

EMILIO EGUIA VILLASEÑOR

CAUSAS MODIFICATIVAS
DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



CAPITULO I

EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD.



CAPITULO I

EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD

- A).—PREAMBULO.
- B).—ETIMOLOGIA.
- C).—GRECIA Y ROMA.
- D).—LOS BARBAROS.
- E).—EL DERECHO CANONICO
- F).—EL DERECHO FEUDAL.
- G).—EL FUERO JUZGO.
- H).—EL FUERO REAL.
- I).—LAS SIETE PARTIDAS.
- J).—NATURALEZA JURIDICA.
- K).—DIVERSAS DEFINICIONES.

“EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD”

α).—**Preámbulo.** Disertar sobre la responsabilidad no es nada nuevo, pues sobre ella pesa el polvo de los siglos. Mas no puede negarse que, como dijera Ortega y Gasset, la responsabilidad conserva su virginidad, no obstante su reiterada violación.

Ante el surgimiento de varias concepciones, postulados y problemas, hoy, como ayer y como siempre, se conserva incólume su palpitante incógnita.

Es tan importante y trascendente que juristas, antropólogos, sociólogos y filósofos discuten sobre el asunto, sin ponerse de acuerdo en ese maremagnum, definitiva y firmemente. Cada uno en su sector trata de resolver la cuestión: el jurista erige su doctrina en su campo de operaciones por esencia normativo; el antropólogo arranca sus concepciones del conocimiento de la naturaleza humana y observa lo que el hombre tiene de biológico; el sociólogo en el estudio de las correlaciones interhumanas, y todos, al unísono, adoptan formidables razones justificativas de sus respectivas doctrinas.

Es a través de la fluidez de conceptos, doctrinas y teorías de las diversas ramas de la actividad científica, que inundan el campo de la especulación erigida sobre la responsabilidad, que toda manifestación de la actividad humana trae consigo este problema. Dentro del círculo del Derecho Penal, basta, para darse cuenta de ello, con hacer una somera invocación de las teorías y doctrinas al

respecto; desde la clásica teoría de la responsabilidad penal del individuo, fundada en el libre albedrío, hasta la positivista extrema de la responsabilidad social o de la reactividad social, fundada en la necesidad y en el derecho que tiene la sociedad de defenderse contra el crimen, pues presupone una perturbación social, determinada por la violación a la norma penal. Y se encuentran teorías intermedias, por ejemplo, la de la libertad relativa, de Prins; la de la libertad práctica, de Saleilles; la de las ideas fuerzas de Fouillee; la de la normalidad, de Von Liszt, la de la identidad personal y la de la similitud social, de Tarde; la de la coacción psicológica, de Alimena y Cuché; la de la voluntariedad y el estado peligroso de que tratan los penalistas de este siglo. (1) Todas ellas han hablado de la responsabilidad, fundamentándola y, en su especie, sosteniendo su criterio.

Las teorías señaladas representan posiciones adoptadas por los maestros de Derecho Penal, ante el problema de la responsabilidad del ser humano por sus actos delictuosos, que son suficientes por sí mismas para dar origen a un estudio magno en su análisis y crítica; por ello, ut infra, invocaremos en su desarrollo algunas de ellas, en cuanto a su naturaleza jurídica.

b).—**Etimología.** El vocablo responsabilidad no tiene hoy la significación de antaño. Tampoco suscita las mismas ideas para el moralista, el jurisconsulto, el médico o el filósofo; y aun para los hombres de una misma ideología, no guarda la misma extensión y contenido. Para el penalista el concepto responsabilidad significa algo distinto que para el jurista civil, pues tanto para el uno, cuanto para el otro, el contenido de la voz es diferente.

Siñ detenernos a analizar las diversas nociones que en los diferentes ámbitos de la ciencia encierra dicho vocablo, pues todo lo que ha de escribirse en estas páginas iniciales, tiende, en gran parte, a precisar y dar fijeza al contenido que cae dentro del concepto responsabilidad, desde el punto de vista jurídico-penal, tan sólo nos ocupare-

mos de advertir el sentido en que habitualmente se toma dicha palabra.

Según el decir de quienes entienden de cuestiones filológicas, etimológicamente, el vocablo **responsabilidad** proviene del sánscrito Spand, que significa, en su recto sentido, pensar y expansión, y, en su sentido figurado, da la idea de sufrimiento.

"De ahí, expresa Don Manuel J. Rodríguez, se formó el verbo latino "pendeo", "pependi", "pensum", "pendere", que significa pensar, examinar. "Pendere" es pensar, el participio de este verbo es pensus, pesado. De allí se forma la palabra pensar" . . . Y sigue, "Al pensar se pesan las ideas en la balanza del juicio, y lo pesado es el pensamiento. Si tenemos pensar tenemos de la misma manera compensar, disponer, recompensar, etc. Pender es estar colgado de algo, como el péndulo que es un peso que obedece a las leyes de la gravedad o pensantez; de aquí pendiente, dependiente, pendencia, dependencia, . . . etc.", añade, "Y cuando alguien contesta a la pregunta que se le hace, responde, coloca pesos, digámoslo así, en la balanza de las ideas, o pensamientos del otro, para que la equidad de la razón juzgue y falle. He aquí las palabras responder y respuesta, que siempre debe ser razonado, si no tuviera peso, no tendría ese nombre. . . Corresponder es pagar con pesos algún favor o beneficio. . .". (2) "Todo cambia en la historia del pensamiento humano, expresa Don Antonio Caso, lo único que no cambia es la variación. Todo muda y se transforma, lo único que permanece invariable es el movimiento y la transformación de las ideas. El reposo, la verdad, el dogma, son ilusiones, cristalizaciones momentáneas de los movimientos espirituales de la humanidad". (3) Eso es la vida toda, variación, mudanza, transformación. Así ocurre con la noción de la responsabilidad: ha tenido, al través de los tiempos, diversos contenidos, lo único que no ha variado es la responsabilidad misma. Esto mismo sucede con el delito, el delincuente y la

pena, con los elementos o factores determinantes del delito, eje en cuyo torno gira todo el problema de la responsabilidad delictiva. En consecuencia, responsabilidad es efecto de estar a las consecuencias de sus actos un sujeto.

c).—**Grecia y Roma.** Con justicia se dice que el proceder belicoso de los romanos hace caer a Grecia en sus dominios. En cambio los griegos, por su pensamiento, absorben a Roma. En la creación del Derecho moderno, Grecia representa la infancia y Roma la juventud. Debido a que los griegos elaboraron a la perfección una reluciente filosofía moral, empero, no es de su orgullo un derecho griego, como lo crea Roma. O, al menos, las referencias que tenemos sobre el derecho griego, llegadas hasta nosotros, en su mayor parte nos las proporcionan las obras filosóficas y literarias. Los griegos practican el "docere" a los romanos en la elaboración de las ideas, y éstos, maestros de la humanidad, crean el Derecho. Varias instituciones creadas antaño, en la actualidad son vigentes; las mismas han sido inmutables desde hace mucho tiempo.

No obstante la supremacía inimitable del Derecho Penal en Roma, no se desarrolla con la fluidez manifestada en el Civil. Se revela la influencia ejercida en el Derecho Canónico y más aún en la humanización de las leyes Bárbaras, así como marcadamente sobre el feudalismo. Los juristas romanos, sistemática y continuamente, subordinan el derecho penal al derecho civil, pues al lado de las obligaciones civiles se encuentran las obligaciones delictuales; los jurisconsultos penalistas, si es que con toda propiedad puede atribuírseles tal calificativo, aplican preponderantemente lo que los jurisconsultos elaboraron en materia civil.

Así el proceder, la responsabilidad penal es una modalidad más de las obligaciones; para adentrarnos más en aquélla, es preciso comprenderla ex delicto, tratando en su periferia el sistema general de las obligaciones.

Dice Von Mayer: "Originariamente es probable que sólo los actos ilícitos, los delitos, engendran responsabilidad. Hasta que, poco a poco no se fue sancionando como delito la violación de la palabra dada en ciertos convenios, no se consideró el contrato como segunda fuente de responsabilidad. Ahora bien, dentro del derecho romano, "delito es el acto ilícito ejecutado por alguno en detrimento del derecho de otro", al cual se le impone una obligación en beneficio de la persona lesionada obligación que dista mucho de las que emanan de los contratos, debido a que la relación jurídica aflora de la voluntad del acreedor y deudor; en tanto que la obligación ex delicto es una deuda impuesta por la ley que se origina en la venganza privada, donde la persona lesionada toma venganza por su propia mano. Pero, al transcurso del tiempo, se permitía conjurar la vindicta por un rescate, poena, pagando al ofendido, según pacto entre el sujeto activo del delito y la víctima". (4)

"Este es el sistema, sigue diciendo Von Mayer, que priva en las XII Tablas, según cuentan los históricos del derecho romano. En ciertos casos, la ley decenviral permite el talión, es decir, el derecho de conminar al autor del delito un mal igual al que él causa, en donde todavía se admite la venganza privada, cuyos destrozados efectos se procuraban evitar por medio de un pactum. De donde esa venganza resulta, a veces, excesivamente cruel, al tender siempre a inferir un daño mayor que el causado por el delito. Se veda, la limita, e impone a las partes el recurso del rescate, composición o pena, del latín poena, pena, tomada en el derecho penal como indicadora de castigo, sufrimiento o represión impuesta al autor de un delito, que en su significación prístina deriva del griego poíné, que significa rescate. De manera que en lugar de ser voluntaria la composición, es obligada: el autor del delito está obligado a pagar al victimado y éste tiene que conformarse". (5)

Salvada la fase de la venganza privada en el Derecho Romano, se singularizan los delitos públicos, que intere-

san a la colectividad, y se cambian, primero, en una pena pública, que en nada beneficiaba a la víctima, en procedimiento criminal propiamente dicho, y segundo en privadas, en donde la obligación consistía en un pago pecuniario que enriquecía al patrimonio de la víctima, que se reclamaba por una acción sujeta a las reglas del procedimiento ordinario. A partir del imperio, ciertos delitos privados fueron sancionados como públicos. La víctima elegía entre dos vías: la civil o la criminal, civiliter agere, tendiente a la obtención de la pena privada; y criminaliter agere, tendiente a hacer influir al autor del delito una pena pública.

Mas este cambio no hizo desaparecer totalmente el sistema de los delitos entre los particulares, los cuales se encontraban vigentes aún en la época de Justiniano.

Al lado de estas nociones de la obligación exdelito se desarrolla la de culpabilidad, del agente del mismo, pero se excluye al ser tratada en otras orientaciones.

d).—**Los Bárbaros.** La invasión de los pueblos bárbaros y la llegada del cristianismo modifican la concepción del mundo y de la vida, y las instituciones imperantes en el período de la decadencia del imperio romano de occidente.

En estricto sentido, no invadieron los bárbaros a Roma, sino fue ésta quien se les entregó por la debilidad de espíritu y el degeneramiento; y así, imperceptiblemente, fue sucumbiendo la civilización clásica que brotara allende los Alpes.

En el ambiente de los bárbaros se aspiraba una nueva forma de vivir y de gobernarse, con características espirituales plenamente opuestas a las de los romanos de entonces.

Los germanos conservaban sus armas, establecíanse en los campos, cultivaban sus tierras con su banda de servidores que les eran afectos y allí eran dueños y señores, sin dar jamás cuenta de sus actos al gobierno.

La ferocidad de los sajones, los gobiernos militares transitorios y electivos de los francos, la elección monárquica de los godos, y, sobre todo, aquellas formas jurídicas que casi íntegramente se perfilaban en el Derecho medioeval, son los focos de referencia de donde se van a bifurcar, a diestro y siniestro, las instituciones contemporáneas

Porque por encima del cristianismo y de las invasiones bárbaras, y sobre las ruinas de la antigua civilización romana, se establecieron dos tipos de derecho: el canónico y el bárbaro-feudal.

El derecho de los pueblos bárbaros era, esencialmente, objetivo; es decir, de carácter primitivo. La responsabilidad, como en todos los pueblos que están en primeros estadios de la vida política, jurídica y social, es basada en la atribución pura y simple del hecho a la persona.

e).—**El Derecho Canónico.** Conducidos los bárbaros al cristianismo, la iglesia se organiza y crea su propio Derecho, el Canónico.

"El Derecho Canónico es el derecho de la Iglesia católica, la sociedad religiosa fundada por Cristo, y en la que los bautizados se unen por una misma fé, por los mismos sacramentos y la obediencia a las autoridades por El constituidas", (6) dice el Obispo José López Ortiz, en su prólogo al Derecho Canónico.

Efectivamente la Iglesia católica, aunque es sociedad con fines sobrenaturales, vive conforme a una norma jurídica, según voluntad del propio Cristo. El instituyó la autoridad e hizo a unos depositarios de ella para ejercerla. Las autoridades tienen por misión dirigir las actividades de los sacramentos y, en su caso, aplicar las sanciones a que los infractores se hacen acreedores, siempre con el fin de la salvación de cada uno y socialmente rendir a Dios el culto a que tiene derecho.

La Iglesia, en realidad, vive una doble vida, porque tiene una doble misión: por una parte pugna por la eleva-

ción de lo humano hacia lo divino, que es el orden sobrenatural, y por otra tiene que normar los actos, las costumbres de los hombres en sus relaciones ordinarias de la vida. En ésta la Iglesia ejerce el derecho para orientar y gobernar; el derecho se sobrenaturaliza y espiritualiza y los problemas de conciencia tienen un encauzamiento de seguridad y firmeza.

No siempre tuvo la Iglesia un derecho codificado. En sus primeros tiempos, las comunidades cristianas vivían una vida sin complicaciones. Los pastores se dedicaban a propagar las verdades cristianas, porque había que salvar prontamente muchas almas y las comunidades eran pequeñas y la nueva doctrina se seguía con notable fidelidad, de allí que el derecho tuviera poca aplicación. Pero en cuanto las comunidades fueron creciendo y se multiplicaron por diversos países, bajo el imperio de diversidad de costumbres, los pastores empezaron a normar los actos de los primeros cristianos para corregir la manera de vivir y sancionar el infractor.

Poco a poco se fueron concentrando esas normas, mismas que los primeros Papas aplicaron a las diversas iglesias. La iglesia de oriente fue la primera en recopilar los mandatos de los Pastores y la de occidente, y la siguió de cerca. Ese trabajo, que se inicia a fines del siglo III, cuando los Obispos reunidos en concilio, toman medidas de orden disciplinario, se termina en nuestro tiempo con un Código de Derecho Canónico notablemente ordenado y mejor impreso. El Código actual consta de 2414 normas, divididas en cinco libros, y se refiere a la Iglesia en todos los aspectos de su vida.

Los cánones se cimentan en la doctrina cristiana. "La Iglesia, comenta un científico de Derecho Canónico, está caracterizada en el orden penal por la facultad de imponer sanciones para cumplir su función guadora. En esto difiere de todas las legislaciones seculares. La iglesia tiene por misión el conducir a los hombres hacia Dios. Para eso ha de formar los miembros religiosos y morales de la so-

ciudad y esta misión le estuvo reconocida por el Estado. Sus medios son educadores, su corrección disciplinaria y también la pena. Pero esta facultad correccional y castigadora no puede exceder formal y ni materialmente el fin educativo". (7)

En Derecho Canónico la idea de responsabilidad delictiva parte del concepto del hombre pecador, está íntimamente ligado a él; mejor dicho, acto delictuoso y pecado se confunden. La aplicación de la pena tiene como fin último la redención. Por lo tanto, no sólo atiende los actos que van contra la Iglesia, sino a todos los que caben dentro de la conducta de sus miembros, laicos y clérigos, en relación con la moral de Cristo.

Basta detenernos un momento para ver que el contenido del Código de Derecho Canónico es distinto al de los códigos de los diferentes Estados. Podemos decir más: Solamente el libro primero que es una mínima parte, se semeja a los demás códigos. El Codex iuris canonici contiene tan poca materia de lo que solemos catalogar como derecho privado, que casi podemos considerarlo como exclusivamente consagrado a la constitución y régimen de la Iglesia Católica. Aún así tampoco se aproxima del todo a una ley constitucional o administrativa: los mismos libros dedicados a regular el derecho de penar, o las formas procesales, se singularizan también en manera notable. Al recorrer sus cánones, encontramos declaraciones doctrinales y largos capítulos en los que se abordan materias tan poco familiares a los juristas como la regularización de los medios naturales y sobrenaturales de santificación. Ciertamente estas normas, para los legisladores de la Iglesia, son jurídicas. Por ejemplo, al hablar del sacramento de la penitencia o confesión, la jurisdicción del que en nombre de Dios perdona los pecados no es de distinto género que los demás poderes jurisdiccionales, como no lo es la del sacerdote que legítimamente asiste al matrimonio.

Nos encontramos, pues, con un Derecho propiamente tal, pero de caracteres singularísimos.

Estas peculiaridades claro está que no lo son del Co-
dez, sino del derecho de la Iglesia en él formulados.

En la Iglesia, los poderes de régimen vienen de Dios. "La Persona o personas, dice ella, designada de esta o de otra manera, recibe los poderes de Dios, mediata o inmediatamente; en su nombre las ejerce, dentro de los límites fijos y precisos, marcados sustancialmente por Cristo". Es así, en este sentido, la Iglesia, una fundación en la que sigue actuando como norma suprema de voluntad de su fundador.

Al confiar Cristo a la Iglesia medios de santificación de orden sobrenatural, que suponen la adquisición de la gracia santificante, como son los sacramentos, fijó las condiciones precisas en que la Iglesia puede conferir las eficazmente.

Dió a los Apóstoles y a sus sucesores poderes de enseñar, con autoridad para hablar en el nombre de Dios. Otorgó también a la que eligió y elige cada día, el poder de atar y desatar, perdonar y retener, de regir en su nombre la gran familia de los redimidos. Eso es lo que hacen los ministros de la Iglesia cuando bautizan, confirman, perdonan los pecados, imparten la bendición, asisten a los matrimonios y aplican la extremaunción.

Todo ello es para dar al hombre caído nuevos caminos de salvación, nueva forma de redención y de santificación, como también para elevar su naturaleza caída a las altas esferas de la divinidad por la gracia santificante.

En el derecho Canónico existen clasificaciones de los delitos, que van desde actos contra la vida, hasta la dimisión de oficios y beneficios eclesiásticos, etc., imponiendo las penas respectivas; es un derecho humanitario, pues mira directamente al alma del pecador. La sanción tiene como único fin la redención del individuo, su reforma moral, y conducir su alma para reformarla, disciplinarla, corregirla.

En cuanto a la responsabilidad, este derecho, tiene la

idea de la falta querida por el individuo e imputable al mismo.

Saleilles, en "La Individualización de la Pena", dice: "La noción de responsabilidad moral tendía solamente a esparcirse por el mundo, pues los filósofos griegos y romanos la habían conocido mucho antes del cristianismo. . . En todo caso no hay que confundir esta noción de responsabilidad, un poco vaga pero absolutamente viviente en las almas, con lo que la filosofía espiritualista ha designado más tarde como el libre albedrío. En el Derecho Canónico la idea de responsabilidad va afirmándose en el campo del derecho Penal, y, con ella, todo el punto de vista subjetivo que va a hacer su aparición. Mientras el derecho anterior no veía más que el daño social o individual, es decir, el hecho material en su brutalidad, el canónico ve el alma del que ha cometido el mal, o, para emplear su lenguaje, el alma del que ha pecado, que es necesario curar y purificar por la expiación de la pena". (8)

f).—**El Derecho Feudal.** Sin detenernos a hacer historia de cómo el vasallo adquiría tierras de su señor, de las ceremonias para confirmar la seción, ni las obligaciones que adquiría el seccionario para con su Señor, ni de éste para aquél, podemos exponer el Derecho Feudal, las invasiones y las transformaciones del derecho bárbaro.

Ortolán expresa: "El principal efecto del régimen feudal en el derecho fue transformar el derecho de venganza privada o pública en derecho de venganza del Señor. Dice: "A quien el crimen ofende es al señor Justiciero; de nada vale celebrar composición con los parientes de la víctima; del Señor es de quien se necesita obtener tregua o paz, y cuando él la ha otorgado, dentro de su territorio, todos deben respetarla. Así la prueba la *paix leduc*, de que hablan las viejas costumbres de Normandía, que, una vez obtenida, debería ser llevada públicamente por el delincuente, colgada al cuello, por un año y un día, u ocultamente alrededor del cuerpo, si era de noble linaje. Sin embargo, en los casos más graves, el duque no debería con-

ceder su paz, ni recibir dinero, sino cuando se había celebrado ya la conciliación privada. El principio de la composición había desaparecido ya; pero aún quedaban sus recuerdos. Las guerras privadas estaban todavía en uso y servían de excusa a los actos de violencia entre gentiles hombres; mas estaban ya prohibidos entre burgueses y villanos". (9)

Para señalar más ampliamente esta época, seguiremos la obra de Cuello Calón, en la cual los fueros territoriales locales, resumidos, contienen los puntos principales de la consiguiente manera: (10)

a).—Aparece la institución germana de la "ruptura de la paz" dividida la una limitada a la familia de la víctima, la cual puede vengar la ofensa sufrida, venganza de sangre, y la otra, la exclusión de la comunidad a que pertenece.

b).—El culpable o enemigo era obligado a pagar una cantidad; pero a él, después de la declaratoria judicial, los parientes o el mismo ofendido podían matarle.

c).—La pena pecuniaria podía pagarla el culpable, pero la deuda económica, en ciertas ocasiones, se transmitía a otros parientes.

d).—Los padres eran responsables de los hijos sujetos a su potestad, por la comisión de delitos.

e).—El dueño de la casa era responsable por los delitos cometidos por los criados y siervos.

f).—En varias ciudades o villas se aplicaba la responsabilidad colectiva, cuando no se descubría el autor.

g).—Si el culpable, en tres días no abandonaba la Ciudad, los vecinos podían matarle en caso de resistencia.

h).—Hubo un decaimiento en la venganza privada, aniquilando lentamente residuos germánicos, para dar paso al desarrollo del Derecho Penal Público.

En el Derecho Feudal se atiende preponderantemente

a la materialidad del hecho delictuoso, como en todo derecho primitivo, a tal extremo que, en algunos fueros, la responsabilidad no sólo se circuía a los seres humanos, sino se extendía a los irracionales, a los objetos inanimados y aún a los cadáveres.

No obstante, el fuero de Escalona requería la concurrencia del elemento voluntario para la atribución de la responsabilidad criminal.

g).—**El Fuero Juzgo.** Se le llama también el Libro de los Jueces. Es un trasunto de las leyes visigóticas y su importancia es considerable por la influencia y autoridad que en la época feudal tuvo.

“Los orígenes de las leyes codificadas en el fuero juzgo, dice Don Miguel S. Macedo, se encuentran, por una parte, en las costumbres godas, en cierto modo influenciadas por las leyes y costumbres romanas, y, por otra, en el sentido religioso católico, cuyas bases se hablan en la legislación de una monarquía teocrática, en que los obispos y el clero en general ejercían gran dominio sobre los monarcas, por más que las asambleas con iniciativa y voz consultiva, en materia de legislación eran los concilios, haciendo que se confundiera el derecho civil y el canónico. A la influencia canónica se debe la confusión del delito con pecado, como indistintamente se llama a las infracciones punibles; a ella se debe la excomunión figure entre las penas legales; que se conceda el derecho de asilo con efectos jurídicos y con atenuación de la pena en los templos; que se dé a los obispos facultades para vigilar a los jueces, y, sobre todo, las terribles disposiciones contra los judíos que se extenúan a la intolerancia y se les somete a graves vejaciones. A los judíos, sobre prohibírseles la práctica de su culto, se les vedaba casarse con cristianos, contratar con ellos, ser testigos en su contra, y sus bienes eran confiscados si tenían firmeza en sus creencias y quemados y lapidados los conversos que volvían al judismo”. (11) Agrega este jurista mexicano, “Sin embargo, es indudable, que el derecho romano y también el Cristianismo

ejercían su influencia civilizadora sobre los visigodos e hicieron penetrar en sus leyes principios que, si se hubieran desarrollado, habrían conducido pronto a un estado de legislación muy superior. Citaremos algunos de ellos... El principio de la personalidad de la pena, que muchos códigos posteriores no tuvieron en cuenta y que hasta el siglo XIX quedó definitivamente conquistado, se expresaba con toda exactitud; aquel solo debe aver la pena que fiziere la culpa... y el pecado muera con él, e sus filios, ni sus herederos non sean tenudos por ende"... "la pena tiene por fin ora la intimidación, ora la prevención de los delitos; esta fue la razón por la cual fue hecha la ley, que la maldad de los omnes fuese refrenada, por miedo della, e que los buenos visquiesen (viviesen) seguramente entre los malos; é que los malos fuesen penados por la ley ó dexasen de fazer mal por el miedo de la pena". (12) Aprecia también la concurrencia del elemento intencional, al declarar al tratar del homicidio, que el intencional, de grado, es punible y, distingue la intención de la culpa y del caso fortuito.

h).—**El Fuero Real.** En la monarquía absoluta destaca esta legislación; en este régimen el rey es un gran señor feudal, reconocido como jefe común a quien prestaban obediencia sus vasallos.

El Fuero Real sirve de antecedente y base a importantes monumentos jurídicos, como las Leyes de Toro, las partidas, etc. En estos derechos puede percibirse la tendencia hacia la corrección del Derecho.

Es este fuero un verdadero código que consigna una supremacía en donde destaca el espíritu de los juristas romanos. Ya la pena es pública, se impone por el poder social; pero si se aplica la venganza privada es solamente por autorización judicial. "Los homicidios ejecutados a sabiendas se castigan con la pena de muerte, pero admite causa de justificación cuya concurrencia exime de responsabilidad, como en la muerte del enemigo conocido, la muerte del adúltero o del corruptor de la hija, la del ladrón

nocturno, la del ladrón fugitivo con la refurtiva y el homicidio en defensa del señor y de ciertos parientes. Tómase muy en cuenta la concurrencia del elemento voluntario en la comisión del delito, así en el homicidio por ocasión, no queriendo matar a la víctima, queda impune. En el caso de homicidio por imprudencia, "no por razón del mal hacer", el que mata a otro jugando la pelota o tejuela o metiendo su caballo en calle concurrida, debe pagar una cantidad, pero no queda sujeto a pena corporal alguna. Como en las leyes germánicas, háyanse tarifas del precio de la sangre; así el precio que ha de pagarse por la herida depende de la situación de que saliera sangre o no, de que llegase o no al hueso, etc. Los delitos contra la propiedad se castigan con penas pecuniarias, pero en caso de insolencia se imponen mutilaciones y en el de reincidencia, hasta la muerte; pénase, también, con ésta al ladrón de caminos y de iglesias. Las falsedades se castigan con gran severidad: al escribano que falseara un documento, pérdida de la mano; al testigo falso se le arrancan los dientes. Los delitos religiosos se penan sin piedad: los herejes son arrojados a la hoguera; háyanse, también, duras penalidades contra los judíos por los delitos de usura y blasfemia; por celebrar fiestas de su religión, etc. La misma severidad domina en los delitos sexuales: las adúlteras eran entregadas a los esposos ofendidos, quienes podían hacer de ellas lo que quisieran, mas no perdonar a una y matar al otro; los sodomitas son muertos con la mayor crueldad; también imponen la pena capital y, en algunos casos, pecuniaria, a los raptos". (13) Así nos describe esa época Cuello Calón.

i).—**Las siete partidas.**—Constituyen un ordenamiento jurídico elaborado en España, pero de gran resonancia y significación en la Europa del Medioevo; significa un avance hacia la humanización de la penalidad, rompiendo con usos, leyes y procedimientos bárbaros.

En la obra "Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano", de Macedo, se señala: "Las Partidas son

un medio para conseguir los altos fines políticos de legislación y de consolidación del poder real; fueron escritas con el propósito de ser sancionadas como un Código general, comprensivo de todo el derecho y de observancia obligatoria en todos los reinos sujetos a la Corona de Alfonso X, el Sabio, siendo indudable que no fue un tratado de derecho para instrucción, para consulta de los juristas, ni para la enseñanza de los estudios generales en Universidades, como algunos autores han supuesto". (14)

En la partida séptima se entiende lo que en la actualidad se llama parte general, en los ordenamientos penales; se define el delito, enumera las causas de exención, de atenuación, de agravación y justificación de responsabilidad penal: en la definición de delito: "malos fechos que se fazen a placer de una parte e a daño e a deshonra de la otra". Al decir de Macedo, se inspira en el derecho romano. Este Código sancionó los principios fundamentales ya consignados en la legislación Justineca. Así encontramos el principio de ser sólo punibles los actos exteriores, hechos, palabras, escritos y conciertos y no los pensamientos, (leyes 2 y 3)". (15)

En la apreciación de la responsabilidad, el elemento subjetivo, la voluntariedad del acto delictuoso, tiene gran importancia. Al respecto, las Partidas adoptan el principio de no haber delito donde no existe la voluntad cierta de cometerlo, aplicando tal principio en el sentido romano, es decir, no hay delito allí donde no concurre la inteligencia (la conciencia del hecho criminoso), ni la voluntad propiamente dicha; o sea el querer.

