGUNDO: ANALISIS DE CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO DEL ARTICULO 340 DEL CODIGO PENAL.

I.- LA CONDUCTA.	17
1.- Concepto.	17
a) Concepto causal de acción.	17
b) Concepto social de acción.	18
c) Concepto final de acción.	18
d) Concepto de acción en la doctrina mexicana.	19
2.- La Conducta en el artículo 340 del Código Penal.	22
3.- Clasificación del delito en orden a la conducta.	26

	PAG.
4.- Supuestos de exclusión de la conducta,	28
II.- TIPICIDAD.	30
1.- Concepto del Tipo y Tipicidad.	30
2.- La Tipicidad en el artículo 340 del Código Penal.	35
3.- Elementos del Tipo, del artículo 340 del C.P.	37
4.- Atipicidad. Causas.	43
III.- LA ANTIJURIDICIDAD.	46
1.- Concepto.	46
2.- Causas de Justificación en el artículo 340 del Código Penal.	48
IV.- LA CULPABILIDAD.	53
1.- Concepto. Diferentes Criterios.	53
2.- Elementos de la Culpabilidad.	59
3.- La Culpabilidad en el artículo 340 del Código Penal.	62
4.- Causas de Inculpabilidad.	66
 CAPITULO TERCERO: LA TENTATIVA EN EL DELITO DEL ARTICULO 340 DEL CODIGO PENAL.	 69
I.- CONSIDERACIONES GENERALES.	69
1.- Concepto de Tentativa.	69
2.- Clases de Tentativa: a) acabada. b) <u>ina</u> cabada.	74

3.- La Tentativa en el artículo 340 del Código Penal.	PAG. 76
---	------------

CAPITULO CUARTO: LA AUTORIA Y PARTICIPACION
EN EL ARTICULO 340 DEL CODIGO PENAL. 86

I.- CONCEPTO Y REGULACION. 36

1.- Concepto. 36

2.- Regulación. 87

II.- DELIMITACION ENTRE AUTORIA Y PARTICIPACION. CRITERIOS. 88

III.-FORMAS DE AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL
ARTICULO 340 DEL CODIGO PENAL. 96

1.- La Coautoría. 96

2.- La Autoría Mediata e Inmediata. 97

3.- La Instigación. 99

4.- Complicidad. 100

P R O L O G O

El propósito por la realización de esta tesis, se inspira en tres cuestiones fundamentales, que a continuación manifiesto:

PRIMERO. Al estar observando todo un conjunto de delitos contenidos en nuestro Código Penal, pude darme cuenta, que el delito de abandono de persona señalado en el artículo 340 del mismo, y que textualmente dice: "al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse asimismo o a una persona herida, inválida, o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicará de uno a dos meses de prisión o multa de 10 a 50 pesos si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera el auxilio necesario, cuando pudiera hacerlo, sin riesgo personal, "puede presentarse infinidad de veces; por tanto, se me ocurrió esta pregunta: ¿todas las personas habrán incurrido en éste delito?

SEGUNDO.- Mi actitud por hacer un análisis dogmático con los cuatro elementos que se consideran más importantes, nace de la influencia de algunos autores que, en su mayoría, consideran a la conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (teoría tetratómica) como fundamentales en la estructura del concepto de delito en general.

TERCERO.- Porque pretendo que cuando sea leída esta tesis se tome conciencia de lo que realmente sucede y se plantee la necesidad, de que el delito a que hacemos referencia, en este trabajo, debe ser denunciado, ya que con ello, podemos salvar una vida y prevenir que más tarde el hecho pueda repetirse en nosotros mismos.

Capítulo Primero

CUESTIONES METODOLOGICAS

CAPITULO PRIMERO

CUESTIONES METODOLOGICAS.

I.- EL METODO PARA EL ANALISIS. El método a seguir es indudablemente el dogmático, ya que, partiremos de lo que la ley dice respecto del delito de abandono de persona, sin embargo, para realizar el análisis jurídico esencial del delito, nos dice Castellanos Tena, existen dos métodos que son:

- a) El método unitario o totalizador, y
- b) El método atomizador o analítico (1). Asimismo, el primero, unitario o totalizador, se refiere a que el delito no puede dividirse, ni para su estudio por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble; es decir, se trata de algo que no puede ser desintegrado (2).

(1) Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos generales de Derecho Penal", 14a. Edición, Editorial Porrúa, p. 129 Mex. 1980.

(2) Antolisei, citado por: Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 129.

Por otro lado Bettiol dice que el delito "es como -- una entidad que no se deja escindir en elementos diversos, -- es aquello que no se deja, para usar una expresión vulgar -- rebanar". (3)

En cambio, tenemos el segundo sistema, atomizador-- o analítico que se refiere al estudio del ilícito penal por sus elementos que lo forman: es decir, se trata de cierta - postura que considera que el concepto de delito, se estruc- tura de diversos elementos, pero dentro de esta concepción surgen a su vez una serie de criterios respecto del número de elementos que lo integran, así mientras algunos consi-- deran que son tres, hasta llegar a los que incluso piensan que son siete los elementos constitutivos del delito, lla-- mándose a esta diversidad de criterios teorías, bitómica, - tritómica o triédica, tetratómica, pentatómica, hexatómica, heptatómica. (4)

(3) Bettiol, citado por Porte Petit Celestino Candaudap -- "Apuntamientos de la parte general de derecho penal" - Editorial Porrúa, 5a. Edic., México, 1980 p. 241.

(4) Castellano Tena Fernando, op. cit., p. 129.

Por lo anterior, se puede estar de acuerdo con los autores que dicen que, "las nociones formales del delito no resultan del todo correctas ya que no penetran en la verdadera naturaleza del mismo puesto que no se hace referencia a su contenido realmente". (5)

Tomando en cuenta ciertas definiciones que se elaboran partiendo de la concepción analítica, tenemos la formulada por Mezguer, la cual textualmente dice que: "delito es la acción típicamente antijurídica y culpable" (6), que es una de las que más ha influido en los autores mexicanos (7) y de la que se desprenden los cuatro elementos esenciales del delito.

Por otro lado, siguiendo el análisis de los elementos que forman el delito, tenemos la definición de Cuello Calón, quien aumenta un elemento quedando su definición un

(5) Castellanos Tena Fernando op. cit. p.129.

(6) Mezguer, citado por Castellanos Tena Fernando, op. -- cit. p.129.

(7) Porte Petit Candaudap Celestino, "apuntamientos de la parte general de derecho penal", Editorial Porrúa, 2a. Edición, Méx. 1973. p. 249.

tanto más amplia, diciendo que: "delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (8)

Existe en la doctrina otra definición que considera importante, puesto que en ella se incluyen siete -- elementos constitutivos del delito, que dice:

"Es el acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (9).

Esta definición es la seguida por Porte Petit en México e introducida por Jiménez de Asúa. Asimismo, de esa definición se desprende que los elementos del delito son: La conducta, tipicidad, imputabilidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad; sin embargo, los pensadores modernos coinciden en que solamente se acepten cuatro de ellos por tomar en cuenta las siguientes razones:

En primer lugar, la imputabilidad debe excluirse -- por considerarla como un presupuesto de la culpabilidad.

(8) Cuello Calón Eugenio, "Derecho penal", Editorial Nacional, 9a. Edición, Méx. 1948, p.256.

(9) Porte Petit Candaudap Celestino "Apuntamientos de la parte general de derecho penal", Editorial Porrúa, -- 5a. Edición, Méx. 1980, p.249.

y por otro lado la punibilidad, merecimiento de una pena, pues tampoco adquiere el rango de elemento esencial del delito ya que la pena se merece, en virtud de la naturaleza del comportamiento. (10).

También Villalobos, afirma en su obra que la punibilidad: "no forma parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de determinada medicina y por tanto, un acto es punible por que es delito; pero no es delito - por que no es punible". (11) y por cuanto hace a las condiciones objetivas de penalidad, éstas solo se presentan en algunos delitos, y por tanto, no pueden referirse como esencia común de todos ellos. (12).

De lo anterior se desprende que las condiciones - objetivas de penalidad, tampoco se requieren para constituir el delito sino, a veces, para imponer o hacer efectiva la pena, que es cosa distinta. (13).

Por ésto expuesto anteriormente, consideramos que las condiciones objetivas de penalidad, no forman parte - como elemento esencial del delito.

(10) Castellanos Tena Fernando op.cit.p.130.

(11) Villalobos Ignacio, "Derecho penal mexicano". Editorial Porrúa, 2a. Edición, Méx. 1960, p.206.

(12) Villalobos Ignacio, op.cit. p.206

(13) Villalobos Ignacio, op.cit. p.206

II. EL SISTEMA A SEGUIR.

Lógicamente, para el objetivo que nos proponemos en este trabajo, el sistema de análisis a seguir, será el que se refiere a la concepción analítica-atomizadora; es decir, el estudio del delito por sus elementos que lo forman: pero es muy importante señalar que dentro de ésta concepción a su vez deben distinguirse fundamentalmente, dos sistemas de análisis que son:

a) El sistema de la teoría de la acción causal y

b) El sistema de la teoría de la acción finalista que explicaremos en seguida con cada uno de los elementos:

1.- La teoría causalista.

El sistema de la teoría de la acción causal. Dentro del sistema de la acción causal, tenemos que el causalismo ha tenido dos momentos filosóficos, que han dado bases a esta teoría: En primer término, el concepto causalista de conducta fue apoyado sobre la base filosófica del positivismo mecanicista, heredado de las concepciones físicas de Newton.

Todo son causas y efectos, dentro de un gran mecanismo que es el universo, y, la conducta humana, como parte del mismo, también es una sucesión de causas y efectos.

El segundo momento filosófico tiene lugar cuando se desecha la filosofía positivista, y, donde encontramos que el concepto acerca de la acción, es una inervación muscular, es decir, un movimiento voluntario no reflejo, pero en el que carece de importancia o se prescindía del fin a que esa voluntad se dirige.

Dicho de otra manera: Acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado, pero se hablaba de una base externa objetiva de la acción y no de una base interna subjetiva de la acción o en un no hacer (omisión) es decir, distensión de los músculos. (14)

2.- La teoría finalista de la acción.

Aparece por primera vez en Alemania con Hans - Welzel, cuyos efectos terminaron por dividir la dogmática alemana, la cual se ha mantenido hasta nuestros días entre causalistas y finalistas, que han influenciado el desarro-

(14) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, "Manual de derecho penal" S.A. Editora, Buenos Aires p.284.

llo doctrinario de otros países, como Italia y España en Europa; en América Latina esta teoría la adoptan Zaffaroni, Bacigalupo y Bustos, entre otros.

La teoría de la acción finalista o el finalismo, se encierra en lo siguiente:

"La voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin (15).

Respecto de esta teoría Zaffaroni formuló un esquema que para explicarlo lo representa de la siguiente manera:

- 1.- Conducta, entendida como hacer voluntario (final).
- 2.- Tipicidad, como prohibición de conducta dolosa o culposa.
- 3.- Antijuridicidad, entendida como contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico.
- 4.- Culpabilidad, entendida como reprochabilidad (16).

(15) Zaffaroni Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal", op. cit. p. 264.

(16) Ibidem.

En México Porte Petit, junto con Etchebery de Chile y Juan Bustos Ramírez, han desarrollado la teoría finalista sobre la culpa. (17) Además, en México se elaboró el modelo lógico matemático con base finalista, cuyos principales exponentes, Olga Islas y Elpidio Ramírez, la imparten en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Autónoma Metropolitana.

Por otro lado, siguiendo el análisis que hace Zaffaroni, - en torno a ambos sistemas, las características diferenciadoras de las mismas, pueden reunirse como sigue:

- 1.- En relación a la conducta, el finalismo dice -- que es un hacer voluntario final; por tanto, la voluntariedad implica necesariamente una finalidad, ya que no se puede concebir la voluntad de nada o para nada. En cambio, para el causalismo la conducta es un hacer voluntario (inervación muscular):

(17) Cfr, Zaffaroni Eugenio Raúl, "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito". Revista jurídica Veracruzana, Méx.1973.p.60.

Por ejemplo, habrá conducta, cuando se hayan inervado voluntariamente los músculos para encender la mecha de una bomba y del encendido de ésta mecha haya resultado (por un vínculo causal) la muerte del enemigo. (18)

Por otro lado, para el finalismo la conducta es óntica y jurídico penalmente la misma; ontológicamente, es decir, tal como se da en la realidad, la conducta es un todo compuesto de un aspecto interno y un externo. La fase interna se opera en el pensamiento del autor (proponerse el fin, por ejemplo, matar al enemigo, para lo cual hay que seleccionar los medios, por ejemplo, una bomba). La segunda fase, es decir, la externa, consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión. (19).

(18) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl op.cit. p.61, "acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito". Revista Jurídica veracruzana, Méx. 1973, p.61.

(19) Cfr. Welzel Hans, "El nuevo sistema de derecho penal", Barcelona, 1964, p.26, 27. Derecho penal Alemán, Santiago de Chile 1970 p. 54, 56.

