

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

---

**FACULTAD DE DERECHO**



**EL DELITO DE DESOBEDIENCIA EN EL  
PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO  
(ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL)**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA:**

**RAMON HUMBERTO ROMAY ARMADA**



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.

**A MI PADRE**

**A quien admiro y venero  
por su vida ejemplar  
llena de sacrificios y desvelos.**

**A MI MADRE**

**Con el más grande amor  
como muestra de su  
esfuerzo y abnegación .**

**A MIS HERMANAS**

**Con mucho cariño:**

**Aurora  
Alicia  
Beatriz  
Marcela**

**A MIS CUÑADOS**

**A MIS ADORABLES SOBRINOS**

**A MIS TIOS Y PRIMOS**

**A MIS MAESTROS**

**Con todo mi respeto y  
agradecimiento por sus  
sabias enseñanzas**

**A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS**

A LOS SEÑORES LICENCIADOS

Don Fernando Castellanos Tena

Don Pedro Hernández Silva

con mi sincero agradecimiento por su  
inapreciable ayuda en este ensayo jurídico.

# I N D I C E

## CAPITULO I

### EL DELITO

a) Concepto de delito . . . . .	9
b) Escuelas que tratan el delito . . . . .	9
c) Teorías que estudian el delito . . . . .	15
d) Teoría Tetratómica . . . . .	17

## CAPITULO II

### EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

a) Concepto de conducta . . . . .	23
b) Formas de la conducta . . . . .	27
c) La ausencia de conducta . . . . .	32
d) Acción libre en su causa . . . . .	35
e) La conducta en el delito a estudio . . . . .	37

## CAPITULO III

### LA TIPICIDAD

a) Noción de tipo penal . . . . .	43
b) Elementos del tipo . . . . .	45
c) Teoría de la tipicidad . . . . .	51
d) La atipicidad . . . . .	55
e) La ausencia de tipo . . . . .	59
f) La tipicidad en el delito a estudio . . . . .	61

## CAPITULO IV

### LA ANTIJURICIDAD

a ) La antijuricidad en general . . . . .	66
b ) Las causas de justificación . . . . .	68
c ) La antijuricidad en el delito a estudio . . . . .	72
d ) Las causas de justificación el delito a estudio . . . . .	77

## CAPITULO V

### LA CULPABILIDAD

a ) La imputabilidad . . . . .	84
b ) La culpabilidad en general . . . . .	91
c ) Formas de la culpabilidad . . . . .	96
d ) La culpabilidad en el delito a estudio . . . . .	100
e ) La inculpabilidad en el delito a estudio . . . . .	102

## CAPITULO VI

CONCLUSIONES. . . . .	108
-----------------------	-----

CAPITULO I  
EL DELITO

SUMARIO

- a ) Concepto de delito
- b ) Escuelas que tratan el delito
- c ) Teorías que estudian el delito
- d ) Teoría tetratomica

## a ) CONCEPTO DEL DELITO

Es unánime la opinión de los filólogos en afirmar que la palabra "delito" deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar y el prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino, apartarse del sendero señalado por la Ley. Muchos autores han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictuoso. Pero tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada Pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstos y por consiguientes es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa; En efecto quien delinque se aparta de la ruta marcada por las disposiciones legales.

## b ) ESCUELAS QUE TRATAN EL DELITO

Sabemos que los clásicos elaboraron varias definiciones sobre el ilícito penal, pero mencionaremos la más conocida de ellos, la del principal exponente de esa corriente doctrinaria, a saber: Francisco Carrara, para quien el delito es "la infracción de la Ley del Esta

do", promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. 1

Comentando esta gran definición, el penalista español Luis Jiménez de Asua, que al igual que Carrara expresa que el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico" y es "un ente jurídico porque su esencia debe consistir en la violación de un derecho". y denomina al delito infracción a la Ley, porque "Un acto se convierte únicamente en delito cuando choca "contra" ella; pero para que no se confunda con el "vicio", "que es el abandono de la ley moral; y con el "pecado", "que es la violación de la ley divina", ( 23 ) se afirma que es la Ley del Edo. ( 24 ) promulgada a los ciudadanos porque sin ello no sería obligatoria ( 25 ) se consigna que es para proteger la seguridad, para que resulte manifiesta la "idea especial de delito" que no está en transgredir las leyes que protegen los intereses patrimoniales, violadas por el mero incumplimiento de una obligación civil, ni en el quebrantamiento de los que "promueven la prosperidad del Estado" que originaría "una transgresión pero no un delito", que recae "en la agresión a la seguridad" (26) se hace constar de los ciudadanos para comprender la "seguridad pública no menos que la privada ( por eso se dice " de los ciudadanos y no de un ciudadano ")

y para expresar "suficientemente la idea de la tutela general que prende a la ley punitiva" necesaria para proteger el derecho ( 27 ) se considera resultante de un acto externo, porque las "opiniones" y "deseos" y "pensamientos" "se sustraen" al dominio de la ley penal ( 28 ) se dice del hombre porque solo él puede ser sujeto activo del delito ( 29 ) figura en la definición que ese acto puede ser positivo o negativo para abarcar acciones y omisiones ( 30 ) consta que ha de estimarse moralmente imputable, porque "el hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral" y la imputabilidad política ( 31 ) finalmente, "se añade la fórmula políticamente dañoso; para explicar mejor la idea que ya se contiene en la definición de las palabras seguridad de los ciudadanos" y que consiste en que el delito debe perturbar moralmente en todos los ciudadanos la opinión de la seguridad, presentando así el daño mediato además del inmediato. 2

Cuando la Escuela Clásica se encontraba en la cumbre de su grandeza, surge, como reacción la Escuela Positiva. Los positivistas de fines del siglo pasado pretendieron demostrar que todo conocimiento científico ha de basarse de modo exclusivo, en la experiencia y en la observación; ésto debido al gran adelanto alcanzado por las ciencias de la naturaleza. El pensamiento positivista estima sin valor

2 Jiménez de Asua, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, No. 957 Pag. 40 y 41

científico, cualquier conclusión que no pueda ser obtenida mediante métodos inductivos de investigación científica, pues la escuela clásica siguió preferentemente el método deductivo, lógico-abstracto. Los revolucionarios positivistas quisieron demostrar que todo en la conducta humana opera del mismo modo que la naturaleza, es decir, el comportamiento del hombre no es sino el resultante de fuerzas que puedan observarse y experimentarse; en consecuencia, el individuo carece de libertad para elegir entre las distintas posibilidades que se le presenten; en realidad actúa sometida a las leyes fatales, forzosas necesarias, del mismo modo que los fenómenos de la naturaleza. Para los positivistas la diferencia de lo que se observa en los clásicos el delito no es un acto voluntario, sino fatal, mientras en la Escuela Clásica el hombre delinque porque quiere, pudiendo no hacerlo, según nueva concepción, el delito es un fenómeno natural como la presión de los gases o la caída de los cuerpos.