En cuanto a la apreciación de la responsabilidad de los delincuentes, se exime de ella al loco, al furioso, según lo preceptúa la partida VII, título I, de la ley 9; de la misma manera se estima la responsabilidad de los sonámbulos, de los beodos y de los menores de edad; pero el sonámbulo que avisase de su costumbre a aquellos con quien pernoctase, no incurría en responsabilidad. Igualmente se exime de ellas por completo a los que no tengan diez

años y medio y la culpabilidad atenuada a los mayores de esta edad pero menores de diecisiete.

A mayor abundamiento y por último, las Partidas consagran el arbitrio judicial como base primordial para que los jueces impongan las penas, de acuerdo con la responsabilidad del reo, atendiendo, como los ordenamientos actuales, a las circunstancias personales del delincuente: víctima, tiempo, lugar de ejecución, forma en que fue cometido y gravedad del delito.

En las postrimerías del ordenamiento legal que comentamos, surgieron nuevas disposiciones de orden penal que no son de tanto valor jurídico como las precedentes. Ellas son: Ordenamiento de Alcalá, Las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes del Toro, etc.; pero dada su menor importancia en la responsabilidad delictiva, siguen teniendo la primacía las Siete Partidas. Hasta la última década del siglo XVIII la situación jurídica de España se caracteriza por la gran confusión imperante en los mandamientos legales, pero en lo concerniente a la materia penal, tiene el toque de ser excesivamente riguroso para reprimir la criminalidad; se aprecia la responsabilidad delictiva desde el punto de vista objetivo o externo fundado en las leyes bárbaras y en el subjetivismo de la legislación romana y canónica.

j).—**Naturaleza Jurídica.** En el lapso comprendido entre los últimos años del siglo XVIII, hasta principios de la segunda mitad del XX, es productivo para sentar las explicaciones filosóficas sobre la responsabilidad penal, sus fundamentos y aplicaciones. En sus comienzos coincide con los presagios de la Revolución Francesa; es el nuevo régimen histórico que sucede a los antiguos, los cuales nuevo y antiguo, son tan calificativos que con justeza se puede decir que nos sirven para dar paso al Derecho Penal científico, con la aparición de los códigos represivos, por la exuberante afición a los estudios penales. Pero son los filósofos y prácticos de todo el siglo XIX y los de un poco más de la mitad del siglo XX, quienes producen las ideas motrices sobre la responsabilidad delictiva.

Los estudios penales surgidos al final del siglo XIX son realizados por eminentes juristas. Entre ellos se cita a Franz Von Liszt, Gerardo Anton Van Hamel y Adolfo Prins.

En el desarrollo del fundamento de la responsabilidad penal seguiremos el trabajo (16) de Garraud.

Este abre una gran llave sobre las teorías de la responsabilidad, estando incluida en ésta la teoría clásica, por una parte, y, por otra, las teorías modernas. En la primera comprende la responsabilidad moral y social, fundada sobre las nociones de obligación, libre albedrío y personalidad, y las segundas las subdivide en las de "mera responsabilidad social", en las que están circunscritas la de Fouillee que son la contractual y la de Ferri, sobre la defensa del organismo social; y por último la social y moral sin supresión del libre albedrío, que pertenece a Tarde. Esta se caracteriza por identidad real y personal y similitud social; la de Liszt se refiere a la normalidad de la acción, y, de las tres teorías modernas, señala el autor citadas estas: la responsabilidad social y moral, pero reducida esta a un simple néumeno. Se entiende por neunómeno, desde los tiempos de Kant que creó la palabra un simple ente de razón, un simple ente metafísico.

Así la referencia y transcripción de Garraud el cual no obstante de gran valía, se olvida de teorías de menor rango, como la integridad de la inteligencia, la integridad del carácter personal, amén de las nombradas en estas páginas iniciales.

Delimitando del penalista francés, en la exposición siguiente se consigna este orden:

- a).—El libre albedrío;
- b).—E contrato social;
- c).—La defensa social;
- d).—La identidad personal y la similitud social, y.
- e).—La normalidad de la acción.



a).—**El libre albedrío.** La base de la responsabilidad penal es sin duda la teoría del libre albedrío, que fue creada en tiempos de la filosofía escolástica del medioevo y de la misma teología, suma ciencia de Edad Media.

El hombre, dentro de sus múltiples facultades, tiene una muy importante: la capacidad de elegir entre el bien y el mal.

La teoría del libre albedrío es sencilla, pero, a la vez, grandiosa, por ser insuperable e inconvencible. Reinó por más de tres centurias como dogma de fé. No obstante, se la ha criticado, pretendiendo impugnarle por medio de la reincidencia en el derecho penal.

Estando en apogeo esta teoría, su aplicación coincide con la pena de muerte, como el mejor remedio a la reincidencia. Pero el problema de ésta desconcierta a los juspenalistas cuando se alza el pregón de erradicarla ya que ésta es el mejor remedio para extirparla. La mayoría de los autores opinan que el efecto de la pena de muerte sea agravante, otros afirman que es atenuante; o, en todo caso se debe considerar, por inadmisibles que sea, que es neutro; es decir, ni atenuante ni agravante. Así lo sostuvo Carminani, maestro de Francisco Carrara. Aquel entendía que si la pena es el sufrimiento que el delincuente soporta, como pago a la sociedad por la deuda del delito, ésta queda cumplida, queda extinta para con la sociedad y sería injusto en caso de que reincidiere, volver a cargar a su cuenta una partida que ya está saldada.

Observa Kleinschrood, aunque de una manera obscura y menos amplia al lado de la raíz del libre albedrío, que en la responsabilidad criminal se hallan otras responsabilidades, como la médica o técnica o por lo menos aquella. (17)

b).—**El contrato Social.** De gran trascendencia es la teoría del contrato social, más moderno aún que la del libre albedrío. Trata del origen de la sociedad y por ende, de la responsabilidad penal; la suscriben Rousseau y Beccaria, respectivamente. Predominó en Europa y América.

En ella se presenta el hombre primitivo en el estado llamado "de naturaleza", o sea, es de escasa relación social que le permitía gozar sin límites de su libertad. Se autodeterminaba, sin barrera alguna; sólo temeroso por la falta de seguridad ante las fuerzas de la naturaleza.

Ese ser primitivo comienza a plantearse el problema de si sería mejor sacrificar una parte de su libertad, cederla o disminuirla, para obtener un poco de la seguridad que merecía, y, al fin, resolvió esta duda creando la sociedad por un acuerdo mutuo de los individuos.

Derivaciones inmediatas que se pueden deducir de la observación, es la responsabilidad penal, aunque, sin embargo, esta teoría nos deja sin saber algunos aspectos muy graves de la penalidad, como el de la pena de muerte, amén del contenido de ese pacto social.

Beccaría argumenta contra la pena de muerte y del hecho de que no es creíble ni imaginable que, habiéndose creado la sociedad y el Derecho Penal, por un contrato expreso entre los hombres, cada uno de ellos, al hacerlo se hubiera despojado del derecho a su propia vida, en caso de delito otorgándoselo a la sociedad. Rousseau, a quien Beccaría tiene por maestro, no admite la legitimidad de la pena, sino estima que el derecho a imponerla es una consecuencia tácita del contrato social.

Garraud no menciona ni a Rousseau ni a Beccaría entre los fundadores de la responsabilidad penal, sobre la idea contractual, porque, dice, se trata de autores cuya influencia ha pasado en nuestros días; pero coloca a uno de menor importancia que vivió en los días del advenimiento del positivismo; este es Fouillee (1838-1912), quien desarrolló en su libro, (18 el concepto de las ideas-fuerzas, entre ellas la de la responsabilidad, en la cual trata de superar el determinismo naciente en su época, sin renunciar por ello a las definitivas adquisiciones positivas.

c).—**La defensa Social.** Ahora tratemos una teoría más, la de la defensa social como origen de la responsabilidad.

penal; pero no la defensa social referida por los maestros de las teorías pactistas, sino la reinante en las últimas décadas del siglo pasado, genuino producto del positivismo, pero dominante en la actualidad, ya que considera a la sociedad humana no pactistas, sino la reinante en las últimas décadas del siglo pasado, genuino producto del positivismo, pero dominante en la actualidad, ya que considera a la sociedad humana no pactista, como un organismo vivo, el último en complejidad en la escala zoológica por cima del hombre. La defensa social se presenta en la teoría enunciada, como un movimiento natural correspondiente a la irritabilidad de los animales inferiores y a las acciones reflejas de los que tienen un sistema nervioso diferenciado, si bien distinto del que corresponde a la elevada naturaleza del hombre.

Ferri, por otra parte, niega el libre albedrío, y para ello se sirve de la Estadística Criminal. Expone: "Si el libre albedrío existiese realmente, la cifra de los delitos en determinado país, cada año, sería enteramente distinta; pero no es así, la distribución geográfica de los delitos, no menos que la marca de la delincuencia a través de los meses, las estaciones y los años, por las estadísticas, muestran, de manera impresionante, la regularidad de los fenómenos sociales y sugiere, en el acto, la ciencia en la regularidad y constancia de fuerzas exteriores que obran sobre ellos". (19)

Presentada tan simple observación, la regularidad de los fenómenos sociales, entre ellos el delito, da como resultado el estudio de fecundas enseñanzas sociológicas, que dan la clave de la doctrina de los factores del delito y de los fundamentos de la responsabilidad penal, sobre este otro concepto distinto que ahora se nos presenta, la defensa social.

"Todo acto humano dice Ferri, al igual que el delito, es el resultado, en un instante determinado, de la conjunción de tres clases de fuerzas: las individuales, físicas y sociales. Los primeros son lo íncito de cada ser humano, o sea, el

obrar de lo interno hacia lo externo, por lo cual se las ha llamado factores endógenos, tales como la raza, la herencia y el carácter que se modela en la lucha por la existencia; los segundos factores físicos, son el conjunto de causas locales que actúan en el hombre determinantemente, y que se les designan con el nombre de clima, flora y fauna, temperatura, humedad, etc.; los terceros y últimos son los factores sociales, o sea el conjunto de fuerzas de esta índole, compuestos por el ambiente social en el que se incluye la riqueza y la pobreza, la ignorancia y la cultura, la familia, el oficio, la instrucción, la religión, etc. Los factores físicos y sociales reciben el nombre de exógenos, porque viniendo del exterior actúan de fuera hacia adentro, a diferencia de los factores individuales o endógenos, en donde la actuación es a la inversa". (20)

La estimación de la responsabilidad es lo característico en el momento positivista, haciendo de la responsabilidad un valor más que moral, social. Por eso el esquema de Garraud presenta en juego, antagónicas, las doctrinas de la responsabilidad, principalmente moral y las otras teorías en las cuales el carácter social predomina sobre el moral puramente.

Fue marcada la acogida que tuvo la teoría de la defensa social, como lo manifiesta el contenido de algunos códigos penales, en tal forma que, el sólo nombre de los códigos penales, llamados explícitamente así, fueron substituídos por "Códigos de Defensa Social". Tales son los de Cuba, Veracruz, Chihuahua y Chiapas, los cuales son influencias del positivismo.

Hemos hecho referencia, con insistencia, sobre el concepto de positivismo, pero ¿qué es esto?, Abramos un paréntesis en el curso de esta exposición para referirnos a lo que nos servirá de base en la continuación de este trabajo.

Fijemos nuestra mirada, en este momento, para que nos sirva de inspiración, en lo señalado por Alberto F. Senior: "Dentro de la ciencia de la filosofía destaca Augusto



Comte; a él se le atribuye, además de ser el creador de la sociología, como conocimiento independiente, el ser fundador de la doctrina o escuela filosófica llamada positivismo, que por el contenido vino a revolucionar la actitud especulativa de la época precedente a él." (21)

Dos principios fundamentales y básicos sirven al positivismo:

Primero: "Todo conocimiento se basa en la experiencia o sea en los datos que nos informan los sentidos y, por ello, erradica todo conocimiento que no fluye por los datos de la experiencia o que no pueda comprobarse en los gabinetes o en los laboratorios, pues sólo es verdadero aquello que es explicado por la casualidad." (22)

Segundo: "Los conocimientos deben tener un sentido práctico. No se debe saber únicamente por saber, puesto que esto no tendría sentido, sino hay que "saber para prever y prever para actuar"; por lo tanto, todo conocimiento debe adelantarse a los fenómenos de la naturaleza para luego actuar de un modo eficaz." (23)

La filosofía positiva es práctica, es decir, no se basa en ningún idealismo todo es positivo.

La positividad es una reacción contra las corrientes idealistas, las cuales se basan en la inteligencia en las creaciones de la mente y en las especulaciones de tipo metafísico que habla de irrealidades.

Dentro del positivismo, cuando el hombre pueda conocer todo casualmente, habrá conquistado la fórmula para conquistar la felicidad, si el hombre puede conocer todo por sus causas, puede prever todo. Por lo tanto, es este axioma el fundamento de esa escuela.

d).—**Identidad personal y similitud social.** El creador de esta teoría, contemporánea al positivismo penal, fuera del libre albedrío, pero no en oposición con él, fué Gabriel Tarde. (24)

Cree en la afirmación del libre albedrío, el cual encontraba en su tiempo en contradicción con la ciencia, pe-

ro no es menos cierto, añadía, que al negarle se contradice también a la conciencia en la mayor parte. ¿Cuál será, por consiguiente, la razón de la responsabilidad? Como él no participaba de la concepción reinante de la sociedad como un organismo vivo, similar a un animal, Tarde no podía oír en aquel fenómeno un efecto de la irritabilidad exitada por el delito, según la manera más frecuente en aquellos días. Así lo creían también Leturneau, Guyau, Hausen, Schiattarella y Ferri sobre todo. Por otra parte, según el propio Tarde, se imponía un sistema de fondo y carácter moral (no sólo social) vivificado y robustecido por el contacto de la ciencia. Este sistema es el que funda la responsabilidad y la función penal sobre el doble concepto de "la identidad real o personal", y la "similitud social". De los autores de entonces, Fernando Puglia, bien conocido y estimado en Italia, aceptó por completo el sistema de Tarde.

Siguiendo esta exposición teórica, Tarde dijo: "La culpabilidad no sólo supone un acto contrario a la utilidad o a la voluntad de los asociados, sino también una falta, visto desde su aspecto material. Supone, necesariamente, dos cosas: "La identidad personal y la Similitud social". La combinación de ambas nociones positivas y no ilusorias va a proporcionar la explicación completa, tanto del mérito como del demérito moral, consecuencias lógicas de la responsabilidad. Para que en el autor de un acto perjudicial a otro, o contrario al querer ajeno, nazca el sentimiento de la falta, y para que en los espectadores y en los jueces del mismo se levante el sentimiento correlativo que acompaña a la pena de censura o de menosprecio, que son igualmente su escuela, son indispensables estas dos condiciones: Primeramente, que el autor del acto se juzgue él a sí propio o que sea juzgado por los demás "como él mismo", en el momento que se acusa o se le acusa y en el instante en que obró; o, en otros términos, que el hecho responsable en cuestión sea atribuido a su propia mente y no a causas orgánicas y físicas exteriores a su persona. En segundo lugar, es necesario que el mismo hombre, cu-



028584

ya responsabilidad se trata de fijar, se juzgue o sea juzgado como perteneciente a "la misma sociedad" que sus juzgadores y víctimas. En otros términos, la responsabilidad no existe sino cuando: a) El autor de un acto de apariencia delictuosa permanece después de haberse cometido siendo idéntico así mismo (identidad real o personal), sin haber sufrido "enajenación", y b) Cuando, además, entre el grupo social a que pertenece, existe suficiente número de semejanzas para que todos lo juzguen igualmente punible". (25)

e).—**La normalidad de la acción.** Es esta la última teoría consignada por Garraud, atribuida a F. Von Liszt, quien manifiesta: "Sólo será penalmente responsable el sujeto que muestre normalidad en su conducta, en tanto que los sujetos anormales serán irresponsables". (26)

Fue primero F. Polletti quien trató de precisar si la acción ejecutada normalmente es lo usual, lo corriente y lo frecuente, o, por el contrario, lo normal es lo ideal, lo más elevado a que puede aspirar la evolución de cada ser según su propia naturaleza íntima. Esta disyuntiva es expuesta por varios autores, como el Dr. Albrecht, quien dice: Si el criminal fuese el verdadero hombre normal que obra, como todos los organismos vivos, egoístamente, según eso el honrado sería el anormal por su conducta excepcional". "Sin embargo, añadiría, los anormales enjuiciarían y castigarían a los normales, por no querer dejarse anormalizar." (27)

Con relación al delito, E. Durkheim ha escrito: "La historia no nos ha ofrecido todavía un solo caso de una sociedad o de un pueblo en que falte totalmente el delito, lo cual demuestra su naturaleza necesaria". (28) Es más, decimos nosotros, la normalidad del delito es social por estar ligado a lo bisocial ineludiblemente como un factor de la salud pública y por ser parte integrante de una sociedad sana, en cuanto que:

a).—Colabora en la obra de la selección de los senti-

mientos y de la maleabilidad necesaria para tomar formas nuevas y más delicadas, y

b).—Porque permite cambios y transformaciones necesarias y las prepara en ocasiones.

Las raíces que fundamentan la responsabilidad penal están sintetizadas en esta exposición, que domina en el pensamiento científico actual.

k).—**Diversas definiciones.**—En la página inicial del "Tratado de Sociología", de Recaséns Siches, se lee: "No se puede lograr una idea relativamente satisfactoria de una ciencia en el momento de iniciar su estudio, ni por vía de definición, sino solamente cuando uno se ha familiarizado con sus problemas; por lo tanto, la definición no debe estar al comienzo de un libro de un curso, sino al final. (29) Valga la observación del distinguido maestro, que no pierde sentido al aplicarse al problema de la responsabilidad penal, pues una idea satisfactoria, por vía de definición, no se logrará plenamente, sino que se desprende de todos los dominios de la vida social. No obstante, señalemos algunas definiciones como criterios iniciales, de diversos autores y materias, para dar luz en este trabajo.

En una visión de conjunto de las diferentes actividades del hombre, inclusive la simple actividad de la conciencia, se concluye a una primera distinción que se reduce a dos aspectos, la responsabilidad jurídica, y la responsabilidad moral. Tal distinción no excluye una de la otra.

La responsabilidad puede resultar de la violación de las normas tanto morales como jurídicas, esto es, el hecho en que se concreta la infracción participa de carácter múltiple, pudiendo ser, por ejemplo, prohibido por la ley moral por la religiosa, la consuetudinaria, o por el propio derecho.

Es infundado sostener una teoría del derecho extraña a la moral; en cambio evidentemente el dominio de ésta es mucho más amplio que el de aquél, escapando al dere-

cho muchos problemas subordinados a la moral, porque la finalidad de la regla jurídica se agota con mantener la paz de la sociedad, y sólo es alterada cuando se afecta el bienestar social.

En las disciplinas moral y jurídica, explica Henry Et Léon Mazeaud, en el "Tratado Teórico práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", (30) el problema del pecado. El hombre se siente moralmente responsable ante Dios o ante su conciencia, conforme sea o no un creyente. Puramente subjetiva, por lo tanto, es su noción. Para establecer si hay o no responsabilidad moral, cumple indagar el estado de ánimo del agente: si se acusa de estado de pecado por una mala acción, no puede eludir la responsabilidad moral. No se trata, pues, de saber si hubo o no perjuicio, porque un simple pensamiento puede inducir esta especie de responsabilidad, terreno que escapa al campo del derecho, destinado a hacer durar la armonía de las relaciones entre los individuos, objetivo que, lógicamente, no parece comprometido por ese lado, sino se trata de cómo siente la responsabilidad dentro de su fuero interno.

Los mismos autores destacan la estrecha afinidad entre moral y derecho. La regla de derecho carecería de fundamento si no se atuviese al orden moral. El dominio de éste es, sin duda, más extenso que el del derecho, porque está desprovisto de cualquier fin utilitario, lo que no acontece con el derecho, cuya función es hacer prevalecer el orden y asegurar la libertad individual y la armonía de las relaciones entre los hombres. Pero, aún circunscrito a esas finalidades, no por eso el derecho, como ninguna otra materia, puede dejar de ser expresión de los principios definidos por la moral.

Concluyendo con esto, la concepción social es el correctivo de la concepción individual, de la responsabilidad moral. Y, en cuanto a la responsabilidad jurídica, fue en los comienzos de la civilización la propia responsabilidad moral, según Marton.

Una nueva distinción hace Mazeaud et Mazeaud, por la cual la responsabilidad jurídica se escinde en responsabilidad penal, exigiendo la acentuación de sus caracteres diferenciales.

La responsabilidad penal presupone una turbación social determinada por la violación de la norma penal. Pero como el problema aquí es aplicar una pena, no puede dejar de suscitar la doble cuestión de la personalidad humana y de la existencia de la ley moral. Regístrese, en este punto, un contacto entre la responsabilidad penal. Pero es preciso no exagerar su extensión. Como la pena tiene por objeto reprimir el acto, sin indagar acerca de la responsabilidad moral del agente, como sucede en las contravenciones y delitos por imprudencia donde se castiga la falta de sentido social y no la de sentido moral. Por otra parte, la ley penal hace influir en la dosificación de la pena, el resultado del acto al grado del lado de culpabilidad, como las medidas de seguridad.

José de Águilar Díaz, en su "Tratado de Responsabilidad Civil", (31) y con relación a la distinción a estudio, advierte los caracteres entre la responsabilidad moral y la responsabilidad penal: ésta supone, necesariamente, un daño, lo que no ocurre en aquélla. Mucho más amplio es, pues, el simple pensamiento, digamos, el pecado; la mala intención no puede constituir daño. Para que haya así responsabilidad penal, es necesario que el pensamiento exceda del plano abstracto hacia el material, por lo menos en un comienzo de ejecución. Pero la ley no es imprudente. Cuida de establecer las situaciones en que tiene lugar la responsabilidad penal. Obediente al principio de "Nulla poena sine lege", el legislador comprende en los códigos penales, los actos que considera perjudiciales a la paz social, y que, como tales, acarreen la responsabilidad penal del agente. Importa, en homenaje a aquel principio, que el individuo, al obrar, conserve su libertad; esto es, que practicando ciertos actos, sepa que no será inquietado, sabiendo, por otra parte, que aquellos otros, de in-



fracción a la norma penal, ~~provocará~~ la acción repressiva.

Como nociones previas, y para continuar, sigamos de cerca a José de Aguilar Díaz, quien agrega: "El concepto de imputabilidad, asimilado en el derecho penal constituido al de responsabilidad, es, en esencia, el de un complejo de condiciones ante los cuales se puede atribuir determinado hecho a alguien, para que éste responda por sus consecuencias. En definición rigurosa, la responsabilidad penal consiste en la declaración, pronunciada por un órgano jurisdiccional estatal, de que en un determinado individuo se verifican en concreto, las condiciones de imputabilidad por la ley genéricamente requeridos, y de que éste, si es imputable, está obligado efectivamente a sufrir las consecuencias de un hecho, como autor de él. La imputabilidad, una vez afirmada en forma de acusación concreta, es la imputación; declarada como efectiva y real, constituye la responsabilidad". (32)

Mc. Iver, en su "Manual de Medicina Legal", también aporta sus conocimientos; pero se refiere a la capacidad analizada al parejo con la responsabilidad. Se expresa así: "Por regla general el individuo adulto posee una suma de cualidades que le permiten actuar en la vida diaria, ya sea desde el punto de vista familiar y social, como del jurídico; esto constituye, en síntesis, su capacidad. La responsabilidad, por otra parte, no implica sino el complemento de la capacidad y consiste en la obligación que pesa sobre el individuo de indemnizar los daños que pueda causar, o purgar la pena asignada a los delitos o cuasidelitos que comete. La responsabilidad, desde el punto de vista del derecho civil, es la obligación que pesa sobre los individuos de indemnizar los daños que causa por el no cumplimiento de sus obligaciones o por la comisión de actos dolosos o culposos." (33)

En cuanto a la responsabilidad, vista desde el Derecho Penal, consiste en la obligación que pesa sobre el su-

jeto de sufrir las consecuencias que se derivan del hecho ilícito ejecutado voluntariamente.

Corresponde a la medicina legal el análisis de aquellas condiciones especiales en que puede encontrarse un individuo al cometer un delito y que lo privan del libre arbitrio, fundamento de los códigos inspirados en la doctrina clásica.

Para que una persona sea capaz y responsable necesita reunir ciertas condiciones biológicas mínimas que le permitan sentir y percibir los fenómenos de la vida externa, usar de sus facultades intelectuales y efectivas y resolver su actuación por medio de procesos voluntarios; en otros términos, requiere del normal funcionamiento de su sistema senso perceptivo, de su inteligencia y voluntad.

Mc. Iver al tratar de la capacidad y responsabilidad, se circunscribe a la edad, sexo, raza, salud mental, condiciones que se resumen así:

a).—A la edad se refieren la mayoría de las legislaciones; la falta de capacidad o imputabilidad proviene de condiciones biológicas de inferioridad, y las legislaciones sólo difieren en cuanto al límite de la edad.

Aunque los tejidos cerebrales se encuentran en su pleno desarrollo a los quince años, en realidad la verdadera madurez se alcanza con posterioridad; por ello, la responsabilidad criminal, señala Mc. Iver, queda exenta hasta alcanzar por lo menos dieciséis años. Los de dieciséis y mayores de esta edad, pero menores de veinte, son irresponsables absolutamente pero si hubieren obrado sin discernimiento, entendiéndose por esto la distinción entre el bien y el mal o conciencia de punibilidad o antijuricidad. Entonces son sujetos de responsabilidad. La edad senil es punto de toque, se contempla como irresponsable al mayor de ochenta años, por disminución de su capacidad intelectual.

b).—Al sexo; éste es de influencia notoria. Se relaciona con el peso del cerebro, con las diferencias anatómi-



cas con las perturbaciones psíquicas con motivo a la menstruación, puerperio o menopausia.

c).—La raza, más que un problema de responsabilidad delictual lo es social. Científicamente este facto interno es irrelevante al Derecho en general, por lo menos en nuestro medio, pues es un problema histórico.

d).—A la salud mental. Si Mc. Iver opine que el sujeto es loco o demente, significa disminución de penalidad por su propio estado.

Por su parte Cuello Calón, y como nociones iniciales a la fundamentación de esta investigación, haciendo referencia a la imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad, expone: "El agente antes de ser culpable debe ser imputable y responsable. Por tanto, imputabilidad y responsabilidad son supuestos previos de culpabilidad", (34)

"La imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos contenidos".

"No exige la fina concurrencia de condiciones mínimas, de aquellas que son absolutamente necesarias para que una persona pueda responder de sus propios actos. Es la capacidad de conocer y de querer". "No existe, prosigue el mismo autor, sobre las relaciones entre la imputabilidad y responsabilidad. Mientras unos, como Liszt, Schmidt, consideran aquéllas como supuesto previo a ésta, opinión también de Caloni, que la estima correcta, otros, como Mezger, consideran que la imputabilidad es parte integrante de la culpabilidad". (35)

"Es responsable el individuo imputable que causa de la ejecución de un hecho punible debe responder de él. Así la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo de dar cuenta del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas. Por tanto, mientras la impu-

tabilidad es una posibilidad, la responsabilidad representa una realidad. Todos los que no sean locos, ni sordomudos, ni menores, son imputables; pero sólo son responsables cuando habiendo ejecutado un hecho punible están obligados a responder de él. Mientras el estado imputable es anterior a la comisión del hecho, la responsabilidad nace en el momento de la perpetración". (36)

Para dar por concluída esta parte inicial digamos con Ignacio Villalobos:

"La imputabilidad es el obrar con discernimiento y voluntad; la capacidad, el ajuste o desajuste a las normas jurídicas, actuando culpablemente". (37) Es de hacer notar que este autor está de acuerdo con esa definición y a la que hace referencia.

La responsabilidad es la obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos.

Es notorio cómo Villalobos hace el análisis, mismo que debe tomarse como modelo de enseñanza para evitar confusiones, tanto en la doctrina, cuanto en la legislación positiva, de la antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad. El lo resume del modo siguiente:

a).—La antijuricidad es una relación del acto con el orden jurídico.

b).—Imputabilidad es la calidad o estado de capacidad del sujeto.

c).—Culpabilidad es la relación del acto con el sujeto y.

d).—La responsabilidad lo es entre el sujeto y el Estado.

Continúa: "La responsabilidad se toma en tres momentos: primero, el relativo a la imputabilidad que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; segundo, el cual

se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo, y, tercero, el correspondiente a la culpabilidad que, como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquido y el estado". (38)

Si a lo dicho se añade lo expuesto en el capítulo de la imputabilidad por Jiménez de Asúa en su obra "La Ley y el Delito" sobre la imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad, sostiene estas tres ideas: cómo imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él, pues de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que a menudo se consideran equivalentes y las tres como sinónimas. No obstante, "pueden distinguirse y precisarse", dice este autor, quien añade: "La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable mas que a condición de declararle culpable de él". (39).