Para el causalismo, en cambio, el concepto óntico de conducta es distinto del jurídico penal. En este concepto basta que la conducta sea voluntaria, pero prescindiendo del fin y no negando el concepto óntico como tal.

(20)

2.- En cuanto a la tipicidad, Zaffaroni, cita las siguientes características:

Para el finalismo:

- a) El tipo es mixto: subjetivo y objetivo.
- b) El dolo es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo.
- c) El dolo está en el tipo subjetivo.
- d) El conocimiento de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo.
- e) La incongruencia entre tipo objetivo y subjetivo genera el error de tipo.

Para el causalismo, que concibe distintamente éstas características, tenemos que:

- a) El tipo es objetivo.
- b) El dolo es voluntad del fin, conocimiento de tipo y conocimiento de antijuricidad.

(20) Zaffaroni Eugenio Raúl, op.cit.p.61.

- c) El dolo está en la culpabilidad.
- d) El conocimiento de la antijuricidad pertenece al dolo.
- e) No hay razón práctica para distinguir entre error de tipo y de prohibición. (21)

3.- Respecto a la culpabilidad, en el causalismo se hace la distinción entre un concepto psicológico y un normativo de culpabilidad. Así, conforme al concepto psicológico propio de la sistemática causalista, tenemos que:

- a) La culpabilidad es relación psicológica entre -- conducta y resultado.
- b) El dolo es esencia de culpabilidad.
- c) A él pertenece la conciencia de la antijuricidad.
- d) Y la imputabilidad es su presupuesto.

El concepto normativo causalista establece que:

- a) Culpabilidad es reprochabilidad personal de un - injusto a su autor.
- b) El dolo pertenece al reproche.

(21) Cfr. Zaffaroni op. cit. p.66.

c) Al dolo pertenece la conciencia de anti-juridicidad. (22)

d) La imputabilidad es elemento de la culpabilidad.

Para el finalismo, que coincide en cierta forma con el causalismo normativista, observamos que:

a) Culpabilidad es reprochabilidad personal de un injusto a su autor.

b) El dolo no pertenece a la culpabilidad sino al tipo subjetivo.

c) El conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo.

d) La imputabilidad es elemento de la culpabilidad (23).

4.- Por lo que hace al error, dentro del finalismo puede clasificarse en dos grupos:

El error de tipo y el error de prohibición.

El error de tipo tiene las siguientes características:

a) Recae sobre el conocimiento del aspecto objetivo del tipo.

(22) Reinhart von Frank, citado por Zaffaroni, op. cit. p. 60.

(23) Cfr. Zaffaroni, op. cit. p. 70

- b) Es, por tanto, un problema de tipicidad.
- c) Elimina siempre el dolo.
- d) Si es invencible deja atípica la conducta.
- e) Si es vencible resta una conducta culposa.

El error de prohibición, en cambio:

- a) Recae sobre el conocimiento de la antijuricidad.
- b) Es, por tanto, un problema de culpabilidad.
- c) Nunca elimina el dolo.
- d) Si es invencible la conducta típica y antijurídica será inculpable.
- e) Si es vencible reduce el reproche.

Para el causalismo el error:

- a) Siempre elimina el dolo
- b) Si es invencible elimina también la culpabilidad.
- c) Si es vencible hace culposa la conducta.
- d) No importa si recae sobre el conocimiento del tipo o la antijuricidad.
- e) Es siempre un problema de culpabilidad. (24).

(24) Cfr. Zaffaroni, op. cit.p.71.

3.- El sistema del delito en la doctrina penal mexicana.

Después de haber precisado con ésta síntesis las -- dos posturas para el análisis del delito, es decir, causalismo y finalismo, debemos señalar que en el sistema del Derecho Penal Mexicano predomina más el sistema de análisis basado en el causalismo, por la sencilla razón de ser éste el más antiguo el que más ha influido en los autores mexicanos y el que, hasta la fecha, se ha pronunciado mayormente dentro de las principales escuelas de derecho de nuestro país y quizás de Latinoamérica.

Ahora bien, debemos reconocer la importancia que -- representa el finalismo para el análisis del delito, en el cual encontramos bases sólidas y bien fundamentadas, -- pero por ser una teoría moderna, no se le ha prestado -- una mayor atención, por lo difícil que resulta la investigación en este campo, debido fundamentalmente a la escasa bibliografía. En cambio, dentro de los distintos tratados de Derecho Penal, con autores de renombre como:

Porte Petit, Carrancá y Trujillo, Castellanos Tena, Jiménez Huerta, etc., es difícil negar la existencia del causalismo en el análisis del delito, que reflejan sobre todo las elaboraciones de Jiménez de Asúa y otros autores extranjeros. Y, por tanto, en mi particular punto de vista, me es más fácil entender esta última teoría ya que fue la que mayormente se divulgó, dentro de la Cátedra de Derecho Penal en el ciclo universitario.

Capítulo Segundo

ANALISIS DE CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DEL
DELITO DEL ARTICULO 340 DEL CODIGO PENAL.

CAPITULO SEGUNDO

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO DEL ARTICULO 340 DEL CODIGO PENAL.

I.- LA CONDUCTA.

1.- Concepto. Respecto a la conducta se han formulado diversos conceptos:

a) Concepto causal o naturalístico de la acción.

b) Concepto social de acción.

c) Concepto final de acción (1).

a) El concepto causal o naturalístico de acción, es aquel que consiste en una "inervación muscular", es decir, un movimiento voluntario -no reflejo- pero en el que carece de importancia o se prescindie del fin a que esa voluntad se dirige. En otras palabras, "acción es un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causa un resultado" (2), o bien, un movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior. Cuando se parte de un concepto causal como base para la estructura del concepto del delito, se da origen a un sistema que se clasifica de "sistema causalista" y se caracteriza porque ubica el dolo en la culpabilidad.

(1) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. pp. 283, 284.

(2) Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 283.

b) El concepto social de acción.

En base a la teoría social de la acción, que se apoya en la afirmación de que no cualquiera puede ser materia prohibida por el Derecho Penal, sino solo aquellas -- que tienen "sentido social", entonces se dice que acción es la actividad que trasciende a terceros. (3) Es decir, que la conducta del individuo no se encierra en sí mismo, sino que va encaminada a la lesión de los intereses de -- otro, o de otras personas que se encuentran dentro del medio social. Por tanto solo es acción el movimiento corporal que produce un cambio en el mundo social. Del concepto social de acción no resulta un sistema que pueda llamarse sistema social de acción, como sucede en el concepto causal, sino que los autores sostenedores de un concepto social de acción, o bien adoptan el sistema causal o -- adoptan el sistema final, según el contenido que le den -- al concepto mismo de acción.

c) Concepto final de acción.- Como ya hemos visto, en el capítulo anterior, para el finalismo la -- conducta es un hacer voluntario final y es óntic

(3) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, op.cit.p.287.

ca y jurídico penalmente la misma, que consta de dos fases: La interna que se opera en el pensamiento del autor y que abarca los siguientes momentos: La proposición del fin; la selección de los medios para su realización; y de la consideración de los efectos concomitantes, que se unen causalmente al fin. La fase externa consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión. (4). De ese concepto final de acción resulta la sistemática finalista, que se caracteriza como hemos dicho, por ubicar el dolo en el tipo y no en la culpabilidad, como una consecuencia lógica de la estructura del concepto final de acción.

d) Concepto de acción en la doctrina mexicana.

En la doctrina penal mexicana, la casi generalidad de autores manejan un concepto "causal" de acción. Así, por ejemplo, Carrancá y Trujillo dice que la conducta consiste en un hecho material,

(4) Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 61.

exterior, positivo o negativo, producido por el hombre; (5) o Jiménez Huerta, que señala que la conducta humana es el movimiento corporal espontáneo y motivado que produce un cambio en el mundo exterior". (6) Así mismo, Porte Petit aclara que para definir la conducta se deben de abarcar las nociones de acción y de omisión, quedando su concepto de esta forma: "La conducta consiste en un hacer voluntario". (7) Pavón Vasconcelos considera que la conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad o movimiento corporal, o bien en una inactividad, una abstención, un no hacer; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima relación con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción y de no realizar -

- (5) Carrancá y Trujillo Raúl, "Derecho penal mexicano. - Editorial Porrúa, 13a. Edición, Méx. 1980, p. 261
- (6) Jiménez Huerta Mariano, "La conducta humana", Revista Criminalía No. 4, Méx. 1947, p. 153.
- (7) Porte Petit Candaudap Celestino, "Apuntamientos de la parte general de derecho penal", Editorial Porrúa, 3a. Edición, Méx. 1977, p. 295.

la actividad esperada. (8) Como hemos notado, todos estos autores resaltan mas que nada el elemento externo en sus respectivos conceptos de acción y la voluntad solo viene a ser el factor que desencadena el proceso causal, es decir, el movimiento corporal.

En México, por tanto, se ha considerado a la acción, con bases causalistas ya que dentro de la configuración del delito, "entre acción y el resultado debe haber una relación de causa a efecto; y es causa tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado como la que lo origina mediatamente". (9) Así mismo, en nuestro derecho ha tenido relevancia la teoría de la equivalencia de las condiciones. (10)

Por último, hay que destacar, que Jiménez Huerta ya reconoce dentro de la definición de conducta, tres elementos: El interno, que se refiere a la voluntad; el externo, o sea la manifestación de la voluntad y el te--

(8) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco. "Manual de derecho penal mexicano" Editorial Porrúa, 3a.edición, Méx.-- 1974, p.160.

(9) Carrancá y Trujillo Raúl, "Derecho penal mexicano", Editorial Porrúa, 11a. edición, Méx.1976, p.240.

(10) Cfr. Carrancá y Trujillo Raúl, op. cit.p.241.

leológico, es decir la meta que guía la voluntad, quedando su concepto de esta manera: "La conducta es la manifestación de la voluntad, dirigida a un fin". (11)

Es importante destacar que las influencias de la teoría finalista son palpables en Jiménez Huerta en este aspecto, al señalar en el concepto de acción el elemento finalidad, aunque de ello no extraiga mayores consecuencias, toda vez que sigue manteniendo el dolo y la culpa en la culpabilidad.

2.- La conducta en el delito del artículo 340 del Código Penal.

Con referencia a la figura delictiva que analizamos, tenemos que la conducta en el tipo del artículo 340 consiste en: "No dar aviso a la autoridad" o "no prestar el auxilio necesario a la persona que se encuentra abandonada" (menor incapaz de cuidarse asimismo o persona herida, inválida, o amenazada de un peligro cualquiera) en -- otras palabras, podemos decir que es la abstención completa a lo que impone la norma penal. La conducta consiste, por tanto, en: a) No dar aviso a la autoridad, y b) omitir prestar auxilio necesario, cuando se pudiere hacerlo

(11) Jiménez Huerta Mariano, "Derecho penal mexicano", Editorial Porrúa, 2a. edición, Méx. 1977, p. 106.

sin riesgo personal. La ley impone al individuo el deber que consiste en dar aviso inmediato a la autoridad, es decir, debe el sujeto realizar una acción esperada y exigida por una norma penal, (12) de donde resulta que se trata de un delito de simple omisión.

El resultado, consecuencia de la conducta, es Jurídico, por existir un mutamiento en el orden Jurídico, por lo que se refiere al aviso del artículo 340, el cual debe ser inmediato y sin tardanza alguna. En resumen, los autores coinciden en que el aviso a la autoridad debe ser inmediato, es decir, sin alguna tardanza o demora. (13)

Por otro lado, Manzini considera que la inmediatez implica no sólo que el descubridor se apreste rápidamente para cumplir con su deber, sino que además elija la autoridad más próxima y el medio más rápido. (14)

(12) Cfr. Porte Petit Candaudap Celestino, "Dogmática sobre los delitos contra la vida e integridad personal", Editorial Jurídica Mexicana, 1ª. edición, Méx.1966, - p.283.

(13) Cfr. al respecto Porte Petit Candaudap, op.cit.p.284.

(14) Manzini, "tratado de derecho penal", Torino 1947, p. 309.

Esta situación que se plantea Manzini, puede resultar un poco difícil en nuestro país, ya que, cuando se acude de esta forma a cierta autoridad, es fácil que no atiendan con el debido interés el anuncio que les haga el llamado descubridor, de que alguna persona se encuentra herida o bien amenazada de un peligro cualquiera. En esta figura delictiva se desprenden dos situaciones con respecto al artículo 340: La primera que se refiere a la autoridad a quien debe darse el aviso, y la segunda se refiere al carácter de rapidez con que debe actuar la persona que se dirige ante la autoridad, para informarle a ésta del posible peligro que pueda tener cierta persona.