A tres grandes sabios italianos se consideran como los evangelistas de la escuela positiva, a saber; César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo. El primero (Lombroso), médico, pretendió demostrar que la conducta humana (por supuesto el delito) es resultante del Factor biológico, hereditario; para Ferri, sociólogo, lo importante, lo definitivo que motiva el comportamiento de los seres humanos, es el factor ambiental, por ello se le reconoce Enrique Ferri

como padre o fundador de la Sociología Criminal, y por último Rafael Garófalo es el jurista, porque pretendió, con base en las doctrinas de la misma corriente, sistematizar las nociones fundamentales del Derecho represivo. Para este sabio italiano, el delito es un fenómeno natural; acepta naturalmente el delito artificial cuando existe solo por capricho del legislador, más el natural consiste en la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. 3

Evidentemente Garófalo no definió el delito, sino los estragos causados por el mismo, habida cuenta de que el delito no puede definirse, sino en función del Derecho. En realidad, la interesante investigación del sabio jurista del positivismo se refiere a los efectos del delito, considerado como un hecho prohibido por el orden jurídico. Sobre la concepción de Garófalo, conocida como definición sociológica, el profesor mexicano Ignacio Villalobos escribe: "Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante, ser esa la materia de un estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos aunque claro está que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exac-

3 Cita de Castellanos T. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 118, 4a. Ed. Porrúa, 1967.

tamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo no es posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que el delito de la violación de los sentimientos de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. La esencia de la luz se puede y se debe basar en la naturaleza; pero la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc., por tanto no se puede investigar que es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza. 4

Obsérvese pues, la imposibilidad de determinar en una fórmula concisa

lo que es el delito, si exclusivamente se manejan los métodos de las ciencias de la naturaleza. Para investigar realmente la esencia de la delictuosidad, es necesario situarse en el plano estrictamente jurídico; por ello fue dable para Carrara lograr su magnífica noción del delito, el cual, según ha quedado asentado antes, no es sino un acto externo del hombre, moralmente imputable violatorio de la ley dictada por el Estado para asegurar la vida comunitaria.

Desde el punto de vista jurídico substancial, se han dado varias definiciones del delito, pretendiendo caracterizarlo en función de sus elementos constitutivos.

En este mismo capítulo, en líneas posteriores nos ocuparemos de la teoría tetratomica.

### c ) TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO

La teoría del delito natural, que pareció un recuerdo de la clásica división en delitos, mala in se o prohibita quia mala, y de los delitos mala quia prohibita, no satisfizo, al nacer, ni a los mismos positivistas puesto que la atacaron enérgicamente ( vid. infra. num. 960 ), si bien después su censura cesa y en base a lo dicho por Garófalo construyen nuevas definiciones. Uno de los pioneros surge de un positivista. Agostino Berenini, quien nos dice que "es delito (reato) el hecho del

hombre, violento o fraudulento, que infringe las relaciones fundamentales de la sociabilidad, prohibido por la ley, y determinado por motivos antijurídicos y antisociales, que revelan la falta absoluta o relativa en el agente de sentimientos altruistas fundamentales, necesarios para la adaptación del individuo o la sociedad". Aquí se puede observar que en esta definición aparece el elemento jurídico, al decir que el "acto" ha de ser "prohibido por la ley" combinado con ingredientes sociológicos que son los preponderantes. Por su parte Enrique Ferri ofrece, esta noción sin influjo jurídico: " Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado".

En Francia la escuela sociológica se ocupó también del delito. Durkheim dijo primero que "es un acto que ofende ciertos sentimientos colectivos, dotados de una energía y de una previsión particulares" (Regles cit. Pag. 51) y ampliamente añade después "El delito lesiona aquellos sentimientos que en un mismo tipo social se encuentran en todas las conciencias sanas" (De la división Du Tequali, Pag. 47).

La mayor parte de estas definiciones de carácter sociológico basadas, quierase o no, en la fórmula garofalliana, han sido resultados de episodios polémicos, al criticar la ofrecida por el creador del delito natural". 5

5 Jiménez de Asua, Tomo III, Ed. Lozada, B.A. 1958 Pag. 47 y S.S.

Desde su punto de vista del positivismo crítico, que caracterizó a la Terza Scuola, Alimena, hizo también objeciones de inconciliabilidad plenaria con la doctrina garofaliana. Primeramente observa que encierra "una contradicción en los términos" (I limiti I, Pag. 258), diciendo: que esta teoría "no solo es arbitraria porque es difícil decir en qué consiste la medida de estos sentimientos, sino que es completamente inútil para el Derecho Penal porque daría solamente la explicación de una parte mínima de los delitos contenidos en el Código y es falsa ante la historia y la psicología porque esta teoría a lo más podrá servir para hoy, pues muchos sentimientos de épocas pasadas no son ya nuestros sentimientos, como, probablemente, nuestros sentimientos no serán los sentimientos del porvenir" (Principios de Derecho Penal, Tomo 1, Vol. I, Pag. 294).

#### d ) TEORIA TETRATOMICA

Dos son los sistemas principales que pretenden establecer el criterio privalista de estudio del delito a saber: el unitario o totalizador y el analítico o atomizador; el primero ve en él un bloque monolítico (Antolisei) el cual puede presentar aspectos diversos pero no es en modo alguno fraccionable. 6 El delito no puede dividirse, ni para su estudio, por entregar un todo orgánico, un concepto indisoluble.

6 Manuale di Diritto Penale 3a. Ed. Pag. 143, Milano, 1955.

En cambio al segundo sistema o sea la concepción analítica o atomizadora estudia el ilícito penal por sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera que sin negar su unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento. Nosotros aceptamos la segunda concepción, la cual sin negar la unidad del delito precisa su análisis en elementos, pues como bien dice Jiménez de Asua solo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionados por las leyes. 7

Por su parte Porte Petit señala que dentro de la concepción analítica o atomizadora se encuentran las concepciones, bitómica, tritómica o triádica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito.