En la doctrina italiana, Ramagnosi expone: "La imputación o imputabilidad es un juicio de hecho distinto de la responsabilidad, que es un juicio de derecho. Se diferencia la imputabilidad física de la imputabilidad moral; en esta no está incluido el concepto de la posibilidad de ser imputado, de responder penalmente de un delito, pues para este autor, imputar moralmente un acto a alguien es lo mismo que considerar que había sentido, conocido a querido el acto practicado: "Imputación psicológica" o "interna", en contra-posición a la puramente material o física". (40) A esto agrega Asúa, "esta imputación concreta no está muy lejos de la esfera de la culpabilidad,

puesto que la imputabilidad actual concebida como capacidad, ha sido tratada antes por Ramagnosi y entendida como "condición", esencial para efectuar el legítimo magisterio penal, cuyo magisterio supone la capacidad, "en todo miembro de la sociedad", de entender la intimidación del precepto penal, de asociar la inflicción de la pena a la ejecución del delito, con la facultad física y moral de conformarse a esta preconcebida intimidación": lo que se llama moralidad". (41)

Por su parte Carrara, en su "Programa" hace una distinción:

a).—Verbo imputar, considera mera atribución; entendiendo, como atribución según J. de Asúa "La atribuibilidad de una infracción dañosa es posible cuando viene el acto u omisión, que materialmente le causa, de una mera causación psíquica que afirma el acto como propio de su causante (mismidad)". (42)

b).—La imputabilidad, la concibe como "juicio de reproches de un hecho futuro", (43) el cual es una idea, un puro concepto.

c).—La imputación, "es el juicio sobre un hecho acaecido", (44) el cual, es un hecho concreto, una realidad.

d).—La imputabilidad moral, sólo significa que: (45) el hombre fue causa moral del hecho que materialmente produjo.

e).—La imputabilidad política, la cual es un juicio por la "autoridad", previendo la "posibilidad de la acción humana, la declara imputable como delito de su autor". (46)

f).—La imputación civil, como "un acto práctico de mera justicia social, mediante el cual se interpreta la ley promulgada. . . y se juzga un hecho. . . para declarar que alguien es autor responsable del mismo". (47)

De esta exposición, Carrara remata su exposición en los siguientes: "El juicio mediante el cual el magistrado impu-



ta civilmente a un ciudadano una acción declarada ya antes por la ley como políticamente imputable, es el resultado de tres juicios distintos. El magistrado encuentra en aquel individuo la causa **material** del acto, y le dice: **tú lo hiciste**, imputación **física**. Encuentra que aquel individuo ejecutó el acto con voluntad inteligente, y le dice: **tu lo hiciste voluntariamente**, imputación **moral** (culpabilidad junto a la imputabilidad, a la luz de las modernas concepciones). Encuentra que el hecho está prohibido por la Ley del estado, y le dice: **tu lo hiciste en contra de la ley**, imputación legal. Y sólo como resultado de esas tres proposiciones puede decir el magistrado al ciudadano: yo te imputo este hecho como **delito**". En verdad, en esta deducción de un posible silogismo, está proclamada la idea de la responsabilidad; así agrega Jiménez de Asúa. Dentro de esta corriente italiana, también Manzini se ocupa de la imputabilidad, responsabilidad y capacidad jurídica considerada la última como "causalidad psíquica", "La imputabilidad es conjunto de condiciones, para que una persona capaz de Derecho Penal pueda ser considerada causa eficiente de la violación de un precepto penal. En tanto la responsabilidad penal es el cargo de las consecuencias generales (sanciones) que se hace a la persona por efecto de la previa comprobación de su imputabilidad. A esta definición agrega Asúa, "Aparece bastante claro, en esta frase última que la imputabilidad embebe por lo menos la culpabilidad, pues de otro modo no sería posible decir que la responsabilidad es efecto de la comprobación de la imputabilidad ya que se concibe aquella en referencia a un hecho concreto". El presupuesto de una y otra, como idea general y conjunto de condiciones por las cuales un hombre puede considerarse sujeto de derecho punitivo, en la capacidad de derecho penal". (48)

No podemos dejar de señalar, por último, dentro de la corriente italiana, a Maggiore; el cual también nos aporta, a mayor abundamiento, conocimientos que nos esclarecen los conceptos de la culpabilidad, imputabilidad y responsabilidad.

Sobre la culpabilidad la considera como: "un tercer elemento del delito, y la desobediencia a una ley, de la que se está llamado a responder". (49)

"La imputabilidad difiere de la responsabilidad, como la posibilidad difiere de la voluntad, y lo concreto de lo abstracto; no obstante, la responsabilidad, ni más ni menos que la imputabilidad expresa igualmente una posibilidad. Porque responsable es quien puede responder de su acto, como es imputable quien puede ser imputado y punible quien puede ser penado. Tanto en la responsabilidad como en la imputabilidad existe lo concreto, abstracto y potencial. Y como tal, hay una determinación apriori en cuanto a la ley establece apriori las condiciones. Esta determinación apriori se convierte aposteriori cuando sobrevenido un delito, si el agente debe en concreto responder de él. Y esa determinación aposteriori, sucede sin duda, en la imputabilidad, cuando, en el juicio, se trate de decir si el autor es en concreto imputable. La diferencia radica según la terminología de Ragmanosi, "una cosa de derecho y una cosa de hecho". (50) Continúa, "la imputabilidad coincide con la responsabilidad (o punibilidad); no es su presupuesto. Quien es imputable es también responsable y punible; ni hay circunstancias que obren sobre la imputabilidad", coincidencia que no corresponde a los dos términos responsabilidad y punibilidad. No obstante, de lo transcrito se infiere de Maggioro, el que sostiene: "no hay culpabilidad sin imputabilidad". (51)

En la ciencia francesa, señala Ortolán sobre la imputabilidad y responsabilidad así: "ambos términos se asimilan, y se embebe además, la culpabilidad. Las dos expresiones son recíprocas la una en la otra; los hechos no son imputables sino cuando nosotros debemos responder de ellos; y decir que nosotros debemos responder, equivale a decir que nosotros debemos ser imputables; ahora bien, si pudiéramos limitarnos a una u otra de esas expresiones para mayor simplicidad, la de imputabilidad es la más técnica en orden al Derecho Penal." (52)



Para concluir es necesario acercarnos al concepto de imputabilidad, aun cuando sea someramente y en forma enunciativa. Lo hacemos así porque este término va a servirnos de base para hacer crítica al Derecho Penal vigente en cuanto al concepto "responsabilidad" que se emplea en forma incorrecta e imprecisa; por estar en desacuerdo con las definiciones que de éstas se han señalado en la doctrina, a través de diferentes autores juristas, ya señalados, y ser más exacto al término imputabilidad o imputable.

En forma genérica, sirve de común denominador a los términos imputable y responsable, como a la parte acusada frente a la cual se pide la actuación de la pretensión punitiva.

Es más científico, doctrinario, adecuado, preferible, usar el término imputable al de responsable, que es el participio sustantivo del verbo imputar; atribuir a otro una culpa, delito o acción, prefiriéndolo a cualquier otro que puede ser: presunto responsable, inculpado, procesado, reo, acusado, detenido, preso, delincuente, persona contra quien resultan cargos y supuesto culpable, estando en contra a lo que en el foro se llama inculpado; porque si bien el verbo inculpar significa acusar a uno de una cosa, su derivado, inculpado, significa lo contrario y sirve para designar a la persona inocente o sin culpa.

Inclinémonos a llamar imputado, y prefiriendo ese calificativo a cualquier otro, no digamos ya al Derecho sustantivo, sino al Derecho objetivo en su más amplio sentido por considerar como imputado a una persona desde el momento que es detenido por acto ilícito, o siendo sospechosa de la comisión de ilícito penal, incluso en la etapa en que el representante social es un órgano investigador, se debe atribuir el carácter de imputabilidad, según el caso.

Después de tratar ciertos aspectos importantes sobre la responsabilidad penal, procede ocuparnos en éste, del

fin de la misma. Diciéndolo en otras palabras, deberemos contestar aquí, cómo y cuándo se extingue la responsabilidad, o sea, la obligación para el delincuente a sufrir las consecuencias legales de la falta que ha cometido. Hay varias maneras para la responsabilidad penal fenezca. Así lo han presentado varios autores, principalmente Bernaldo de Quiroz, cuyo texto tenemos enfrente." (53) La responsabilidad penal se extingue ordinariamente con el cumplimiento de la pena, efectivamente, el Estado, a nombre de la Sociedad, impone al delincuente un castigo que es el pago que este hace a la sociedad por la falta cometida. Sin embargo, el cumplimiento de la pena es el modo normal de extinción de la responsabilidad penal, no es la única manera. Hay otros modos, que si bien no son absolutamente anormales y excepcionales, surten igual efecto.

Algunos han mencionado la muerte del condenado para que se acabe la responsabilidad penal. Nuestro Código Penal mexicano prescribe; que cuando el condenado muere, ya sea en prisión o ya sea de cualquier otro modo cumpliendo la pena, acaba toda responsabilidad penal con él.

Esta es una situación que merece analicemos aunque sea someramente. Las boletas que se extienden al condenado que en la Penitenciaría muere antes de cumplir su pena, dicen: "libre, por defunción." En realidad, no puede decirse que esté libre pues ya está muerto. Y en realidad tampoco puede decirse que haya cumplido la pena que le impuso la sociedad por la falta cometida, sin embargo, ésta es una práctica en el foro mexicano que difiere notablemente de lo que en la antigüedad se hacía.

Efectivamente, antaño, ni siquiera después de muerto era liberada una persona. Muchas veces al cadáver se le aplicaban las penas que la autoridad le imponía. A veces se le quemaba, otras, se le pinchaba e incluso no inhumaba porque todavía no había cumplido con esta sentencia. Varios autores, incluso del campo literario, han mencionado todo eso. Pero ordinariamente tendremos que tratar los modos de la extinción de la responsabilidad.



Otra manera para que fenezca la responsabilidad, es el perdón que concede el ofendido al ofensor. El indulto por la autoridad del Estado es también una de las maneras, aunque en realidad, se puede decir que no son de procedimiento ordinario. Por tanto hay tres formas para extinguir la responsabilidad penal: el perdón, la amnistía y la prescripción. El perdón puede ser por parte del ofendido, o puede también como ya dijimos, otorgarse por parte del Estado y en este caso más bien recibe el nombre de indulto. La prescripción es otra manera del perdón, aquí hay que hacer la observación de que los delitos de acción de orden público, compete solamente al Estado hacerlo, en cambio aquellos que caen dentro del ámbito privado, puede darse el perdón por los particulares. Más esporádicamente todavía, puede tomarse en cuenta el perdón judicial, ésta es la renuncia que hace el Estado por ingerencia de un juzgador, a la pena que al culpado debe aplicársele. Aquí se toman en cuenta atenuantes que en último término pesan tanto, que el Estado cede, renuncia a su derecho de imponer las penas a que se hace acreedor el imputado. La amnistía es otra forma, es distinta del perdón no sólo en cuanto al nombre sino en cuanto a la propia esencia y naturaleza de las cosas. Ya la palabra misma, amnistía, nos da idea de lo que se trata. Su origen, es olvido. Pasar por alto, dejar atrás lo que ha sucedido, aunque esto no necesariamente implica pago de deudas, sino manera de extinción de la responsabilidad. Debemos hacer algunas observaciones respecto a la amnistía y al indulto. En primer lugar, conviene hacer notar que en su propio concepto, el indulto es perdón, en tanto que la amnistía es olvido. Esto es muy importante por cuanto que sea de una u otra manera, de todas maneras nos conduce al ocaso de la responsabilidad. Segundo.—El Jefe de Estado, que concede el indulto, se expresa en un decreto y la amnistía se expresa en una ley. Por otra parte, todos los delitos pueden alcanzar el indulto, ya sean delitos sociales, comunes, políticos, mixtos o de cualquier otra naturaleza, en tanto que la amnistía solamente se toma en cuen-

ta para los políticos, sociales y mixtos. Los delitos comunes nunca pueden ser amnistiados.

Una última diferencia afecta a los efectos de una y otra institución. El indulto extingue la pena total o parcialmente o la conmuta por otras. Los medios pues, de la extinción de la responsabilidad penal, además del cumplimiento de la condena se pueden sintetizar en los siguientes: La muerte del reo, el indulto o la amnistía. Pero se puede decir que todavía queda uno más, la prescripción en sus dos formas: prescripción de la acción penal. Y prescripción de la pena.

El medio de extinción de la responsabilidad es ordinariamente la prescripción. Esta se puede presentar ordinariamente de dos formas: en la primera apuntamos la prescripción del delito o mejor dicho de la acción para perseguir a su autor en juicio. La segunda, es propiamente hablando, la prescripción de la pena. La prescripción de la acción penal que otros consideran más importante del delito, se presenta cuando la acción penal fracasa, falla en su cometido, o se abandona.

La de pena se da en dos situaciones; cuando es condenado el reo en rebeldía. Mientras éste no queda sujeto a la acción de la pena, o bien, cuando eludiéndola, la quebrante en cualquiera de las formas en que haga posible este quebrantamiento.

A continuación consideramos los grupos para reducir el plazo de la prescripción. Hay varios grupos para la reducción del plazo de la prescripción. En el primero tenemos la muerte y las penas perpetuas. En el segundo, las demás penas aflictivas. En el tercero, las penas correccionales, y en el cuarto, las penas leves. El plazo de prescripción aún tratándose de delitos a los que esté señalada la pena de muerte o algunas de las de pena perpetua, privación de las penas correspondientes, lo cual varía no poco, en las distintas legislaciones.



Cómo se compuso el plazo o tiempo de la prescripción. En lo que se refiere a la prescripción de la acción penal, el tiempo corre desde el delito, desde que el delito es conocido. Importa en este propósito tener presente que desde el punto de vista del tiempo en que se desarrolla la acción de que es resultante y expansión del delito, puede hacerse una división de los delitos de varias clases. Delitos instantáneos, delitos continuos, y delitos continuados.

Dada la situación, evidentemente si los delitos instantáneos y en los continuados, el plazo de la prescripción de la acción penal, corre desde el instante en que el delito es conocido. En los delitos continuos no, pues para que corra el plazo de la prescripción, precisa que el delito haya pasado de todo dejando de surtir sus efectos.

La prescripción de la pena corre así, según lo asienta Bernaldo de Quiroz, desde que se dicta la sentencia en rebeldía o desde que se quebranta la sentencia por la evasión del lugar de cumplimiento, según los casos. Sigue adelante Bernaldo de Quiroz. Tanto en el caso de prescripción de la acción para perseguir el delito como el de prescripción de la pena, la teoría de la interrupción de la prescripción en lo civil, surge también su efecto en lo penal. Cualquier acto de procedimiento para convivar la acción paralizada de reintegración del culpable a la penalidad, corta la prescripción sin que los tiempos de suspensión de la acción o de la pena puedan votarse o contar, o sea, a tomarse en cuenta en posibles prescripciones ulteriores que puedan presentarse. Si la prescripción del delito, esto es, si la prescripción de la acción penal para perseguir se interrumpe automáticamente por la comisión de un nuevo delito por parte del autor de la infracción penal, se haya en curso de prescripción. Si suponemos un delito cometido por una persona el día antepenúltimo de la prescripción de otro anterior que el propio sujeto hubiese perpetrado perpetrado por primera vez, el segundo delito, además de sus efectos naturales como cualquier otro, producirá esos otros dos, cortar e interrumpir la prescripción

del delito, y determinar el estado de reincidencia del sujeto.

Para terminar, hemos de definir la naturaleza de la pena. El delito y la pena prescriben automáticamente dice Bernaldo de Quiroz, como acabamos de ver, pero sólo el transcurso del tiempo; en cambio, no prescribe la estimación de las circunstancias agravante de reincidencia en un caso, a menos de mediar sentencia de rehabilitación del contenido.

En definitiva, la apreciación de la circunstancia agravante la reincidencia es lo único imprescriptible que queda de la responsabilidad penal, y sólo puede cancelarla la sentencia de rehabilitación procedente.

- 1.—Fdez. Plaza F.—La Reforma Penal en Cuba. Rev. Penal.—Santiago de Cuba.—Año I, Núm. 3 Abr.-May./932.
- 2.—Rodríguez J, Manuel.—La Fuente del idioma español.—Publicaciones de la Secretaría de Educación Pública.—Méx./926, Pág. 45.
- 3.—Caso Antonio.—Historia del Pensamiento Filosófico.—Soc. de Edición y Librería Franco Americana.—Méx./926.—Pág. 9.
- 4.—Mayer Von R.—Historia del Derecho Romano.—Edt., Labor.—Barcelona, Pág. 116.
- 5.—Mayer Von R.—Historia del Derecho Romano.—Edt., Labor.—Barcelona. Pág. 392.
- 6.—Cabreros-Alonso-Migueles.—Derecho Canónico.—Edt., Católica Págs. 13 y ss. Madrid/947 .
- 7.—Sehling E.—Derecho Canónico.—Edt. Labor.—Barcelona.—/926, Pág. 77.
- 8.—Saleilles R.—La individualización de la Pena.—Imprenta de Irineo Paz.—Méx. Pág. 49 y ss.
- 9.—Ortolán J.—Elemento de Dirit. Penal.—E. Flon. Nov, Pág. 71 y ss.
- 10.—Cuello Calón E.—Der. Penal. T. I. Pág. 75 y ss.—Librería Bosch.—Barcelona /929.
- 11.—Macedo M. S.—Apuntes para la Historia del Der. Penal Mexicano.—Edt. Cultura.—Méx. /931. Pág. 39.
- 12.—Macedo M. S.—Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano.—Edt. Cultura.—Méx. /931. Pág. 48 y ss.—F. J., VI, I, 8.
- 13.—Cuello Calón E.—Der. Penal.—Pág. 32. Librería Bosch.—Barcelona /929.
- 14.—Macedo M. S.—Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano.—Edt. Cultura.—Méx. /931.—Pág. 92.
- 15.—Macedo M. S.—Apuntes para el Derecho Penal Mexicano.—Edt. Cultura.—Méx. /931.—Pág. 120.
- 16.—Garraud.—Trabajo Presentado a la Asamblea Anual a la Benemérita Unión de Der. Penal, a fines del Siglo XIX.

- 17.—Bernaldo de Quiroz C.—Derecho Penal, Parte Gral. Puebla, Méx. /949. Págs. 148 y 149.
- 18.—Foulee.—Libertée. et Determinisme; /872.
- 19.—Ferri E.—La Teórica dell Imputabilita é la negazione del libero arbitrio.—Florençia /878.
- 20.—Ferri E.—La Teórica dell imputabilita é la negazione del libero arbitrio.—Florençia.— /878.
- 21.—Senior, F. Alberto.—Compendio de un Curso de Sociología. Méx. — /963. Pág. 47.
- 22.—Senior, F. Alberto.—Compendio de un Curso de Sociología. Méx. — /963. Pág. 48.
- 23.—Senior, F. Alberto.—Compendio de un Curso de Sociología. Méx. — /963. Pág. 49.
- 24.—Tarde G.—La Philosophie Penale.— /896.
- 25.—Puglia F.—El principio genético del diritto del reprimere, en la scuola positiva.—Enero /892.
- 26.—Liszt F. Von.—Trat. de Der. Penal.—3a. Ed. Madrid.
- 27.—Poletti F.—L' azione normale como base della responsabilita dell delicuenti.—Udine /889.
- 28.—Durkhiem E.—Las reglas del método sociológico.—París /895.
- 29.—Recaséns Siches L.—Sociología. Edt. Porrúa, Pág. 1, Núm. 1 Méx. /956.
- 30.—Henry et L. Mazeaud.—Traité Teórique et pratique de la responsabilita civile, delictuelle et contractuelle, 3a. Ed., París, /939 T. I. Núm. 8 Pág. 6 y ss.
- 31.—Aguilar Días, José.—Tratado de la responsabilidad Civil T. I. Edt. Cajica, Méx. Pág. 18 núm. 5.
- 32.—Aguilar Días, José.—Tratado de la responsabilidad Civil T. I.—Edt. Cajica, Méx. Pág. 18 núm. 5 y ss.
- 33.—Cosiño Luis, Mc. Iver.—Manual de Medicina Legal.—2a. Ed. Santiago de Chile /954, Pág. 363 y ss. Edt. Jurídica de Chile.

- 34.—Cuello Calón, E.—Der. Penal T. I. Parte General 9a. Ed. Edt. Nal. Méx. /953 Pág. 359.
- 35.—Cuello Calón, E.—Der. Penal T. II. Parte General 9a. Ed. Edt. Nal. Méx. /953 Pág. 359.
- 36.—Cuello Calón, E.—Der. Penal. T. I. Parte General 9a. Ed. Edt. Nal. Méx. /953 Pág. 359.
- 37.—Villalobos, I.—Der. Penal Méx., Parte Gral. 2a. Ed. /960 Edt. Porrúa. Pág. 279 núm. 45.
- 38.—Villalobos, I.—Der. Penal Méx., Parte Gral. 2a. Ed. /960 Edt. Porrúa. Pág. 280 núm. 45.
- 39.—Jiménez de Asúa, L.—La Ley y el Delito, Principios de Der. Penal 3a. Ed. Edt. Hermes Méx. B. Aires.— /959. Pág. 325.
- 40.—Jiménez de Asúa, L.—Cita.—Trat. de Der. Penal T. V.—El Delito.—3a. Parte; La Culpabilidad.—Pág. 39 Núm. 1479 Edt. Losada /959. B. Aires.
- 41.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte; La culpabilidad.—Núm. 1476. Pág. 37.
- 42.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Núm. 1479; Pág. 40.
- 43.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Núm. 1479; Pág. 40.
- 44.—Jiménez de Asúa, L. Cita. Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Núm. 1479; Pág. 40.
- 45.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Núm. 1479; Págs. 47 a 50.
- 46.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Núm. 1479; Págs. 47 a 50.
- 47.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Núm. 1479; Págs. 47 a 50.
- 48.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Núm. 1479; Pág. 47 y ss.

- 49.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Núm. 1479; Pág. 47 y ss.
- 50.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Pág. 47 y ss.
- 51.—Jiménez de Asúa, L. Cita.—Trat. de Der. Penal T. V., El delito.—3a. Parte: La Culpabilidad.—Pág. 47 y ss.
- 52.—Bernaldo de Quiroz, C. Edit. Cajica Tomo I. Der. Penal. Parte Gral. Pág. 258.
- 53.—Bernaldo de Quiroz, C. Edit. Cajica Tomo I. Der. Penal. Parte Gral. Pág. 258 y ss.



DERECHO

CAPITULO II



DERECHO

DE LO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO.

CAPITULO II

DE LO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO.



DERECHO

- A).—LOS PRESUPUESTOS.
- B).—DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO;
 - 1).—LA CONDUCTA Y EL EFECTO.
 - 2).—LA TEORIA DE LA ACCION.
 - 3).—DEL RESULTADO.
 - 4).—EL HECHO COMO SINTESIS DE LA ACCION Y DEL RESULTADO.
 - 5).—DENOMINACION DE LA CONDUCTA Y HECHO.
 - 6).—DISTINCION ENTRE CONDUCTA Y HECHO.
 - 7).—FORMAS DE LA CONDUCTA.
 - 8).—ELEMENTOS DE LA ACCION:
 - I).—ELEMENTO PSIQUICO Y
 - II).—ELEMENTO FISICO.
 - 9).—EXPLICACION DE RESULTADO.
 - 10).—EL NEXO CAUSAL.
 - 11).—TEORIAS SOBRE LA RELACION CAUSAL.
 - 12).—UBICACION DEL ESTUDIO DE LA RELACION CAUSAL.
- C).—DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO.
- D).—CONSIDERACIONES SOBRE SU ALCANCE FUNDAMENTAL.

"DE LO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO"



En el mundo circundante el hombre actúa más de una vez en contravención a las normas de licitud y, por lo tanto, sus actos caen dentro de la amplia esfera de lo antijurídico, la cual admite diversas gradaciones en cuanto a su valoración, a los efectos de derecho punitivo y en cuanto lleva ínsito en su concepto los ataques más profundos a la personalidad humana.

A este efecto, es menester estudiar el desarrollo del delito desde que es concebido hasta que se realiza, a fin de determinar cuándo comienza la punibilidad de la acción y en qué condiciones se aplica. Clásicamente esto es la teoría del **iter criminis** o camino del delito, de esencia jurídica, que se compone de actos internos y de actos externos, que se subdividen, en preparatorios y de ejecución. Aquéllos son puramente mentales, por lo tanto fuera de penalidad y éstos son musculares. La doctrina jurídica, como se sabe, separa los de simple preparación de los de manifiesta ejecución.

A).—**Los presupuestos.** Sin pretender invadir la esfera de los delitos del Derecho Penal, iniciemos, para precisar algunos conceptos y en forma general, lo que en la doctrina penalística se entiende por presupuesto, pues este vocablo está tomado principalmente del Derecho privado, cuya rama nos proporciona conocimientos más precisos por su exactitud y aceptación y por haber servido igualmente como un trasunto para el Derecho represivo.

Antes de detenernos en el desarrollo y en el examen del significado, definición, divisiones, opiniones y aplicaciones de los presupuestos del Derecho Penal, iniciemos un examen de la obra del civilista Rojina Villegas, quien en forma acertada expone en su "Introducción al Estudio del Derecho" el significado del presupuesto. Inicia por definir el Supuesto Jurídico como "la hipótesis normativa de cuya realización depende que se actualicen las consecuencias de derecho". Distingue, "siguiendo a Korkonov, en la norma jurídica, dos partes: la hipótesis y la disposición. En la primera se establecen las condiciones de hechos (hechos, actos o estados jurídicos), que habrán de realizarse para que puedan producir las consecuencias contenidas en la disposición normativa; en la segunda, que a la realización de aquélla se producirán las consecuencias contenidas en la parte dispositiva de la misma. De tal manera, si se realiza el hecho se producirá tal consecuencia". (1)

"Haciendo una distinción del supuesto jurídico por una parte, y los hechos, actos y estados jurídicos por otra, en las normas de derecho simplemente se enuncian de manera hipotética y condicional determinadas situaciones que de realizarse producirán consecuencias de derecho. En cambio, el hecho, el acto o el estado jurídico implican un acontecimiento que tiene la virtud de realizar la hipótesis normativa". (2)

Por otra parte, en el ámbito penal, sus normas constan de un presupuesto y de una sanción. En aquél se manda, se ordena o se contiene una prohibición; en ésta se señala la penalidad correspondiente, lo cual, traducido a la terminología del Derecho civil, la hipótesis o supuesto sería el precepto penal que manda, ordena o contiene una prohibición, y la sanción correspondería a la disposición señalada en el campo civil.

Ahora consideramos algunas ideas de utilidad para definir lo que son los presupuestos. Para Gispigni son: las circunstancias constitutivas antecedentes". (3)

Manzini dice: "Son aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos a su existencia del delito delictivo de que se trata". (4)

Maggiore, en el mismo sentido, distingue que los presupuestos del delito son "los antecedentes lógicos-jurídicos para que el hecho sea imputable por el título delictuoso que se considera, y, faltando esos antecedentes, supone la traslación del hecho a un título jurídico distinto". (5)

Cavallo ha construido insuperable definición diciendo: "Aquellas situaciones de hecho o de derecho, o sea, aquellos elementos jurídicos, materiales y psíquicos anteriores al delito, que son condiciones indispensables para su existencia y cuya ausencia lo hace inexistente". (6), son los presupuestos.

Por lo tanto, los presupuestos del delito son los "factores" término que, en su etimología, es hacer, lo que hace, el hacedor, estando incluido en el mismo los elementos, requisitos y antecedentes preexistentes o concomitantes al hecho material para que éste pueda configurarse como hecho delictuoso y así estar en posibilidad de poder imputar al sujeto criminoso, derivada de la conducta o del hecho, la correspondiente responsabilidad penal, la cual actualizada al tipo descrito en la ley, se le aplica, en última instancia, la pena adecuada.

En la norma penal están comprendidos el precepto y la sanción. Son éstos los elementos esenciales que, como presupuestos de los delitos en general, son de tomarse en cuenta, como también el sujeto activo y pasivo, la imputabilidad y el bien tutelado. Massari concibe que uno de los presupuestos fundamentales del delito es el precepto penalmente sancionador, o sea aquella parte de la norma penal que prescribe, bajo la amenaza de una pena, una determinada conducta.

Siguiendo el criterio de Porte Petit, es más apropiado llamar presupuestos de la conducta o del hecho, en razón de que el tipo puede describir una u otra como elementos objetivos del delito, en sus respectivos casos". (7)



Petrocelli opina en relación a los presupuestos del hecho, que "pueden consistir en hechos materiales o en actos o situaciones jurídicas; son aquellos cuya preexistencia es indispensable para que pueda surgir el hecho tal y como está hipotetizado en la norma". (8)

De estos criterios, el mismo Porte Petit dice: "Los presupuestos del hecho son los requisitos jurídicos o materiales, previos y necesarios, para que exista la conducta o el hecho constitutivos del delito". (9)

Se concluye: los requisitos del presupuesto de la conducta o del hecho son:

a).—Un elemento jurídico o material.

b).—Un elemento previo a la realización de la conducta o hecho.

c).—Necesarios para la existencia de la conducta o del hecho descrito por el tipo.