Al referirse a este delito en la legislación española, Rodríguez Mourullo afirma que la omisión de socorro es ta constituida por la no prestación de ayuda o favorecimiento en casos de peligro o necesidad en relación con los bienes, vida o integridad personal". (15)

La clase de socorro que ha de prestarse, dice Alami

(15) Rodríguez Mourullo Gonzalo, "La omisión de socorro en el código penal", Editorial Tecnos, Madrid 1966, p.157.

llo, depende de las exigencias del caso concreto. Ha de ser el socorro adecuado, por sí solo, o junto con otro ya prestado o que se este prestando, para combatir el peligro. (16) Aplicando ésto al caso del artículo 340, será: La omisión de auxilio o aviso a la autoridad de que alguna persona se encuentra herida, inválida, o bien un menor incapaz de cuidarse asimismo.

Con respecto al retraso que es también una característica en este tipo de delitos, dice Spasiri, que éste, es una forma de omisión cuya configuración peculiar le viene dada exclusivamente por la posterior realización, total o parcial, de la acción. (17)

En este mismo sentido Pannain dice que existe retraso hasta el momento en que la acción, puede ser toda-

(16) Citado por Rodríguez, Mourullo, op. cit. p. 157.

(17) Citado por Rodríguez, Mourullo, op. cit. p. 161.

vía cumplida, y omisión cuando la acción ya no puede ser realizada. (18) En esto anterior estamos completamente de acuerdo, ya que al dejar de hacer se está omitiendo y, por tanto, al omitir, se deja de realizar una acción exigida por la norma que en el caso del delito que analizamos, se trata de la ayuda que debe darse, a una persona herida, inválida o bien a un menor incapaz de cuidarse -asimismo. Pero no sólo es el auxilio directo a la persona a que se refiere el texto legal, sino que también, se puede decir que existe otra opción dentro del mismo texto consistente en: El aviso a la autoridad que debe ser inmediato a cargo del sujeto que se encuentra ante la presencia de este caso concreto contemplado en el artículo 340 de el código penal vigente.

3.- Clasificación del delito en orden a la conducta.

La conducta en el delito del artículo 340 a que -hacemos referencia, la clasificamos dentro de los deli-

(18) Ibidem.

tos llamados: " De omision simple " u " omisión propia ". El mismo tipo señala que éste se configura por el " no dar aviso " o por el " omitir el auxilio ", en ambos -- casos se deja de hacer algo que la ley está imponiendo al individuo. Lo que se omite es dar aviso inmediato a la autoridad de que alguna persona se encuentra en pe-- ligro, o bien, darle el auxilio necesario cuando pudie-- re hacerlo, dice el artículo, sin riesgo personal, es de cir, en la comisión de éste delito, se omite tanto el - auxilio como el aviso, y ambos pueden traducirse en una actividad corporal o una acción que al suprimirse va a causar un resultado.

Por lo tanto, en relación al texto legal la con-- ducta es omisiva porque se refiere a no hacer algo que se debe hacer. Y, así, el que debiendo denunciar o im-- pedir un delito, no lo hace, actúa de esta manera en - favor del delincuente y en contra de la sociedad; el - que abandona una persona, se considera que sigue una - conducta egoísta y antijurídica. (19)

(19) Cfr Villalobos Ignacio, op cit.p. 245.

4.- Supuestos de exclusión de la conducta:

Respecto a la ausencia de conducta que se refiere a la no intervención hecha por el hombre en ciertos actos exigidos por preceptos legales, Zaffaroni nos dice que:

"Los casos problemáticos y significativos, son los que pese a la protagonización por un hombre, no hay acción humana. Tales son: La fuerza física irresistible; y la involuntabilidad" (20). Asimismo, por lo que hace a esto anterior, debe entenderse por fuerza física irresistible a la entidad tal que haga el sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, o sea, que lo haga obrar mecánicamente. Ahora bien, los supuestos de la fuerza irresistible son:

- a) Puede provenir de una conducta humana, ó
- b) puede provenir de una fuerza de la naturaleza

(21).

(20) Zaffaroni Eugenio Raúl, "Teoría del Delito", Editorial Ediar, Argentina 1973, P. 145

(21) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. Cit. P. 147

La ausencia de conducta, se presenta en el momento en que un sujeto está imposibilitado para actuar, o bien, para realizar determinado comportamiento de carácter legal - dentro del medio en que vive. Por tanto, en ese medio - podemos hacer mención de los fenómenos naturales como por ejemplo, que pudieran presentarse, en el momento en que - el sujeto debiera actuar a favor de una persona que se encuentra en peligro, pero no lo hace debido a que un - terremoto, o bien, un ciclón se lo está impidiendo; de - tal manera que aquí la omisión, o la ausencia de conducta, resultó por causa de un hecho natural (un fenómeno), - que hizo imposible la ayuda, y no por falta de obligación del sujeto ante la obligación de dar auxilio a determinada persona que se encontraba abandonada. A este respecto Villalobos dice que no puede ejecutar un acto humano, quien sufre un desmayo en el momento que debía cumplir una obligación, o quién se ve atacado por otros que le impiden hacer lo que tenía que hacer y que él quisiera cumplir (22).

(22) Cfr. Villalobos Ignacio, op. cit. p. 335

La fuerza física irresistible se presenta en el momento en que el sujeto es violentado físicamente a no dar aviso a la autoridad a quien debe dirigirse para hacer del conocimiento de que alguna persona fué abandonada. Aquí no existe un acto propio del individuo sino que, por causa de otro o de otros no obró debido a que fué impulsado por una fuerza física irresistible (23). Por lo tanto, en éste caso el proporcionar auxilio a una persona, o bien, el dar aviso a la autoridad se hace verdaderamente imposible.

II.- TIPICIDAD.

1.- Concepto del tipo y tipicidad.

El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por presuntamente prohibida) (24).

Para Jiménez de Asúa, el tipo legal "es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito" (25)

(23) Ibidem

(24) Zaffaroni Eugenio Raúl, "Teoría del Delito", op cit. p 171

(25) Jiménez de Asúa Luis, "La Ley y El Delito", 11a. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1980 p. 235

Por otro lado, Villalobos dice que tipo "es la forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe"(26). Asimismo, Castellanos Tena afirma que tipo es "la descripción legal de un delito" (27).

Por mi parte, el tipo es la descripción del acto u omisión que se hace dentro de la ley. Por tanto, el tipo del delito que analizamos lo constituye la descripción contenida en el artículo 340 del Código Penal; es decir, la descripción de la omisión que lleva a cabo el individuo, el no prestar ayuda a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, o bien, a una persona que se encuentra herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, o no dar aviso a la autoridad. Asimismo, como veremos más adelante, la tipicidad se dá cuando la conducta realizada se conforme o adecúe a cualquiera de las hipótesis previstas por el tipo legal, ya sea, no dar aviso, no prestar ayuda (o bien el propio abandono).

(26) Villalobos Ignacio, op. cit. p. 258

(27) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 165

La Tipicidad.- Se ha definido a la tipicidad como "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley", (28) es decir, - el hecho debe coincidir exactamente con el precepto legal. Para Carrancá la tipicidad "es la acción que debe encajar dentro de la figura del delito - creada por la norma penal positiva" (29).

Completando ésta idea, Mario O. Folchi dice que la tipicidad, es "la función exhaustiva y limitada que concretiza la adecuación objetiva de una conducta ponible al tipo legal" (30). Para otros, en fin, la tipicidad es la realización o concretización de los elementos del tipo. De acuerdo con lo últimamente dicho, para poder hablar de tipicidad - es necesario saber cuáles son los elementos del tipo.

Para la opinión tradicional dominante, que es la que se sigue en México, los elementos del tipo son fundamentalmente de carácter objetivo, en virtud de partir de un concepto causal de acción,

(28) Castellanos Tena Fernando, op cit p. 166

(29) Carrancá y Trujillo Raúl, op cit p. 406

(30) Mario O. Folchi, "La Importancia de la Tipicidad en el Derecho Penal" Editorial Roque de Palma, Buenos Aires p. 20

ubicando lo subjetivo en la culpabilidad, como dolo y culpa. Así, por ejemplo, Castellanos Tena señala que los elementos del tipo son: el sujeto activo y pasivo, el objeto material, las referencias temporales y espaciales requeridas, la realización del hecho por el medio comisivo específicamente señalado en la ley, elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos y la antijuridicidad especial (31).

En análogo sentido, Porte Petit señala que los elementos del tipo son: los presupuestos de la conducta o del hecho, el elemento material, o sea, el elemento típico objetivo o descriptivo del tipo; el sujeto activo; el sujeto pasivo y por último, el objeto jurídico y material (32). Solo excepcionalmente se aceptan elementos subjetivos, pero que son diferentes al dolo.

En cambio, para la opinión de la teoría finalista, es decir, de la que parte de un concepto final de acción, el concepto de tipo se estructura

(31) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 173

(32) Porte Petit Celestino, Apuntamientos p. 431

en todos los casos tanto de elementos objetivos como de elementos subjetivos, encontrándose entre éstos en primer lugar al dolo y a la culpa; es decir, para la teoría finalista, dolo y culpa son elementos subjetivos del tipo y no elementos de la culpabilidad. Así, por ejemplo, Welzel señala que el dolo se integra de un elemento intelectual, es decir, lo que se quiere y el elemento volitivo que consiste en la decisión de querer realizarlo. - El dolo, como mera decisión de un hecho, es penalmente irrelevante, ya que el Derecho Penal no puede afectar el mero ánimo de obrar. Solamente cuando conduce al hecho real y lo domina, es penalmente relevante. El dolo, además de ser la voluntad tendiente a la concreción del hecho, es también la voluntad apta para la concreción del hecho. Con ésta función el dolo pertenece a la acción, porque distingue la estructura finalista de las acciones típicas dolosas, de la estructura solamente causal de producción de las acciones típicas culposas.

Dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo (33).

(33) Welzel Hans "Derecho Penal" Editor Roque de Palma, Buenos Aires, 1956 p. 74 Traducción de Fontan Bales tra.

Igualmente, en la Teoría del Delito de Zaffaroni se establece que el tipo es mixto, por contener un aspecto objetivo y otro subjetivo, siendo en éste último en el que se incluye al dolo, el -cuál requiere el conocimiento de todos los elementos que componen el tipo objetivo (aspecto cognoscitivo) y conforme a ese conocimiento la voluntad de realización (aspecto conativo).

El tipo culposo se caracteriza porque en él, lo determinante es la forma de realización de la acción que resulta violatoria de un deber de cuidado y determinante del resultado (34).

2.- La tipicidad en el artículo 340 del Código Penal.- Porte Petit, al analizar éste delito, señala que: "Existirá tipicidad cuando la conducta realizada por el sujeto se adecúe al tipo descrito en el artículo 340 del Código Penal; es decir, cuando se omita prestar el auxilio necesario o no se de aviso inmediato a la autoridad, según el caso, considerando los demás requisitos exigidos por el tipo.

(34) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, "Teoría del Delito" op cit p. 201

Por tanto, la tipicidad se dará cuando la conducta realizada se conforme o adecúe a cualesquiera - de las hipótesis previstas por el tipo legal" (35). Con respecto a lo anterior, debemos tomar en consideración que la exigencia del precepto legal es sin duda un cuanto rigurosa, ya que la inmediatez debe tomarse en cuenta conforme a las posibilidades de movilización del sujeto activo, es decir, quien omite la acción. Ahora bien, cuando el sujeto o - la persona que tiene que dar aviso a la autoridad competente cuenta con todos los elementos necesarios, entonces podrá considerarse que la conducta se adecúa al tipo legal; pero si pasa lo contrario, entonces la ley no debe exigir cierta inmediatez para dar aviso. Por tanto, el texto legal debiera - ser un poco más claro y decir: que el aviso debe llevarse a cabo cuando las condiciones del individuo, quien es testigo del peligro en que se encuentra otro, sean favorables y no desfavorables, es decir, que cuente con los elementos necesarios que le permitan la inmediatez.

(35) Porte Petit Candaudap, "Dogmática sobre los Delitos contra la vida y la salud personal", op. cit p. 293

3.- Los elementos del tipo del artículo 340 del Código Penal.

Como en todo delito, al referirnos a los elementos del tipo del artículo 340 del código penal, debemos enmarcar los siguientes: a) el bien jurídico tutelado, b) el sujeto activo, c) el sujeto pasivo, d) el objeto material, e) especiales medios o formas de realización de la acción y - las modalidades de lugar, tiempo y ocasión.

a) Haciendo un análisis de éstos elementos - podemos decir que en referencia al primero, que es el bien jurídico tutelado, se han formulado una serie de ideas, ya que mientras algunos autores, como Cuello Calón y Soler, coinciden en que el bien jurídico que se protege es el de la integridad - corporal, (36); otros, como Porte Petit, consideran que el bien jurídico tutelado es: "la seguridad - de socorro a personas en peligro" (37). Por tanto, pienso que deben considerarse como válidas éstas - dos posturas, ya que en un principio sabemos que el artículo 340 objeto de análisis, es una figura

(36) Cfr. Porte Petit, op cit p. 295

(37) Ibidem

de delito contra la vida e integridad corporal, por eso debemos aceptar que el bien jurídico que se protege es el de la vida o integridad física.