Así tenemos que para Cuello Calón, el delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. 8

Por su parte Jiménez de Asua textualmente dice: Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputables a un hombre y sometido a una sanción penal. 9

7 La Ley y el Delito Pag. 225, Ed. Hermes, 2a. Ed. 1954

8 Derecho Penal, 8a. Ed. Pag. 236

9 La Ley y el Delito Pag. 256 Ed. A. Bello Caracas

Como se ve, en la definición del maestro Jiménez de Asua se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Mezger, expresa que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo, con el maestro Castellanos Tena, en afirmar que los elementos esenciales del delito son:

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad (o antijuridicidad); y
- d) Culpabilidad

Podríamos apuntar que: a) Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito; b) La adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto; c) Lo contrario al derecho; y d) El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario y así tenemos los cuatro elementos necesarios que requiere la concepción tetratómica, y que más adelante observaremos.

Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos estos factores; por eso suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad

temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuricidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Más en un plazo estrictamente lógico, procede observar primeramente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal; tipicidad, después - constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente; imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad.

Es interesante hacer notar que cuando un sujeto decide delinquir, lógicamente y temporalmente se da primero la culpabilidad (a título doloso, por supuesto) precedida, de la imputabilidad y hasta después ejecuta el acto típico y antijurídico. 10

- 10 Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 118, 4a. Ed. 1967

## N O T A S

### (CAPITULO I)

1. Programa, Vol. I, Pag. 60 No. 21
2. Jiménez de Asua, Tratado de Derecho Penal, T. III, No. 957, Pag. 40 y 41
3. Cita de Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 118, Editorial Porrúa, 1967

4. Derecho Penal Mexicano, Pag. 199 y 55, 2a. Ed. Porrúa, 1960
5. Jiménez de Asua, T. III, Ed. Hozada, Buenos Aires, 1958, Pag. 47 y 55
6. Manuale di Diritto Penale, 3a. Ed. Pag. 143, Milano, 1955
7. La Ley y El Delito, Pag. 225, Ed. Hermes, 2a. Ed. 1954
8. Derecho Penal, 8a. Ed. Pag. 236
9. La Ley y El Delito, Pag. 256, Edición A. Bello Caracas
10. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pag. 118, 4a. Edición 1967

## CAPITULO II

### EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

#### SUMARIO

- a ) Concepto de conducta
- b ) Formas de la conducta
- c ) la ausencia de conducta
- d ) Acción libre en su causa
- e ) La conducta en el delito a estudio

## a) CONCEPTO DE CONDUCTA

Al citado elemento objetivo se le ha denominado de diversas maneras Max Ernesto Mayer, considerando lo que él llama delitos sin manifestación de voluntad, propone la palabra "acontecimiento" (Geschehnis) que utiliza para definir el delito; otros autores alemanes usan el término "conducta" (Verhalten), que es adoptado por algunos italianos y españoles. 1 También es frecuente el empleo del vocablo "hecho" 2 en tanto que L. Jiménez de Asua prefiere utilizar el término "acto" 3 porque "hecho" es demasiado genérico, ya que, como Binding, señaló, con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito 4 - Sebastián Soler emplea la palabra "acción", reservando la designación de "hechos" para los efectos causados por los animales y las cosas inanimadas.

Porte Petit, prefiere hablar de los términos "conducta y hecho" para denominar al elemento objetivo del delito: "Pensamos - dice - no es

- 1 F. Antolisei, Manuale di Diritto Penale No. 91; Juan del Rosal Derecho Penal Español Pag. 239
- 2 E. Mezger, Derecho Penal, Libro de Estudio Pag. 13, F. Von Liszt, Tratado de Derecho Penal T. II # 26, I.
- 3 Tratado, T. III, # 1046, Pag. 329, 2a. Ed. Buenos Aires, 1958
- 4 Die, Normen, Vol. II, Pag. 92

la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material".

El elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión) y otras, hecho, producción de un resultado material, unido por un nexo causal.

Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así, pues, el citado profesor Porte Petit, distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los delitos de mera actividad, carentes de un resultado y nexo causal. La sola conducta agota el elemento del hecho cuando según la descripción del tipo causa una mutación en el mundo exterior, es decir un resultado material. Es conveniente, sin embargo, advertir que, en el lenguaje ordinario, por "hecho" se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, decir, de este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son hechos. En la teoría del Derecho se entiende por hechos

jurídicos los acontecimientos a los cuales el Derecho atribuye ciertas consecuencias. Desde esta referencia, todo delito es un hecho jurídico.

Nosotros preferimos el término conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo.

Por su parte dice Radbruck que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las 2 categorías, de la misma manera que no se puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto "conducta" pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obrar.

Ahora, desde un punto de vista general y filosófico, conducta ( o acción en sentido estricto ) es toda actitud o comportamiento del hombre en cuanto tenga su principio en el sujeto. Conforme a esta noción, los actos que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, pensamientos, deseos, propósitos o voliciones, constituyen también "conducta". Sin embargo, al Derecho Penal no le interesan los actos puramente internos. El delito es en todo caso un acontecimiento que se realiza en el mundo externo, puesto que el acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo, o sea que en un quid exterior, no es posible nunca. Este y no otro es el significado de la antigua máxima: *Cogitationis poenam nemo*

patitur, que técnicamente se traduce: " a nadie se le castiga por pensar hacer un delito " .

Por lo tanto para el Derecho Penal es conducta no cualquier comportamiento humano, sino solo aquel comportamiento que se manifiesta exteriormente. 5 (Massari ILL momento ejecutivo del reato, Piza 1923 ).

La conducta puede adoptar dos formas distintas, una positiva y otra negativa; puede consistir en un hacer o en un no hacer. En el primer caso se está en presencia de la acción ( acción en sentido estricto, denominada también acción positiva ); en el segundo caso, de la omisión ( denominada, además, acción negativa ). La omisión es sin duda la antítesis de la acción, pero supone también una actitud exterior del hombre, constituyendo igualmente una expresión de la voluntad del sujeto.

Nosotros estamos de acuerdo con el Maestro F. Castellanos Tena en afirmar que conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, ya se verá en el inciso siguiente las diversas formas que puede presentar el elemento objetivo.

5 Francesco Antolisei,  
tina, B.A. Pag. 164

Uther, Argen

Manuale di Diritto Penale

## b ) FORMAS DE CONDUCTA

Lo expresado anteriormente pone de manifiesto que la voluntad, al exteriorizarse, puede adoptar las formas de: a ) Acción y b ) Omisión, por cuanto a esta última, se le divide en: 1. Omisión Simple y 2. Omisión impropia o Comisión por Omisión.

a ) La Acción: Hemos expresado que la conducta ( llamada también acto o acción ) puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos, es decir por actos o por abstenciones.