Es obvio, pues, pensar que en ausencia de un presupuesto de la conducta o del hecho se implica inminentemente la imposibilidad de realizar la conducta o hecho descritos por el tipo.

Dicho esto, expongamos las analogías y diferencias entre presupuesto del delito y presupuesto de la conducta o hecho. Haciendo una comparación entre presupuestos del delito especiales v presupuesto de la conducta o del hecho especiales encontramos: (10)

a).—Ambos presupuestos están constituidos por requisitos anteriores.

b).—En los presupuestos del delito, los requisitos son de naturaleza jurídica v en los presupuestos de la conducta o del hecho de carácter jurídico o material y

c).—La ausencia de los presupuestos del delito especiales dan por resultado la variación del tipo y la ausencia de los presupuestos de la conducta o del hecho descritos por el tipo dan la del delito.

Por lo tanto, se deduce: Para la existencia del delito, y acorde con Bettiol, "es necesario que los anteriores elementos deban preexistir o ser concomitantes al hecho material para que pueda configurarse como hecho delictivo", (11) agregamos: Más que elementos son factores, porque, como ya dijimos, es debido a su etimología y al aceptarla en su mayor amplitud la tenemos por más acertada, concepto que, invívito en sí, tiene una actividad creadora originadora del delito.

B).—**El elemento Objetivo del Delito.** Para generar el delito, e indiscutiblemente nunca es suficiente un simple fenómeno psíquico, ya se trate de un pensamiento, deseo, propósito, o ya de una violación. El delito es, en todo caso un suceso, un hecho acaecido en el mundo exterior. En el delito, por consiguiente, existe independientemente un elemento material o físico (objetivo), sin el cual, por lo menos en esta fase actual de la evolución del Derecho, aquél no es concebible.

1).—**La conducta y el Efecto.** En todo delito se encuentra un elemento físico o material, como indudable es que la acción humana concurre sobre todo a formar el mismo elemento. Sin la acción (en sentido más amplio) de un hombre, ningún delito puede existir. No obstante, esta acción humana no basta ordinariamente para constituir el aspecto o momento material del delito, se necesita también un efecto exterior de la misma acción, llamado "resultado", el cual es el segundo factor del elemento físico del delito; por lo tanto está constituido en términos generales por una acción humana y por un efecto exterior de la acción misma. Los conceptos acción y resultado representan la parte esencial relativa al elemento objetivo del delito

2).—**La teoría de la acción.** La acción es elemento constitutivo del antijurídico en general, sea penal o civil, sin olvidar las diferencias existentes entre las dos formas que la acción puede asumir: la positiva (en sentido estricto) y la negativa (omisión).



3).—**Del resultado.** El resultado converge sustancialmente con el efecto, con la consecuencia natural de la acción, o sea, con la modificación del mundo exterior causada por el movimiento corporal. Este principio lo objetiva Liszt así: "es imposible considerar como resultado todo efecto natural de la acción". (12)

Los autores Liepmann y Freudenthal expresan su concepto sobre el resultado, diciendo: "Hay resultado siempre que se ha verificado un cambio que lógicamente corresponde en sus presupuestos y en sus consecuencias a los requisitos de un contenido de delito bien concreto y determinado". Simplemente, dice este último autor, él es el afecto de la acción delictuosa que forma parte del contenido del delito". Y continúa: "No es resultado cualquier modificación del mundo exterior causado por la acción, sino sólo la modificación, el efecto que, de una manera u otra, tiene importancia para la ley, o sea, en la práctica, el efecto que la ley considera como elemento constitutivo o como circunstancia agravante del delito. "El resultado, es pues, el efecto natural de la acción relevante para el derecho penal. En cuanto es efecto natural de la acción, el resultado es necesariamente una modificación del mundo exterior". (13)

4).—**El hecho como síntesis de la acción y del resultado.** La denominación más conveniente para indicar el conjunto de la conducta, del resultado, y del nexo causal es la palabra hecho, y no designar tal compuesto con el nombre de acción, como querían Civoli y Rocco.

En cambio, la expresión **hecho** tiene un significado más amplio y genérico que incluye tanto la acción como el efecto. Etimológicamente, es un fenómeno de suceso causado, producido y por tanto, la misma expresión es muy a propósito para indicar así el movimiento corpóreo como los resultados que el mismo movimiento determina el mundo exterior; en otros términos, es para designar tanto el momento causal, como el momento causado del delito.

Sírvanos estos apuntamientos como base para el desarrollo subsecuente, tanto en esta parte especial, como para lo sucesivo.

5).—**Denominación de la conducta o hecho.** (En los Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, el autor mexicano Porte Petit, dice: "No solamente la conducta y el hecho forman los elementos objetivos del delito; por el hecho se originan los delitos de resultado material, en cambio los delitos originados por la conducta se les denomina de mera conducta". (14)

Por su parte Antolisei ha opinado: "El delito es ante todo acción humana y el fenómeno de la naturaleza o el hecho animal nunca puede constituir delito". (15)

Sobre esto último, se ha referido Villalobos (16) a la época en que se juzgó a un elefante por haber dado muerte a una niña, habiéndose absuelto, por considerar el jurado que había obrado en legítima defensa; el caso en que el juez de Maguncia nombró curador a las cantáridas, "atenta la pequeñez y la menor edad de las mismas"; la condena "a muerte con ensañamiento" el papagayo que gritaba ¡viva el Rey!, con gran desacato a la revolución triunfante; a tal extremo, que por autores del hecho delictuoso no sólo se tenía a esos animales, sino a las cosas y aún a los cadáveres. "El profesor Hamon refiere que aún en la época de Francisco I, en Francia, se litigó contenciosamente la causa de los arrendatarios y las orugas. En 1496 se ahorcó judicialmente a una marrana por haber comido la cara de un niño; en 1747 un gallo fué enjuiciado y quemado por haber puesto un huevo y en 1552 el juez de instrucción de Chartres ajustició a un cochinillo culpable de homicidio; etc. Tan innúmeros son los casos como éstos, que Cuello Calón consigna en demasía y Carancá y Trujillo expone que grandes fortunas se amasaron por estas defensas.

Por lo tanto, deben erradicarse estas ideas y afirmarse que sin la acción humana no puede en la actualidad considerarse un delito ni traer consigo ninguna pena.



Dentro de los elementos del delito se puede sostener indiscutiblemente que la conducta es el primero, cuando la descripción típica es de una mera actividad; sin conducta o hecho no se configura el delito. Así, por lo tanto, se repite, al elemento objetivo se le ha consignado un primerísimo lugar dentro de la teoría del delito, y, recibe el calificativo de elemento por su etimología, derivada del latín, *elementum*, esencial, básico. Para Berner la conducta es el esqueleto sobre el cual se configura el delito.

La conducta, al constituir un elemento esencial, general y material del delito, se le ha utilizado para expresarla, principalmente, como: acción, acto, acaecimiento, etc.

Explicando sólo estos conceptos, de los diferentes recibidos en relación con el empleo de la palabra acción, existen dos corrientes para expresarla: a) una sostiene que debe aceptarse como comprensiva de la acción propiamente dicha y de la omisión, o sea la que utiliza el vocablo acción en sentido lato; y b) otra considera que no puede utilizarse el término acción como comprensivo de las dos formas de la conducta, sino sólo para designar el hacer activo. A la primer corriente se inclina Cuello Calón diciendo: "La acción, en sentido amplio, consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado". (17) Así, la expresión acción comprende: la conducta activa, el hacer positivo; es decir, la acción en estricto sentido y la conducta pasiva, o sea la omisión.

Expone el mismo penalista: "La acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario (o una serie de movimientos corporales), dirigidos a la obtención de un fin determinado. La acción como hacer activo, exige: a) un acto de voluntad; b) una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origina una modificación en el mundo exterior o el peligro que de ésta se produzca. Si A dispara contra B y si falla el tiro y no le causa la muerte, sólo existe peligro de dicha modificación. De esto se deduce: lo. que los actos no voluntarios, los llamados movimientos reflejos y los causados por una excita-

ción de carácter fisiológico como completa ausencia de influjos espirituales, no son acciones en sentido penal; tampoco lo son los realizados bajo el dominio de una fuerza física irresistible. Cuando no hay movimiento voluntario, no existe acción y por lo tanto no hay delito. 2o. sólo los actos corporales externos constituyen acciones en sentido penal. El Derecho Penal sólo se ocupa de éstos, y no de los puramente espirituales, pues los de nuestra actividad psíquica no pueden considerarse como acciones en sentido penal". (18)

Nuestra Ley vigente penal define al delito en su artículo 7 como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales", sin escapar este artículo a la crítica porque no todo lo que definen las leyes penales es delito, como se justifica con las excusas absolutoras. Aun cuando este artículo no exprese cuál sea su sentido, eso sí, la acción debe ser voluntaria, ya sea imputable a intención o negligencia, imprudencia, irreflexión, impericia, o falta de cuidado; pero es evidente siempre la volición.

La acción consiste en un hacer corporal, es decir, en una actividad externa, perceptible por los sentidos, porque de lo contrario, los actos de nuestra vida espiritual no constituyen la acción en sentido penal; por lo tanto la mera intención no constituye delito, en virtud de no manifestarse por actos externos; es menester una relación de causalidad entre la acción y el resultado, cuando éste se exige por el tipo legal.

Si abrimos al azar la parte especial de nuestro mismo código vigente, encontramos únicamente hipótesis normativas que configuran los delitos y que preven las leyes, en tales normas se encuentran implícitos un hacer activo, actividades, integrándose así los clasificados delitos de acción, que se traducen en violaciones del precepto penal, mediante la conducta activa.

El vocablo acción no abarca la omisión por ser su naturaleza opuesta, la acción implica movimiento, la omisión inactividad. Siendo antagónicos, uno de ellos no sirve de género al otro.



Existen autores, como Jiménez de Asúa, que consideran la palabra acto para comprender el hacer y el no hacer, mientras otros lo rechazan. Dicen que "el delito es un acto y no un hecho, porque el hecho es todo acontecimiento de la vida que lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza; en cambio el acto supone un ser dotado de la voluntad que lo ejecuta. El acto se puede definir como una manifestación de voluntad que mediante la acción produce un cambio que en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, se deja sin conducta humana voluntaria que produce un resultado. Al hablar de acto voluntario se requiere significar acción u omisión espontánea y motivada." (19) Aún más, en los mismos apuntes señalados por el autor Porte Petit, el término acto no es aceptable, "pues a veces constituye la acción misma, pero otra forma parte de la acción, cuando está constituida por varios actos; el acto en unas ocasiones constituye en todo y a veces solo una parte". (20)

6).—**Distinción entre conducta y hecho.** Ad Hoc son los elementos conducta y hecho para designar el elemento objetivo del delito; aquélla es la más adecuada para comprender la acción y la omisión; es decir, dentro de ella quedan incluidas la actividad positiva y negativa; en cambio ésta según Ferrer Sama resulta inapropiada, pues la considera demasiado amplia, pues comprende tanto la actividad humana como los acontecimientos provenientes de fenómenos naturales. Jiménez de Asúa asienta: "no decimos hecho, porque es demasiado genérico, ya con ésta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre o acaezca por caso fortuito". (21)

Por lo tanto, un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado más nexo causal); y consecuentemente, el elemento objetivo del delito en general puede estar integrado por una conducta, si se trata de un ilícito de mera actividad, o de un hecho, si nos encontramos frente a un delito material o de resultado. Lo apropiado es conducta y hecho, según el supuesto que se presente.

Para demostrar lo afirmado decimos: No puede utilizarse uno solo de esos vocablos; si se aceptara únicamente el concepto conducta, no se comprendería el resultado material, o si hecho, resultaría excesiva, porque se incluiría alguna hipótesis en que no surgiera un resultado material, que es consecuencia de la conducta". Conceptos estos surgidos de Porte Petit.

Aún más, la palabra hecho indica el conjunto del movimiento corporal y del efecto que acarrea y conducta la sola actividad o inactividad.

Repetimos, la conducta abarca la noción de acción y de omisión. Estriba en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (olvido). La conducta relevante para el Derecho Penal es el comportamiento humano, manifestando su voluntad en el mundo exterior mediante un movimiento o por una inactividad corpórea del mismo sujeto.

"No sólo se emplea el término hecho, si precisamente se le designa un significado convencional; pues sostiene, que en el lenguaje ordinario hecho es todo lo que acontece, lo que sucede y, por ende, la palabra, además de comprender también lo que ocurre en la naturaleza se presta a confusiones, puesto que, desde otro punto de vista, toda conducta realizada constituye un hecho (en sentido vulgar) ya que el actuar o el no actuar humano, por acaecer en el escenario del mundo son hechos". (22) No se opone a que se utilice el vocablo, pero sólo si en forma previa convencionalmente se establecen sus alcances. En la actualidad lo ratifica en su libro llamado "Lineamientos Elementales de Derecho Penal".

Para concluir sobre la conducta, según Ranieri, es "el modo de comportarse el hombre que, dando expresión a su voluntad, es manifestación en el mundo exterior o la inercia corpórea del sujeto". (23)

7).—**Formas de la conducta.**—La acción es una de las formas de la conducta, constituye, por lo tanto, una de las especies de este género; otra es la omisión

La acción consiste en la actividad o el hacer voluntario. Para que tenga vida la acción es preciso querer el movimiento corporal, al elaborar su concepto, no debe invocar el resultado material, porque éste, además de ser una consecuencia de la acción, no siempre se produce, por lo cual basta mencionar la voluntad y la actividad, elementos constituyentes de la esencia de la acción.

Son varias las opiniones sobre el concepto acción.

Para Belling, "La acción es un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer (acción positiva), un movimiento corporal, ya en un no hacer (omisión), esto es, distensión de los músculos". (24) Según Carrancá y Trujillo "La acción es, para los efectos penales, la conducta humana voluntaria manifestada por medio de un acto o de una omisión". El mismo autor, a páginas siguientes, expone sobre la acción *lato sensu*: "Sólo puede entenderse para los efectos penales, como la conducta humana voluntaria, manifestada por medio de una acción en sentido estricto o de una omisión. La acción en sentido estricto, consiste en un movimiento corporal voluntario, o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un fin determinado". Indica "Los delitos de acción consisten en un acto material y positivo que viola una prohibición de la Ley Penal". (25)

Jiménez de Asúa habla de esto, como la manifestación de la voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo, cuya intención se aguarda.

La acción en sentido amplio puede designar el acto y la omisión, pero utilicémosla con propiedad y estrictamente, como comisión, opuestas a las clases omisivas del delito. Poseamos un término genérico para designar la actividad y la omisión punible, del mismo modo que Mayer, en alemán, considera la *Handlung* como género de acción, de comisión por omisión y de omisión simple como sus formas específicas; pero la palabra acción, en realidad,

sólo con esfuerzo podrá servir para indicar el no hacer u (omisión).

8.—**Elementos de la acción.**—Son mayoría quienes aceptan como los elementos de la acción a). una manifestación de voluntad; b). un resultado y c). un nexo causal o relación de causalidad. Von Liszt al respecto ha dicho: "la idea de acto supone, en primer término, una manifestación de voluntad; que ésta debe operar frente al mundo exterior y que el concepto de acto exige la aparición de un cambio en ese mundo, mutación llamado resultado, que debe ser perceptible por los sentidos; que a los dos elementos del acto, se debe agregar otra característica que reúna las diferentes partes de un todo: la relación entre ese resultado y la manifestación de voluntad". (26)

Para Cuello Calón son dos: un acto de voluntad y una actividad corporal.

Para Jiménez de Asúa son tres: Manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad. Para Mezger, "un querer del agente, un hacer del agente de una relación de causalidad entre el querer y el hacer", y, por último, Porte Petit, para denominar el elemento objetivo del delito, conducta o hecho, niega que en la conducta se comprenda el resultado, pues por ella debe entenderse la actividad e inactividad del agente y la voluntad de ejecutarla o abstenerse, lo cual significa que la conducta se integra con un elemento físico, acción u omisión, y otro de carácter psíquico; mientras el resultado es la consecuencia jurídica o jurídico-material de la propia conducta y viene a conformar, con el nexo causal, el hecho material. Así lo afirma Castellanos. (27)

No obstante la discrepancia planteada, aceptamos a quienes consideran en número de dos los elementos de la acción, pero con nueva terminología: a). la voluntad o el querer y b). la actividad, los cuales forman los elementos de la acción, la actividad o movimiento corporal voluntario, o sea, querer una actividad o hacer es considerar, por tanto, que el resultado no es elemento sino consecuencia,



si lo fuese el querer se dirigiría a él y entonces la culpabilidad estaría dentro de la acción.

a).—**Elemento Psíquico.** Consta de tres fases: concepción, deliberación y determinación. Es el denominador común de todas las conductas: es la voluntad, Maggiore sobre ésta dice: "es la libre determinación del espíritu" "auto-determinación", (28) que provoca la manifestación (positiva o negativa) del sujeto activo en el mundo exterior. Para que exista un nexo psicológico entre la voluntad y el sujeto es preciso que aquella se dirija a querer la acción; pero eso sí sin incluir la voluntariedad del resultado, por corresponder a la culpabilidad, según piensa Soler, que este querer interno del agente no debe ser referido al evento o resultado externo, porque el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad. Por tanto, para ser criminoso la conducta, debe existir la manifestación de voluntad propia de la acción, bastando del sujeto activo del delito querer su propio obrar, aunque no desee el resultado del mismo, por no pertenecer esa relación a la teoría de la acción, sino a la de la culpabilidad. Ahora bien, si por un acto reflejo se produce un daño, sin participación de los centros nerviosos superiores, deja de ser punible, porque deja de ser un acto psíquico; debido a que una cosa es la existencia de la acción y otra que tenga vida la acción culpable.

Cuando existe un nexo entre el agente y la actividad y la voluntad o el querer dirigidos al movimiento corporal, entonces, decimos, es criminoso la conducta, pero eso sí, dentro del campo del ilícito penal; pero cuando el núcleo del tipo constituye un hacer, también en el plano penal, el nexo psicológico está dentro del ámbito de la culpabilidad.

Al respecto, Jiménez de Asúa, en su Tratado, dice: "La manifestación de voluntad es la actividad externa del hombre, pero todo resultado es imputable si se refiere a la causalidad psíquica del sujeto; y no se trata de determinar la mera imputación de un resultado por la existencia de dolo o de culpa, sino de precisar con exactitud la



índole del acto externo y la voluntad manifestada por él"
(29)

El límite que media de la concepción a la determinación, pasando por la deliberación, es carente de punibilidad, campo en el que se encuentran libres de sanciones penales, en una serie de estados, representaciones o procesos de conciencia de gran significación para el penalista, y, el lapso entre la concepción y la determinación suele llamársele "la estación terminal del proceso interno". Por tanto, es inexistente la acción al dejar de concurrir el ingrediente volitivo.

b).—**Elemento físico.** La actividad o movimiento corporal es la ejecución, la acción del agente exteriorizada después de haber pasado por la fase interna. La concretización de un hecho físico, actualizado a la norma penal, es la acción relevante al derecho penal para ser la manifestación externa de la personalidad; pero acaeciendo el mundo de la naturaleza física.

Ahora bien, esa acción asume dos formas en sentido estricto, acción positiva y omisión o negatividad de la acción. No obstante, su fisicidad es diferente en ambas. En aquélla está representada por un movimiento del cuerpo, al determinarse el sujeto sobre los nervios motores representan los movimientos musculares; ésto viene siendo la misma personalidad del sujeto, pero eso sí, únicamente dentro del campo del Derecho Penal, no así los movimientos físico biológicos o expresiones, impulsos o actitudes. En ésta, es discutible el "coeficiente físico de la omisión" como le llama Antolisei, por haber quienes le niegan tal momento físico, careciendo este fenómeno de un hecho material, de una existencia objetiva, y ser irreal; pues, únicamente tiene vida en el pensamiento del hombre el ser una creación de él y principalmente de las teorías alemanas.

Para resolver la controversia de la fisicidad en la omisión, concurren autores de la talla de Zitelman y Beling; Lunden, Zirkler y Redlob; Bonucci y Massari, a concepciones de diversa índole: a) fisiológica, b) psíquicas y, c) filológicas, para establecer las bases y demostrarlas.

Zitelman, de concepción fisiológica, sostiene: "En toda omisión se llevan a cabo movimientos más o menos imperceptibles del cuerpo, que corresponden a la inhibición del sujeto y en sus movimientos se encuentran el aspecto físico o material de la omisión". (30)

Beling, de la misma opinión, afirma: "Cuando en la acción se produce una excitación determinada a poner en movimiento el sistema nervioso, en la omisión se encuentra una excitación dirigida a frenar los nervios motores". Continúa: "La omisión es el dominio de los nervios motores; es la voluntad que gobierna tanto los nervios como los movimientos del cuerpo: se opone aquélla al fenómeno de enervamiento". (31) Antolisei, por su parte, no admite estas argumentaciones y las critica así: "Efectivamente, es imposible sostener que en todas las omisiones se verifican movimientos musculares correspondientes a la inhibición del sujeto. Estas señales o manifestaciones exteriores se descubren ciertamente en los casos en que la omisión es el resultado de una pena psíquica, no cuando el hombre se decide por una omisión sin que esto le cueste ninguna fatiga y tanto menos cuando no se decide a un estado de inercia, es decir, cuando él no se ha representado la acción que debiera llevar a cabo y la ha omitido sin pensar siquiera en ello". (32)

Igualmente Bonucci se adhiere a la crítica de Antolisei y expresa: "Es peligroso estudiar de esta manera, según los tratados de fisiología, los casos de la omisión. Se consideran en ellos las omisiones anormales y no las más frecuentes de que nuestra vida está entretejida". Bonucci, de concepción filosófica, expone: "la omisión de un acto es algo que no es aquel acto, no la pura inexistencia del acto, no el hecho negado sin que nada ocupe su puesto. La omisión no es una realidad, sino otra realidad, no es un hecho, sino otro hecho, si ella tiene un fin, si produce algo, si se le asigna un sitio en el espacio, en el tiempo, quiere decir que tiene una existencia. Allí, donde y cuando se encuentra un estado físico del sujeto diverso del estado exte-

rior que se esperaba, están el lugar y tiempo de la omisión del acto mismo y aquél marca el tiempo y lugar de toda omisión jurídica". (33)



Lunden fue el sostenedor inicial. Antes de él, Zitelman y Beling consideraban: "La conciencia no se agota en la negación de una determinada acción, sino que implica siempre la presencia de otra acción, al reconocer la ausencia de la omisión en el *agere aliud*". (34) Massari yendo más allá y aclarando estos conceptos dice: "la omisión se concretiza siempre en una actividad y voluntaria, pero no es siempre un *fasere*, pues, si así fuese, no se distinguiría de la acción positiva; en cambio se diferencia de ella en cuanto consiste en un *aliud agere*". (35) Y continúa: "la omisión no es cualquier acción diferente de la que se esperaba, sino una acción inversa a aquélla que debía y podía desarrollar. La acción varía episódicamente al infinito, puesto que son tantas las acciones, cuanto son los momentos de la actividad práctica. Por tanto, para haber omisión no basta el *aliud agere*, sino es necesario que la acción particular en la que se resuelve la omisión, tenga una diversidad específica una nota propia que verdaderamente sea útil para contraponer la omisión a todas las infinitas posibilidades prácticas que puede revestir el obrar. Considerando la operación omisiva desde el punto de vista del efecto y atribuyendo carácter omisivo sólo a aquélla operación que, en vez de ser diversa, sea inversa, por la consecuencia que produce a la acción que se toma como punto de referencia". (36)

"La verificación del resultado podría ser impedida por algunas operaciones aptas para desviar el curso de las causas que están en vía de desarrollo: sea que consistan en acciones o en energías en bruto. Pero el sujeto, que con una conducta apropiada, podría ser frente al proceso productivo, cortarlo, paralizarlo o interrumpirlo, dirige su actividad a otro objeto y desarrolla una acción que tiene las notas particulares de ser homóloga a las otras causas productoras del resultado, en cuanto que va a sumarse a

las mismas y cooperar con ellas y de ser inversa a la acción que, si se hubiese desarrollado, habría frustrado el resultado. Esta es precisamente la acción omisiva". (37)

En forma nítida Antolisei funda su crítica sobre la omisión, en concepción psicológica, diciendo: "Cualquier signo exterior, cualquier movimiento que refleje la personalidad psíquica del autor, es acción. Incluso es una acción el hecho de dormirse siempre que sea espontáneo". Además sostiene: "En el momento en que el sujeto se presenta como autor de una omisión que refleja su personalidad psíquica, no puede faltar la acción, porque la acción es sin duda una necesidad de la vida del espíritu". (38)

Este autor acepta que en el lugar de la actividad omitida se descubre siempre otra acción, y no es ésta acción la que tiene importancia para el Derecho, porque si un guardavías en vez de atender a la marcha del tren para ejecutar una maniobra necesaria para evitar un desastre, va a jugar a la ruleta, al Derecho no le interesa el hecho de que el guardavías se haya ido a jugar a la ruleta: sólo le interesa la omisión de la maniobra que ha determinado el desastre. Sólo es relevante el hecho negativo: únicamente tal hecho tiene el carácter de la antijuricidad. Y puesto que esa acción ha contribuido a la verificación del resultado, debe considerarse antijurídica. (39)

Sobre estos argumentos Massari anota: "En la acción omisiva existe una situación análoga a la que se verifica en el delito culposo y naturalmente en la forma de culpa que consiste no en la inobservancia de reglamentos, órdenes o disciplinas, sino en una conducta prudente o negligente. Como en tales formas de delito culposo la actividad está subordinada, está condicionada a la verificación de un determinado efecto dañoso o peligroso, sin el cual no subsistiría, del mismo modo en la omisión una actividad que genéricamente sería lícita, asume el carácter de la antijuricidad, en cuanto concurre a la determinación de un resultado antijurídico". (40)

Al parecer del mismo Antolisei sobre el coeficiente físico de la omisión, sostiene que ésta es conducta, comportamiento humano, que no se agota en la negación de una acción, no es la nada, pues, al faltar la acción ese hecho negativo va siempre acompañado de un hecho positivo, de la presencia de otra actividad. Porque mientras el hombre se abstiene de una determinada acción, no se puede decir que no hace nada, que permanece inerte; el omitente hace cualquier otra cosa. Si no lleva a cabo la acción que esperábamos de él, realiza otra. El concepto de comportamiento comprende sin duda también la actividad que se desarrolla en lugar de la acción omitida. (41)

El comportamiento no es sólo la abstención, sino también la actividad que se desarrolla en lugar de la acción omitida.

Acepta Antolisei la palabra "omisión" la cual, en el fondo, significa cualquier acción irreconciliable con la que debía ser ejecutada. La acción, en suma, "es un concepto sintético que abarca toda acción contraria, antitética a la que se esperaba del sujeto. . . la omisión no es la simple negación de una acción. Ella comprende siempre una actividad, la cual constituye el otro aspecto del comportamiento humano. Este comportamiento tiene dos aspectos. Uno negativo, en cuanto falta la presencia de una terminada acción, y uno positivo, en cuanto se encuentra, en el sitio de esta acción, otra que es una actividad irreconciliable con la que debería ser desarrollada". (42).

Citemos, transcribiendo la obra de Antolisei, llamada "La acción y el Resultado en el Delito", lo siguiente: "Si consideramos bien, **no se trata de dos cosas distintas, sino de una sola cosa.** El hecho es uno solo y consiste en una acción propiamente dicha. Sin embargo, esta acción no se considera en sí misma, o sea, por lo que es la realidad fenoménica, como causa de modificaciones en el mundo exterior, sino en cuanto excluye, es decir, en cuanto niega la acción que debía ser realizada". (43).

"Por estas razones consideramos perfectamente exacta

la denominación que la doctrina tradicional, incluso antes de haber profundizado en el problema, ha dado a la omisión, llamándola acción **negativa**.

"Si el concepto que hemos expuesto es exacto no nos es difícil resolver la cuestión del momento físico de la omisión. Este no difiere en nada del concepto de acción, puesto que la omisión no es sino una acción. El coeficiente natural de la acción es, por eso, un movimiento corporal: el movimiento del cuerpo inherente a la acción que se desarrolla en lugar de la actividad omitida. Donde y cuando este hecho físico se verifica, allí y en aquel momento se sitúan el lugar y el tiempo de la omisión". (44).

De lo dicho, Antolisei considera el movimiento, el momento corporal como coeficiente físico de ambas formas de acción. Al concluir dice: "La omisión no es sólo la negación de una acción. En la omisión hay siempre una actividad positiva que constituye el otro aspecto del comportamiento del hombre. No se trata de dos hechos distintos, sino de un hecho único y el hecho es la acción positiva que se ha ejecutado en lugar de la acción omitida. Esta acción la considera el derecho en cuanto a su verificación que ha hecho imposible la otra acción esperada del sujeto, en cuanto ha excluido la acción obligatoria". (45).