Ahora bien, según Alamillo, los bienes jurídicos de naturaleza personalísima son: la vida, integridad personal, honestidad, honor y libertad (38). Esta pluralidad de bienes jurídicos obliga a tener en cuenta para la construcción sistemática, el de mayor importancia que es la vida. Así opina Rodríguez Devesa y concluye diciendo que por esa razón se coloca a los delitos de omisión de socorro dentro de la clasificación de los llamados delitos: de peligro para la vida (39).

Por lo que se refiere a ésta clasificación, en mi criterio creo que su estructura es incompleta, debido a que la omisión de socorro no solo pondrá en peligro la vida de determinada persona, sino que también, la inactividad pondrá en peligro la integridad personal o corporal. En consecuencia, resulta más completa la idea que se sostiene en el sistema mexicano a calificarlo dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal; - clasificación contenida en nuestro código penal vigente.

(38) Citado por, Rodríguez Devesa, "Derecho Penal Español" 6a. edición, Madrid 1975 p. 104

(39) Ibidem

b) En referencia al sujeto activo, llamado - también ofensor o agente, es, en resumidas palabras, quien comete el delito, o participa en su ejecu -- ción (40).

Por lo general, concuerdan importantes autores en que el sujeto activo puede ser "cualquier persona", pero, aclara Manzini, "que independientemente de toda relación particular entre el sujeto activo y la persona que se encuentra en peligro, ya que la ley impone a todos indistintamente aquel deber de solidaridad humana cuya observancia constituye el delito en examen" (41). Criterio bastante bueno a - mi pensar, ya que la obligación de auxiliar a u - na persona que se encuentra en peligro, o bien, a un niño menor incapaz de cuidarse a sí mismo, co - mo lo dice el código penal en el artículo 340 - que analizamos, debe estar no solo en determinadas personas sino, como dice Manzini, tiene que ser in distintamente; es decir, cualquier persona que se - encuentre en esta situación de ayudar, deberá hacer lo.

(40) Cfr. Carrancá y Trujillo Raúl, "Derecho Penal Mexi cano", p. 249

(41) Citado por Porte Petit, op cit p. 296

Ahora bien, contrariamente a esto, Ranieri dice que "sujeto activo de delito puede ser cualquiera, con excepción del padre, hijo, del tutor, del cónyuge, del adoptante o del adoptado" (42), por la razón de que se refiere a otras figuras delictivas señalados en otros artículos del código penal. De todas maneras, al respecto debemos considerar que - aunque tratándose de un padre con un hijo, siendo abandono, debiera tipificarse en el mismo artículo 340 y no considerarse precisamente infanticidio, sino en otras circunstancias.

c) A continuación nos referimos al aiguiente elemento del tipo que es el sujeto pasivo.

Se considera como tal, según Carrara, a "la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito" (43). Pero no solo las personas individuales son sujetos pasivos sino que también las colectividades o el mismo Estado en algunas clases de delito.

(42) Ibidem

(43) Citado por, Carrancá y Trujillo Raúl op cit p. 255

En el caso del artículo 340, objeto de análisis, los sujetos pasivos pueden ser: un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, una persona herida, una persona inválida y una persona amenazada de un peligro cualquiera (44). Es decir, únicamente las personas físicas pueden ser sujetos pasivos de éste delito; pero además se requiere que se encuentren en las hipótesis mencionadas.

d) El objeto material.- "Es la persona física sobre la cual recae la conducta" (45). Asimismo en el caso del delito que analizamos, el objeto material se identifica con el sujeto pasivo, en cuanto a que la conducta recae sobre éste (46). Antolisei, por su parte, "expresa que el objeto material de la acción o conducta es otra persona" (47). En el caso del homicidio y por lo que respecta al abandono de persona del artículo 340, el objeto material irá en relación a los sujetos que se encuentran en las hipótesis del precepto legal a que hemos hecho mención, el cual se refiere a un menor incapaz, o bien, una

(44) Cfr Porte Petit, "Dogmática", op cit p. 298

(45) Ranieri, citado por Porte Petit op cit. p. 25

(46) Porte Petit op cit. p. 298

(47) Citado por, Porte Petit op cit. p. 25

persona herida o inválida que pueda ser amenazada de un peligro cualquiera.

e) En relación a especiales medios o formas de realización de la acción, solo se analiza en el caso de que el tipo en particular así lo exija de manera expresa. Tratándose del tipo del artículo 340, éste no lo requiere expresamente; -- sin embargo, para que el abandono sea penalmente relevante, es necesario que el sujeto activo "no haya dado aviso a la autoridad" o "hubiere omitido el auxilio necesario, cuando haya podido haberlo, sin riesgo personal"; es decir, se requiere que haya una "omisión de aviso" o "una omisión de auxilio" para que el abandono de persona sea punible.

f) Por lo que se refiere a las modalidades de lugar, tiempo y ocasión; el tipo del artículo 340 señala que el sujeto pasivo se encuentre abandonado "en cualquier sitio"; es decir, no se requiere un sitio determinado, sino que puede ser en cualquiera; esto es, en cualquier lugar. Como modalidad de tiempo, podría señalarse respecto del aviso que debe darse a la autoridad, que éste no haya hecho de "inmediato"; y como modalidad de ocasión, que la persona abando

nada, sea un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, o bien, una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera.

4.- La atipicidad o ausencia de tipicidad. Causas. Por lo general se ha dicho que atipicidad "es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo" (48). En otras palabras según González López Emilio, la tipicidad aparece "cuando - el hecho de la vida no encaja en alguna de -- las figuras delictivas descritas por el legislador" (49).

Por último, Mangel dice que cuando falta alguno de los elementos contenidos en la figura rectora se produce la ausencia de tipicidad (50).

A este respecto es importante señalar la interesante tesis de Jiménez de Asúa al señalarnos que la ausencia de tipicidad, se dá, en éstos dos supuestos: a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales especiales, y puesto que son varias las re-

(48) Castellanos Tena Fernando, op cit p. 172

(49) Citado por, Jiménez de Asúa Luis, "Tratado de Derecho Penal" Tomo III Edit. Lozada, Buenos Aires. p. 940

(50) Citado por Jiménez de Asúa, op. cit. p.

laciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse; y - b) cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (51). Este segundo supuesto se refiere a la ausencia de tipicidad en sentido estricto. Asimismo, Jiménez de Asúa continúa - diciendo en su Tratado, que la atipicidad, puede provenir de la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, - del objeto, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto, así como de la ausencia en la conducta, de los elementos subjetivos, de lo injusto y hasta de los elementos normativos que de manera taxativa han incluido la ley en la - descripción típica (52).

En el caso del artículo 340 la atipicidad se dará por tanto, por falta de cualquiera de - los elementos del tipo que se han señalado en - el punto No. 3. Así, por ejemplo, se dará por falta de calidad en el sujeto pasivo que exige

(51) Jiménez de Asúa Luis, op cit, p. 940

(52) Ibidem.

el tipo del artículo 340; es decir, cuando no se trate de un "menor incapaz de cuidarse a sí mismo", o de una "persona herida o inválida, amenazada de un peligro cualquiera". Lo mismo sucede por falta del bien jurídico, sabiendo que el bien jurídico que se protege es el de la vida o integridad corporal; por tanto, habrá atipicidad en éste caso, cuando la conducta, es decir, la omisión de auxilio se haya hecho con cualquier persona que no peligraba su vida y - mucho menos su integridad física o corporal; lo cual es válido también tratándose del objeto material. La atipicidad no podrá darse por falta de calidad en el sujeto activo, ya que en relación a este no se exige una determinada calidad, sino que puede ser cualquier persona y no específicamente una persona determinada.

Igualmente sucede con las referencias espaciales y temporales, en donde la atipicidad no se presenta, ya que, en el texto legal del artículo 340 se señala que puede ser en cualquier sitio, y, por tanto, se entiende que puede ser a cualquier hora del día, sin señalar - algún lugar determinado; sin embargo, si el aviso a la autoridad se diera de manera inmediata,

no habrá tipicidad.

En cuanto a los medios o formas de realización de la acción, el tipo del artículo -- 340 no requiere expresamente de éstos medios o formas, no se puede afirmar que por falta de éstos exista atipicidad, ya que simplemente el acto es una omisión de auxilio o de aviso que no encierra determinada forma de realización.

III.- LA ANTIJURIDICIDAD.

1.- Concepto de antijuridicidad.

En cuanto hace a este elemento del delito, se han dicho cosas diversas para definirla. Así, un primer concepto de carácter formal nos lo da Jiménez de Asúa, diciendo que: "Antijuridicidad es lo contrario al Derecho" (53). En éste mismo sentido Carrancá y Rivas define a la antijuridicidad como: "La oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado (54).

Por otro lado se han elaborado otros conceptos de la antijuridicidad, como el material, el objetivo y el concepto subjetivo, que a con

(53) Jiménez de Asúa Luis, op cit. p. 958

(54) Carrancá y Rivas Raúl, "El Drama Penal", 1a. Edición, Edit. Porrúa, México 1982, p. 27

tinuación mencionamos:

Jiménez Huerta dice, respecto del concepto de antijuridicidad material, "que para que una conducta pueda considerarse delictiva, necesario es que se lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la sociedad" (55). En otra interpretación, Villalobos dice "que la antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley" (56).

Por cuanto hace a la antijuridicidad objetiva, Jiménez de Asúa dice que ésta considera "por exigencias sistemáticas vinculado lo injusto a la mera contradicción del acto con la norma, sin tener necesidad de verificar si el agente obró de manera culpable, y en la antijuridicidad subjetiva se establece que para decidir lo antijurídico pretende previamente analizar si en la conducta del sujeto activo, hubo dolo o culpa, así como capacidad para obrar culpablemente" (57).

(55) Jiménez Huerta Mariano, "La Antijuridicidad", Imprenta Universitaria, Mex. 1952. p. 9

(56) Villalobos Ignacio, op cit. p. 249

(57) Jiménez de Asúa Luis, op cit. p. 981

Para que una conducta sea considerada delictiva, además de ser típica debe de ser antijurídica, es decir, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, es decir, contrario al Derecho (58). Previamente, por tanto, debe afirmarse la tipicidad. Una vez afirmada ésta, para decir que una conducta es antijurídica habrá que ver si en ella no concurre alguna causa de justificación; con lo que podemos concluir que: una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está amparada por alguna causa de justificación.

2.- Las causas de justificación en el artículo 340 del Código Penal.

Como causas generales de justificación, llamadas también Excluyentes de Antijuridicidad, tenemos a: La legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, así como el ejercicio de un derecho y el impedimento legítimo. Analizando el concepto y los requisitos de cada uno de ellos, se determina que, por lo general, ninguna de éstas excluyentes se presenta en el delito, objeto de

(58) Cfr. Jiménez de Asúa Luis, op. cit. p. 952

análisis del artículo 340. Solamente se presenta como causa de justificación, el estado de necesidad, a lo que Manzini opinó que: "puede presentarse advirtiendo que tal necesidad debe consistir no solo en la imposibilidad de cumplir personalmente con la obligación de custodia, o cura, sino además en la imposibilidad de exigir la asistencia pública o privada a favor del incapaz de proveerse a sí mismo". (59).

Von Ligst, define al estado de necesidad como: una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cuál no queda otro remedio, que la violación de -- los intereses de otro jurídicamente protegidos -- (60).

Así mismo, en relación al estado de necesidad tenemos que se integra de cuatro elementos que son: a) una situación de peligro, real, grave e inminente; b) que la amenaza recaiga -- sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); c) un ataque por parte de quien

(59) Citado por Porte Petit, Dogmática, p. 328

(60)CFr. Castellanos Tena Fernando, op cit. . 206

se encuentra en el estado necesario; y d) ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial (61). Por cuanto hace al estado de necesidad, en el artículo 340 el elemento que tiene mayor relevancia, pienso que es el primero, que se refiere a una situación de peligro, -- real, grave e inminente, ya que es lo que va a imposibilitar al agente activo de que pueda cumplir con la obligación de custodia en favor de la persona que se encuentra en peligro.

El consentimiento es considerado también como otra excluyente, que tiene eficacia en aquellos delitos que requieren como elemento integrante, que el hecho se realice contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, así por ejemplo: no hay hurto cuando se toma la cosa ajena con la voluntad de su dueño, ni violación, cuando la mujer mayor de edad consiente la cohabitación o tolera el acto impúdico (62).

A este respecto agrega Manzini que "el consentimiento no justifica el abandono, sea por

(61) Ibidem; Cfr. Igualmente lo que establece el artículo 15, Frac. 4a. del Código Penal para el D.F.

(62) Cfr. a este respecto, Cuello Calon Eugenio, op. cit. p. 353

que el peligro para la vida o la incolumidad personal, que constituye un presupuesto del de lito en estudio, es indeterminado y sin embargo, se refiere también a intereses (vida, lesiones graves o gravísimas) a las cuales una persona normal no podría válidamente renunciar" (63).

En relación a los delitos contra la in te g r i d a d a d e l o q u e a n a l i z a m o s, es opinión común en la doctrina, que el hombre no puede disponer de su vi d a, éste es un bien inalienable, y de trascendencia social su integridad y su salud (64).