La acción o el acto, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Jiménez de Asua expresa que el acto, término substitutivo de la acción, es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior. 6 Para Pavón Vasconcelos, estima la acción como el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria. 7 Según Cuello Calón, considera a la acción, en sentido estricto, como "el movimiento corporal voluntario" encaminado a la producción de un resultado, consistente en -

6 La Ley y el Delito P. 227, Ed. Hermes, 2a. Edición 1954.

7 Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición, Ed. Porrúa, 1967, Pag. 175 y ss.

la modificación del mundo o en el peligro de que se produzca. 8

Para Cavallo, la acción es, una actividad humana que se expresa en el mundo exterior por uno o más actos para alcanzar un fin, en las formas previstas por la ley. 9

Según Antolisei, la acción ( en sentido lato ) consiste en un movimiento corporal del sujeto.

En esta forma de conducta la fuerza psíquica opera sobre los nervios motores, determinando un movimiento muscular, que representa precisamente la manifestación exterior de la voluntad del sujeto. La mayoría de las veces se trata de movimientos de las extremidades, que son los órganos con los que el hombre realiza la mayor parte de las modificaciones del mundo exterior. Con frecuencia la acción se concreta en la palabra, que es también el efecto de determinados movimientos musculares, pero también con otros desplazamientos o movimientos del cuerpo y hasta con una mirada pueden producirse efectos en la realidad externa.

La acción se presenta muchas veces de una manera compleja, es

8 Derecho Penal, T. I. Pag. 271, 8a. Ed. Barcelona 1947

9 Diritto Penale, V. II PP 144 y 145, Napoli, 1955

decir, como una serie de multiplicidad de movimientos corporales. Cada uno de tales movimientos corporales se denomina "acto" y el conjunto de los actos constituye la acción. 10

En resúmen, con relación concreta a la acción, en sentido estricto, los autores estiman como tal a la "actividad voluntaria, realizada por el sujeto", haciendo referencia tanto al elemento físico de la conducta como al psíquico de la misma ( voluntad ). Resulta casi unánime, la opinión de que la acción consta de tres elementos.

- a ) Manifestación de Voluntad
- b ) Resultado
- c ) Relación de causalidad

b ) La Omisión-Frente a la acción como conducta positiva, encontramos a la omisión, forma de conducta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria, en un abste-nerse de otras, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar.

De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. 11

10 Francesco Antolisei - Manuale di Diritto Penale Uther, Argentina, B. A. Pag. 165, 1960

11 Derecho Penal, t I, Pag. 273, 8a. Ed. Barcelona 1947.

Para Sebastián Soler, el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención. 12 Según Eusebio Gómez son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. 13

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, Ejem. La omisión de una persecución penal. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva. 14

Como elementos de la Omisión tenemos:

- a) Una manifestación de voluntad
- b) Una inactividad del agente
- c) Una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención

La Omisión puede presentar dos formas:

- a) La omisión simple u omisión propia, originante de los delitos de simple omisión.

12 Derecho Penal Argentino, T. I. Pag. 336

13 Tratado de Derecho Penal, T. I. Pag. 416, 1939

14 Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pag. 145, 4a. Edición, 1967

- b ) La omisión impropia que da nacimiento a los delitos de simple omisión.

Porte Petit, estima como elementos de la imisión propia; a ) voluntad, o no voluntad ( Delitos de Olvido ); b ) inactividad y c ) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico.

- a ) La Omisión simple consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma dispositiva, produciendo un resultado típico. 15

- b ) La Esencia de la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. 16

Por eso en la comisión por omisión hay una doble violación de deberes "de obrar y de abstenerse" y por ello se infringen dos normas una dispositiva o preceptiva y otra prohibitiva.

15      Porte Petit, Programa de la parte Gral. del D. P. Pag. 162

16      Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. Pag. 175 y 55, 1967

Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva". Ejem. La madre que no amamantó a su hijo y muere o el caso de quien ve avanzar a un ciego a un precipicio y no lo detiene con sus voces o brazo. 17

### c) LA AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible; quien obra impulsado por una fuerza física irresistible no actúa, tiene el carácter de instrumento de otro.

Coinciden algunos penalistas en considerar como hipótesis constitutiva de ausencia de conducta a las siguientes: a) Vis absoluta o fuerza física irresistible, b) Fuerza mayor o vis maior;

17 Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pag. 145, 4a. Edición, 1967

c) Hipnotismo; d) Sueño; e) Sonambulismo; f) Movimientos reflejos.

Evidentemente en todos estos casos hay, en apariencia, un comportamiento del hombre, mas en realidad no existe por faltar el elemento esencialísimo, a saber; la voluntad. Quien obra impulsado por - una fuerza física irresistible no actúa, tiene el carácter de instrumento de otro; con acierto señala Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. 18

En la fuerza mayor se presente similar fenómeno al de la vis absoluta; actividad o inactividad involuntaria por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. 19

Por lo tanto ésta difiere de la vis absoluta en que proviene de la naturaleza, en tanto aquella emana de otro individuo.

En el hipnotismo se constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido totalmente verificada en múltiples experiencias. Consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Tales manifestaciones pueden ir desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambú-

18 El Código Penal concordado y comentado, t.I. Pag. 171, 4a. Ed.

19 Manual de Derecho Penal Mex. Pavón Vasconcelos, 2a. Edición 1967, Pag. 231

lico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas, el grado de hipnosis. En cuanto al sueño, es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente, que puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Así en el sonambulismo, el estado sonambúlico es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido por causa ajena al natural descanso. Para Jiménez de Asua, el sonambulismo "es una enfermedad nerviosa, o, mejor dicho, probablemente no es más que una manifestación parcial de otras neuropatías" (como el histerismo) o de epilepsis, según han observado los psiquiatras, como por ejemplo: Hoche y Weygandt. Mezger, dice que los movimientos reflejos son "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo un influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subverticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento. 20

Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios, pues "si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito". 21

20 Tratado de Derecho Penal, I. p.p., o 215-216, Madrid, 1955  
Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz

21 Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal  
2a. Ed. Pag. 155, 1967

El sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, no en forma unánime son considerados por los autores como capaces de impedir la conducta; hay quienes sostienen que se trata de causas de inimputabilidad. En cambio los movimientos reflejos si impiden la configuración del delito por ausencia de conducta, ya que quien actúa ante un movimiento de esa naturaleza, no lo ejecuta voluntariamente; sin embargo, al decir de Enrico Altavilla <sup>22</sup> debe tenerse presente si el individuo estuvo o no en condiciones de retardar el movimiento, pues en el primer caso se configurará el delito, al menos en forma culposa o imprudencial, pues para el autor mencionado, el movimiento reflejo puede tener un desarrollo que permite, si no inhibirlo, al menos realizar maniobras oportunas para hacerlo inofensivo; si el sujeto no las ejecuta pudiendo hacerlo, se presentará la imputación culposa; en cambio, cuando el resultado se produce a consecuencia del movimiento reflejo, pero sin posibilidad de retardarlo o neutralizarlo, se elimina el delito por ausencia de conducta, ya que no existió comportamiento humano voluntario.