"Por tanto, la omisión es indudablemente una realidad temporal y especial: Es un hecho físico, porque no es más que una acción. En consecuencia, el coeficiente material de la omisión no difiere del coeficiente de la acción: en los dos casos hay un movimiento corporal. En la acción positiva, en sentido estricto, el movimiento del cuerpo es lo que constituye el aspecto exterior de la acción misma; en la omisión es el movimiento corporal propio de la acción que se ha verificado en lugar de la que podía y debía ser ejecutada: de la actividad positiva, que excluye la acción obligatoria en la cual físicamente se ha concretado el comportamiento del sujeto". (46).

No podemos dejar de señalar a Porte Petit, en sus "Apuntes de la Parte General del Derecho Penal", sobre

este subinciso, señalando al respecto: "La actividad en sí lo constituye la acción, pues necesita de la concurrencia del elemento voluntad, y ésta, aislada, no interesa al Derecho Penal, puesto que el pensamiento no delinque. Se requiere la existencia del elemento psíquico y del elemento físico o material para la configuración de la acción, por lo que no pueden constituirlos los actos puramente internos del sujeto, sea por falta de momento externo de ejecución, o porque el Derecho Penal en general regula los hechos que se verifican en el punto externo, prohibiendo aquellos que constituyen delitos y sólo puede referirse a los hechos que se realizan en el mundo exterior, dado que las intenciones no son plenamente perseguibles. Así como en los delitos de omisión hay un deber jurídico de obrar, en la acción lo hay de abstenerse, pues los preceptos legales pueden prohibir u ordenar. Cuando se realiza una conducta (o hecho según la descripción del tipo), se viola una norma de carácter prohibitivo, según se trata de acción u omisión". (47).

9).—**Explicación de resultado.** En la vida diaria, el concepto resultado tiene varias significaciones. Algunas veces es usado como sinónimo de suceso y designa cualquier hecho que se haya producido en la realidad fenoménica. En este sentido general, la palabra resultado comprende la acción humana, porque también la acción es un hecho, un suceso.

En contraposición, pero también dentro del significado común, el resultado hace alusión a la realización de un estado de hecho, de una situación en la relación con el principio de causalidad, por tanto, es sinónimo de consecuencia, de efecto.

Este es el término que nos interesa, tanto en el campo jurídico, cuanto en especial en el del Derecho Penal, por presuponer, en ciertos temas, el concepto de resultado al tener relación íntima con él. Tales son los casos en las nociones de dolo, delito culposo, relación causal, sin olvidar la tentativa, al configurarse, entre otros, estos delitos: delito

preterintencional, complejo, progresivo, colectivo, concurso de personas y delitos en los cuales aparece el concepto de resultado.

Vannini, en su estudio titulado "El Delito", expone: "Después de haber dicho que en sentido lato el resultado comprende todo efecto material y moral, directo o indirecto, mediato o inmediato que el delito puede producir (y por consiguiente el daño o peligro inmediato o directo, el daño inmaterial a la autoridad del Estado y el peligro social), en sentido estricto, resultado de un delito es la lesión del bien o interés protegido por la norma penal violada (por ejemplo, de la vida, del honor, del pudor, de la salud, etc.)". (48).

Dos son los criterios que ven el resultado: desde el punto de vista o concepción naturalística o material y desde el punto de vista o concepción jurídica o formal. Los autores defesistas de la primera corriente consideran que el resultado lo constituye la modificación del mundo externo, producida por la acción positiva del agente. Por tal motivo, clasifican el resultado en tres grupos: 1o.—Físico y psíquico; 2o.—Físico, fisiológico y psíquico, y 3o.—Físico, fisiológico, anatómico y psíquico.

Aludiendo el último grupo, Mariano Jiménez Huerta dice: "Los resultados de una conducta humana penalmente relevantes son de diversa naturaleza en relación con la infinita variedad del mundo exterior". (49).

Sintentizando su grupo puede ser:

a).—Físico, la mutación de la forma o sustancia de las cosas.

b).—Fisiológico, la producción de una determinada situación de hecho que puede originar el fin de la vida o un estado de peligro para la vida, (artículo 293 del Código Penal Vigente).

c).—Anatómico, la cercenación de algún miembro que forma la integridad corporal. (Artículo 292).

d).—Psíquico, la producción de determinada psicosis o

psicopatías (artículo 291 y párrafo II del Artículo 292). Y añade: "La relevancia penal de un resultado se manifiesta, las más de las veces, como elemento configurado del tipo en su consumación; otras, en cambio, como una simple circunstancia de agravación. Tiene el primer carácter la muerte del hombre en el homicidio; revisten la segunda significación, conforme a lo establecido en el artículo 293 del Código Penal, las lesiones que además de producir algunos resultados descritos en los artículos 290 y 292, ponen en peligro la vida". (50).

De lo dicho se concluye: existe resultado material cuando se produce una mutación en el mundo externo de carácter físico, psíquico y o fisiológico, descrito y exigido por el tipo.

Los autores defensores de la segunda corriente, según la concepción jurídica o formal, entienden el resultado de otra manera, es decir, referido únicamente a la mutación o cambio en el aspecto jurídico hoy inmaterial. Pero cuándo hay esa mutación en el mundo jurídico o inmaterial? A este respecto responde Cuello Calón que "se produce si la acción lesiona o daña el bien jurídico penalmente protegido". (51).

Ahora bien, cuál es la diferencia entre la concepción naturalística o material y la jurídica o formal. Tal diferenciación estriba: 1o. El resultado que se comprende como modificación del mundo exterior relevante para el Derecho Penal, es un concepto que se agrega al compartimiento del hombre; es una entidad natural, diferente y dispersa de la conducta del sujeto, y, 2o. La ofensa del bien protegido es el mismo hecho del hombre apreciado desde el plano de la tutela jurídica.

Y de sus consecuencias en ambas concepciones se dice: Mientras para la corriente naturalística, el resultado puede no existir en el delito, para la concepción jurídica el resultado lo considera indispensable.

Porte Petit estima tanto la concepción naturalística o

material cuanto la jurídica o formal, como válidas para elaborar el concepto de resultado, según sea la descripción del tipo, ya que no debe darse un concepto de resultado, desde un punto de vista unilateral, jurídico o material, pues no todos los resultados son materiales sino que pueden ser únicamente jurídicos. Esto último sucede cuando el tipo describe una mera conducta de acción o de omisión. Habrá resultado material cuando a la conducta la propia descripción del tipo le agrega como consecuencia una mutación externa". Continúa: "Así pues, cuando el tipo describe una mera conducta se produce con tal comportamiento una mutación jurídica (independientemente de que además se produzca una mutación en el mundo exterior no exigida por por la Ley); cuando el tipo requiere un resultado material y se produce, entonces se está realizando un resultado jurídico y material a la vez; de tal manera que debemos entender por resultado, la mutación jurídica material por una acción o una omisión". (52).

En esa discusión de los juspenalistas de si el resultado es o no elemento del delito, hay unos que lo afirman y otros que lo niegan; unos, más elementos de la acción, otros, consecuencias de la conducta y no falta quien lo considere elemento del hecho. Nosotros, siguiendo a Porte Petit, sostenemos: "El resultado es una consecuencia de la conducta (acción u omisión) y parte constitutiva del hecho que, a su vez, es elemento objetivo, del delito". (53).

10.—**El nexa causal.** El concepto causalidad, más que jurídico es filosófico. En el jurídico es una conquista reciente, en lo filosófico es tratado en el siglo XIX, en el empirismo por Estuard Mill. En el campo jurídico la relación causal únicamente era referida a algunos delitos en especial, como el homicidio, lesiones, etc. En cambio en el campo filosófico ya Aristóteles definía la causa como "todo principio por cuyo influjo pasa del no ser al ser algo en sí indiferente para existir". (54).

Ahora bien, es de suma importancia el estudio de la causalidad por el cambio que produce la conducta huma-

na del mundo exterior, o sea el resultado material, como ya vimos, puede ser físico, anatómico, fisiológico o sea material. Sobre el nexo causal, Ranieri afirma: "Es la relación que debe existir entre una conducta y un resultado, o entre el conjunto de varias conductas y un resultado, y a veces también entre una conducta y otra conducta que se manifiesta como resultado, a fin de que sea posible la tribución natural de éste a tales antecedentes como a su causa". Agrega en Síntesis: "Es la relación que media entre la conducta y el resultado, y que hace posible la tribución de éste a aquélla como su causa". (55).

Por tanto, entre conducta y resultado material se necesita una relación causal, para que el mismo sea atribuido al sujeto y consecuentemente imputable, para responder del ilícito penal, previa la comprobación existente de la relación psicológica entre ese sujeto y el resultado. (Función de la culpabilidad).

11).—**Teorías sobre la relación causal.** A dos pueden resumirse las teorías sobre la relación causal: I) Las generalizadoras y II) las individualizadoras. Aquéllas consideran las condiciones como causa del resultado y éstas extraen de entre todas las condiciones una, como productora del resultado, tomándose una nota temporal, cuantitativa y cualitativa. Dentro de las teorías generalizadoras está la de la equivalencia de las condiciones, expuesta por Von Buri, aceptable por nosotros. En ella existen dos corrientes: la una considera a toda condición como causa del resultado y la otra afirma que se produce del conjunto de todas las condiciones.

Dentro de las teorías individualizadoras encontramos:

1.—La de la condición más eficaz, para considerar aquélla condición que ha contribuido más.

2.—La de la próxima inmediata o última condición para considerar como causa del resultado producido la última conducta realizada.

Amén de éstas se pueden señalar la de la prevalencia,

preponderancia o del equilibrio, la de causa eficiente o de la causalidad, la de adecuación o causación adecuada, etc.

Estas corrientes se rechazan por su parcialidad porque cada autor trata de defenderla según su punto de vista.

12).—**Ubicación del estudio de la relación causal.** Para Porte Petit, (56) la relación de causalidad es el nexo existente entre un elemento del hecho, la conducta y una consecuencia de la misma, el resultado. Por tanto el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito independientemente de cualquier otra consideración, es decir, debe comprobarse ese nexo para dar por existente el hecho elemento del delito (cuando el tipo así lo exija); debe, pues, verificarse la existencia de conducta, resultado y relación de causalidad. En otros términos, con el estudio del elemento hecho se resuelve el problema de la causalidad material; el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito es comprobar el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta, y también entre ésta y el resultado (consecuencia o efecto de aquélla).

De esto se concluye y presume que es inadmisibile constituir la culpabilidad un correctivo en la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues, no puede ser correctivo, lo que es elemento o sea aquéllo indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restantes elementos del ilícito penal; sin embargo, aun cuando no debe hablarse de correctivo, hay que tener presente que no todo el que contribuye con su conducta para la producción del resultado es un delincuente, sino sólo si obra culpablemente; es decir cuando su intervención sea dolosa o culposa, además de reunir los restantes elementos esenciales del delito". (57).

C).—**Del elemento subjetivo del delito.** El aspecto subjetivo del delito se refiere a dos conceptos: la imputabilidad y la culpabilidad. Aquélla la trataremos en su capítulo especial, y ésta pertenece a otras orientaciones, no obstante lo cual ésta encuentra su material en aquélla.

El delito tiene su contenido en una conducta humana, la una corresponde a una serie de fenómenos o realidades psíquicas y por sus estrechas relaciones forman una unidad, pero es posible distinguir una de carácter intelectual y otra de carácter volitivo, mejor dicho, efectivo: Tal conducta desenvuelta en dos fases: La materia del concepto imputabilidad es la psique del sujeto, misma que tiene un desarrollo y una capacidad de funcionamiento natural. Sobre ésta la Ley fija ciertos límites, los cuales determinan el grado de capacidad psíquica suficiente para poder actuar como delincuente. En ese grado de capacidad psíquica descansa el concepto imputabilidad.

La materia del concepto de culpabilidad es la psique funcionando, es decir, en funcionamiento psíquico calificado como dolo o culpa, tanto que el sicologismo lo considera materia directa del concepto de culpabilidad, debido a que su materia directa se encuentra en una aprobación, la cual, a su vez, recae directamente sobre aquel movimiento psíquico, doloso o culposo. Conforme a la teoría de la exigencia se reprocha tanto el movimiento como la inactividad psíquica en cuanto contradicen una exigencia que prohíbe la penetración de esferas dolosas o culposas.

Garraud en su "Tratado teórico y Práctico de Derecho Penal Francés", expone: "La imputabilidad es el carácter de las acciones; no es susceptible de aumentar o disminuir, existe o no existe; se afirma o se niega. La culpabilidad y la responsabilidad caracterizan una manera de ser de las personas; la culpabilidad se mide, tiene grados, el agente es más o menos culpable. Investigan si el agente está en falta con resolución al hecho que le es reprochado, estudian la moralidad del delito, de allí la costumbre de designar bajo el nombre de elemento moral el conjunto de condiciones de la culpabilidad". (58).

D).—**Consideraciones sobre su alcance fundamental.**

Gran variedad de autores juspenalistas existen para fijar el alcance del concepto de imputabilidad, como Mezger, Mayer y Jiménez de Asúa, por lo que se encuentran varios

sistemas. Mezger, por ejemplo, considera que el concepto de culpabilidad, en sentido amplio, abarca en su totalidad el espacio subjetivo del delito y en esas condiciones, imputabilidad, dolo y culpa son elementos de la culpabilidad (lato sensu). Mayer en contraposición, ve en el concepto de imputabilidad todo el aspecto subjetivo del delito y comprende la culpabilidad lato sensu. El mismo da la mayor amplitud al concepto imputabilidad. También en oposición a Mezger, Asúa escribe sobre la imputabilidad en forma especial, como el cimiento del aspecto subjetivo del delito sirviéndole de base a la culpabilidad, considerando la imputabilidad una característica del delito, distinta de la culpabilidad.

Disertemos algo sobre el problema de la culpabilidad, como base del presente trabajo en su parte final, porque nos será útil en ciertos aspectos. Vicente Cavallo, al referirse al elemento subjetivo del delito, en sus epígrafes le llama: condición para la existencia de la culpabilidad; valor del elemento subjetivo del delito; relación con la capacidad a delinquir, con la peligrosidad, con la personalidad del delincuente y, por último, incluye su definición. A la condición para la existencia de la culpabilidad Cavallo expone: "Ha de considerarse para que exista (la culpabilidad) la ejecución del hecho que debe reflejar la figura delictiva, abstracta descrita por la norma porque no puede haber culpabilidad si no hay un hecho típico concreto imputable al agente y abordable para la ejecución. El hecho debe considerarse además como objeto, porque la ejecución lo ilumina y lo colora de acuerdo con la especie bajo la cual se presenta la actitud psicológica indebida.

Si la actitud psicológica en que ésta consiste, aun refiriéndose específicamente al resultado, aborda el hecho en sus varios momentos, sin embargo, con la condición de que se reconozca que el juicio de culpabilidad no es la culpabilidad sino su verificación.

El elemento subjetivo tiene gran importancia para interpretar y valorar el hecho material, por ello tal elemento



debe subsistir; de otra manera no puede hablarse de delito. Así como el límite de la responsabilidad penal se encuentra cuando se apaga la luz del elemento psíquico, así también la responsabilidad penal existe cuando existe únicamente el elemento subjetivo.

Sin embargo no es indispensable que el hecho sea cometido por la misma persona: la culpabilidad puede existir en una persona y otros pueden cometer el hecho material, con tal que la culpabilidad como elemento psicológico aborde el hecho material ajeno. La culpabilidad aborda un hecho objetivo, que viene a ser su objeto y condición en su existencia, porque el hecho objetivo puede existir sin culpabilidad. Después de escudriñar en el elemento subjetivo del delito sobre la culpabilidad, Cavallo la define como "la actitud libre e indebida de la conciencia y voluntad del agente hacia el resultado de que depende la existencia del delito". Para dar apoyo a esta definición y valor al elemento subjetivo dice: "La actitud indebida expresa el elemento normativo y la relación con el resultado la actitud psicológica; porque el elemento psicológico toma una postura diversa para dar lugar a las varias formas de la culpabilidad, el elemento antinormativo permanece idéntico en todas las formas de la culpabilidad para establecer el elemento común que la unifica". Y concluye: así como la causalidad establece la pertenencia material del resultado con respecto al agente y determina el tejido conectivo material de tal resultado, así también la culpabilidad establece la pertenencia subjetiva y constituye el tejido conectivo psicológico del mismo. La culpabilidad expresa la actitud más importante que puede asumir en el delito el elemento espiritual, pero éste puede asumir también otras actitudes que se examinan para fijar sus relaciones con la culpabilidad" (59).

Para Cavallo es de suma importancia ese elemento espiritual, al considerarlo como motivo del delito, por representar el resorte del querer, es decir, la calidad del mismo elemento, al individualizarlo y clasificarlo. Aun más, el

aspecto del estado de ánimo del agente tiene un valor en determinar el delito continuado, en cuanto que es una actitud del elemento espiritual el designio criminoso que muestra los diversos delitos singularmente acabados, que, aun cometidos en tiempos diversos, ofenden la misma disposición de la Ley. Así como ese elemento espiritual se puede presentar bajo el aspecto de su calidad de contraste con la norma penal, en concepto de antijuricidad, también se presenta como capacidad para delinquir, sin dejar de hacer referencia, por último que ese elemento se presenta como conjunto de condiciones personales del reo, deducidas del delito, para establecer su peligrosidad.



- 1.—Rojina Villegas Rafael. Introducción al estudio del Derecho; personas. Edt. Robredo /1955. Edi. 2a. Pág. 181.
- 2.—Rojina Villegas Rafael.—Introducción al estudio del Derecho; personas. Edt. Robredo /1955. Edi. 2a. Pág. 181 y ss.
- 3.—Grispigni. Diritto Penale Italiano, II Pág. 174.
- 4.—Manzini. Derecho Penal, I Pág. 279, 5a. Edi. Themis, Bogotá.
- 5.—Maggiore. Derecho Penal. I Pág. 277, 5a. Edi. Themis, Bogotá.
- 6.—Cavallo. Diritto Penale, III. Pág. 117, Napoli /955.
- 7.—Porte Petit, C.
- 8.—Petrocelli. Principi di diritto Penale, I, Pág. 250 3a. Ed. Napoli.
- 9.—Porte Petit, C. Apuntamientos de la Parte general de Derecho Penal /964. 3a. ed. Pág. 210, Méx.
- 10.—Porte Petit, C. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal /964. 3a. ed. Pág. 210. Méx.
- 11.—Bettiol. Diritto Penale, Pág. 136; Palermo, /945.
- 12.—Antoliceï, F.—La acción y el resultado en el delito. Cita. Pág. 135/59. Trad. Luis Pérez Hernández.
- 13.—Antoliceï, F.—La acción y el resultado en el delito. Cita. Pág. 136/959. Trad. Luis Pérez Hernández. Edt. Jurídica Mexicana.
- 14.—Porte Petit, C.—Apuntes de la parte General del Derecho Penal. Pág. 57. Méx. /959.
- 15.—Antoliceï, F.—La acción y el resultado en el delito. pág. 9 Núm. y Trat. José Luis Pérez Hernández. Edt. Mexicana /959.
- 16.—Villalobos y Noción J.R. del Delito, pág. 55. Méx. /952.
- 17.—Calón Cuello. Derecho Penal, I, pág. 322 9a. Ed. /953.
- 18.—Calón Cuello. Derecho Penal, I, pág. 322 9a. Ed. /953.
- 19.—Jiménez de Asúa L. Tratado de Derecho Penal, T. III, Pág. 292 y ss. B. Aires /951.
- 20.—Porte Petit, C. Apuntes de la parte General del Derecho Penal pág. 59 Méx. /959.

- 21.—Jiménez de Asúa, L. Tratado de Derecho Penal, T. III pág. 292. B. Aires /951.
- 22.—Cfr. Castellanos, F. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana 2a. Ed. México /963 Págs. 199 y ss.
- 23.—Ranieri. Diritto Penale Pág. 167 Milano /945.
- 24.—Belling. Esquema de Derecho Penal Pág. 19 y 20 edic. de palma.
- 25.—Carrancá y Trujillo. Derecho Penal, T. I. Pág. 216 5a. Ed. Méx /958.
- 26.—Liszt Von. cfr. Porte Petit, C. Apuntes de la parte general del Derecho Penal. Pág. 246 /964.
- 27.—cfr. Castellanos, F. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana 2a. E. México /963 Pág. 198 199.
- 28.—Maggiori. Manuale di Diritto Penale, pág. 36 Milano, /951.
- 29.—Jiménez de Asúa L. Tratado de Derecho Penal T. III pág. 294 B. Aires /951.
- 30.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito pág. 39 /959. Traducción José L. P. Hernández, Edt. Jurídica Mexicana.
- 31.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito Pág. 39 /959. Traducción José L. P. Hernández. Edt. Jurídica Mexicana.
- 32.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito. Pág. 40. /959. Traducción José L. P. Hernández Ed. Jurídica Mexicana.
- 33.—Antolisei, C. cfr. La acción y el resultado en el delito. Pág. 41 /959. Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 34.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito pág. 43 /959. Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 35.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito pág. 45 /959. Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 36.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito. pág. 45 /959. Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 37.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito pág. 46 /959. Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.



- 38.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito pág. 47 /959.
Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 39.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito, pág. 48 /959.
Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 40.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado del delito, pág. 49 /959.
Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 41.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito pág. 41 /959.
Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 42.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito, pág. 42 /959.
Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 43.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito, pág. 43 /959.
Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana Núm. 1.
- 44.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito, pág. 43 /959.
Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 45.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito, pág. 43 /959.
Traducción José L. P. Hernández Edt. Jurídica Mexicana.
- 46.—Antolisei, F. cfr. La acción y el resultado en el delito, pág. 43/ y
ss. /959. Traducción José L. P. Hernández, Edt. Jurídica Mexicana.
- 47.—Porte Petit, C. Apuntes de la parte general del Derecho Penal
Pág. 71 México. /959.
- 48.—Vamini il reato, en Revista Penal. Volumen XCVI, pág. 297.
- 49.—Jiménez Huerta M. Panorama del delito, pág. 85.
- 50.—Jiménez Huerta M. Panorama del delito, pág. 86.
- 51.—Cuello Calón, E. Derecho penal, T. I pág. 328 2a. ed. Barcelo-
na /953.
- 52.—Porte Petit, C. Apuntes de la parte General del Derecho Penal
/964. pág. 268.
- 53.—Porte Petit, C. Apuntes de la parte General del Derecho Penal
/964. pág. 279.
- 54.—García Villalobos, I. cita Derecho Penal Mexicano edt. Porrúa
/960. pág. 226.

- 55.—Ranieri.—Diritto Penale, Pág. 192, Milano /945. La casualita nel Diritto Penale, pág. 1.
- 56.—Porte Petit, C. Apuntes de la parte general del Derecho Penal. pág. 125 /959.
- 57.—Porte Petit, C. Apuntes de la parte general del Derecho Penal pág. 125 /959. s. cr.
- 58.—Garraud. T. I. 2a. edi, pág. 426, París, /898.
- 59.—Revista criminalia, Año XXIV, Enero /958 No. 1 pág. 2 y ss. El elemento subjetivo del delito; La culpabilidad. V. Cavallo. Trad. de Porte Petit C.

CAPITULO III

LA IMPUTABILIDAD.



- A).—GENERALIDADES.
- B).—EN LA ESCUELA CLASICA.
- C).—EN LA POSITIVA.
- D).—EN LAS TEORIAS ECLECTICAS.
- E).—ES PRESUPUESTO DEL DELITO.
- F).—CONCEPTO.
- G).—MOMENTO, Y
- H).—NUESTROS CODIGOS.

"GENERALIDADES"



Es aceptado plenamente que sólo las personas físicas son responsables de los actos delictivos que realizan. Responsabilidad derivada de la capacidad para comportarse socialmente, la cual es exclusiva del ser humano. Por ello el delito es un acto humano, una modalidad jurídicamente trascendental de la conducta, que se desarrolla en dos fases una interna o subjetiva y la otra externa y objetiva.

Tomando en cuenta que el delito es el resultado de una doble actividad humana: la procedente del espíritu o interna y la resultante de la actividad física o externa, subjetiva una y objetiva la otra, es claro, por tanto, que los elementos del delito han de ser uno de aspecto subjetivo y el otro objetivo. Por esto se concibe al delito bajo dos aspectos fundamentales: movimiento espiritual doloso o culposo (subjetivo) y actividad corporal externa con resultado dañoso (objetivo). De ahí la concepción técnica del delito como algo objeto y subjetivo.

Sin interesarnos cuántos y cuáles son los elementos esenciales del delito, ni si son aspectos, caracteres, requisitos, presupuestos de punibilidad, fuerzas del delito, o simplemente notas, fijemos nuestra atención en la **imputabilidad**, considerada por algunos autores como el elemento primordial del delito.

A la imputabilidad se le ha conocido como capacidad de acción, de deber, de culpabilidad y de pena.

Pero ¿qué es la capacidad, para que la imputabilidad

de ella resultante sea el presupuesto de la culpabilidad? Es, según Ernesto Mayer, "La posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor para obrar según el justo conocimiento del deber existente". (1).

Para poder atribuir un hecho a un hombre, como causa moral, es necesario que sea capaz de tal implicación, por tener conciencia y libertad para producir el acto que se le imputa.

Se considera el acto imputable, cuando pueda atribuírse a quien lo produjo en razón de la normalidad de sus condiciones psíquicas, pues éstas fundamentan el carácter imputable del acto criminoso.

Por tanto, es imputable, dice Carrancá y Trujillo: "todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta indeterminadamente, por la Ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida social humana". (2).

Es punto de controversia para filósofos y juspenalistas, el concepto de imputabilidad. Algunos sostienen que su contenido es netamente de naturaleza psicológica y, para otros, su esencia estriba en lo social; también no falta quien le asigne una naturaleza mixta.

En su generalidad, imputabilidad significa capacidad penal, respecto al hecho cometido en el momento de su realización.

Arias Padrón y C. Hernández, en su obra, exponen que "la imputabilidad está determinada por el conjunto de las capacidades subjetivas, conocimientos, reflexiones, juicio, voluntad, acción, necesarios para que el individuo sea ordinariamente responsable de sus actos, es decir, para que sea capaz de actuar inteligentemente y con criterio análogo al de la sociedad contemporánea". (3).

El conjunto de estas condiciones determina la imputabilidad, pues configura una situación de capacidad en el



hombre, dentro de la cual se está en aptitud de poder atribuir sus actos, ofreciéndonos la posibilidad de relacionar el resultado de su obra con la propia actividad psíquica que le dió nacimiento; por tanto, se infiere de esto que la imputabilidad es capacidad psíquica.

En consecuencia, realizado un acto criminoso, sin lugar a duda, es el individuo imputable causa física del mismo; pero para que sea castigado es necesario configurar la causa moral y espiritual de tal efecto; y en otro término si actuó queriendo y conociendo o pudiendo conocer lo hecho; cosa posible si se encontraba en condiciones psíquicas normales.

b).—**En la Escuela Clásica.** En el clasicismo, la imputabilidad moral se basa en el libre albedrío en el cual se incluye la razón clara y la voluntad libre, ya que la responsabilidad penal de un sujeto no es sino la consecuencia de su libre determinación moral, vocablos esenciales en esta corriente doctrinaria.

La imputabilidad en la capacidad de comprender y determinarse libremente (inteligencia y libertad), es la condición "sine qua non" para que pueda obligarse justamente a responder de un hecho contrario a la ley penal del Estado. Esta escuela adopta la imputabilidad subjetiva que no es sino la capacidad psíquica del hombre, pues sólo es imputable el que ha obrado conscientemente, a través de su claro razonamiento o espontánea voluntad. Si faltare inteligencia o voluntad, o ambas, en el agente, no hay capacidad, no hay, en consecuencia, imputabilidad.

Ese agente tiene condiciones psíquicas normales, porque dentro de sí posee un grado de desarrollo físico que le permite elegir lo bueno y lo malo, valorizar, captar valores, y con su propia determinación, tener libertad para realizarlos o no, o actuar negándolos.

Al decir que quien en esas condiciones ejecute un hecho es causa moral del mismo, se expresa un juicio sobre la imputabilidad moral; así que está determinada y sirve

como "procedente indispensable de la imputabilidad política". (4).

Ahora bien, si se carece de requisitos subjetivos en condiciones normales y de normalidad psicológica, no se dará, por lo tanto, el nexo moral de su acto, el juicio de imputabilidad, ni mucho menos la imputabilidad política.

Ortolán indica sobre la imputabilidad que se liga íntimamente con la responsabilidad, u obligación de responder de lo que se hizo. Los hechos no son imputables más que cuando tenemos que responder de ellos, y no cuando nos deben ser imputados. La cuestión se puede limitar a una de esas dos expresiones, pero la imputabilidad es más técnica en el derecho penal". (5).

c).—**En la escuela positiva.** Dentro de la dirección clásica se encuentran, entre otros, Anselmo Von Feuerbach y Francisco Carrara. Los exponentes del movimiento de la Escuela Positiva señalan a tres de sus representantes: Lombroso, Ferri y Garófalo, pero el principal representante es Enrique Ferri, quien recibe de la sociología de Augusto Comte los principios opuestos a la Escuela Clásica negando la existencia del libre albedrío, para sustituirlo por otro metafísico en el determinismo. Este principio sostiene que el hombre no es libre de sus actos y obra determinado a delinquir por fuerzas endógenas y exógenas, por lo cual la sociedad tiene necesariamente que defenderse de los delincuentes, prescindiendo de toda consideración sobre su libertad moral. Nace, pues, así el criterio de la imputabilidad social o legal.