Sin embargo, dice Magiore que se admite la eficacia del consentimiento cuando el hecho se realice en interés del que consciente, como en el caso de las operaciones quirúrgicas con finalidad curativa (65).

Por su parte, Porte Petit dice, que el consentimiento: no tiene relevancia para originar una causa de justificación, porque se tra

(63) Cfr. Porte Petit, Dogmática, p. 301

(64) Cuello Calón, op. cit. p. 355

(65) Ibidem.

ta, en este delito de personas incapaces de proveerse a sí mismos, de bienes no disponibles (66).

En efecto, con relación a lo dicho, considero que el consentimiento no debe aceptarse como causa de justificación, debido a que en este caso del artículo 340, pelagra sobre todo la vida y lógicamente, la integridad física del sujeto pasivo; por lo que resultaría absurdo pensar que cierta persona que se encuentra en peligro pueda consentir que se le abandone; y aunque así sucediera, de todas maneras; la persona que se encuentre con ésta situación que encuadra el artículo 340, debe proporcionar el auxilio con o sin el consentimiento del sujeto pasivo. Por tanto no es operable el consentimiento como causa de justificación en éste delito.

(66) Ibidem.

IV.- LA CULPABILIDAD.

1.- Concepto.

Dentro de la doctrina penal, se han formulado diversos conceptos acerca de la culpabilidad:

1º El concepto psicológico de la culpabilidad que considera a ésta como "el nexo psíquico existente entre el hecho y su autor" (67) Dicho de otra forma, según Balestra, culpabilidad es la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él.(68)

En la revista de Derecho Penal Contemporáneo dice Olga Islas que la Teoría Psicológica de la culpabilidad es seguida en Alemania, por Gustavo Radbruch y Franz Von Liszt; en Italia por autores como Vanini y Ranieri. En Argentina es aceptada esta Teoría por la mayoría de los autores penalistas, Y en México los autores que incluyen en sus conceptos de la culpabilidad características psicológicas, son:

(67) Cfr. Islas de González Mariscal Olga, "El error en el modelo lógico de Derecho Penal". Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Editorial 11, - México 1970 No. 35 p. 16

(68) Citado por Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 332

Villalobos y Castellanos Tena, entre otros (69).

Respecto del concepto que sostiene Villalobos en cuando a la Teoría Psicologista tenemos que: "La culpabilidad generalmente consiste en - el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca opinión en el dolo, o in directamente por indolencia o desatención nacidos del desinterés o subestimación del mal ajeno - frente a los propios deseos en la culpa"(70).

En éste mismo sentido, Castellanos Tena a firma, que la culpabilidad es: "El nexu inte- lectual y emocional que liga al sujeto con su acto" (71).

Para Liszt de Alemania, la culpabilidad es: "La relación objetiva entre el acto y el ac - tor" (72).

(69) Cfr. Islas de González Mariscal Olga, op. cit. p.16

(70) Villalobos Ignacio, op. cit. p. 279

(71) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 297

(72) Liszt, "Tratado de Derecho Penal". 20a. Ed., Reus, Madrid, 1929, Tomo II, p. 375

Por último, respecto a éste aspecto psicológico de la culpabilidad, Vannini dice, que lo que interesa, es la relación de identidad meramente formal entre la voluntad y las modificaciones externas determinadas por ella, cuya relación no admite graduaciones cualitativas o cuantitativas (73). Por tanto, dice Olga Islas - que desde el punto de vista psicológico: "La culpabilidad es la relación causal subjetiva entre el hecho previsto por la ley penal como delito y el autor del hecho" (74)

2º El Concepto Normativo de Culpabilidad.

Esta Teoría aparece en Alemania con Reinhard Frank, y define a la culpabilidad normativa como: "Reprochabilidad de una conducta anti-jurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible". Sostien este mismo autor, - que la culpabilidad, no es un nexo psicológico entre el mundo afectivo del autor y el resultado típico, sino un juicio por el que se afirma que el sujeto se ha comportado contraria

(73) Cfr. Jiménez de Asúa Luis, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Lozada, Buenos Aires, 1956, Tomo V p.p. 150-151

(74) Islas de González Mariscal Olga, op. cit. p. 17

mente a su deber, cuando podía ser fiel a la ley. (75)

Entre los conceptos normativos de la culpabilidad, como más importantes destacan los siguientes: Para Mezguer la culpabilidad en sentido normativo consiste: "en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica" (76).

En relación a ésta teoría, Jiménez de Asúa resume así sus aspectos fundamentales:

a) La Culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.

b) La Culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.

c) La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

(75) Citado por Islas de González Mariscal Olga, op. cit. p. 26

(76) Citado por Pavón Vasconcelos, op. cit. p.336

d) La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad. (77)

En referencia a cada uno de éstos aspectos, antes mencionados, Vela Treviño dice en cuanto al primero que: La voluntad sobre la cual recaerá el calificativo de culpable o in culpable es una voluntad referida a un hecho concreto, que satisface las condiciones previas de ser típico y antijurídico. Ahora bien, la culpabilidad es un proceso atribuible a una mo tivación reprochable, es decir, cuando el suje to encamina el sentido de su voluntad hacia la realización de una conducta típica o antijurídica, previamente ha resuelto dentro de sí en un proceso psíquico puro, el sentido que ha de dar a su comportamiento. El tercer aspecto, se refiere a que la reprochabilidad de la conducta únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto. Por úl-

(77) Cfr. Jiménez de Asúa Luis, "Tratado de Derecho Penal". 2a. Edición, Edit. Lozada, Buenos Aires, 1963, p. 164

timo, el aspecto del inciso d), se basa en lo siguiente: únicamente cuando hay exigibilidad - puede formularse el juicio de reproche y solo cuando algo se reprocha a alguien entonces podrá haber culpabilidad. (78)

3° Teoría finalista de la culpabilidad.

Para el concepto normativo en la Teoría final de la culpabilidad, Zaffaroni dice: "Es el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor". (79)

El concepto normativo en la teoría final de la culpabilidad, aún no ha logrado -- constituir un reproche que alcance en lo personal al autor, o sea, como individualidad. Este reproche se formulará solo cuando el autor sucumba al estímulo criminal pese a que podía, en su concreta situación, ofrecer resistencia - en la medida que le podía ser exigida a él personalmente, considerando sus cualidades y ca pacidades. (80)

(78) Vela Treviño Sergio, "Culpabilidad e Inculpabilidad", 1a. Ed. Edit. Trillas, Mex. 1973, p.p. 184, 186, 188, 194

(79) Zaffaroni Eugenio Raúl, "Teoría del Delito", - Ediar, Buenos Aires, 1973 p. 506

(80) Cfr. Islas de González Mariscal Olga, op. cit. P. 48

En síntesis, culpabilidad es reprochabilidad personal de un injusto a su autor. (81)

2. Elementos de la culpabilidad.

En cuanto a los elementos de la culpabilidad, Zaffaroni señala los siguientes: la disposición interna contraria a la norma, la posibilidad de realizar otra conducta, posibilidad de motivarse en la norma, la exigibilidad y el ámbito de libertad. (82)

Para los psicólogos la culpabilidad es el nexu psíquico entre el hecho y su autor. Esta relación subjetiva en los delitos dolosos, se identifica con el dolo, y, en los delitos culposos, es lo mismo que la culpa. Es decir; la culpabilidad, o es igual al dolo o es igual a la culpa; no hay más contenido en la culpabilidad. Por ello, el dolo y la culpa -- son las dos especies de aquella. Cada una de estas dos especies constituyen por sí mismas la culpabilidad, de manera que hay culpabilidad cuando existe el dolo, o, en su caso, la

(81) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 70

(82) Zaffaroni Eugenio Raúl, "Teoría del Delito", Ediar Buenos Aires, 1973, p. 506

culpa, y no la hay cuando faltan ambas especies. (83)

Al respecto Goldschmit incluye también la "exigibilidad" como elemento de la culpabilidad siendo ésta una acción que tiene frente a la ley penal, dos aspectos: el de su legalidad y el de su exigibilidad. La norma de deber exige al individuo que se motive por la representación del deber jurídico únicamente si no ésta decidido a obedecer a la ley por otros motivos; el fin de la norma de deber no es pureza interior de los sentimientos, sino la determinación de la conducta exterior de los individuos. (84)

Dentro del concepto finalista tenemos que el dolo y la culpa se trasladan de la culpabilidad a la acción para dar contenido a la voluntad. Ahora, la voluntad no se define como el querer el movimiento corporal, pues voluntad, en los delitos dolosos, es por ejemplo, querer matar, querer lesionar, etc.

(83) Cfr. al respecto, Islas de González Mariscal Olga, op. cit. p. 16; Zaffaroni, op cit. p.509

(84) Cfr. Islas de González Mariscal Olga, op.cit. p. 28

Por otro lado, la culpabilidad al ser liberada del dolo y de la culpa, deja de ser un concepto complejo y se convierte, ahora sí, en un juicio de reproche cuyos elementos son: la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento del injusto y la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. (85)

La teoría finalista de la acción ha separado del dolo su contenido emocional (conciencia de la antijuridicidad) y lo ha alojado, -- así concebido como: "dolo de hecho" (voluntad del resultado y conocimiento de los hechos), en el injusto típico, y más precisamente como elemento fundamental del tipo subjetivo del delito (86).

(85) Cfr. Islas de González Mariscal Olga, op. cit. p. 46; Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 70; Welzel Hans, "Derecho Penal", op. cit. p. 172

(86) Cfr. Bacigalupo Enrique, "Culpabilidad, dolo y Participación", Edit. Alvarez, Buenos Aires, - 1966 p. 23

3. La Culpabilidad en el delito del artículo 340 del Código Penal.

En cuanto al elemento de la culpabilidad en el delito de "omisión de socorro", Rodríguez Mourullo dice que el elemento intelectual de éste "está representado, de una parte, por el conocimiento de estar en presencia de una persona desamparada y en peligro grave y por la previsión de que omitiendo el auxilio se deje subsistente la situación de peligro" -- (87). Esto es así para el concepto de culpabilidad que incluye en ella al dolo. En el concepto del dolo propio de la doctrina finalista, el elemento intelectual, dice Rodríguez Mourullo, "se sitúa en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. El elemento volitivo o emocional del dolo de este delito está representado por la voluntad de omitir el socorro y dejar inmutada la situación de peligro grave en que se halla la persona desamparada" -- (88).

(87) Rodríguez Mourullo, op. cit. p. 255

(88) Ibidem.

Según Vannini, en la hipótesis de omisión de socorro, el delito es siempre el mismo y no cambia, aunque el culpable haya omitido el auxilio precisamente con la intención de determinar la muerte. Vale tanto que se haya omitido la prestación para evitar molestias o no perder tiempo, cuanto omitirla por la brutal alegría de ver morir un rival. (89)

Ahora bien, por lo que hace a la culpa como elemento de la culpabilidad, algunos autores la desconocen como tal, y dicen que solo es posible la apreciación de la forma dolosa en los delitos de "omisión de socorro" pero como veremos en su oportunidad, en el siguiente inciso nos damos cuenta que sí es posible encuadrar a la culpa como un elemento integrante de la culpabilidad.

Cuello Calon, por su parte, siguiendo un concepto de culpabilidad como lo sostiene la teoría causalista, afirma que en el delito que analizamos, pueden concurrir el dolo y la

(89) Citado por Rodríguez Mourullo, op. cit. p.258

culpa. Tomando en cuenta que la culpa puede presentarse en base a que, el prestar el socorro sea insuficiente por negligencia o retardo para demandar el auxilio ajeno. (90) Ranieri dice que es doloso tomando en cuenta el carácter psicológico consistente en: "La voluntad de omitir, dar inmediato aviso a la autoridad o de prestar la asistencia debida, con la conciencia de que la persona encontrada está abandonada o perdida e incapaz de proveerse a sí misma, o con la conciencia de que se trata de un cuerpo o de persona herida, o en peligro". (91)

Por último el maestro Porte Petit, siguiendo igualmente un concepto de culpabilidad que incluye al dolo y a la culpa en su estructura, explica que en esta figura delictiva no es posible aceptar una omisión de auxilio culposa ya que el dolo es la única especie de culpabilidad en este caso que se trata de un delito de mera conducta que hay en un ne

(90) Citado por Porte Petit Candaudap, Dogmática, - p. 301

(91) Citado por Porte Petit Candaudap, Dogmática, - p. 302

no entre el sujeto y la conducta omisiva realizada. (92)

Por mi parte, reitero la presencia de la culpa en este delito del artículo 340 del Código Penal, pues creo que si puede ser posible omitir un auxilio, descuidando el tiempo preciso en que se debe dar aviso a la autoridad, es decir, la falta de inmediatez, por negligencia o retardo.