#### d ) ACCION LIBRE EN SU CAUSA

La expresión "acto libera in causa" hace directa referencia a ciertas acciones, que, ejecutados por un sujeto en estado de inimputabilidad, son estimadas, sin embargo, por el Derecho, como manifestaciones de

22 Cfr. La Culpa, Pag. 87, Ed. Temis, Bogotá, 1956

una voluntad libre y consciente en su origen. 23 En ocasiones el sujeto antes de actuar, voluntaria o culposamente, se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. Así como podemos utilizar a un loco para producir, por su intermedio, el resultado dañoso, podemos también afectar nuestras propias facultades con igual objeto; o bien, el caso de quien decide cometer un homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí, sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. 24

La problemática de las acciones libres en su causa se inicia desde el planteamiento mismo de la posibilidad de su existencia, a través de hipótesis en las que se afirma un estado de inimputabilidad que debe conectarse con uno anterior de plena capacidad del agente. Para que una persona pueda ser declarado culpable y consecuentemente - dice Vasconcelos ser sujeto de consecuencias penales, como resultado de una responsabilidad, es indispensable que en ella concurra la capacidad de imputación, ésto es que en el momento de la comisión del hecho sea mentalmente apto tanto para entender sus actos como para realizarlos en una libre expresión de su voluntad. Frente a los casos de

23 Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. 1967, Pag. 344

24 Castellanos Tena, Pag. 206 y 207, 4a. Ed. 1967

delitos cometidos en estado de embriaguez, los prácticos italianos acudieron a la noción de las acciones libres en su causa ( acciones liberadas in causa ) tratando de fundar la punibilidad de sus autores, distinguiendo claramente dos situaciones distintas; una, la de la embriaguez preordenada a la comisión del delito, la otra, la de la embriaguez voluntaria, pero sin conciencia, ni voluntad para la realización del delito, sancionando el primer caso como un delito doloso y haciéndose el autor acreedor, en el segundo, de una persona más o menos benigna, apoyada precisamente en el hecho de la embriaguez voluntaria como su causa; Castellanos Tena expresa; Si se acepta que al actuar del sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción, acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena. 25

#### e ) LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO

Al iniciar este capítulo ya hemos dejado asentado lo que entendemos por conducta, y que es el comportamiento voluntario y humano, encaminado a un propósito, sabemos que el comercio entre el hombre y la

delitos cometidos en estado de embriaguez, los prácticos italianos acudieron a la noción de las acciones libres en su causa ( acciones liberas in causa ) tratando de fundar la punibilidad de sus autores, distinguiendo claramente dos situaciones distintas; una, la de la embriaguez preordenada a la comisión del delito, la otra, la de la embriaguez voluntaria, pero sin conciencia, ni voluntad para la realización del delito, sancionando el primer caso como un delito doloso y haciéndose el autor acreedor, en el segundo, de una persona más o menos benigna, apoyada precisamente en el hecho de la embriaguez voluntaria como su causa; Castellanos Tena expresa; Si se acepta que al actuar del sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción, acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena. 25

#### e ) LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO

Al iniciar este capítulo ya hemos dejado asentado lo que entendemos por conducta, y que es el comportamiento voluntario y humano, encaminado a un propósito, sabemos que el comercio entre el hombre y la

naturaleza está determinado por la fuerza o energía que el primero desarrolla, ya sea para modificar o aprovechar los elementos de la naturaleza, pero todo gira en los movimientos del hombre, el que no puede estar en un estado de quietud absoluta, porque no le sería posible vivir, se dice en forma literaria, que la vida es movimiento, pues todo lo estático es muerte, es por ello que reviste tanta importancia en todos los órdenes sociales, el comportamiento humano y éste es indispensable, en todas las ramas del Derecho, aún cuando en este ensayo lo que nos interesa es referirnos a las conductas que el legislador ha considerado necesarias para la tipificación de los delitos, pues debemos saber, que los delitos en especial a más de tener los elementos generales del delito, contienen elementos especiales o notas distintivas que habrán de destacarlos de otras figuras, en tal razón, la conducta necesaria para el tipo en estudio que es, la desobediencia a que se refiere el artículo 141 y 142 del Código Penal tipo que nos dice:

"Artículo 141.- Al que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, se le aplicarán de un mes a un año de prisión y multa de cien a quinientos pesos".

"Artículo 142.- Al que sin causa legítima desobedeciere un mandato de la Autoridad o se negare a comparecer ante la mis-

ma a rendir su declaración cuando legítimamente se le exija, después de haberse agotado los medios de apremio que señala la Ley, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa de cien a mil pesos".

De la lectura del tipo anterior, debemos colegir que la conducta en este delito, debe ser omisiva, puesto que los tipos están señalando al que sin causa legítima rehusare, ésto es al que no hiciera lo que la Ley le ordena, o en otras palabras dejar de hacer lo que se tiene obligación de hacer por mandato de la Ley. El siguiente tipo señala: "al que sin causa legítima desobedeciere", también se está hablando de un dejar de hacer, por lo que los dos tipos son de conducta o comportamiento omisivo del hombre.

Naturalmente que si nosotros nos referimos a la teoría de la acción, en la que en ella está implícito tanto el hacer como el dejar de hacer, no tendríamos problema, porque muchos autores señalan, que es imposible que el hombre permaneciendo en forma estática, puede producir o cometer ilícitos, que lo que sucede es que siempre el hombre despliega una acción incluso para incurrir en una omisión, ya que si el individuo desobedece un mandato de la autoridad y se niega a comparecer, no por éso va a quedar como una estatua, sino que va a realizar otras actividades, pero como la Ley le exige que precisamente haga lo que le ordena, él al hacer otra cosa, se está adecuando al ti-

po en cuestión, aún cuando su conducta sea omisiva.

Ya en líneas anteriores nos referimos a cuales son los delitos que su tipo se colma con la sólo conducta omisiva y que son, todos los delitos de abandono de personas en peligro, de atropellados, de enfermos, de la familia, etc. delitos formales de resultado exclusivamente jurídico como en este caso también el delito que comentamos es formal, su tipo se colma sólo con la conducta del sujeto, y como ésto ya se ha señalado, sólo como referencia nos hemos permitido apuntarlo al final de este capítulo.