La negativa de la imputabilidad moral y el libre albedrío se hizo con el fin de buscar diverso fundamento a la responsabilidad legal, sin desatender el elemento interno. Florián manifiesta: "Para graduar la peligrosidad del sujeto, debe someterse a un tratamiento asegurativo y tutelar, o imponerle una sanción adecuada".

De ello se sigue la facultad de atribuir a alguno un determinado efecto como causa productora del mismo y la



facultad de considerar al responsable obligado a resarcir el daño y de sufrir una pena por el acto realizado. Y así Ferri señala: "El hombre es imputable y responsable porque vive en sociedad; por lo tanto, sufre las consecuencias naturales y sociales de sus propios actos". (6).

El hacedor de la ley imputa el acto delictivo a quien lo comete, independientemente a su capacidad o no; por ello todos son objetivamente responsables, debido a que se vive en un régimen de Derecho en el que las relaciones de hombre a hombre se justifican como producto, acaecido sólo dentro de la sociedad y en una comunidad humana.

Es más, por tener que responder el autor del acto delictivo, por el hecho de ser social, es necesario que el legislador otorgue un margen al juzgador a fin de que pueda apreciar con libertad los factores endógenos y exógenos propios del delincuente, y, apreciándolos debidamente, se evitará convertirse en lo que Florian denomina un aplicador de dosimetría penal.

La Escuela Clásica admite la imputabilidad subjetiva fundada en el libre albedrío. Se reprueba su individualismo y formalismo, porque aquél es acorde al juspenalista por ser el individuo liberal, y éste, porque entroniza a la ley, por ser garantía y freno a la arbitrariedad. En contraposición a esta postura, la Escuela Positiva adopta en el Derecho Penal el método experimental de las ciencias naturales, a las cuales el hombre está sometido, perteneciendo al campo de lo biológico; pero además hay en él una parte espiritual que determina su conducta, ya no por leyes naturales, sino por normas de conducta.

Los factores subjetivos o internos biológicos y los sociales externos influyen en la conducta humana, pero no en forma absoluta, debido a que dentro de nosotros tenemos libertad de acción y de voluntad, ya que cuando nos decidimos por algo experimentamos nuestra propia libertad y en otras ocasiones al tener una resolución nos determinamos a obrar en un solo sentido. Hay casos en que así se acaúta, como por ejemplo, el hambriento, que por su ne-

cesidad adquiere alimentos ilícitamente o puede, comprándolos, allegarse a esos mismos alimentos.

d).—**Teorías eclécticas.** Enunciadas estas teorías en las páginas iniciales, procedemos a su desarrollo. En su acepción etimológica, ecléctico es: objetivo, concerniente al alecticismo, del Griego EKLETICOS, De EKLOGOO, de EK, FUERA, y LEGGO, ESCOGER, y eclecticismo "Escuela filosófica sin sistema propio que estima como el mejor procedimiento para alcanzar la verdad hacer la selección de lo mejor de toda doctrina y sistema con sano criterio y buen discernimiento", (8).

Dentro de esta corriente, el eclecticismo se levanta en contra de las teorías sostenidas por el clasicismo y por el positivismo. El eclecticismo adopta una postura intermedia, pero el criterio no es abierto plenamente; toma para sí lo que considera más aceptable; de la Escuela Clásica hace suya la imputabilidad subjetiva, aunque sin fundarse en el libre albedrío.

Tomando en cuenta que existe la confusión sobre los términos de responsabilidad e imputabilidad, elijamos a los autores que se refieren a esta última, quienes consideran a aquélla invívita en su exposición en las teorías llamadas eclécticas ante las que podemos señalar la de la identidad individual y semejanza social de Tarde, la de capacidad penal de Manzini, la de la normalidad de Liszt, la de la intimidad de Alimena, la de la peligrosidad de Prins, y la de la voluntariedad.

Para Gabriel Tarde la imputabilidad y, por tanto, la responsabilidad, tiene un doble fundamento: "La identidad personal del delincuente consigo mismo, antes y después del delito y su similitud social con aquellas entre los que viven y por los cuales ha de ser juzgado", (9).

El, tanto en el elemento "identidad personal del delincuente", como "su similitud social con aquellos entre los que vive y actúa, por los cuales ha de ser juzgado", hace referencia a la capacidad psíquica del agente. Esta teoría

concuenda con la Clásica. Veamos como caso de incapacidad el de un alineado que no reúne las condiciones de identidad ni es semejante a los demás individuos cuerdos.

Para Manzini la fundamentación de la imputabilidad y de la responsabilidad es basada en la personalidad y en la capacidad penal. Sobre la personalidad dice que no hay capacidad de Derecho sin personalidad jurídica. En ésta se funda una capacidad general que sirve de base a otras capacidades especiales entre las que se halla la de derecho penal, base directa de la imputabilidad. La capacidad general es "idoneidad de querer obrar con efectos jurídicos". La capacidad de derecho penal "es el cómputo de condiciones que hacen al individuo sujeto posible de derecho penal". Esta capacidad es la imputabilidad y la define comprendiendo imputabilidad física y subjetiva, diciendo que: "Imputabilidad penal, es el conjunto de condiciones materiales y psíquicas que requiere la Ley para que una persona capaz de derecho Penal pueda considerarse jurídicamente como causa de un hecho castigado por la Ley penal". Se trata pues de una relación entre el hecho y su autor, mientras que la responsabilidad "se trata entre una relación entre el autor del hecho y el Estado". (10).

De Franz Von Liszt es la teoría de la normalidad. Según él, "La imputabilidad es la capacidad de conducirse socialmente", por cuya razón sólo es punible el "Hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halla perturbada". (11).

De Bernardino Alimena es la tesis de la intimidación; su pensar es: "La imputabilidad es la capacidad subjetiva para sentir la coacción psicológica que el Estado ejercita mediante la pena y la actitud para despertar el ánimo de los coasociados el sentimiento de sanción". (12).

Este autor atiende a:

- 1o.—Elemento subjetivo del agente y,
- 2o.—Las relaciones sociales.



A Alimena se le objeta su criterio porque la intimidabilidad no puede ser fundamento de la imputabilidad, ya que la mayoría de los delincuentes no son tímidos, no temen la represión. Si así fuese, serían imputables los que temiesen al castigo y a los sujetos que no delinquen por miedo.

De Prins, Floiran y Grispigni es la teoría de la peligrosidad, quienes expresan que "lo que debería entenderse fundamentalmente para aplicar la sanción penal a los delincuentes que se hayaran en estado de peligrosidad criminal o sea que develaran en el momento del delito un carácter más o menos antisocial", (13) siendo para ellos la peligrosidad del fundamental elemento de la imputación.

Para Garofalo la peligrosidad hace de la temibilidad y la considera como "La perversidad constante y activa del delincuente y el mal perverso que hay que tener del mismo delincuente". La peligrosidad, en esencia, es lo mismo que la posibilidad de que un hombre llegue a delinquir. Grispigni le concede tanta importancia a la peligrosidad que hasta supone el principio de "que no existe ninguna sanción sin peligrosidad", equiparándolo al "Nullum crimen nulla poena sine lege". (14).

Estos autores distinguen la peligrosidad anterior al delito y posterior al delito, al igual que Tarde, con relación a la identidad personal del delincuente consigo mismo.

En la actualidad, la peligrosidad se consigna en todos los sistemas penales. La peligrosidad no ofrece dificultad aplicarla al juzgador; a ella se refiere nuestro artículo 52 del código Vivente, que dice: "En la aplicación de las sanciones penales se tendrán en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren la mayor o menor temibilidad del delincuente".

Esta teoría puede ser objetada debido a que no puede ser fundamento de la imputabilidad, porque no todos los peligros son imputables, pues hay peligrosos inimputables e imputables no peligrosos.

Por Florian se sostiene la teoría de la voluntariedad.

Para él, consiste en que el acto haya sido voluntario, espontáneo. Se le ataca diciendo que hay casos en que existe una voluntad y no hay imputabilidad, como el actuar de un alienado; pero si se toma en cuenta que la voluntad no viciada es un complejo de fenómenos afectivos e intelectuales los normales, y si además se le toma en sentido amplio, es decir, una voluntad libre y consciente; comprendiendo la totalidad de la vida psíquica, entonces, esta teoría no es equivocada.

Dentro del campo psíquico, la imputabilidad debe considerarse como la facultad de determinarse normalmente entre los diversos motivos que tiene relación jurídica. Solamente el agente con desarrollo físico y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada, puede ser imputable ante el derecho.

En los ordenamientos jurídicos penales al lado de una definición positiva de la imputabilidad, deben describirse aquellos estados con carácter excepcional que contradicen ese supuesto de la punibilidad en el sujeto hacedor de un delito.

Estas teorías apuntadas dan al término imputabilidad un carácter plenamente subjetivo, el cual es el conjunto de condiciones subjetivas que en estado normal han de reunirse en el agente, a fin de poder imputarle sus actos. El alcance del concepto imputabilidad, se limita a ciertas condiciones psíquicas del autor, pero no invade el terreno de la culpabilidad, a la cual sirve únicamente de base.

e).—**Presupuesto del delito.** Entendiendo lo manifestado como presupuesto, Sebastián Soler ha dicho: "La imputabilidad aparece como presupuesto de la culpabilidad, como algo que debe ser examinado previamente; es decir, para ser culpable es preciso antes ser imputable". (15).

Vista la imputabilidad como elemento del delito, es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor para obrar según su justo conocimiento del deber existente; o sea, la capacidad de obrar del

Derecho Penal; es decir, la capacidad de realizar actos referentes al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción, definición que formulan Von Liszt y Ernesto Mayer.

Sobre la capacidad se refiere Manzini, dentro del marco del Derecho Penal, diciendo: "el conjunto de condiciones que hacen al individuo sujeto posible del derecho penal", (16).

Este autor hace una división entre capacidad e imputabilidad física y subjetiva, que no es sino el conjunto de condiciones materiales y psíquicas requeridas por la Ley para que un ente físico, capaz de Derecho Penal, pueda ser considerada jurídicamente como causa de un hecho castigado por la Ley penal. Se trata pues, como ya dijimos de una relación entre el hecho y su autor.

Maggiore difiere de Manzini al considerar inexacta su posición sobre la imputabilidad y capacidad, puesto "que la imputabilidad es una determinación abstracta como todos los conceptos jurídicos; por tanto, los derechos no se constituyen para cada persona, sino en general, ya que la capacidad concierne a las condiciones por las cuales un hombre puede considerarse sujeto de derecho penal en general, y la imputabilidad se refiere a un hecho concreto contrario al derecho penal llevado a cabo por un hombre". (17).

En consecuencia, la imputabilidad supone que la psiquis del autor tenga un cúmulo de representaciones que asociadas, se realicen con toda normalidad con las fuerzas motivadoras de las normas generales, jurídicas, morales, etc., y que la amenaza de la ejecución de la pena produzca una discreción y vigor en los impulsos de la voluntad, y que no ofrezcan nada esencialmente anormal.

En el sentido psíquico, la imputabilidad debe considerarse como la facultad de determinarse normalmente entre los diversos motivos que tienen relevancia jurídica, pues solamente los sujetos que muestran física y mentalmente salud son imputables ante el Derecho.



DERKON

Por tanto, la imputabilidad radica en la psíquis del sujeto, misma que debe desarrollarse normalmente, debiendo coincidir la capacidad con un funcionamiento natural. Sobre la capacidad psíquica normal, la ley señala un límite, en que se califica la capacidad para considerarse como delincuente. La zona en que se es delincuente es fijada por el legislador y es reconocida por el Estado en sus tres elementos, que, según Alva Muñoz son: el subjetivo, el objetivo y el formal. El primero constituye la esencia de la imputabilidad, porque se refiere a la capacidad de actuar psíquicamente, es decir, a una posibilidad de motivación; el segundo es de carácter objetivo, integrado por el límite de edad que fija el legislador, y a partir de la cual se considera que el individuo ha llegado a una madurez mental, es decir se refiere a cierto grado de desarrollo físico de la persona que se determina por el límite de edad, ya marcado, y el tercero, puramente formal, es el reconocimiento por parte del Estado a esa capacidad a que se refieren los anteriores. Estos tres elementos sirven de base y de criterio fundamental para llegar al concepto de imputabilidad y a la certera clasificación de sus causas.

De los tres descritos el legislador hace suya la existencia de la imputabilidad como regla y la inimputabilidad como excepción.

Mezger señala que la teoría de la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, concepto que abarca todo el aspecto subjetivo del delito, y estructura la culpabilidad en los siguientes elementos: imputabilidad, dolo y culpa, con su elemento negativo, la inexistencia de causas excluyentes de culpabilidad. Añade que la imputabilidad es "una determinada disposición o estado de la personalidad del agente, de donde la teoría de la imputabilidad es parte integrante de la teoría de la culpabilidad. La culpabilidad jurídico-penal es, ante todo, una determinada situación de hecho de ordinario psicológico, pero también es, al mismo tiempo, un juicio valorativo sobre la situación del hecho de la culpabilidad", (18) criterio que predomina actualmente sobre el concepto normativo de la culpabilidad.

Por nuestra parte no aceptamos la teoría de Mezger, dado que la imputabilidad como la culpabilidad tienen como denominador común un dato subjetivo, y no obstante, discrepan considerablemente. La imputabilidad es psíquica, es la capacidad de funcionamiento normal; en cambio en la culpabilidad predomina la normatividad: es el reproche dirigido no a una psique o su capacidad, sino a cierta actividad o inactividad de una psique capaz. Al reprocharse al agente su conducta, se reprueba porque no ha obrado conforme a su deber.

Así Jiménez de Asúa dice que la "imputabilidad psicológica es la facultad de conocer el deber". (19). Sirve de apoyo a esa definición la de Max Ernesto Mayer de que la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor para obrar según el conocimiento del deber existente. La imputabilidad es la capacidad penal meramente psicológica en que se basa la culpabilidad, que es de naturaleza normativa.

La imputabilidad es capacidad en abstracto, tiene carácter general para toda clase de acciones. En contraposición, la culpabilidad se concreta a un determinado caso de ilicitud, hay dolo o culpa en casos concretos, no en general.

f).—**Concepto.** Muy debatido ha sido, para unos, el concepto de imputabilidad en su acepción jurídica; para otros su esencia radica en lo social, sin dejar de reconocer que hay quienes le señalen una naturaleza mixta.

Quienes piensan en su autonomía dentro del delito, lo estudian separadamente, pero los que sostienen que es un presupuesto de la culpabilidad lo estudian dentro de este capítulo.

Fernando Arilla Baz considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y no como elemento independiente del delito. Dice: "Si la culpabilidad se integra por elementos volitivos e intelectuales, resulta obvio que dichos elementos, de naturaleza esencialmente subjetiva,



precisan, para su nacimiento, de la capacidad psíquica de querer y conocer, el imputable, que no quiere ni conocer, no puede ser, en consecuencia, culpable". (21).

Ya se ha afirmado que la imputabilidad es psicológica y, por lo tanto, la capacidad en que consiste ha de ser psicológicamente concebida; por ello resulta que el autor debe tener conciencia, juicio de la antijuricidad tipificada de su acto o conducta y que ésta se realice voluntariamente.

Cuando hay un resultado delictivo, se atribuye a quien lo ejecuta, causa física del mismo; pero para que sea castigado es preciso determinar si fue también causa moral, espiritual, de tal efecto, si obró queriendo y conociendo o pudiendo conocer lo que hizo, situación que es posible si se encontraba en condiciones psíquicas normales. Al conjunto de estas condiciones es lo que se denomina la imputabilidad, condiciones que configuran una situación de capacidad en el hombre, la cual permite imputarle sus actos y ofrece la posibilidad de relacionar el resultado de su obra con la propia actividad psíquica que le dió nacimiento.

Conforme a esta tesis Max Ernesto Mayer elaboró su concepto de imputabilidad, diciendo: "Es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor para obrar según su justo conocimiento del deber existente" (capacidad de culpabilidad)". (22).

Franz Von Liszt ha dicho que "Imputabilidad es la capacidad de conducirse socialmente y que puede definirse como la facultad de determinación moral; por consiguiente, es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada". (23).

Contribuye a elaborar su concepto de imputabilidad Jiménez de Asúa: "A nuestro entender, dice, la imputabilidad, como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente". (24).

Se desprende de lo señalado por este autor que lo pri-

mero, es la madurez y la salud mental, y lo segundo, la libre determinación, o sea, la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos. Así no es partidario de los autores que consideran a la imputabilidad como capacidad jurídica del deber y no acepta la antijuricidad subjetiva puesto que lo justo no deja de ser objetivo, ni siquiera desde el lado del deber, cuya violación voluntaria se imputa y reprocha al hombre que delinque.

Para concluir Celestino Porte Petit, sostiene: "La imputabilidad, en cuanto viene a ser la capacidad de querer y entender, constituye un presupuesto de la culpabilidad, de suerte que ésta no es concebible sin la preexistencia de aquélla". (25).

El Anteproyecto del Código Penal elaborado por la comisión de estudios penales de la Procuraduría General de la República, ya define la imputabilidad diciendo que: "Es la capacidad del sujeto cuando tiene la posibilidad de entender y querer sus actos y sus resultados".

g).—**"Su momento.** "La imputabilidad debe existir en el momento en que se realiza la conducta o el hecho punible y este momento es el que debe considerarse como decisivo, pues la inimputabilidad, posteriormente, sólo puede producir efectos procesales". (26).

La imputabilidad coincide generalmente con la ejecución del acto, pero se dan casos en que el autor se coloca en situación de inimputable para producir un resultado contrario al derecho (acciones liberae in causa). La cuestión es ver si el acto delictivo del que se colocó en ese estado le es imputable o no. En esos casos la imputación del hecho realizado se retrotrae y conforme sea el contenido subjetivo del acto en el estado inicial, se imputará a título de dolo o de culpa. Esta es la solución más aceptada ya que se evita que muchos criminales en sumo grado peligrosos queden sin castigo.

h).—**En nuestros códigos.** Nuestros códigos no definen



la imputabilidad, pero de sus preceptos legales se infiere cuál es la posición que adaptan con relación a ella.

El Código de 1871 siguió la tendencia clásica, por lo tanto acepta el libre albedrío y la razón clara como fundamento de la imputabilidad. Ello se justifica por las ideas que prevalecían en voga.

El Código de 1929, en contraposición, adopta una tendencia ecléctica ante la imposibilidad de adoptar los principios de la escuela positivista; pero se encuentra con un obstáculo, que es el principio liberal consignado en nuestra constitución, como garantía individual.

El Código penal vigente distingue entre imputables e **inimputables**, y, en forma general, se refiere a los imputables.

El artículo 15 consigna entre las excluyentes de responsabilidad: "II.—Hallarse el acusado, al cometer la infracción en un estado de inocencia de sus actos determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

De aquí se desprende que, para nuestro código la imputabilidad radica en la conciencia normal o psíquica paz; por ende, -es imputable quien tiene conciencia de su acto, es decir, cuando se da cuenta de los que hace y es capaz de valorar su actitud.

El código de 1931 admite también el principio de la peligrosidad como criterio rector en la fijación adecuada de las penas o medidas de seguridad, con motivo de la comisión de un delito.

El concepto imputar o su derivado se encuentra establecido y consignado en los artículos siguientes: 53-60-153-356- fracción I y III.

Y el concepto responsable, reponsabilidad, etc., se encuentra establecido en los artículos 10-13, 14 Fracción IX,

17-22-291 y 32 fracción V; 38, 92, 138, 152, 153, 228, 230, 247 fracción V; 274-276-280- fracción II 296 fracción I; y 311 de este mismo código vigente.

No podemos dejar de tomar en cuenta que a los epígrafes de cada título del código se le encuentra agregado el concepto "responsabilidad", el calificativo de "penal" con lo que el legislador no hizo más sino distinguir esta responsabilidad de las demás existentes. Esas responsabilidades están plenamente distinguidas en el código vigente y se invocan así:

Artículo 10. Responsabilidad penal.

Artículo 29. Responsabilidad Civil.

Artículo 38. Responsabilidad pecuniaria, y a renglón seguido dice "bienes del responsable".

En el Título décimo segundo se incide la responsabilidad Médica y Técnica.

Art. 247 —V, Autoridad responsable.

De esta extracción de la voz "responsabilidad", del código vigente, se presume que es confuso el legislador en el uso de este concepto, al no ser técnico ni jurídico, por lo que, proponemos es más científico y técnico el concepto "imputabilidad" para que sustituya al de responsabilidad.

El anteproyecto de 1949 adopta la misma postura del código de 31. Este anteproyecto señala en su Art. 8o.: "La intención delictiva se presume salvo, prueba en contrario", y en el Art. 15 dice: "Son causas excluyentes de responsabilidad" 1.—Ejecutar el delito con consecuencia de un estado de trastorno mental transitorio, producido por cualquier causa accidental.

De lo señalado, la imputabilidad se nos manifiesta como capacidad psíquica, dado que ella hace posible el nacimiento y desarrollo normal de los fenómenos psíquicos; es una condición subjetiva que radica en el hombre, y se

considera desde un punto de vista jurídico penal como elemento indispensable en la integración del concepto que actualmente se tiene del delito, por lo que es un requisito para que se puedan dar delincuente y delito.

La teoría psicológica establece la posición más aceptable sobre el concepto de imputabilidad. Esta se presenta como capacidad para delinquir y cuando se manifiesta, puede existir una relación causal psíquica entre el delito y su agente. Como el imputable es capaz de delinquir también lo es para sufrir las consecuencias del delito, siendo por lo mismo responsable. Pero el responsable podría sufrir las consecuencias del delito sólo cuando sea declarado culpable, declaración que hace de la apreciación de los movimientos psíquicos los productores del resultado ilícito penal.



- 1.—Mayer Ernesto, M.—Cit. por Asúa en su obra *la Ley y el delito*, pág. 421, Caracas /945.
- 2.—Carrancá y Trujillo, R.—*Dr. Penal Méx.* T. I, pág. 200 Méx. /950.
- 3.—Arias Padrón y C. Hernández.—*La Resp. Penal ante los Tribunales en América Nueva.* Méx., pág. 210/955.
- 4.—Carrara, F. Programa del Curoso del Dr. Criminal. T. I., pág. 47 B. Aires /944.
- 5.—Ortolán, J. *Elementos de Droit Penal* 102/886 París.
- 6.—Ferri, E.—*La Sociología Criminelle*, pág. 343.
- 8.—Diccionario de la lengua española.—Real Academia Española. Madrid /956. 18 Ed. Edt. Espasa-Calpe.
- 9.—Tarde, G.—*La filosofía Penal* T. I. Cap. III Madrid.
- 10.—Manzini, V.—*Instituzione di Diritto Penale Italiano* T. I., pág. 69 y ss /946, y T. I., pág. 582 Torino, /933.
- 11.—Liszt, F. V.—*Trt. de Dr. Penal*, pág. 384 y ss/Madrid 927.
- 12.—Alimena, B.—*Princs. de Der. Penal* T. I. Vol. II pág. 18 Madrid/916.
- 13.—Gómez, E.—*Trat. de Der. Penal* T. I. Pág. 84 B. Aires /939.
- 14.—Gómez, E.—*Trat. de Der. Penal* T. I. Págs. 84 y ss. B. Aires /939.
- 15.—Soler, S.—*Der. Penal Argentino*, T. II Págs. 17 y Sigs.
- 16.—Manzini, V.—*Insstituzione de Diritto Pamela* T. Págs. 69/946.
- 17.—Maggiore, G.—*Dr. Penal* T. I. Pág. 447.
- 18.—Mezger, E.—*Trat. de Dr. Penal*. T. II Págs. 7 y 9 Madrid /933.
- 19.—Jiménez de Asúa L.—*La Ley y el Delito* Pág. 420 Caracas /945.
- 20.—Soler, S.—*Der. Penal Arg* T. II, pág. 13/951.
- 21.—Arilla Bas, F.—*Apuntes de Der. Penal* /949.

- 22.—Mayer M. E.—Citado por L. J. de Asúa en la Ley y el Delito, pág. 333 3ª. ed.
- 23.—Liszt F. V.—Trat. de Der. Penal. T. II Págs. 384 y Sigs. 3ª. Edi. Madrid.
- 24.—Jiménez de Asúa L. Trat. de Der. Penal T. V. Pág. 86 2ª. Ed. B. Aires.
- 25.—Porte Petit, C.—Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, págs. 45 y sig. /954.
- 26.—Liszt, V.—Tratado de Derecho Penal T. II Págs. 384 y sig. 3ª. Edi. Madrid.



DERECHO

CAPITULO IV



DERECHO

DE LA AGRAVACION Y ATENUACION DE LA PENA.

CAPITULO IV

DE LA AGRAVACION Y ATENUACION DE LA PENA.



DERECHOS

- A).—ENLACE.
- B).—PENALIDAD.
- C).—EL ARBITRIO DEL JUZGADOR.
- D).—TEORIA DE LA PELIGROSIDAD O TEMIBILIDAD.
- E).—SINGULARIZACION DE LA PENA.
- F).—TEORIA GENERAL DE LAS CAUSAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL.
 - 1).—TERMINOLOGIA.
 - 2).—CLASIFICACION.
 - 3).—PREMEDITACION, ALEVOSIA, VENTAJAS Y TRAICION.
 - 4).—ATENUANTES.
- G).—CONCLUSIONES.



A).—**Enlace.** Basta con que nos detengamos un momento a observar los capítulos anteriores para que identifiquemos los actores que en las tablas representan los papeles principales y secundarios de un delito, cuyo interés, función y finalidad están en proporción a su importancia. Tales son la conducta o el hecho, la coincidencia de esa conducta o hecho con la hipótesis normativa o adecuación al tipo descrito en la Ley, la violación al Derecho o disonancia armónica, la capacidad para delinquir, la oposición subjetiva con el Derecho, las condiciones o requisitos circunstanciales esporádicos y la reacción del poder estatal frente al ilícito penal; van todos estos elementos integrando el delito dogmáticamente, según las nuevas corrientes, y así considerando dése por manifiesto para la prosecución estricta de este trabajo y, allende, aplicar la sanción establecida en la Ley.

B).—**La penalidad.** Dentro de las múltiples actividades y misiones del Estado está la de asegurar el orden bajo una constante coordinación de actividades, para permitir una justa y ventajosa convivencia; pues no basta crear derecho sino asegurarse sea efectivo, es decir, unir a las normas de convivencia un sistema henchido de sanciones, tendente a reprimir con certeza los actos contrarios a Derecho de aquellos negligentes e indisciplinados.

En el aspecto positivo del delito encontramos, en la concepción heptatómica hecha por Guillermo Sauer, la punibilidad discutida por los estudiosos del Derecho Penal, y en el aspecto negativo del delito encontramos las excusas absolutorias.

Toda acción delictiva ha de ser punible, señala un principio de Derecho Penal, porque el concepto punibilidad indica en sí mismo la existencia de una penalidad

señalada en la Ley, pues el acto punible es aquél para el cual la Ley señala una pena, sin la cual no sería concebible atribución alguna a ese acto un carácter delictivo. Sobre esto hay diversas opiniones entre las que destacan las de Beling, Shmidt y Mezger, quienes consideran que la penalidad es una consecuencia del delito y no un requisito.

Sobre la penalidad Jiménez de Asúa asienta: "Es una característica del delito y elemento esencial de éste; es el carácter específico del crimen y lo que en último término caracteriza el delito; es un ser punible". (1).

Por tanto, la penalidad no es solamente un carácter del delito, sino objeto y contenido de todo el derecho penal, por ser éste no sólo ciencias del delito sino también de la pena. En otro sentido Carrancá y Trujillo sobre esto expone: "Es de advertirse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en realidad de la vida de la acción descrita por la Ley, sino con la sola amenaza de tal pena, con la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. De este punto de vista, la penalidad es un elemento esencial de la noción jurídica del delito". (2).

Para Florian es "la pena que se impone a un hecho delictivo que se encuentra descrito en la Ley". (3).

Porte Petit al referirse a los elementos legales extraídos del ordenamiento punitivo expresa: "La penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7o. del Código Penal dispone "el delito como el acto u omisión que sanciona las leyes penales", exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía pena "nulla paena sine lege" pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 Constitucional alude, sin duda de ninguna especie a la garantía penal". (4).

C).—**El arbitrio del juzgador.** Etimológicamente proviene del latín *arbitrium*, *arbitri*, igual a libertad o facultad.



Para J. Escriche es: "la facultad que tiene el juez para decidir los casos omitidos o no claramente contenidos en las leyes". (5). Considera la Real Academia, el arbitrio de juez o judicial como la facultad "que se deja a los jueces para la apreciación circunstancial a que la Ley no alcanza". Bernaldo de Quiroz lo define como "la facultad en los juzgadores, respecto a la aplicación en las leyes, de servirse de su criterio personal en cuanto no esté definido y medido por aquéllas". (6).