De acuerdo con la concepción normativa de culpabilidad que maneja la teoría de la acción finalista, la culpabilidad en el delito que analizamos, tendrá que afirmarse de diferente manera. En ella ya no habría que examinar el problema del dolo o de la culpa, sino otros componentes, que son: imputabilidad (como capacidad de comprender la relevancia jurídica de la acción y capacidad de motivarse de acuerdo a dicha comprensión), posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad. El problema del dolo y de la culpa -

(92) Cfr. Porte Petit Candaudap, op. cit. p. 302

habrá que analizarlos para efectos de la tipicidad.

4.- Causas de Inculpabilidad.

Las causas que excluyen la culpabilidad serán diversas según el concepto mismo que se maneje de culpabilidad. Si se maneja un concepto psicológico de culpabilidad, las causas de exclusión de la misma serán: el error, que afecta el elemento cognocitivo y la coacción que afecta el elemento volitivo. El error se clasifica en: error de derecho y error de hecho. El primero se presenta cuando el sujeto tiene un falso conocimiento de la ley. Y el error de hecho es una falsa apreciación del real acontecimiento.

El error también puede ser esencial, que consiste en una inexacta apreciación de los elementos constitutivos del delito; o bien, el error puede ser: accidental que, según Magiore, recae sobre elementos accidentales del delito. Por ello carece de relevancia para destruir la culpabilidad, y deja íntegro el delito. Consecuentemente no tiene trascendencia jurídico penal.

Por último, el error es vencible cuando poniéndose cuidado en el hacer o no hacer, a -

quel se elimina. Es el error proveniente de culpa. El invencible no puede atribuirse a la culpa del sujeto, o sea que, aún poniendo éste "cuidadosa diligencia" en su actuar, no es posible disipar el error. (93)

En el concepto normativo de culpabilidad de la teoría causalista, las causas de exclusión son aquellas que afectan cualesquiera de los elementos que la estructura. Así habrá inculpabilidad cuando hay inimputabilidad, cuando no hay dolo o culpa (que puede darse también por error o por coacción) y cuando no hay exigibilidad de otra conducta distinta a la realizada.

Para el concepto finalista de culpabilidad existen como excluyentes: la inimputabilidad, el error de prohibición y la inexigibilidad. El error de prohibición es aquel que recae sobre la conciencia de la antijuridicidad, sólo afecta a la culpabilidad y deja incólumes al dolo o a la culpa que son elementos

(93) Sobre todo esto, Cfr. Islas de González Mariscal Olga, op. cit. p. 20

subjetivos del tipo. (94)

Para efectos del delito que estamos analizando (art. 340), la inculpabilidad, por tanto, se afirmará según el criterio que sigamos, de acuerdo a lo anteriormente dicho.

(94) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal", op. cit. p. 450; Bacigalupo, "Lineamientos de la Teoría del Delito". Editorial Depalma Buenos Aires 1974 p. 88

Capítulo Tercero

LA TENTATIVA EN EL DELITO DEL ARTICULO
340. DEL CODIGO PENAL.

CAPITULO TERCERO

LA TENTATIVA EN EL DELITO DEL ARTICULO
340 DEL CODIGO PENAL.

I. Consideraciones Generales.

1.- Concepto de Tentativa.

Para hablar de la tentativa en el delito que analizamos, es conveniente dar previamente un concepto de lo que es tentativa. Para ello es necesario analizar el texto contenido en el artículo 12 del Código Penal y lo que la doctrina dice al respecto. De acuerdo con el artículo 12 del Código Penal del D. F. "la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

"Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito". Conforme dicho texto la tentativa es la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la ejecución de un delito, o su realización, no

consumándose éste, por causas ajenas a la voluntad del agente. Dicho de otra forma, son los actos que tienen por objeto, llegar a un fin: el delito, no obteniendo dicho objeto el agente quien ejecutó dichos actos, por causas ajenas a su voluntad.

La tentativa, según la definición clásica de Carrara es: "Un acto externo que por su naturaleza conduce univocamente a un resultado criminoso y que el agente dirige con explícita voluntad a ese resultado, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un hecho superior o equivalente al que se quería violar". (1)

Por su parte, Ramón Palacios dice que: "el concepto de perfección se puede entender desde un punto de vista natural o jurídico. - Así en cuanto el primero, dice, es obvio que la consumación es perfección, por corresponder el acto humano con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador, y que

(1) Carrara Francisco, "Programa de Derecho Criminal", Editorial Temis, Bogotá 1971, Traducción de José Ortega, p. 246

la tentativa es imperfección porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; más jurídicamente estimado - el tema, es consumación y perfección del delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues sustituido el resultado por el peligro, verificase ya la subsumación del hecho histórico, en los preceptos que prevén y suman el actuar en el que está ausente el resultado". (2) Estamos de acuerdo en que la tentativa es un delito imperfecto. En base a lo establecido en el Código Penal vigente que señala: la no consumación de ciertos hechos que han ido encaminados a la realización de un delito que no se presenta. Por tanto, al no ocurrir esto la conducta delictiva es de naturaleza imperfecta. Ahora bien, Zaffaroni menciona en su Teoría del Delito a la consumación formal, en donde puede quedar pendiente el agotamiento del hecho y la consumación material que se produce cuando el sujeto logra la finalidad que con la vo

(2) Palacios Ramón, "La Tentativa". Segunda Edición, Universidad de Nuevo León, Méx. 1969, pp. 34,35

luntad delictiva se proponía. (3) Por tanto, en consecuencia de acuerdo a esto anterior, podemos afirmar que la perfección llegará en el momento en que se hayan agotado tanto la consumación formal como la material.

Por otra parte, en el libro de la Tentativa de Malo Camacho, se dice que conforme a la orientación clásica, el análisis sobre la esencia del delito permite destacar, en primer término, los elementos objetivos y subjetivo. Siendo referido el primero al hecho físico material del cual habrá de derivarse la existencia del delito, en general estudiado en sus tres momentos de conducta, resultado y nexu causal y el segundo, integrado por el factor de intencionalidad que habrá de unir la voluntad del agente con el resultado producido (4). En éste caso la consumación o perfección se integrará con la concurrencia de estos dos elementos, es decir, el objetivo y el subjetivo. En este mismo sentido, Bacigalupo dice que para el

(3)Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 678

(4) Malo Camacho Gustavo, "Tentativa del Delito", UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mex. 1971, P. 3

análisis de los elementos del delito tentado, es posible utilizar idénticos medios conceptuales que para el delito consumado. Así, los elementos del delito pueden agruparse en los que corresponden al tipo objetivo y los que son del tipo subjetivo. Elementos del tipo objetivo son los que se vinculan con la realización exterior de la acción desde el momento en que comienza la ejecución. Por lo que se refiere al tipo subjetivo, éste está compuesto por el dolo y en algunos casos por elementos especiales de la autoría o de lo injusto que se suman al dolo (5). El problema relativo a la delimitación entre tentativa y actos preparatorios, no lo abordamos en este trabajo por que excedería los límites del mismo, toda vez que respecto de aquel problema existen diversos criterios.

(5) Bacigalupo, Enrique "Reflexiones sobre la Tentativa en el Código Penal Mexicano", Revista de la Procuraduría, Méx. pp. 2, 3.

2. Clases de Tentativa.

En la doctrina del Derecho Penal se ha acostumbrado clasificar a la tentativa en:

Tentativa inacabada y tentativa acabada.

Por lo que se refiere a la primera Mezuguer dice que: "la tentativa inacabada es aquella en la cual, el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito" (6); a ésta clase de tentativa, se le dió el nombre de "CONATO" en el Código Penal de 1871.

Asimismo, en relación a la tentativa inacabada, Abarca dice que: "Consiste en los actos de ejecución que no llegan al último momento en que debía producirse el resultado" (7). Como ejemplo de esta tentativa, el mismo autor nos dá el siguiente: una persona apunta en contra de su enemigo, pero cuando está a punto de disparar, alguna causa súbita lo impide (8).

(6) Citado por, Pavón Vasconcelos, la "Tentativa", op. cit. p. 21

(7) Cfr. Abarca, Ricardo op. cit. p. 370

(8) Ibidem.

En cuanto a la tentativa acabada o de lito frustrado, el agente llega a la ejecución de todos los actos que debía producir el resultado delictuoso, pero éste por alguna razón que en este caso debe ser ajena a la voluntad del agente no se produce. Así, pues, citando otro ejemplo de Ricardo Abarca en este tipo de tentativa, tenemos que: una persona dispara sobre su enemigo para causarle daño en su persona, pero la bala no toca al presunto ofendido (9). Por tanto, en la tentativa acabada si se han verificado todos los actos, sin que el resultado se haya producido por virtud de causas ajenas a la voluntad del agente.

En conclusión, con respecto a las clases de tentativa, podemos afirmar que la diferencia de ambas estriba precisamente en el grado de realización de los actos ejecutivos; es decir, de los actos que se requieren para la consumación del delito. Mientras que en la tentativa acabada, se realizan todos los actos, en

(9) Cfr. Abarca, Ricardo, op. cit. p. 370

la inacabada, dichos actos no son superados en su totalidad, sino solo parcialmente. O sea, en el caso de la tentativa inacabada, aún faltan actos por realizar. Pero en ambos casos para que sea punible la no producción del resultado debe ser en virtud de causas ajenas a la voluntad del agente.

3. La Tentativa en el artículo 340 del Código Penal.

En el delito, objeto de análisis, no se presenta la tentativa en ninguna de sus dos formas, es decir, acabada e inacabada.

Para entender el problema de la tentativa en el delito que analizamos, habrá que ver primeramente si la tentativa es admisible en omisión simple.

A este respecto dice Petrocelli, que "en los delitos de omisión simple, la consumación se alcanza a través de la realización de un solo acto que en el caso se presenta como acción negativa, no se observa posible realización del delito en la forma de tentativa donde se requiere, indicado forzosamente de una --

pluralidad de actos jurídicamente relevantes que puedan integrar la fase externa del iter criminoso" (10)

Los delitos de omisión según Mezger, se caracterizan, en un no hacer cuya fundamentación radica en la acción esperada y exigida por la norma y sin la cual es imposible referirse a la omisión en sentido jurídico (11). En base a esta consideración, Pavón Vasconcelos afirma que no puede haber tentativa en "los delitos de omisión simple, en los cuales el tipo principal no exige un resultado material traducido en un daño o lesión afectiva al bien jurídico" (12). Aceptando como válida también la opinión de Jiménez de Asúa, tenemos que: "los delitos de omisión no son susceptibles de tentativa puesto que el comienzo solo hipotéticamente se presenta como acción esperada. Y la ausencia de ésta no puede castigarse más que cuando de su falta resulte un efecto. (13)

(10) Citado por, Gustavo Malo Camacho, op. cit. p. 20

(11) Citado por, Francisco Pavón Vasconcelos, "La Tentativa", p. 150

(12) Pavón Vasconcelos Francisco, op. cit. p. 151

(13) Citado por, Pavón Vasconcelos Francisco, op. cit. p. 151

Al referirse a este problema Spasiri dice que "el sujeto tiene un término dentro del cual debe impedir la verificación del evento ti pico: en tanto ese término no haya expirado, la conducta efectivamente realizada no es todavía relevante, es decir, omisiva; y, de otra parte, - apenas ese término haya transcurrido, el delito se ha consumado ya" (14). A este respecto tenemos que, en nuestro Código no se señala un término para dar el auxilio; y por tanto, señala el mismo Código que éste deberá ser "inmediato" por lo que la inmediatez del agente debemos tomarla en cuenta atendiendo a las posibilidades - que tenga éste, según el lugar en que se en-cuente, ya que no podemos exigir a nadie cierta inmediatez cuando las condiciones del lugar - en que se encuentra no tiene vías de comunica-ción y mucho menos, medios para movilizarse en busca de cualquier autoridad para dar el aviso. En este caso la inmediatez se ajustará al tér-mino que requiera el agente para cumplir con la

(14) Citado por, Rodríguez Mourullo, op. cit. p. 276

obligación y así evitar la omisión. Ahora bien, si tratándose de dar aviso a la autoridad próxima, se requiere de una hora por ejemplo y si no se hiciere, entonces habrá retraso y, por tanto, el delito se habrá consumado.

Vannini, por su parte señala que: "o se omite hasta el instante en que decae el término útil para el obligado cumplimiento del acto impuesto por la norma, y, luego, tempestivamente se ejecuta la acción debida, y en tal caso no se ha cometido nada contrario a la norma, porque la omisión precedente a la acción tempestivamente cumplida expresa el ejercicio de un derecho, constituye, en definitiva, un comportamiento perfectamente lícito; o bien, el acto impuesto por la norma se ejecuta fuera del término fijado y, en tal caso, a pesar de la ejecución de la acción, el delito está ya con ello consumado, en cuanto a la sucesiva acción no elimina del mando de los fenómenos jurídicos la precedente omisión culpable (15).

(15) Citado por Rodríguez Mourullo, op. cit. p. 277

Manzini dice, en relación al delito de omisión de socorro, que tratándose de un delito típicamente omisivo no es jurídicamente posible la tentativa (16). En el mismo sentido, --Porte Petit en su Dogmática sostiene "que este delito no puede cometerse en grado de tentativa ya sea acabada o inacabada, porque constituyendo un delito de simple omisión u omisión "verdadera", no puede realizarse un comienzo de inejecución o inejecución acabada" (17).