#### N O T A S

##### ( CAPITULO II )

1. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, No. 91; Juan del Rosal, *Derecho Penal Español*, Pag. 239
2. E. Mezger, *Derecho Penal, Libro de Estudio*, Pag. # 13, F. Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, # 26 I
3. *Tratado*, T. III, No. 1046, Pag. 329, 2a. Ed. Buenos Aires, 1958
4. *Die Normen*, Vol. II, Pag. 92
5. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, Uther, Argentina, B.A. Pag. 164
6. *La Ley y El Delito*, Pag. 227, Ed. Hermes, 2a. Ed. 1954
7. Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 2a. Edición, Pag. 175 y ss. Editorial Porrúa, 1967
8. *Derecho Penal*, T. I, Pag. 271, 8a. Ed. Barcelona, 1947
9. *Diritto Penale*, Vol. II, Pag. 144 y 145, Napoli, 1955
10. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, Uther, Argentina B.A. Pag. 165, 1960
11. *Derecho Penal T. I*, Pag. 273, 8a. Edición Barcelona 1947
12. *Derecho Penal Argentino T. I* Pag. 336

13. Tratado de Derecho Penal T. I. Pag. 416, 1939
14. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pag. 162
15. Porte Petit, Programa de la Parte General de Derecho Penal Pag. 162
16. F. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición, Pag. 175 y 55, 1967.
17. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 145, 4a. Edición, 1967
18. Código Penal Concordado y comentado, T. I, Pag. 171, 4a. Ed.
19. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición, Pag. 231, 1967
20. Tratado de Derecho Penal, I. Pag. 215, 216, Madrid, 1955, Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz
21. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal 2a. Edición, Pag. 155, 1967
22. La Culpa, Pagina 87, Edición Temis, Bogotá, 1956
23. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición 1967, Pag. 344
24. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pag. 206 y 207, 4a. Edición, 1967
25. F. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 207, 4a. Edición, 1967

**CAPITULO III**  
**LA TIPICIDAD**

**SUMARIO**

- a ) Noción de tipo penal
- b ) Elementos del tipo
- c ) Teoría de la tipicidad
- d ) La atipicidad
- e ) La ausencia de tipo
- f ) La tipicidad en el delito a estudio

a ) NOCION DEL TIPO PENAL

Tipo en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia como vieja aceptación del término, Ernesto Von Beling y Franz Von Liszt. 1

Mezger alude a la palabra "tipo" en el sentido de la teoría general del Derecho, como "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica", 2

En el sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito. 3

Estiman destacados autores de la materia, que el antecedente de la noción del tipo se encuentra en el concepto de Corpus Delicti.

Respecto al tipo son múltiples las definiciones que han dado. Mezger dice: El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos ar

1 Die lehre von Verbrechen y Tratado de Derecho Penal

2 Tratado de Derecho Penal, T.I. Pag. 365, Madrid 1955, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz

3 Mezger, Loc. cit.

títulos, y a cuya realización va ligada a la sanción penal. 4

Jiménez de Asua lo define como la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la defini  
ción del hecho que se cataloga en la Ley como delito. 5

Para Ignacio Villalobos el tipo es la descripción del acto o del he-  
cho injusto o antisocial ( previamente valorado como tal ), en su  
aspecto objetivo y externo. 6

Por su parte Pavón Vasconcelos, dice: el tipo legal, dándole cannota  
ción propia jurídico penal, es la descripción concreta hecha por la  
Ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, re  
putada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal. 7

Según Castellanos Tena: "El tipo es la creación legislativa, la des  
cripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos le-  
gales". 8

Jiménez Huerta en su obra "La Tipicidad" define el tipo como el inju  
s

4 Tratado I. Pag. 366

5. Tratado de Derecho Penal, III Pag. 654

6 Derecho Penal, México Pag. 258, Ed. Porrúa, S.A., México  
1960

7 Manual de Derecho Penal, Mexicano, 2a. Edición, Pag. 243  
1967

8 Liniamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 157, México  
1967

to recogido y descrito en la Ley Penal. En concreto: El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo ( comportamiento ), como sucede en el homicidio, pues según el Código en su Artículo 302, transcribe que lo comete: "el que priva de la vida a otro" .

Definiciones en las que podemos apreciar como nota característica, la referencia de una determinada conducta a la que la Ley le ha dado el carácter de delito.

#### b ) ELEMENTOS DEL TIPO

Los distintos elementos del tipo que entran en la integración de los tipos, pueden ser: a ) De Naturaleza Objetiva; b ) De Naturaleza Normativa o bien; c ) De Naturaleza Subjetiva.

a ) Elementos objetivos. - Por tales debemos entender, dice F.P. Vasconcelos, aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal. 9

Aunque el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión trascendentes para el Derecho, expresado generalmente por un verbo, y excepcionalmente por un sustantivo ( atentar, destruir, poseer,

9 F. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho P nal, Pag. 347 y ss. Edición Porrúa, México 1967

vender, traficar, portar, disparar, privar, ejecutar, etc.), son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc., conectados a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal. Estas modalidades no interesan en principio a la Ley, según la expresión de Mezger y por ende no influyen en la tipicidad de la conducta o del hecho, pero en ocasiones la adecuación típica solo puede producirse cuando se satisfacen las exigencias concretas de la Ley. Esas modalidades son: a) Calidades referidas al sujeto activo; b) Calidades referidas al sujeto pasivo; c) Referencias temporales y espaciales; d) Referencias a los medios de comisión y e) Referencias al objeto material.

a) Calidades referidas al sujeto activo.- A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo.

En nuestro Código se pueden señalar numerosos ejemplos de estos tipos que contienen determinadas calidades en el sujeto activo. Así por ejemplo, el Art. 123 definitorio del delito de traición a la Patria exige en el sujeto la calidad de mexicano por nacimiento o naturalización; el Art. 212, que sanciona el ejercicio indebido o abandono de funciones públicas requiere, en el sujeto activo la cali

dad de funcionario o empleado público; el 220, referente al peculado, individualiza al sujeto activo al concretar su comisión únicamente por aquellas personas encargadas de un servicio público, estableciendo por ello una calidad especial excluyente de las demás que no satisfagan tal requisito legal, etc.

b ) Calidades referidas al sujeto pasivo.- En otras ocasiones la Ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento tipo cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en especial ámbito del tipo concreto. Son calidades exigidas por la ley en el sujeto pasivo, el ser ascendiente del autor en el parricidio (Artículo 323 ); descendiente en el infanticidio (Artículo 325); hijo o cónyuge en el abandono de deberes de asistencia (Artículo 336 ); menor de siete años en el delito de exposición de infantes, etc..

c ) Referencia temporales y espaciales.- La punibilidad de la conducta o hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. Así sucede; por ejemplo en los artículos 123 ( en tiempo de guerra u hostilidades ); artículo 325 ( muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento ), etc.