Ahora bien, esa libertad o facultad está en disonancia con los sistemas constitucionales imperantes, en los que está consagrada la garantía "nullun crimen, sine legen". No obstante, es un nuevo aporte al Derecho Penal de nuestra época.

De las anteriores definiciones extraemos varios elementos como: libertad o facultad discrecional en el orden jurisdiccional, arbitrio aplicable dentro de un margen de penalidad, para concretizar la pena, y apreciación circunstancial y causal de la conducta criminosa.

En consecuencia, ensayemos nuestro concepto: el arbitrio judicial es la facultad del órgano jurisdiccional para la concretización de la pena, según la circunstancia y causa que origina la conducta criminosa, pero dentro de un margen limitado.

Ahora bien, para la concreción de la pena por el órgano jurisdiccional, según Cuello Calón, presenta dos aspectos: 1) el cualitativo, según el cual los delitos más grandes deben ser penados con penas más graves y deben ser castigados con penas de clase diversa atendiendo a su diversa naturaleza, y 2) el cuantitativo, en el que la pena a cada delito debe aplicarse en mayor o menor culpabilidad del reo.

Corresponde al juzgador, dentro de los límites de la sanción mínima y máxima, hacer el estudio de la personalidad del criminal, haciendo uso de su propio arbitrio, representado en el mínimo de la pena la garantía de la sociedad y por el máximo de la misma la garantía del reo.

Según Ferri, en la aplicación de la norma penal, se impone al juez, en cada caso concreto, cinco problemas prácticos:

1o.—Si el hecho fué realmente cometido (prueba genérica).

2o.—Si el hecho cometido constituye delito (prueba jurídica).

3o.—Si el delito fué cometido por el procesado (prueba específica).

4o.—En qué condiciones personales y en qué ambiente ha cometido el delito (prueba psicológica), y, por tanto, con arreglo a las leyes penales vigentes, si es o no moralmente responsable.

5o.—Qué grado de la sanción represiva establecida en la Ley debe determinarse contra el procesado (conclusión procesal)".

Por tanto, corresponde al juez, llegado el momento de la singularización de la pena, adentrarse en el conocimiento del delincuente, estando en contacto con su ser, valorizando a la vez su querer y entender en el estudio de su personalidad, valorizando su capacidad de delinquir para poder determinar su peligrosidad y en última instancia aplicar la pena o medida de seguridad que con justeza corresponda.

Tres factores son menester para el juzgador en la singularización de la pena: delito, delincuente y pena.

Ya vimos que el delito no tiene como base la objetividad del hecho realizado, pues la gravedad del delito sólo puede ser invocada por el juez como síntoma rebelador de peligrosidad del agente del delito. Así Saleilles veía en el delito una fuente rebeladora de la naturaleza peligrosa del delincuente". (8).

Por su parte Liszt afirma: "No debe pensarse el acto, sino al actor; es decir, la finalidad de la función no la cons-

tituye el delito, sino el delincuente, no el concepto, sino el individuo". (9).

Estas ideas son desarrolladas por la escuela positiva, que en vez de clasificar los delitos prefiere clasificar a los delincuentes. Ideas éstas imperantes en las leyes de corte positivista. Porte Petit señala: "Basta pensar que un delito leve pudo haber sido cometido por un delincuente, y viceversa, un delito grave pudo ser acto de un delincuente poco o nada peligroso". (10). Por tanto, es recomendable al juzgador no dejar de tomar la peligrosidad como síntoma revelador del delito cometido.

Reservado al juzgador el arbitrio judicial, se le obliga al juzgador, al elegir la pena, concretar su atención en el sujeto delincuente, por ello es indispensable el acercamiento de los factores endógenos y exógenos para valorizar su entender y querer, es decir, proceder al estudio de su personalidad. A este respecto Ferri decía: "para que un hombre pueda ser considerado como delincuente, la condición primera radica en que el delito por él cometido, sea la expresión genuina de su personalidad, pues puede darse el caso de que la actuación de un sujeto se deba a la fuerza física insuperable ejercitada por otra, o bien que fué inducido al acto por su gestión patológica o por engaño también por otra persona; en estos casos, su acto no es expresión de su personalidad, sino de la personalidad y peligrosidad de otro; fuera de estos casos, decía para que un hombre sea delincuente se necesita: I. Que en determinados momentos de su vida, tenga una idea delictuosa; y II. Que esa idea delictuosa no halle en sus condiciones fisiopsíquicas del momento una inhibición suficiente. Por lo que respecta a la peligrosidad del delincuente, para poder valorizarla, se hace preciso examinar la exterioridad física de su acto y de éste pasar a su intimidad psíquica. En consecuencia, es la personalidad del delincuente, como individualidad biopsíquica, y como ser que vive en sociedad, donde sintéticamente se caracterizan los elementos cualitativos de graduación de su peligrosidad por lo mismo, la adaptación de la sanción represiva que haga el juez,

debe estar ajustada a la personalidad del delincuente por razón del delito cometido, y si su observación lo llevara a averiguar que se trata de un individuo más o menos peligroso y perverso, deberá decidir si debe ser eliminado del consorcio social, o si es readaptable a la vida normal después de cumplida la condena". (11).

Jiménez de Asúa contradice a Ferri diciendo que él "ignoró sobre todo en su Tratado de Sociología Criminal, las leyes de la herencia medeliana, la endocrinología, el psicoanálisis, la psicología de la forma y la personalidad; porque si Ferri hubiese renovado las bases de su concepción biosociológica, ello hubiera sido motivo para la creación de un neopositivismo". (12).

Para la adecuación de la pena por el juzgador dentro del instituto-arbitrio del mismo, se han seguido criterios de autores que consideran y dan una gran importancia al elemento necesario e imprescindible del desarrollo de la función judicial, pero como cimiento sobre la personalidad del imputado al orden y plano psicológico. Dentro de éstas se cuentan Alexander y Staub.

Para otros autores, como Belloni, la postura no es estrictamente sobre la simple observación de la psicología general, sino que son necesarios los estudios antropológicos para determinar dentro de la individualidad humana la singularización de la pena. De esa pléyade de teorías, congresos, seminarios, ideas, etc., van sucediéndose los mayores conocimientos que debe tenerse el órgano jurisdiccional en la singularización de la pena, para conducir en una mejor preparación técnica jurídica de los jueces y ayudarlos por diestros en las ciencias auxiliares del derecho penal.

D).—**Singularización de la pena.** El acto de adecuar la pena descrita por el juzgador, por el órgano jurisdiccional a la conducta críminosa, ha sido controvertido en sus términos por los juspenalistas, así se le ha llamado: "individualización de la pena", "adaptación de la sanción a la personalidad del delincuente por razón del delito co-

metido" y "adaptación de la pena". Nosotros le denominaremos singularización de la pena por las siguientes razones:

1). El órgano jurisdiccional, al aplicar la pena, efectúa un acto de **particularización** entre el mínimo y el máximo de pena a través del Instituto, el Arbitrio del juzgador.

2). El órgano jurisdiccional concretiza, circunscribe y distingue entre el mínimo y máximo de pena a la conducta criminosa por el arbitrio del juzgador; es decir, al concretizar no se hace más que **adecuar** entre ese mínimo y máximo la pena correspondiente, siguiendo como instrucción los lineamientos señalados por los artículos 51 y 52 del Código Penal; al circunscribir, el juzgador entre el mínimo y máximo de pena correspondiente al imputado, no se hace otra cosa más que **singularizar** o **particularizar** la pena al delito cometido, en torno a la vértebra del Derecho Penal en los artículos citados, y distingue el juzgador la pena que corresponde entre ese mínimo y máximo señalado por el legislador a la conducta ilícita penal, por el arbitrio de que está investido.

3).—El juzgador, al individualizar la pena, puede encontrar el caso de que no exista delincuente por haberse sustraído la justicia; puede haberse individualizado la pena, pero no se concretiza materialmente al imputado; en cambio el particularizar la pena al imputado es porque lo tiene ante sí y puede circunscribírsele, lo que no ocurre cuando se individualiza la pena.

4). El juzgador, en algún caso dado, podrá disminuir o anular la pena, como por ejemplo por obras del reo en beneficio colectivo a la nación (indulto, amnistía, perdón), pero en ningún caso se podrá aumentar la pena impuesta a un imputado; lo que hace por tanto, estar concretizando o particularizando la pena al reo, pero que no puede individualizar la pena el juzgador en caso de que haya una pena mínima y quisiera agravarse o aumentarse, por haberse dado el caso de que haya sido una sentencia ejecutoriada.

"La pena dice, Saleilles, tiene un fin social que está en el porvenir, y para producir el mayor efecto debe adecuarse cada caso en particular, sin que sea posible fijarla de antemano, ni regularla legalmente de un modo invariable; antes bien, sólo se logra mediante el empleo de una política especial y adecuada a cada circunstancia en particular". (13). Según éste, "esto es la individualización de la pena; apropiada al temperamento del agente y a su personalidad criminal, con objeto de hacerlo volver al bien y de readaptarlo". (14). Nosotros le hemos llamado concreción de la pena al imputado.

Para Saleilles, en su obra, de suma importancia, clasifica en tres clases la individualización: 1). la legal, 2). la judicial y 3). la administrativa. A la primera, es la hecha de antemano por la ley, esta no existe, pues la ley no puede prever más que especies, no conoce a los individuos". A la segunda, es la verdadera individualización, el juez es el único capaz de conocer al agente y darse cuenta de lo que es". De ahí que sea necesario establecer bases sobre las cuales ha de hacer la individualización judicial; esas bases deben hacer depender la atenuación o agravación de la pena de los motivos del delito, motivos que, en fin de cuentas, reduce a uno que es el que encontrará el juez en el "motivo psicológico que haya inspirado el crimen y que servirá para calificar la criminalidad subjetiva del hecho y por lo mismo uno de los medios más seguros para medir la intensidad de la pena". A la tercera "la individualización judicial se complementa con la administrativa. Si la primera constituye un diagnóstico, la segunda es considerada como un remedio; por estos motivos, hay que dejar cierta elasticidad en la adaptación del régimen para que la administración del establecimiento penal en que se encuentre recluso el sentenciado, individualice la pena, la duración de la pena, de este modo, será de acuerdo con la readaptación del delincuente, siendo imposible fijar su duración de antemano". (15).

E).—**Temibilidad o peligrosidad.** En el artículo 52 del código vigente penal, pulula la idea de que las sanciones

penales no han de aplicarse en forma mecánica, sino que ha de atenderse a la gravedad del delito, tomarse en cuenta las condiciones de la vida individual y social, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestre su mayor o menor temibilidad, el sujeto activo del delito o, dijéramos nosotros, el imputado. Empero, obstáculos de carácter teórico y práctico se traslucen del mundo ambiental social, que trata de hacer de éste una labor de estudio en los delincuentes, la historia clínica del imputado, para poner al descubierto al hombre que delinque en su vida, realidad y su personalidad psicofísica.

Hasta resulta un obstáculo conceptual para el órgano jurisdiccional, en llegándose el momento y apoyándose en su leal saber y entender, al recurrir a su conciencia, el aplicar la mayor o menor cantidad penal correspondiente, atendiendo a la mayor o menor temibilidad del imputado. Porque resulta problemático al juez prudente y justo, adentrándose en el mundo de la psicología, desentrañar el vocablo temibilidad, pues no se dan elementos para su determinación específica, como lo hace el Código Penal Español de 1928 en su artículo 71, con el vocablo peligrosidad, el cual dice: "La peligrosidad consiste en el estado especial de la predisposición de una persona del cual resulta la probabilidad de delinquir". Y más problema resulta ante la posibilidad que existe en nuestro medio para efectuar un estudio psicológico del delincuente, por ser la clave de la temibilidad social y, además, por la estrecha relación que hay con el contenido del título de la responsabilidad penal, en la que se encuentran inmersos los viejos dogmas de intencionalidad e inintencionalidad del agente delictivo.

Explicemos los conceptos de temibilidad o peligrosidad, pues nos mueve a reflexionar lo más severamente sobre estos vocablos, el significado que encierra. Transcribiendo lo que Teja Sabre dijo de ellos: "el concepto de peligrosidad o temibilidad es de aprovecharse como un nuevo factor para agregarse a la clásica intención, al dolo, la malicia y para servir, juntamente con la voluntad y el daño causado, como medida de valores penales. En lugar

de que la ecuación de que la materia penal se halla solamente con los términos antiguos, se aumenta un término más, aunque sea **nominalmente**. Porque en el fondo la intención y propósito deliberado de causar daño se tomaban antes como medidas de penalidad, porque hacían presumir mayor peligro social. Y, a la inversa, las tendencias antisociales están ligadas a la intención dañada y el mal ocasionado, salvo contadas excepciones (locura, minoría de edad), que se resuelven de hecho, lo mismo con las fórmulas antiguas que con la moderna". (16).

Si buscamos el contenido de los vocablos temibilidad o peligrosidad, constituyen la médula del pasaje citado, hallándoles como sustantivos derivados de las dicciones **temor y peligro**, respectivamente. Vocablos que, en el uso corriente y según el decir de los diccionarios de la lengua, significan: temor "es el estado de ánimo que se hace huir o rechazar las cosas que se consideran dañosas arriesgadas o peligrosas, y el peligro, "denota riesgo o contingencia inminente de perder alguna cosa o de que suceda algún mal". (17).

Eugenio Florian dice: "Suponen los juristas una diferencia de significados en los términos temibilidad y peligrosidad, es decir, los aplican a dos momentos diferentes del proceso psíquico-social que produce la comisión o la probabilidad de la comisión de un delito. Dichos juristas entienden por temibilidad, la reacción espiritual, el temor, la alarma, que en el seno de las sociedades producen "ciertas condiciones psíquicas del individuo", las cuales le evocan a cometer el delito o a continuar aferrado en la conducta delictiva. Por peligrosidad entienden dicha "característica personal del individuo", que representa un peligro social, esto es, "el estado o condición de una persona que denota la inclinación la aptitud, la tendencia a delinquir" o, en otros términos "la capacidad delictuosa del sujeto, inferida de la conducta, que traduce la personalidad psicológica". (18).

Es discutible entre los jurisconsultos la coincidencia o



divergencia de significados de las voces peligrosidad y temibilidad, porque el individuo al ser temido y temible es peligroso, y además representa un peligro para la sociedad y es peligrosos porque en su personalidad se advierten ciertas características de temor, es decir, se le teme. Por tanto, se juzga. En ambos términos va inmerso el concepto peligrosidad sin existir diferenciación en trambos, solamente cierta prioridad en el uso de la palabra peligrosidad sobre temibilidad, dado que aquél es más expresivo. Al respecto Jiménez de Asúa ha dicho "Todo el centro de gravedad del moderno derecho penal recae sobre la peligrosidad que se manifiesta en el crimen, o por actos no catalogados como infracciones, pero que descubren en el sujeto la peligrosidad constante y activa de que habló Garofalo al lanzar al mundo su célebre fórmula de temibilidad". (19).

"El mismo Ferri, cuando busca la medida de la peligrosidad, nos da un curso de ética. Nos habla de la insensibilidad moral, de la maldad del agente, de la perversidad del criminal, de la intención... Como el mejor clásico, conoce el delincuente doloso y culposo". (20). Así se expresa Quintiliano Saldaña.

Grispigni dice: "La peligrosidad no es otra cosa que la probabilidad o la posibilidad existente en la personalidad de un individuo de convertirse en autor de delito". (21).

De todo esto se concluye: La peligrosidad o temibilidad es valoración moral con trascendencia jurídica y de naturaleza esencialmente psicológicos.

F).—**Teoría general de las causas que modifican la responsabilidad penal.** La penalidad puede variar en razón directa de ciertas causas o circunstancias, como son los hechos que ocasionan la variación o simple y sencillamente, hechos de carácter accidental, pero que por su íntima relación con otros hechos o acciones —lato sensu— y ciertas causas influyen con efectos jurídicos al aplicar la pena. Tienen por tan o gran importancia en la concreción del Derecho Penal, pues por ciertas causas o circunstancias

en que se haya cometido el hecho, éste constituye o no delito o se considera más o menos grave, pues a las modificaciones en la culpabilidad corresponden los correlativos en la penalidad, pudiendo ser: exención, agravación o atenuación de la pena.

Ahora bien, pueden ocurrir en la comisión de un delito, determinadas causas o circunstancias que manteniendo la responsabilidad la atenúan o la agravan, es decir, haya mayor o menor responsabilidad, ya de los pasos recorridos en la senda del delito o de la diversa participación personal del sujeto, circunstancias esenciales en cuanto al delito y al delincuente, las cuales sin hacer variar aquél esencialmente, atribuyen un grado mayor o menor de culpabilidad.

Silvela distingue las causas de modificación de la responsabilidad, como dependientes unas de condiciones inherentes al delincuente, y otras de los accidentes o circunstancias que rodean al delito en cada caso concreto. A las primeras las denomina circunstancias modificativas de la responsabilidad y a las segundas circunstancias accidentales de los delitos.

Tanto las unas cuanto las otras han de ser verdaderos accidentes en la obra de la delincuencia, esto es, en virtud de ellas, el hecho punible a que afectan no ha de variar esencialmente, pues no son circunstancias agravantes ni atenuantes las que influyen en el hecho, de tal manera que le convierten en otro hecho de naturaleza diferente como la tendría sin ellos. Con base en las condiciones del delincuente y las circunstancias del delito, aqué les acreedor a una penalidad propia, en consideración a sus rasgos característicos.

Racionalmente se comprende que es necesario considerar como más o menos grave la situación criminal, según el individuo haya realizado el delito obedeciendo a impulsos reveladores de no ser él tan criminal, como si esos impulsos no existieran, o saltando por encima de todo



género de consideraciones y como lujo innecesario de criminalidad.

En relación a la naturaleza jurídica sobre las causas que modifican la responsabilidad penal, Villalobos dice: "Los delitos nunca se presentan en la forma escueta a que los ha reducido la tipificación, sino rodeado de circunstancias y henchidos de otros datos que ilustran la responsabilidad de sus autores, dando idea de su personalidad y del mayor o menor peligro que representan para la sociedad". Agrega este jurista: "El que priva de la vida a otro hombre no merece el mismo reproche si lo hizo indignado por ultrajes que se infirieron a él, a su esposa, a sus ascendientes o descendientes, o bien como un medio de anular la resistencia del ultrajado, por mera jactancia de taberna o como oficio y por retribución. Todas estas condiciones o circunstancias que concurren para evidenciar el origen impulsivo, pasional, ocasional, humano, o bien perverso, morboso, o de verdadera criminalidad, revisten la mayor importancia en cuanto a la determinación y graduación de la pena" (22).

Si señaláramos cronológicamente de los autores jupenalistas, su teoría general de las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad, invocaríamos a Beccaria, Filangieri, Ramagnosi, y Carrara, sin faltar la dirección moderna siguiendo la dirección ecléctica.

Ya vimos en la existencia del delito un elemento objetivo y otro subjetivo, y según los autores que tratan de éste, vimos la importancia que se les da a esos dos, o sólo al subjetivo que según la importancia que se les dé a esos dos elementos así sería la gravedad del delito. Porque cometido un delito imputable a un sujeto, se presentaría el problema de la medida de la sanción.

Jiménez de Asúa cita a Becaría, al cual le atribuye lo siguiente "La medida de la gravedad está en el daño material para que el delito exista, bastando cualquier acción que indique la voluntad de consumir el delito para im-

poner una pena, pero ésta habrá de ser menos que si el delito hubiera llegado a ejecutarse por completo". Continúa: "Frente a ese criterio, Filangieri quería medir la cantidad del delito por el elemento moral, dolo y culpa, que consideraba divididos en tres grados: ínfimo, medio y máximo. Tal teoría está fundada y constituida por el conjunto de razones y motivos que determinan al individuo a cometer un delito. Estos son: el deseo del fruto del delito, la mayor o menor facilidad y esperanza de satisfacerlo, y la mayor o menor probabilidad presunta para escapar de la pena. De la intensidad en que se den esos elementos depende la gravedad del delito. Carrara rechaza los criterios subjetivos de Filangieri y Romagnosi, el cual se pronuncia así: La cantidad del delito depende en primer término del daño inmediato (fuerza física objetiva), que consiste en el mal sensible ocasionado por ofensa al derecho, y en segundo término como criterio supletorio, para cuando aquel es igual en dos delitos, debe acudir al daño mediato o moral consistente en la pública intimidación y disminución de la seguridad general". Agrega Jiménez de Asúa a esto último lo siguiente: "La gravedad del daño inmediato se mide: Primero por la mayor o menor importancia, del bien destruido por el delito; Segundo por la mayor o menor responsabilidad del mal ocasionado y tercero, por su posibilidad de difusión el daño mediato funciona como supletorio por violar varios derechos, y por la disminución de la potencia de la defensa privada". (23).

Ahora bien, para solucionar el problema de la medida de la responsabilidad, los autores y juspensalistas siguen un triple criterio, según la importancia que le den a alguno o algunos de estos elementos, a saber: gravedad objetiva del delito, motivos determinantes y personalidad del delincuente. No obstante, en la actualidad, Jiménez de Asúa, dice: "Prevalece en las leyes modernas, la solución ecléctica de medir la responsabilidad legal de los delincuentes según su personalidad moral de los imputables, conforme a un principio mixto en el que entran, en primer término,



la importancia del bien jurídico lesionado y la intensidad dos". Agrega "En definitiva, la valoración mayor o menor de la lesión, quedando como criterio accesorio los otros que se haga del elemento objetivo o subjetivo de la infracción, dependerán del prevalecimiento en las funciones de la pena, de la prevención general o de la especial". (24).

A la prevención general le interesa, en primer término, el bien jurídico atacado, que se intenta salvaguardar en lo sucesivo. A la prevención especial, la peligrosidad del delincuente, a quien se pretende poner en situación de no cometer nuevos delitos. Aceptados así estos dos principios, queda por plantear el mecanismo de su aplicación. El derecho violado servirá para inspirar la amenaza penal contenida en la ley, tanto por el carácter general de ésta, que se dirige a la colectividad y no puede referirse a los individuos, como también éstos se mueven, en efecto, conforme a su personalidad, pero no según la conciencia de la propia personalidad y según las consecuencias de ella". (25).

En el estudio de la personalidad del reo y la individualidad del delincuente por el juez para regular el juicio de culpabilidad, no sería necesaria la teoría de las circunstancias, pues éstas surgen de la desconfianza tenida en el arbitrio judicial. En los códigos penales, al fijar las penas con la mayor amplitud, según el derecho violado, corresponde al órgano jurisdiccional concretizar la pena dentro del gran margen del arbitrio concedido por la ley al juzgador según la personalidad e individualidad del procesado al graduar su culpabilidad. De aquí surgen dos órdenes de circunstancias: Las específicas y las genéricas; aquéllas están definidas en la ley, y éstas consisten en otorgar al órgano jurisdiccional facultad para disminuir o aumentar la pena según haya circunstancia atenuantes o agravantes, sin necesidad de expresar cuáles son. De esto se infiere el reconocimiento del arbitrio judicial para la medida de la pena.

1.—**Terminología.** Mientras Jiménez de Asúa, en su epígrafe, llama a las agravantes y atenuantes de la res-

responsabilidad penal. "Circunstancias que modifican la responsabilidad penal", Villalobos las denomina "Causas"; esto se justifica y es más apropiado, dado que causa es el antecedente necesario que origina un afecto; en cambio por circunstancias se entienden los hechos que, existiendo el delito, operan en calidad de hechos accesorios.

El significado circunstancia también tiene como acepción: Los accidentes, modalidades de tiempo, lugar, modo, condición, estado, edad, parentesco, salud y demás particularidades que acompañan a algún hecho o acto. Y en virtud de que causa, como ya se dijo, es el antecedente necesario que origina un afecto, y circunstancias los hechos que se colocan y agrupan en su rededor al delito, es más propio llamar a los hechos que se colocan y agrupan en el delito, causas por ser más exacto este término, al resultar que en toda causa surge siempre un efecto, y la causa que modifique la responsabilidad penal puede ser agravatoria o a'enuatoria, según se tomen como causas las modalidades de tiempo, modo, condición, etc., o las particularidades que acompañan a algún hecho o acto delictivo. Por lo que estamos de acuerdo con Ignacio Villalobos en llamar a las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, **causas** que modifican la responsabilidad penal, las cuales se presentan como agravantes y atenuantes. Las primeras son: premeditación, alevosía, ventaja y traición, y las segundas eximentes imperfectas, atenuantes específicas y atenuantes genéricas.

2).—**Clasificación.** Ahora bien, esas circunstancias son dables a clasificación en grupos subjetivos u objetivos, porque, según Jiménez de Asúa, las que modifican la aplicación de la pena son eminentemente subjetivas o atenuantes y se refieren a la imputabilidad y culpabilidad y las objetivas o agravantes al móvil del dolo y al peligro del agente. En el grupo que clasifica las atenuantes se encuentran: eximentes incompletas, atenuantes específicas, atenuantes por analogía y mitigación de penas, y en el grado de clasificación de las agravantes, a más de otras, se encuentran alevosía, ensañamiento y premeditación. Por

nuestra parte señalamos que las circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad penal son la premeditación, la alevosía, la ventaja y la traición, y las atenuantes son las eximentes, atenuantes específicas y las genéricas, clasificación que señala Constancio Bernaldo de Quiroz. En las eximentes imperfectas, como son las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, se encuentran las mismas circunstancias eximentes: causas de justificación, causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad, pero estas eximentes se dan en el estado imperfecto o incompleto

En las atenuantes específicas de disminución de la pena se encuentran los estados personales subjetivos del delincuente, que demuestra precisamente el delito modificando su responsabilidad para reducirlo, y también se encuentran los estados personales del delincuente, anteriores y posteriores al delito, aun más concomitantes al mismo para graduar la peligrosidad.

Adentrándonos más aún en las circunstancias simultáneas con el delito, por ser las más numerosas y admitidas, señalaremos la minoría de edad, embriaguez, preter-intencionalidad, estados emocionales, fisiológicos femeninos y sugestión multitudinaria.

Son atenuantes genéricas la senilidad acompañada de fenómenos de descomposición mental, en la mujer el estado puerperal incluyendo la menopausia, el embarazo, el período menstrual. Estas atenuantes están sujetas a una constante creación acumulativa en los Códigos Penales.

Sobre las agravantes, el mismo Bernaldo de Quiroz expresa: "Las circunstancias agravantes son dobles, al revés de las atenuantes que son siempre únicas y consisten en estados personales, bien en el delito mismo, bien antes o después de él. Unas veces, el título de agravación se refiere asimismo a un estado personal de ánimo que modifica la responsabilidad en el sentido de exagerar su valor primitivo, por parecer más punitivo, por más perverso o más temible. Pero otras, situado este título lejos del ámbito

del fuero interno del sujeto, se refiere a determinados y especiales protecciones que la ley atribuye a ciertos lugares, tiempos, determinadas ocasiones, modos o formas, determinadas víctimas posibles de delincuencia, de tal suerte que al atentar contra ellos eleva la pena". (26).

A las primeras les llama agravantes personales o subjetivas y a las segundas agravantes reales u objetivas en función con la penalidad del delincuente. En función con el delito, la premeditación, alevosía y ensañamiento en función con el delincuente la reincidencia y la vagancia.

Por último, frente al grupo de circunstancias agravantes personales, están las motivaciones y causas que agravan el delito, tales son el lugar donde se cometió la infracción criminal, el tiempo de comisión de la misma, la ocasión de ésta, el modo de delinquir y hasta las condiciones personales de la víctima.

3).—**Premeditación, alevosía, ventaja y traición.** Es la premeditación una de las circunstancias agravantes que mayormente influyen en la modificación de la pena, sobre todo en los delitos contra la integridad personal, y es de tal trascendencia que se relaciona íntimamente con las demás agravantes. Las circunstancias de la responsabilidad penal son de plano y verdaderas causas, que producen efectos de tal trascendencia que, muchas veces, de su aplicación depende la vida del acusado. Esta agravante reclama que los límites estén bien configurados y queden perfectamente establecidos, en su ámbito de aplicación, y fijadas sus relaciones de compatibilidad o incompatibilidad con las demás circunstancias específicas que modifican la responsabilidad penal.

Gramaticalmente, premeditar es: "Pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla" (del latín *praemeditan*). En el campo jurídico es meditar antes con detenimiento, con reflexión, acerca del acto o delito que se trata de ejecutar.

Para Manzini, la premeditación es: "Una actividad psí-

quica compleja, por la cual, al propósito de cometer el delito, sigue una coordinación de ideas y una elección de medio que da lugar a un proyecto de ejecución. En otras palabras, la premeditación es la maquinación del delito". (27).

En alimene se distingue la premeditación como: "Una forma de relación surgida de la calma del alma y desarrollada durante una serie de estados de conciencia similares". (28).

El concepto de César Camargo Hernández hay premeditación cuando "El culpable", después de haber resuelto cometer un delito, mantiene firmemente dicha resolución durante cierto tiempo, hasta que ejecuta el hecho punible". (29).