En el Código Penal anotado de Carrancá y Trujillo, se establece que son configurables en el delito del artículo 340 del Código Penal el dolo y la imprudencia; excluyendo a la tentativa como configurable en dicho delito (18). Igualmente González de la Vega en sus opiniones en el Código Penal Comentado, nos habla de la penalidad prevista que es muy baja porque - la asistencia a los extraños necesitados siempre se

(16) Ibidem.

(17) Porte Petit Candaudap, op. cit. p. 305

(18) Cfr. Carrancá y Trujillo Raúl, "Código Penal Anotado", 9a. Ed. Edit. Porrúa, Méx. 1981, p. 660

ha estimado más como un deber moral que legal (19). Pero en sus comentarios este autor no incluye a la tentativa como forma de aparición en este delito objeto de nuestro análisis.

En síntesis podemos entonces afirmar que la tentativa se presenta solamente en aquellos delitos en los que se tienen que ejecutar ciertos actos; es decir, en los delitos de acción y no en los delitos de omisión, puesto que "omitir equivale a consumir" (20).

Asimismo, respecto de la tentativa, no han dejado de suscitarse dudas respecto a ciertos supuestos. Es conocido el ejemplo del que se ocupó Frank, relativo al caso de que el obligado a actuar se niegue a hacerlo en el primer momento en que tiene ya el deber de realizar la acción, que cumple luego, todavía tempestivamente, en virtud de violencia o amenaza ejercida sobre él por un tercero (21)

(19) Cfr. González de la Vega Francisco, "Código Penal Comentado", 1a. Edición, Editorial Porrúa, Mex. - 1974, p. 356

(20) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, "La Tentativa", p. 151

(21) Cfr. Rodríguez Mourullo, op. cit. p. 277

Por nuestra parte, consideramos que al aparecer consumado el delito cuando ha dado comienzo su ejecución, sin que esta llegue a consumarse, la tentativa no puede figurar dentro del delito que analizamos, ya que al encuadrar la conducta del agente con el tipo, de hecho podemos afirmar que el delito se ha consumado; aunque la ayuda o el aviso pueda hacerlo después, de todas maneras el delito ha quedado perfectamente configurado.

Para entender y dejar bien claro si se presenta o no la tentativa en el delito que analizamos, Vannini presenta el siguiente ejemplo: "un hábil cirujano A viaja en un automóvil en compañía de un amigo B. En un determinado punto los dos viajeros encuentran en tierra y herida a una persona. Es un pariente de B, pero temido rival de A. En un primer momento A se niega a socorrer al herido, pero luego, seriamente amenazado con una pistola por B, desciende del automóvil y no regateando su habilidad profesional, salva la vida del herido. En esto según Vannini son dos las posibles soluciones: a) podría considerarse que el socorro no fué prestado inmediata

mente y, por consiguiente, se tiene por consumado el delito, si esto no repugnase el buen sentido, pero de tentativa no se puede hablar en absoluto; b) se considera que la acción ordenada por la ley fue cumplida dentro del término hábil, y en este caso no podría hablarse ni de consumación y tampoco de tentativa (22).

Ahora bien, en base a este ejemplo anterior de Vannini, si lo relacionamos con el delito que analizamos del artículo 340, nos damos cuenta que en realidad se puede romper con la omisión de dar auxilio, e incluso con la involuntabilidad de dar aviso a la autoridad siempre y cuando se haga bajo alguna amenaza como en el ejemplo citado; en el cual el agente no obra por su propia voluntad para dar el auxilio o el aviso; sino que es impulsado por una voluntad ajena en la cual si no accede positivamente se pone en peligro su vida, o algún otro bien que tenga relevancia para sí mismo. En este caso, el agente ya incurrió en el delito; ya quedó encua

(22) Cfr. Rodríguez Mourullo, op. cit. p. 278

drada su conducta al tipo. Posteriormente es obligado a dar ayuda, por lo que se puede decir que ha reparado el daño de manera obligada. Por tanto, considero que la punibilidad de todos modos debe considerarse como imputable al agente - que ha hecho posible la consumación del delito - por haber omitido la acción esperada por la norma.

Cosa diferente será en el caso de que el que primeramente omitió prestar el auxilio o dar aviso con posterioridad se desiste o arrepiente y voluntariamente presta el auxilio o dá aviso ya omitido. Aquí es donde se plantea, si no obstante prestar voluntariamente el auxilio o dar voluntariamente el aviso, el sujeto debe ser sancionado o no, si se acepta que el hecho ya está consumado; y el problema se plantea aún más, si ante la omisión y la prestación posterior del auxilio, de manera voluntaria, no ha transcurrido mucho tiempo. Y es precisamente aquí donde podría aceptarse la posibilidad de la tentativa, para que el acuerdo a lo que se señala en el artículo 13 del Código Penal; esta solo será punible si la no producción del re -

sultado típico se debió a causas ajenas a la -
voluntad del agente; y puesto que, cuando el pe-
ligro se evita porque el omitente se desiste o
arrepiente, la conducta anterior deberá quedar im-
pune.

Capítulo Cuarto

LA AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL ARTICULO
340 DEL CODIGO PENAL.

CAPITULO CUARTO

LA AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL ARTICULO 340 DEL
CODIGO PENAL.

I. Concepto y Regulación.

1.- Concepto. La doctrina considera al problema de la autoría y participación como otra de las formas especiales de aparición del delito, junto a la tentativa. Y se refiere al caso en que en la realización del hecho intervienen más de una persona o más del número de personas exigido por el tipo penal. Los tipos penales por lo general se refieren sólo a una persona, al autor de la acción típica; eso se desprende de las expresiones: "al que", "a quien", "a los que", etc; de manera que cuando esas mismas acciones son realizadas por la intervención de un mayor número de personas, estaremos ante el caso de la autoría y participación, a lo que en la doctrina también se llama "participación criminal", en sentido amplio, "codelinuencia" o "coparticipación" del hecho. Hay que distinguir entre los que son autores, coautores o partícipes en sentido estricto (instigadores y cómplices), entonces es preferible de hablar de "autoría y participación" como la expresión que abarca a las diversas formas de intervención.

Para poder dar un concepto de lo que es autoría y de lo que es participación, veremos a grandes rasgos los criterios de delimitación entre ambas formas en el siguien-

te punto, para así poder saber quien es autor, coautor, - instigador y cómplice.

2. Regulación. El problema de la autoría y participación se encuentra regulado en el artículo 13 del Código Penal del D. F., que habla de quienes son responsables de los delitos. Es decir, que además de los sujetos (autores) de que hablan los diversos tipos de la Parte Especial, existen otros, que son precisamente: I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.

II.- Los que inducen o compelen a otro a cometer - los.

III.- Los que presten auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución, y

IV.- Los que en casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa.

De lo anterior se desprende que el artículo 13 del Código hace extensiva la responsabilidad penal y la punibilidad, señalada para los autores en la Parte Especial, a otros sujetos que de alguna manera intervienen en la realización del delito.

II. Delimitación entre Autoría y Participación. Criterios.

Para delimitar autoría y participación hay diversos criterios, unos objetivos, otros subjetivos y los que combinan ambos aspectos: objetivo-subjetivo.

Entre los objetivos se encuentran:

- a) La Teoría formal objetiva,
- b) La Teoría material objetiva (1)

Entre los criterios subjetivos tenemos:

- a) La Teoría subjetiva de delimitación que parte de la idea del "animus" (2).

En la teoría formal objetiva, solo puede ser autor el que realiza personalmente toda la acción descrita en el tipo.

La teoría formal objetiva fué reconocida en Alemania hasta la llegada de la doctrina del "dominio del hecho". Esta teoría fué seguida por autores como: Mittermaier, Finger, Thomsen, etc., entre otros (3). Su contenido se basa en lo si

(1) Cfr. Al respecto, Zaffaroni Eugenio Raúl, "Teoría del Delito", Ediar, Argentina 1973, p. 634

(2) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 633

(3) Cfr. Gimberant Ordeig Enrrique, "Autor y Cómplice en el Derecho Penal", Universidad Madrid, Fac. D. 1966, pp. 19, 21

guiente: Según Merkel, uno de los autores más antiguos en Alemania; afirma que autor es, aquel que realiza la acción principal o acción ejecutiva y cómplice es, el que conscientemente ayuda al autor en la comisión del hecho. Es posible sin embargo, agrega el mismo autor, - que en la realización de un delito pueda calificarse de autores a varios sujetos, es decir, la coautoría (4). Ahora bien, Zaffaroni dice al respecto que "solo puede ser autor el que realiza personalmente toda la acción descrita en el tipo" (5). Contra la teoría objetivo formal se han dirigido, fundamentalmente, dos objeciones:

a) El primer reproche consiste en imputar a ésta teoría una excesiva indeterminación. En muchos casos es sumamente dudoso si una actividad es colaboración en la ejecución, y el fracaso de la teoría reside en la imposibilidad de indicar en toda clase de delitos, cuáles son los criterios objetivos sobre las ac-

(4) Citado por, Gimbernat Ordeig, op. cit. p. 19

(5) Zaffaroni Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal", Ediar, Buenos Aires, 1977, p. 495

ciones de ejecución (6).

b) La segunda objeción consiste en que la teoría objetivo formal, no puede explicar la autoría mediata. Reconociendo que el autor mediato no ejecuta, se dice, sin embargo, que es la causa del resultado contrario a la norma, su causante, el que causa la acción ejecutiva; o bien se define al autor como aquel que realiza el acto ejecutivo y se añade que el autor mediato no es más que la excepción que confirma la regla (7). En este caso Zimmerl, por su parte, ante la imposibilidad de adaptar la teoría objetivo formal al autor mediato, cree que lo mejor es excluir totalmente la autoría mediata y concebir tales casos como supuestos de inducción -- (8). Hegler concibe al autor mediato como una ampliación del concepto de autor. Esta ampliación se justifica porque el autor mediato, a pesar de no ser un "ejecutor por sí mismo", presenta frente a los meros partícipes, una característica que compensa su no ejecución del delito y

(6) Cfr. Al respecto Gimbernat Ordeig, op. cit. p.34

(7) Cfr. Gimbernat op. cit. p. 35

(8) Citado por Gimbernat, op. cit. p. 36

hace que no obstante de ello merezca la pena - del autor (9).

Para la teoría material objetiva, el concepto de autor según Magiore dice es aquel que con su acción completa por el aspecto físico y por el aspecto psíquico comete el acto delictuoso (10). En esta misma teoría la participación es concebida como la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad (11). - Por tanto, de esto anterior se desprende que partícipe será aquél sujeto que con su voluntad coopera para la realización de un delito. El contenido del concepto de autor, en la teoría material objetiva se deduce siempre en el caso particular del tipo concreto con arreglo del cual se determina el hecho punible (12).

Asimismo, autor de un hecho punible es - el que comete el hecho con voluntad de autor, - en forma típica, y en los casos pertinentes causa el resultado del mismo.

(9) Ibidem.

(10) Derecho Penal, Tomo II, 5a. Edición, Bogotá 1954, p. 107

(11) Cfr. Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 283

(12) Cfr. Mezger Edmund, op. cit. p. 305

Después tenemos la teoría subjetiva que pretendió fundar la distinción en que el autor es aquél que actúa con voluntad de autor, es decir, con el "animus actoris" y quiere el hecho como propio. El partícipe, strictu sensu, es aquél que no actúa con voluntad de autor sino con el "animus socii" y quiere el hecho como ajeno (13).

Con respecto a esta teoría subjetiva tenemos como ejemplo el caso conocido como: "La sentencia de la bañadera" que fue de la siguiente manera: inmediatamente después de dar a luz un hijo ilegítimo, una joven, que estaba del todo debilitada en la cama, había pedido a su hermana, por miedo a la cólera del padre, que ahogáse al niño en la bañadera. Ahora bien, se castigó a la madre como autora; a la hermana en cambio solo como cómplice (14).

(13) Cfr. al respecto, Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 634; Gimbernat, op. cit. p. 46

(14) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, p. 635

En este caso, es verdad que la llamada cómplice llevó a cabo la realización del hecho para calmar la intranquilidad de su hermana ante la amenaza que representaba el padre de ambas. También es cierto que el hecho se quizo como ajeno. Ahora bien, en lo que no estoy de acuerdo es en la determinación de la Corte al castigar a la cómplice como tal. En estos casos pienso que aunque se justifique la complicidad de cierta persona, la ley debe ser tan severa con una como con la otra simplemente porque existió la intención de matar. Por tanto, creo que en este caso debe calificarse a la que realizó el hecho material, tanto cómplice como autora.

Para la corriente finalista el concepto de autor, se determina aplicando la teoría del "dominio final del hecho". Conforme a la cual, autor es el que tiene el dominio del hecho y partícipe (instigador o cómplice) es el que, sin tener el dominio del hecho, determina a otro (instigador) o presta un auxilio o cooperación a otro (cómplice) de manera dolosa para la realización de un hecho igualmente doloso (15).