d) Referencias a los medios de comisión.- Aún cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la Ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. Ello sucede entre otros casos, en los delitos tipificados por los artículos 181 (coacción a la autoridad pública por medio de la violencia física o moral), 265 (cópula obtenida mediante la violencia física o moral), etc.

e) Referencias al objeto material.- Se hace referencia al objeto material, sobre el cual recae la conducta, es decir, al objeto material o corporal de la acción. Las referencias al objeto en los tipos penales son frecuentes: sellos, marcas, punzones, cuñas, troqueles, títulos al portador y documentos de crédito (Art. 239 y 241); moneda, billetes de banco (Artículos 234 y 236), etc..

b) Elementos Normativos.- Según Mezger son presupuestos del "injusto típico" que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. 10 Para Pavón Vasconcelos forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la Ley. En nuestro Código Penal para el Distrito y Territorios Federales podemos mencionar, como ejemplos de tipos de elementos normativos, mismos que analizaremos más

10 Mezger - Tratado de Derecho Penal, 1, Pag. 338, Madrid 1965 Traducción

adelante; artículo 178 ( al que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos ); artículo 179 ( el que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración cuando legalmente en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar ). También encuadran otros ejemplos como: Artículo 173, fracciones 1 y 11 ( abrir o interceptar indebidamente una comunicación escrita no dirigida a él ), etc. Los elementos normativos, al decir de Jiménez de Asua, se encuentran vinculados a la antijuricidad, pero no pueden por ello excluirse de la descripción típica y negarles su carácter de elementos como pretende Mezger. " En verdad no vemos razón alguna continúa el maestro español - para que el legislador los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las características de ser "antijurídico", "contrario al Derecho", "fuera de los casos permitidos por la Ley", etc., es patrimonio general de todos los delitos, ya que este no existe si no es contrario a la norma. 11

c ) Elementos subjetivos.- Los tipos contienen muy frecuen

11 Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 2a. Edición Pag. 250 y 251, 1967

temente elementos subjetivos, por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos dice Jiménez de Asua, exceden del mero marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste los requiere. 12 A estos elementos se les ha venido denominando elementos subjetivos del injusto.

Entre los autores surgen diversas posiciones y Pavón Vasconcelos formula una sentencia de la doctrina, en la siguiente forma:

a) Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuricidad. Tal es el criterio sostenido entre otros por Max Ernest Mayer.

b) Otra corriente ubicada tales elementos en el ámbito de la culpabilidad. Sostenido por Goldschmidt.

c) Otro criterio mixto encuentra referencias, en tales elementos, tanto a la antijuricidad como a la culpabilidad.

Nosotros estamos de acuerdo con Pavón Vasconcelos en considerar que, los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad.

Las referencias subjetivas no pueden ubicarse, en el ámbito de tal o de cual elemento del delito; ello hace el estudio de cada

12 Jiménez de Asua - Tratado de Derecho Penal, III, Pag. 780, Buenos Aires, 1951

tipo en particular.

### c ) TEORIA DE LA TIPICIDAD

La teoría del tipo hace su solemne ingreso en el campo de Derecho Penal por obra de Beling, el cual atribuye - como índice Bettiol - al principio por ella enunciado el puesto de primer orden en la jerarquía de los elementos esenciales a la noción del delito. 13

Es preciso subrayar, que con Beling, primero se materializa y después se espiritualiza el concepto de tipo pendiente.

Se materializa cuando en 1906 publica su fundamental obra *Die Lehre Von Verbrechen*; se espiritualiza veinticuatro años más tarde, cuando en 1930 dá a conocer *Die Lehre Von Tatbestand*. 14

En esta obra desarrolla, una ampliación de su doctrina, introduciendo nuevos términos, tales como *Deliktstypus* (tipo de delito), *Typizität* (tipicidad), *Tatbestandsmäßigkeit* (adecuación típica), etc. 15

El esfuerzo de Beling estuvo orientado a establecer una necesaria re

- 13 La Dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione, en *Rivista Italiana de Diritto Penale* Año IV, 1932, Pag. 526
- 14 Mariano Jiménez Huerta - *La Tipicidad*, Edición Porrúa, S.A. Pag. 24, 1955
- 15 F. Pavón Vasconcelos *Manual de Derecho Penal Mex.* 2a. Ed. Porrúa, Pag. 240 y ss, 1967

lación entre el tipo del injusto y el tipo de culpabilidad con el -  
 tatbestand legal o leitbild, construcción que, como un acierto ha-  
 ce notar Soler, 16 no es un mero intento doctrinario, porque trata  
 de encontrar su razón en el empleo del término Tatbestand en la pro-  
 pia Ley Alemana (paragrafo 59). Dentro de la estructura belignia-  
 na se debe distinguir: a) tipo de delito ( Delikts Typus ) o sea  
 la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera ( apodera-  
 miento de una cosa ajena, privar de la vida a otro, etc. ) es el  
 esquema legal o la llamada por los italianos "figura del delito",  
 b) el "Tatbestand" legal o "Leitbild" es en realidad el antiguo - -  
 Tatbestand, al que Beling dá este nuevo nombre para evitar confu-  
 siones; constituye la figura rectora, vacfa de contenido, cuya na-  
 turaleza es puramente descriptora y objetiva, haciendo por ello po-  
 sible reunir en sí los tipos de ilicitud y de culpabilidad; c) el  
 tipo de ilicitud ( Unrechtstypus ) que se identifica con el hecho  
 antiJurfdico referido a una determinada figura ( la muerte injusta de  
 un hombre por otro; el apoderamiento ilfcito de una cosa ajena, etc.)  
 d) El tipo de culpabilidad, el cual no es sino la culpabilidad típica,  
 el dolo concreto exigido por una determinada figura y que en unión  
 del unrechtstypus ( tipo de ilicitud ) va a llevar el leitbild o - -  
 tatbestand legal; e) adecuación típica ( tatbestand-massigkeit )  
 En realidad, el tipo o figura rectora no es, en esta concepción de

16 Sebastián Soler - Derecho Penal Argentino, II, P. 161, Buenos Aires, 1951

Beling, parte del tipo de delito ( Delikts Typus ). Si éste se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora. Pero no es así - escribe Jiménez de Asua.