En la doctrina discrepan las teorías sobre la premeditación al considerar unas que es circunstancia agravante, otras atenuante y unas más como indiferentes a efectos penales. Dentro de la primera corriente está la mayoría de las legislaciones penales actuales, a la segunda corriente pertenecen Impallomeni y Villalta y a la tercera Holtzendorff. Para Impallomeni: "El delincuente que obra con premeditación resulta menos peligroso que el que actúa sin ella, lo que intenta demostrar con datos estadísticos, basándose en que de los mismos resulta que el número de homicidios en grado de tentativa es mayor en los delitos emprendidos premeditadamente que en los no premeditados y como consecuencia, en ciertos casos, puede el acto de premeditación constituir una causa de disminución de la penalidad, ya que la madura reflexión puede ser enjuiciada como indicio de menor peligrosidad, consecuencia de un temperamento frío ponderado y maduro, mucho más fácilmente arrastrable al crimen que de un pasional incontrolable". (30).

Hetzendorff, quien ve la premeditación como irrelevantes al Derecho Penal, considera: "Es más peligroso el delincuente que mata sin premeditación, pero por un motivo antisocial, que el que lo hace con ella, pero por un motivo menos antisocial". (31).

Camargo Hernández, concluye: "La premeditación supone una mayor cantidad de dolo y, consecuencia, un aumento de culpabilidad en el agente. La premeditación es una circunstancia agravante con vida propia e independiente tanto de los motivos como de cualquier otra circunstancia de agravación que pueda concurrir en el hecho". (32).

Visto, por tanto, que es una circunstancia agravante de penalidad, queda hacer referencia a sus efectos, mismos que están contenidos en los códigos, en los cuales unas veces se la considera como agravante genérica, otras como específica y finalmente, en otras más como calificativa de determinados delitos. Como circunstancia calificativa, se transforma el delito en otro más grave, al que, por tanto, se señala en la Ley una sanción superior. Como agravante específica, sólo agrava aquellos delitos con relación a los cuales aprecia el legislador que debe producir sus efectos (homicidio y lesiones). En estos casos, o se señala la pena más grave a imponer, o se indica el aumento que se ha de efectuar sobre la correspondiente al delito cuando no concurren circunstancias de agravación. Y, finalmente como agravante genérica se encuentra por lo regular en la parte general de los códigos y produce efectos agravatorios, con relación a todos los delitos tipificados en la parte especial, mientras no sea incompatible con alguno de ellos, con arreglo a las normas generales a que para la determinación de la pena suelen con tener.

Porte Petit entiende por premeditación: "Cuando entre la resolución y la conducta o hecho realizado por el sujeto, existe la reflexión constante o sea la persistencia en el propósito delictivo". (33).

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en criterio reiterado sobre la premeditación esto: "Por premeditación debe entenderse la meditación antes de obrar el deseo formado antes de ejecutar la acción en que se comete el delito, mediando un término más o menos largo y adecuado para reflexionar maduramente". (34).



"Existe la calificativa de premeditación, si el acusado concibe la idea de ejecutar el homicidio, y entre la ejecución y la concepción transcurrió tiempo apreciable, que lo colocó en condiciones de reflexionar sobre el delito que se propuso cometer". (35).

Para encontrar los elementos de la circunstancia agravante de la premeditación, que modifica la penalidad, se han seguido varios criterios entre los juspenalistas, quienes generalmente señalan: 1) el psicológico, 2) Cronológico y 3) el ideológico. El primero es la persistencia en la resolución criminal y la frialdad y tranquilidad de ánimo; el segundo es el transcurso de cierto tiempo entre la resolución y la conducta de el tercero la deliberación o reflexión. Este último criterio es el que sigue al Código Penal de 1931, el cual preceptúa: "Hay premeditación siempre que el reo causa intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer". Artículo 315. Se presumirá que hay premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explotaciones, por medio de veneno o cualquier otra substancia nociva a la salud, contagio venéreo, enervantes, tormento brutal ferocidad, asfixia, por retribución dada o prometida.

En el Anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, el artículo 306 reproduce el Art. 315 del Código Vigente y el concepto de premeditación y se suprimen las presunciones específicas señaladas.

Ahora bien, se concluye: Para establecer el ámbito de aplicación de esta agravante es preferible se deje la solución del problema al arbitrio del juzgador u órgano jurisdiccional cuando examina el caso en concreto que tiene ante sí. El tomará las circunstancias que mediaron en el delito como verdaderas causas, para determinar si la premeditación es inherente o no a la conducta criminosa, en virtud de que la causa tal la hemos entendido como el antecedente necesario que origina un efecto y cualquier circunstancia del delito se puede considerar para modificar la penalidad.

En la **ventaja**, como calificativa y modificativa de penalidad, deben existir tres condiciones, según el decir de Porte Petit: 1) Una ventaja, 2) Que "sea" tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido (Art. 317, Código 1931) y 3) Que el delincuente no obre en legítima defensa". (Art. 317 Código Vigente). (36).

Al calificarse la ventaja en el homicidio o en lesiones nos resultan tipos complementados que necesitan para su existencia del tipo fundamental o básico pero sin que origine un delito autónomo, es decir que agravándolo, tenga vida propia". (37).

En el contenido del Art. 317, del Código de 1931, se encuentra el concepto de ventaja establecido así: "Sólo será considerada la ventaja como calificativa anteriores de este título, cuando sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa". "En realidad dice Porte Petit, este artículo se refiere a una ventaja absoluta, es decir, completa, de manera tal que de ese precepto se desprenden dos requisitos: a) Concurrencia en el sujeto de una ventaja real b) Que no corra riesgo alguno". (38).

Dos son los criterios del alto Tribunal de la Nación para la procedencia de la ventaja como calificativa, con relación al imputado, de que éste tengan conocimiento o no de la alevosía. El primero lo expresa ese Tribunal, refiriéndose al procesado así: "Sólo debe estimarse que existe ventaja, como circunstancia cualificativa de homicidio, cuando el homicida no corra riesgo alguno de ser muerto o herido por el ofendido y se requiere además, que tenga perfecto conocimiento de esa situación favorable para él. Por tanto, si no hay comprobación de que el reo, cuando dió muerte a su víctima haya tenido perfecto conocimiento de que ningún peligro corría de ser muerto o lesionado por ella, no existe tal calificativa". (39).

El segundo criterio de ese mismo Tribunal, en sentido contradictorio a la primera postura, se refiere así: "Para



que pueda considerarse que existe la ventaja como calificativa, basta que de hecho concorra dicha calificativa aunque el autor haya obrado sin tener conocimiento de ella, pues tal circunstancia no pierde su gravedad, ya que lo que en rigor se toma en cuenta, es la imposibilidad en que se encuentra la víctima para evitar el daño que se le causa ya sea repeliendo la agresión o eludiendo simplemente el ataque". (40).

En los Anteproyectos del Código Penal de 1949 y 1958 se suprimió la expresión "y que aquél no obre legítimamente en defensa" misma que justifica Porte Petit en virtud de que el delincuente no corra riesgo alguno al no existir agresión en su contra y, por tanto, no hay posibilidad de que obre en legítima defensa. (41).

La Suprema Corte de la Nación ha relacionado las calificativas de ventaja y premeditación desde tres puntos de vista a) Que la ventaja como calificativa presume la premeditación; b) Que la ventaja como calificativa requiere un principio de premeditación; y c) Que la calificativa de ventaja no supone la premeditación. A).—"Conforme al Art. 313 del Código Penal, para que exista la calificativa de ventaja, es necesario que el acusado haya cometido el hecho delictuoso" después de haber reflexionado sobre el delito que iba a cometer", de manera que si se demuestra que el propio acusado fue injuriado por el ofendido, y por tal motivo aquel fue en busca de su arma, y sin más lapso que el que tardó en tomarla, cometió el delito de lesiones, no puede decirse que existe la calificativa de ventaja, ya que, evidente, no pudo haber reflexionado sobre el delito que iba a cometer, dado el estado de ánimo en que se encontraba" (42). b).—"Para que exista calificativa, se necesita que haya un principio de premeditación y de que el acusado tenga conocimiento de que no corría riesgo alguno de ser muerto o herido por la víctima". (43). c).—Sobre el último pun' o de vista Jiménez Huerta ha dicho: "La calificativa de ventaja no presume la de premeditación... El conocimiento y aprovechamiento de las circunstancias que engendran la invulnerabilidad en que actúa, no implican,

ni con mucho, que el agente hubiera reflexionado sobre el delito que iba a cometer". (44).

La alevosía, al igual que la premeditación y la ventaja, es también una modificación de penalidad y es considerada igualmente un delito complementado, circunstanciado o subordinado calificado.

El Código Penal de 1871, al igual que el Proyecto de Reformas a ese mismo Código, señalan caso idénticamente el concepto de alevosía, la cual consiste en "causar una lesión a alguien cogiéndole intencionalmente de improviso, o empleando asechanza y otro medio que no dé lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer". (45).

La única diferencia del concepto entre este Código y el Proyecto de Reformas, radica en que mientras aquél señala "a otra persona" en éste se refiere "a alguien"; pero carece de reforma alguna, dado que a renglón seguido se está refiriendo la conducta ilícita a alguien que puede ser cualquier persona. Así se aplica el Código de 1929 y ese mismo concepto se transcribe y pasa al Artículo 318 del Código de 1931 así: "Sorprender a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer". O sea, que desde el Proyecto de Reforma el Código de 1871, el concepto de alevosía no ha sufrido ningún cambio; en cambio en el Proyecto de 1949 y de 1958 se suprime una forma de alevosía, quedando así: "Hay alevosía cuando se sorprende intencionalmente a alguien de improviso o empleando asechanza". Al igual que la ventaja y la premeditación, la alevosía y premeditación están sujetas a tres puntos de vista, según el decir de Porte Petit, a) "La alevosía supone la premeditación, b) la alevosía entraña un principio de premeditación, c) la alevosía no supone la premeditación.

Amén de que autores penalistas sostienen el primer punto de vista, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha declarado así: "La alevosía consiste en sorprender



a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no dé lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer. Tal calificativa en su forma de asecho a la víctima, coexiste con la premeditación, porque el asecho revela reflexión anterior al delito". (46).

Para que pueda aparecer la circunstancia calificativa de alevosía es necesario que el agente activo del delito se haya propuesto intencionalmente delinquir en tales condiciones, es decir, que de antemano haya meditado sobre el hecho que trató de ejecutar, adoptando la resolución de obrar en esa forma, por lo que tal circunstancia calificativa va siempre ligada íntimamente con la premeditación". (47). El homicidio alevoso con asecho, es el refinamiento en la premeditación. (48). También el alto Tribunal se ha referido al segundo punto de vista así: "Si el reo pudo reflexionar y reflexionó sobre la realización del crimen, ello entraña un principio de premeditación que no era más que la máxima ventaja, calificativa que existió si el reo pudo darse cuenta de que la víctima está inerme, por lo que era obvio que no podría causarle daño a su agresor, y ni mucho menos repeler la agresión". (49). En este mismo sentido: "La alevosía no es más que la máxima ventaja, y requiere un principio de premeditación", que tiende a valerse de un medio que no dé lugar al ofendido de defenderse, lo que no se configura solamente por el hecho de que las lesiones que recibió la víctima están situadas en la espalda". (50). Al tercer punto de vista la corte ha señalado lo siguiente: "Si bien la alevosía exige el elemento intención, ésta no se identifica con la premeditación, que es la reflexión mediata que conduce a la determinación de cometer el delito conociendo no sólo la naturaleza moral y punible, sino también las consecuencias jurídicas que produce para el agente; en tanto que la alevosía es nada más la que decide la forma de realizar el ataque, de modo que la víctima no tenga lugar a defenderse, ni a evitar el mal que se le quiere hacer. De ser indispensable la coexistencia de la premeditación con la alevosía, se confundirían en la calificativa de premeditación, las de alevosía y ven-

taja, lo que no sucede, pues cada una de ellas tiene sustantividad propia y es independiente de las demás. (51).

Traición. Una noción completa del concepto de traición la encontramos en el Código 1871 y en su exposición de motivos que dice: "Las circunstancias que el delito de heridas y homicidio se conectan con alevosía o traición son de la más alta importancia, porque agravan de tal manera la criminalidad del delincuente, que de la existencia de ellos ha dependido siempre que se aplique la mayor pena de las establecidas en las Leyes. Parecía, pues, natural, que las Leyes Españolas hubieran explicado con precisión y claridad en qué consisten esas dos circunstancias; pero no lo hicieron así, antes bien, es tal la confusión que en ellas y en sus expositores existe que nada se puede sacar en limpio. De allí viene que en la práctica nuestros Tribunales castiguen como alevoso a todo el que hiere o mata a otro fuera de la riña, y que habiendo ésta se tenga como probado que no existió la alevosía. Estas dos proposiciones son falsas y de funesta trascendencia, si se toman en toda su extensión, porque bien puede suceder que en una riña se cometa un homicidio con alevosía o traición, y que falten estas dos cualidades en otro ejecutado fuera de riña, y entonces se cometerá un verdadero atentado imponiendo la pena de eleve en el segundo caso, dejando de aplicarla en el primero. Para que así no suceda en adelante se han definido en el proyecto las circunstancias mencionadas, siguiendo las doctrinas de Renazzi y Julio Claro, que están en consonancia con lo que asentó Livinston en el Código de Luciana". (52).

El artículo 519 del Código Penal de 1871 hace referencia al término traición, diciendo: "Se dice que obra a traición el que no solamente emplea la alevosía sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra de las que inspiren confianza". (53).



El proyecto de reforma de Código Penal de 1871, el Código Penal de 1929 y el Código vigente definen en idéntica forma la agravante de traición señalando: "Se dice que obra a traición el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que éste debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera que inspiren confianza". (54).

A la agravante de traición se le ve como un delito complementado, subordinado o circunstanciado cualificado, al igual que las demás causas agravantes, González de la Vega extrae de esta definición de traición los elementos siguientes: 1) una alevosía o sea el empleo de asechanza o cualquier otro procedimiento que no dé lugar a la defensa ni a evitar el mal; 2) La perfidia, la violación a la confianza que la víctima tenía a su victimario. (55).

La Corte Suprema de Justicia ha dicho con relación a la existencia de la traición lo siguiente: "Según la definición de la misma, se requiere que se emplee la alevosía y además la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente se había prometido a la víctima, o la tácita que ésta debía prometerse; en consecuencia, para que se tenga por probado la traición, es preciso que primero se pruebe la alevosía". (56). Reitera su criterio el Alto Tribunal así: "La calificativa de traición, forma refinada de la alevosía, surge cuando el hecho a más de estar presidido por otros propósitos, entraña una deslealtad no esperada por la víctima". (57).

Ya en los proyectos del Código Penal de 1949 y 1958 se suprime el elemento o concepto de alevosía en la definición de traición. La premeditación y la traición, según el decir de Castro García, no supone aquélla de ésta. (58).

Las atenuantes. En las leyes vigentes en otro tiempo se ha podido distinguir una pena por igual en todos los casos posibles, sin considerar al sujeto hacedor del ilícito penal, las causas influyentes en el mismo, ni mucho menos las causas ni circunstancias del caso.

Visto y señalado ésto, surge entonces la teoría de las causas modificativas de la responsabilidad penal, ya en la forma de atenuar la pena o ya en la de agravarla, según el caso.

Se inicia en las legislaciones el principio de la reducción de la pena típica por la concurrencia de posibles circunstancias a.enuantes, pero sin precisarlas. Transcurre el tiempo, se transforma la Ley, se señalan, una a una, las circunstancias atenuantes invocándolas el juzgador a cada caso para aplicarlas, al decir el Derecho, produciendo su natural efecto.

Es hasta la segunda mitad del siglo pasado que surge la teoría de las atenuantes subdivididas en: 1) eximentes imperfectas, 2) Atenuantes específicas y 3) Atenuantes genéricas.

Las eximentes imperfectas son verdaderas causas de atenuación de la pena, pero sólo en estado incompleto, es decir, imperfecto.

Silvela distingue las eximentes en dos grupos: uno comprende las causas de justificación en donde, a pesar de las apariencias del delito, no era existente, y otro, resume las causas de inimputabilidad en el que no existe delincuente. Esta teoría se completa con las excusas absolutorias, en las que hay delito y delincuente, pero no pena.

Sin estar con teoría alguna en especial acerca de la integración del delito según los elementos del mismo, en la nomenclatura del delito encontramos su aspecto positivo y correlativamente el negativo o eximente. Este se desenvuelve en ausencia de antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad. Cada una de estas ausencias tiene sus propias subdivisiones en grupos, por consiguiente, toda conducta realizada en cualquiera de estas hipótesis está exenta de responsabilidad penal.

Pero el desarrollo de estas ideas, elementales en la fase del delito desde el punto de vista negativo, requerirá largas páginas para su concienzudo estudio, ajeno a este trabajo, pero que ahora sirven sólo como un apuntamiento.



No obstante, señalemos únicamente los epígrafes de las eximentes en forma general. Estos son: el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, el miedo grave o el temor fundado, la obediencia jerárquica, la fuerza física exterior irresistible, el caso fortuito y el error, sin menospreciar los casos de impunidad legal, por motivos de política penal.

Eximentes imperfectas. Son propiamente las causas de atenuación que se distinguen en los estados personalísimos, subjetivos, del agente activo del delito, el cual se muestra modificando su responsabilidad en el sentido de reducirla, y **atenuantes específicas** son las que distinguen también otros estados personalísimos del delincuente, pero anteriores y posteriores al delito, con su íntima relación, el cual denota una mayor o menor peligrosidad.

Atenuantes genéricas. Para Bernaldo de Quiroz estas atenuantes tienden siempre a aumentar, por lo que es frecuente añadir a las atenuantes específicas una forma genérica como lo consigna la legislación española. . ." Y últimamente, cualquier otra de igual entidad o análoga a las anteriores". Donde se ve un caso excepcional, en que se autoriza la interpretación extensiva por analogía. (59).

Dentro de las atenuantes genéricas está la senilidad acompañada de fenómenos de descomposición mental, el estado puerperal, la menopausia, el embarazo o período menstrual, o el estado patológico subsiguiente al parto. Todas estas causas con sus circunstancias propias atenúan la responsabilidad penal.

Por tanto, sintetizamos en las páginas anteriores hemos visto el derecho represivo en el Instituto de la penalidad; con el transcurso del tiempo se señalan agravantes y atenuantes, como las exenciones acompañadas de causas y circunstancias, a través del arbitrio del juzgador, para valorar la peligrosidad o temibilidad del delincuente, concretizando así la pena al reo, para dar paso, emergiendo de las profundidades del derecho de defensa social, a la sentencia indeterminada.



CONCLUSIONES

1a.—El primer giro de la responsabilidad penal, como reacción punitiva, es la responsabilidad objetiva, es decir, la atribuibilidad al causante del ilícito penal en forma pura y simple, sin considerar el carácter personal y subjetivo de la conducta delictiva y sin diferenciar a los distintos reinos de la naturaleza; es vista la responsabilidad penal por el daño causado, por el resultado manifiesto, por el mal ocasionado; es aplicada la pena al modo cualitativo y cuantitativo.

2a.—La responsabilidad subjetiva, dimanada de la filosofía moral de los griegos, trasciende a los jurisconsultos romanos, se desarrolla en el pensamiento cristiano en la Edad Media con el Derecho Canónico, proyéctase en fueros, ordenanzas y en los fulgores de la Revolución Francesa llega a nosotros a la luz de las nuevas corrientes eclécticas de la Epoca Moderna.

3a.—La responsabilidad penal propiamente dicha, tiene sus orígenes en el seno de los grupos sociales, en los cuales se encuentran inmersos las diferentes clases de responsabilidad, como la moral, profesional, técnica, social, etc., etc. La génesis del delito, de la responsabilidad y de la pena, se encuentran dentro del proceso de la lucha por la vida, de la tendencia del hombre a la conservación que le lleva a rechazar y destruir la concurrencia de fuerzas y resistencias que se le oponen y le son perjudiciales.

4a.—La responsabilidad en sus diferentes modalidades es el deber en que se encuentra una persona de soportar las consecuencias de sus actos en todos los órdenes de la vida, especialmente las que más le atañen en forma personalísima.

5a.—En el devenir del tiempo, la responsabilidad penal se cambió para referirse, no ya a los seres irracionales, sino únicamente a la conducta humana señalada en su concepto, en sus diferentes acepciones, como acaecimiento, suceso, hecho, acción, acto, etc

6a.—El delito se descompone en una doble actividad humana: la fase objetiva formada por la actividad externa o física y la precedente del espíritu, interna o subjetiva. Es ésta un movimiento espiritual doloso o culposo y aquella una actividad corporal con resultado dañoso.

7a.—El arbitrio del juzgador es una aspiración máxima del Derecho contemporáneo para valorar la conducta peligrosa o temida del criminal potencial o manifiesto para proceder a su tratamiento penal o preventivo.

8a.—El legislador mexicano es confuso en la distinción de responsabilidad delictiva e imputabilidad penal. A aquélla, en la Ley Penal, se la considera al aplicarse a un sujeto, como responsable de sus actos desde el punto de vista penal, civil o pecuniario, según el caso y a ésta, en ocasiones, se la sustituye por aquélla, siendo que dichos conceptos tienen su propia naturaleza y aplicabilidad.

9a.—Como consecuencia del delito, a toda conducta criminosa corresponde la amenaza de una pena o medida de seguridad para el imputable.

10a.—Los delitos están henchidos de causas o circunstancias para agravar o atenuar la pena del reo, o algún caso de exención, a través del arbitrio del juzgador u órgano jurisdiccional, según la facultad de que está investido y sujeto que tiene ante sí.

11a.—Tanto los elementos del delito, cuanto la pena o medida de seguridad como consecuencia, así como las causas o circunstancias, originan la modificación de la responsabilidad penal para que el órgano jurisdiccional concrete la pena al delincuente.



- 1.—Jiménez de Asúa, L. *La Ley y el delito, principios de Derecho Penal*. Edit. Hermes. 3a. Ed. /1959. México-Buenos Aires. pág. 521.
- 2.—Carrancá y Trujillo, R. *Derecho Penal Mexicano*, T. I. Pág. 216 5a. Ed. Méx. /958.
- 3.—Florian, E. *Parte General del Derecho Penal*, T. I. Pág. 372.
- 4.—Porte Pretit, C. *Importancia de la Dogmática Jurídico en la*, pág. 59 Méx. /954.
- 5.—Dic. Razonado de la legislación y jurisprudencia, imprenta de E. Cuesta. Madrid, T. I. /984 pág. 646.
- 6.—Bernaldo de Quiroz, C. *Arbitrio judicial*, Enciclopedia Española, Seix Barcelona, T. III, pág. 299. Citado por Vicente González García, pág. 480, *Criminalidad*, año XIX, Méx. No. 9 Sep. /953.
- 7.—Ferri, *Principios de Derecho Criminal*, Pág. 328.
- 8.—Saleilles de, R. *Individualización de la Pena*. Tradc. de Juan de Hinojosa, 2a. Ed. Hijos de Reus, Edt. Madrid, /954. Pág. 177.
- 9.—Luceiras de Avellaneda. Cita. *Los errores judiciales*, *Criminalia*, año VII, Núm. 7 marzo /941, pág. 405.
- 10.—Porte Petit, C. *El Código Penal Mexicano del porvenir*. *Rev. Criminalia*, año X, Méx. No. 3, Nov. /965, pág. 155.
- 11.—Ferri. *Principios de Derechos Criminal*, págs. 201, 308 y 328.
- 12.—Jiménez de Asúa, L. *La Ley y el Delito, principios de Derecho Penal*. Edt. Hermes. 4a. Ed., Méx. B. Aires. /963, pág. 53.
- 13.—Saleilles de, R. *Individualización de la Pena*, Tradc. de Juan de Hinojosa 2a. Ed. Hijos de Reus, Edt. Madrid /914, págs. 47 y 121.
- 14.—Saleilles de, R. *Individualización de la Pena*, Tradc. de Juan de Hinojosa 2a. Ed. Hijos de Reus, Edt. Madrid /914, págs. 47 y 121.
- 15.—Saleilles de, R. *Individualización de la Pena*, Tradc. de Juan de Hinojosa 2a. Ed. Hijos de Reus, Edt. Madrid /914, pág. 116.
- 16.—Teja Sabre, jefe de la Comisión redactora del Código de 1931.
- 17.—J. Alemani y Bolufer. *Dicc. de la Lengua Española*, Locs. y citas.

- 18.—Florian, E. Parte General del Derecho Penal. Edt. Reus, Madrid. T. I. Pág. 337 y ss J. Ingenieros. Criminalia J. L. Rosso, Ed. B. Aires. /929, pág. 86, nota.
- 19.—Jiménez de Asúa, L. El nuevo Derecho Penal, Pág. 102.
- 20.—Saldaña Quitiliano, Epílogo al Estudio del Proyecto Ferri de Cristino Jiménez Estibano Madrid. /925 Pág. 196 y ss.
- 21.—Grispigni. La pericolosita criminale e il valore sintomático del reato. Escuela Positiv. Turín. /920 pág. 100.
- 22.—García Villalobos, I. Derecho Penal Mexicano Parte General Edt. Porrúa, Sec. III, 2ª. Ed. /960 Pág. 429.
- 23.—Jiménez de Asúa L. La Ley y el Delito, principios de Derecho Penal. Edt. Hermes 4ª. Ed., Méx. B. Aires. /963, pág. 53.
- 24.—Jiménez de Asúa L. La Ley y el Delito, principios de Derecho Penal. Edt. Hermes 4ª. Ed., Méx. B. Aires. /963, pág. 445.
- 25.—Jiménez de Asúa L. La Ley y el Delito, principios de Derecho Penal. Edt. Hermes 4ª. Ed., Méx. B. Aires. /963, pág. 446.
- 26.—Bernaldo de Quiroz, C. Derecho Penal. Parte General. Edt. Cajica. Puebla, Pue., Méx., T. I. Págs. 93-97 y ss.
- 27.—Manzini. Trattato di diritto Penale Italiano Torino, /937 Vol. VIII, pág. 39.
- 28.—Alimena. La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata, Turín. /887.
- 29.—Camargo Hernández, C. La premeditación. Edt. Bosch. Barcelona, pág. 20.
- 30.—Impallomeni. Il Carattere dei moventi dell' omicidio premeditato, Roma, 188, No. 152.
- 31.—Hetzendoff. Die psicología des morales /885, pág. 11.
- 32.—Camargo Hernández, C. La premeditación, Edt. Boch. Pág. 27.



- 33.—Porte Petit, C. Dogmática de los Delitos contra la vida y la salud. Méx. 3a. Ed. Apuntes mimeográficos, Pág. 151.
- 34.—Semanario Judicial de la Federación, T. XL. Pág. 27.
- 35.—Semanario Judicial de la Federación, T. XLVII, Pág. 5160.
- 36.—Porte Petit, C. Dogmática de los tipos contra la vida y la salud, Méx. 3a. Ed. apuntes mimeográficos, pág. 181.
- 37.—Porte Petit, C. Dogmática de los tipos contra la vida y la salud, Méx. 3a. Ed. apuntes mimeográficos, pág. 180.
- 38.—Porte Petit, C. Dogmática de los tipos contra la vida y la salud, Méx. 3a. Ed. apuntes mimeográficos, pág. 181.
- 39.—Semanario Judicial de la Federación T. XCIX, pág. 697.
- 40.—Anales de Jurisprudencia T. XV. Pág. 93.
- 41.—Porte Petit, C. Dogmática de los tipos contra la vida y la salud. México. apuntes mimeográficos, pág. 184.
- 42.—Semanario Judicial de la Federación T. XLII, pág. 382.
- 43.—Semanario Judicial de la Federación T. LVII, pág. 2754.
- 44.—Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, La Tutela Penal de la vida e integridad humana. T. II, pág. 124 Méx. /958.
- 45.—Código Penal y su proyecto de reformas, del Código de 1871.
- 46.—Boletín de Información Judicial, T. XI, pág. 51.
- 47.—Semanario Judicial de la Federación, T, LXXXII, pág. 4299
- 48.—Semanario Judicial de la Federación, LVI, pág. 2249.
- 49.—Semanario Judicial de la Federación, XCI, pág. 341.
- 50.—Semanario Judicial de la Federación, LXXXII, pág. 4278.
- 51.—Semanario Judicial de la Federación, XXV, pág. 1331.

- 52.—Código Penal para el D. F. y T. F. 4a. Ed. Cotejada con los textos Oficiales por Aniceto Villamar, pp. 71-72, Méx. 1906.
- 53.—Código Penal de 1871.
- 54.—Proyecto de reformas al Código Penal de 1871, y Códigos Penales de 1929 y 1931.
- 55.—González de la Vega, Derecho Penal Mexicano. Delitos contra la vida y la integridad corporal. T. I. Pág. 132, Méx. /935.
- 56.—Semanao Judicial de la Federación T. XV, pág. 779.
- 57.—Informe del año de 1952 Pág. 91.
- 58.—García Castro. Ensayo sobre las calificativas en los delitos de lesiones y homicidios, pág. 180, Méx. /951.
- 59.—Bernaldo de Quiroz, C. Derecho Penal. Parte General. Edt. Cajica. Puebla, Pue., Méx. T. I. Págs. 133 y ss.



Imprenta Offset "AMBRIS" Av. Montevideo No. 461
Col. Lindavista México, D. F.