(15) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, op.cit. p. 636; Bacigalupo Enrique, op. cit. p. 119; Welzel Hans, op. cit. p. 105

De lo anterior se desprende que como característica general, para considerar a alguien como autor debe afirmarse la existencia del dominio del hecho, y esto, por supuesto, es válido solo para los delitos dolosos, ya que en los culposos no se plantea el problema de delimitación entre autor y partícipe; además de la característica general, que es el "dominio del hecho", en varios delitos se requiere de una característica específica, que es la calidad que el tipo en particular exige, pero que no es exigencia de todos los tipos penales; tal es el caso de los delitos especiales que exigen una determinada calidad en los sujetos, por ejemplo en los delitos de peculado, cohecho, -- etc., que para ser autor de ellos se requiere tener la calidad de funcionarios o empleados públicos. En esos casos, para ser autor de esos delitos se requiere, por tanto: la característica general (dominio del hecho) y la característica específica (calidad de autor) (16).

(16) Bacigalupo, Enrique, op. cit. p. 120

De los anteriores criterios de delimitación, los que se siguen en la doctrina penal mexicana son fundamentalmente los objetivos y, dentro de estos, sobre todo el formal objetivo, que es propio de la sistemática causalista, así como lo es la material objetiva y la subjetiva. Así, Castellanos Tena, siguiendo un criterio material objetivo, afirma que "autor es el que pone una causa eficiente para la producción del delito" (17). Por su parte, Pavón Vasconcelos, manejando un criterio formal objetivo, define al autor material como la persona que físicamente ejecuta los actos descritos en la ley (18), y Carrancá define al autor diciendo que es la persona que ejecuta todo y de propia mano el acto delictivo (19). En tal virtud, para nuestro estudio como lo hemos manifestado desde su inicio aplicaremos los criterios de la teoría formal objetiva para decir quien es autor, coautor, instigador o cómplice, ya que la teoría del "dominio del hecho", si bien es la que mejor resuelve los problemas de delimitación y que corresponde a la mencionada teoría -- finalista, la cual no es manejada ni por la doctri --

(17) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 286

(18) "Manual de Derecho Penal Mexicano", op. cit. p. 463

(19) "Derecho Penal Mexicano", op. cit. p. 480

na ni la Jurisprudencia mexicana. Por tanto, para ser congruente, y a pesar de las dificultades que tiene la teoría propia del sistema causalista, no podemos por ahora desecharlas.

III. Formas de autoría y participación en el Artículo 340 del Código Penal.

1.- La Coautoría. En torno al autor, encontramos los coautores, quienes realizan la actividad conjuntamente con otro y otros descrita en la ley (20). Zaffaroni explica, que hay coautores "cuando dos o más participantes llevan a cabo conjuntamente la realización típica en forma tal, que cada uno de ellos, aisladamente, ejecuta la acción típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos necesarios para ser autores" (21). Mezger dice al respecto que coautor, es el que como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores (22); de lo anterior notamos la presencia del elemento objetivo que consiste en la realización del tipo que se lleva a cabo conjuntamente.

(20) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco, op. cit. p. 464

(21) Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 646

(22) Mezger Edmund, op. cit. p. 311

En el delito, objetivo de análisis, Rodríguez Mourullo señala que no es posible la coautoría pues no existe la posibilidad de una división del trabajo. Por ejemplo: "si varios nadadores presencian inmóviles como se ahoga un niño, omiten todos ellos, en verdad, pero no omiten en comunidad" (23). En este mismo sentido indica Spasiri que si dos personas que viajan en un automóvil encuentran a una persona necesitada de ayuda y prosiguen sin detenerse en su viaje, responden ambas, pero no a título de concurso, pues cada una de ellas realiza una autónoma y completa figura de delito omisivo (24). Por estas razones expuestas con los ejemplos mencionados, no es posible la presencia de la coautoría en este caso particular del delito del artículo 340 a que nos hemos referido.

2.- La autoría mediata.

Se ha dado en llamar "autor mediato", al que se vale de un medio penalmente inerte para ejecutar el delito (25). Es decir, quien se vale de alguien que al menos es inculpable para la comisión u omisión del delito.

(23) Citado por Rodríguez Mourullo, op. cit. p. 288

(24) Rodríguez Mourullo, op. cit. p. 288

(25) Cfr. Carrancá y Trujillo Raúl, op. cit. p. 480

También se llama autor mediato "al que para realizar un delito, se vale como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser inimputable" (26). En relación al artículo 340 la autoría mediata se presenta cuando por ejemplo A, se vale de B para que omita dar socorro o auxilio a una persona que se encuentra nadando cerca de una embarcación, haciéndolo creer a B que dicha persona es acechada por delfines y no por tiburones. Por tanto, B omite el auxilio oportuno pues esta había creído que en realidad lo que estaba junto al nadador eran delfines.

El autor inmediato que ya hemos tratado como "autor material", es "el que por sí mismo, ejecuta los actos externos descritos en la ley como elementos del delito (27).

Si establecemos una diferencia entre autor mediato con autor inmediato diremos que mientras el inmediato realiza los hechos que configuran al

(26) Franco Sodi Carlos, op. cit. p. 106

(27) Abarca Ricardo, op. cit. p. 159

delito directamente, el autor mediano lo hace valiéndose de otra persona, con ciertas características de inculpabilidad. Asimismo, será autor inmediato en el artículo 340, toda persona que deje de prestar auxilio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, o bien, a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, así como el aviso que debe dar a la autoridad.

3.- La Instigación. Se ha definido al instigador como el que determina dolosamente a otro la comisión de un delito doloso. En consecuencia el hecho del otro debe ser típico, antijurídico y culpable (28), si se sigue la concepción causalista que ubica el dolo en la culpabilidad.

Soler afirma que el instigador "quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar un acto delictuoso a través de la psique de otro, determinando a este en la resolución de ejecutarlo (29). Otra definición de esta figura delictiva nos la da Mezger, al decir que el llamado instigador de un hecho que se considera punible es el --

(28) Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, op. cit. p. 664

(29) Citado por Castellanos Tena, op. cit. p. 287

que hace surgir en otro, con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho, y dar lugar, de tal manera, a que cometa el -- hecho como autor (30). De esto podemos decir, -- que en la "instigación", el instigador no quiere el hecho como propio, sino que solo influye para determinar la voluntad de otro a delinquir. Ahora bien, en el artículo que analizamos puede darse la instigación en el caso siguiente: por ejemplo, el salvavidas que ha sido influido para omitir dar el auxilio necesario a ciertas personas que se encuentren en peligro de ahogarse.

4.- La Complicidad.

Los que ejecutan acciones de carácter secundario, para la realización de un delito, son cómplices (31); son llamados así también, aquellos auxiliares indirectos del delito, quienes -- aún cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso -- (32).

(30) Mezger Edmund, op. cit. p. 313

(31) Cfr. Cuello Calon Eugenio, "Derecho Penal", 1a. Edición, Barcelona, 1948, p. 550

(32) Cfr. Castellanos Tena, op. cit. p. 287

La complicidad se clasifica en: moral y material. La complicidad moral consiste en el hecho de instruir al delincuente indicándole, modo y forma de la ejecución del delito. La complicidad material es aquella en la que se prestan medios materiales para la realización del hecho o cuando se interviene en su ejecución mediante actos que no sean los propios y característicos del delito (33).

Por último, respecto a la complicidad, algunos autores la aceptan en la omisión; otros, como Welzel y Storsberg la rechazan (34). En México, Porte Petit acepta a la complicidad dentro del delito objeto de análisis. Pero ¿cómo opera la complicidad en el artículo 340 del Código Penal?

Pues bien, se puede decir que la complicidad opera en este delito de la manera siguiente:

Encontrándose de campamento ciertas personas, de pronto se escucha un derrumbe, Efecti

(33) Cfr. Cuello Calon, op. cit. p. 550

(34) Cfr. al respecto, Rodríguez Mourullo, op. cit. p. 301

vamente, es uno de ellos el que ha caído en una barranca. Asimismo, A dice a B: ¡Mira! la persona que se encuentra en el fondo de la barranca es nuestro acompañante, (resultando ser enemigo de ambos). Entonces, A, asegura a B, llegar hasta el lugar de los hechos y omitir prestarle el auxilio necesario en caso de que se encuentre ante un peligro cualquiera. Mientras tanto, cuando B espera en la parte de ariba, llega un grupo de rescate a los cuales les informa que no ha sucedido nada y, - por tanto, éstos prosiguen su camino.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Abarca Ricardo, "El Derecho Penal en México", Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, México 1941.
- 2.- Bacigalupo Enrique, "Culpabilidad, Dolo y Participación", Editorial Alvarez, Buenos Aires 1966.
- 3.- Bacigalupo Enrique, "Lineamientos de la teoría del delito", Editorial de Palma, Buenos Aires 1974.
- 4.- Carrancá y Trujillo Raúl, "Derecho penal mexicano" 13a. Edición, México 1980.
- 5.- Carrancá y Rivas Raúl, "El drama penal", 1a. Edición, Editorial Porrúa, México 1982.
- 6.- Carrara Francisco, "Programa de Derecho criminal", Editorial Temis, Bogotá 1981, Traducción de José Ortega.
- 7.- Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos Generales de Derecho penal", 14a. Edición, Editorial Porrúa México 1980.
- 8.- Cuello Calón Eugenio, "Derecho penal", 9a. Edición Editorial Nacional, México 1948.
- 9.- Folchi O. Mario, "La importancia de la Tipicidad en el Derecho penal", Editorial Roque de Palma, Buenos Aires 1960.
- 10.- Gimbernat Ordeig Enrique, "Autor y cómplice en el Derecho penal", Universidad Madrid, Facultad de Derecho, 1966.
- 11.- González de la Vega Francisco, "Código penal comentado", 1a. Edición, Editorial Porrúa, México - 1974.
- 12.- Jiménez de Asúa Luis, "La Ley y el delito", 11a. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1980.
- 13.- Jiménez de Asúa Luis, "Tratado de Derecho penal", T. III, Editorial Lozada, Buenos Aires 1965.

- 14.- Jiménez Huerta Mariano, "La antijuridicidad", Imprenta Universitaria, México 1952.
- 15.- Jiménez Huerta Mariano, "Derecho penal mexicano", 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1977.
- 16.- Liszt, "Tratado de Derecho penal", 20a. Edición, Editorial Reus, Madrid 1929.
- 17.- Malo Camacho Gustavo, "Tentativa del delito", UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1971
- 18.- Manzini, "Tratado de Derecho Penal", Torino 1947.
- 19.- Mezger Edmundo, "Tratado de Derecho penal", Editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1957.
- 20.- Palacios Ramón, "La Tentativa", 2a. Edición, Universidad de Nuevo León, México 1969.
- 21.- Pavón Vasconcelos Francisco, "Breve ensayo sobre la Tentativa", Editorial Porrúa, México 1964.
- 22.- Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de Derecho penal mexicano", 3a. Edición, Editorial Porrúa, México 1974.
- 23.- Porte Petit Candaudap Celestino, "Apuntamientos de la parte general de Derecho penal", 5a. Edición, Editorial Porrúa, México 1980.
- 24.- Porte Petit Candaudap Celestino, "Dogmática sobre los delitos contra la vida e integridad personal" 1a. Edición, Editorial Jurídica mexicana, México 1966
- 25.- Rodríguez Devesa José María, "Derecho penal español", 6a. Edición, Madrid 1975.
- 26.- Rodríguez Mourullo Gonzalo, "La omisión de socorro en el código penal", Editorial Tecnos, Madrid 1966.
- 27.- Vela Treviño Sergio, "Culpabilidad e inculpabilidad" 1a. Edición, Editorial Trillas, México 1973
- 28.- Villalobos Ignacio, "Derecho penal mexicano", 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1960.

- 29.- Welzel Hans, "Derecho penal", Editor Roque de Palma, Buenos Aires 1956, Traducción de Fontan Balestra.
- 30.- Welzel Hans, "El nuevo sistema de Derecho penal" Barcelona 1964.
- 31.- Zaffaroni Eugenio Raúl, "Manual de Derecho penal" Editorial Ediar, Buenos Aires.
- 32.- Zaffaroni Eugenio Raúl, "Teoría del Delito", Editorial Ediar, Argentina 1973.

LEGISLACION

- 1.- Código Penal para el D. F. 1982.
- 2.- Código Penal de 1871.

REVISTAS CONSULTADAS

- 1.- Bacigalupo Enrique, "Reflexiones sobre la Tentativa en el código penal mexicano", Revista de la Procuraduría del Estado de México.
- 2.- Islas de González Mariscal Olga, "El error en el modelo lógico de Derecho penal", Revista de Derecho penal contemporáneo, Editorial 11, México 1971.
- 3.- Jiménez Huerta Mariano, "La conducta humana", Revista Criminología No. 4, México 1947.
- 4.- Zaffaroni Eugenio Raúl, "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", Revista Jurídica veracruzana, México 1973.