Esa figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido; mejor dicho, lo espera, puesto que está vacía "Matar a un hombre" es la imagen rectora de homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales que corresponden a la acción; pero la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora "matar a un hombre", sino la acción de matar. Esto es la adecuación típica ( Tatbestandmassigkeit ) 17 f) La tipicidad o ( typizitat ), que expresa la necesidad de acuñar los delitos en tipos y no en definiciones genéricas y vagas. "La ley penal moderna, correctamente hecha, no dirá, pues: el ladrón sufrirá tal pena, sino que definirá la acción que constituye al sujeto en ladrón y solamente a través de esa acción podrá considerarse la culpabilidad del sujeto; dirá, pues: el que se apodere de una cosa mueble total o parcialmente ajeno y con figuras de acción como ésta se integrará a todo el Código Penal" 18

La concepción del Tatbestand, en la doctrina alemana anterior a Beling, quedó como el total delito, es decir, la suma de todos sus elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos. Pero con

17 La Ley y el Delito - Ed. Sudamericana Pag. 248, 1967

18 Sebastián Soler, Ob. Cit. Pag. 165

Beling, tal concepto se limita, porque con él surge la primera face en la evolución del concepto del tipo, llamada por Jiménez de Asua.

19 a) Face de la independencia, en esta primera face la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, completamente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. Precisar si la acción típica es injusta y su autor culpable, son cuestiones ajenas al tipo correspondientes en la valoración de la misma acción; ella cae en el ámbito de lo antijurídico y lo culpable. Por tanto tipicidad y antijuricidad son elementos independientes del delito, aún cuando su concurrencia sea necesaria para su integración. Después viene una segunda face llamada; b) De carácter indiciario, esta segunda face de la teoría de la tipicidad se halla expuesta en la obra de Max Ernesto Mayer "Tratado de Derecho Penal", que aparece en 1915. En este libro, resurge la doctrina del tipo. Pero para él la tipicidad no es ya una mera descripción; sino que le atribuye en valor indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuricidad, pero afirma que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuricidad. La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como, por ejemplo: La inclusión en el tipo del hurto de la cualidad ajena de la cosa y por último c) tenemos la tercera face llamada "ratio essendi" de la antijuricidad; en esta que es extremadamente opuesta a la concepción Beling, se halla repre-

sentada por Edmundo Mezger, que, al referirse al tipo, como fundamento de la antijuricidad, expresa: "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no existe una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de la validez (ratio essendi) de la antijuricidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad". 20

La teoría de Mezger transparente ya clara en su definición del delito: "acción típicamente antijurídica y culpable". Según Mezger, toda conducta típica es siempre antijurídica, a menos que opere una causa de exclusión del injusto; por ello, para él, el tipo es ratio essendi de la antijuricidad. Pero si consideramos que, desde un punto de vista formativo del Derecho, la antijuricidad, al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicas las conductas en ellos descritas.

#### d ) LA ATIPICIDAD

Para la existencia del delito urge la exacta y cabal coincidencia entre el comportamiento fáctico y el descrito legalmente; la falta de al

20 Tratado de Derecho Penal, I, p.p. 375 y 376, Madrid 1965 - Traducción

gún requisito típico evitará la integración del delito; es así que los medios comisivos son constituidos del tipo, luego su ausencia hará atípica la conducta. La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia del tipo. Porque, ésta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad, - menciona Pavón Vasconcelos - cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. 21

Por su parte Jiménez de Asua escribe que, existe ausencia de tipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley ( atipicidad ) o bien cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en la realidad se ha presentado con característica antijurídica ( ausencia de tipicidad, en sentido estricto ) 22

Para Fernando Castellanos Tena; cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta del tipo. Si la conducta no es típica,

21 Pavón Vasconcelos - Manual de Derecho Penal - 2a. Edición Ed. Porrúa Pag. 261, 1967

22 J. de Asua Tratado, III p. 812, Buenos Aires, 1951

jamás podrá ser delictuosa. 23

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo. Jiménez de Asua indica que la atipicidad específicamente considerada puede provenir de la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, del objeto, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto, así como de la ausencia en la conducta de los elementos subjetivos de lo injusto y hasta de los elementos normativos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica. 24

Así, para el maestro, Castellanos Tena, reduce las causas de atipicidad en las siguientes: a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y f) por no darse, en su caso, la antijuricidad especial. 25

23 Lineamientos elementales de Derecho Penal - 4a. Edición, Edición Porrúa Pag. 164, 1967

24 Jiménez de Asua - Tratado III, 2a. Ed. , Edición Lozada, Pag. 934 y 935, 1958

25 Castellanos Tena - Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 164 y ss, 1967 - 4a. Edición

En ocasiones - continúa el maestro - el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; tal ocurre, por ejemplo: En el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público ( artículo 220 del Código Penal de 1931 ). Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene ( en este caso tampoco hay objeto jurídico ). El artículo 302 dice: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro" A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica; por ejemplo: cuando la ley exige la realización del hecho " en despoblado ", " con violencia ", etc. ( v. gr.: el artículo 286 que se refiere al tipo del delito de asalto ).

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito; v. gr.: como en el caso de la violación ( artículo 265 ) que dice: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, . . . . .".

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto;

éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc. Su ausencia hará operar una atipicidad, como ocurre en el artículo 323; (Parricidio); el artículo 277 ("a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en: I. Atribuir a un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre; II. El artículo 199 bis ("El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venereo en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro . . . .") Por excepción, algunos tipos captan una especial antijuricidad, como sucede, por ejemplo: En el artículo 285 del Código Penal (allanamiento de morada) al señalar en la descripción, que el comportamiento se efectúe "sin motivo justificado", "fuera de los casos en que la ley lo permita". Entonces al obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación, tornanse en atipicidades en estos casos.

### c ) AUSENCIA DE TIPO

Con mucha claridad el maestro Fernando Castellanos Tena hace una distinción entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad; en la primera (ausencia de tipo), se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta, según el sentir

general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. Así, por ejemplo en el Código Penal Veracruzano vigente se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he ahí una ausencia de tipo. En cambio, en la segunda (ausencia de tipicidad), surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como por ejemplo en el caso de la cópula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta obteniendo su consentimiento mediante seducción o engaño (artículo 262 Código Penal, 1931). El hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que la mujer, sea menor de dieciocho años. 26

Según Jiménez de Asua, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que técnicamente se traduce: "no hay delito sin tipicidad", puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser "detenido" el agente. 27

26 Lineamientos Elementales de Derecho Penal 4a. Edición, Edición Porrúa Pag. 164, 1967

27 La ley y El Delito - 5a. Edición Pag. 263, 1967

Cuando un hecho de la vida diaria presenta ciertos aspectos que parecen hacerle subsumible en un tipo legal y explicado éste resulta que faltan las referencias del sujeto activo, como cuando, por ejemplo: El protagonista de un pretendido delito que exige función pública no es funcionario; del sujeto pasivo, como cuando la mujer seducida no es honesta, del objeto, como cuando la cosa hurtada no es ajena, sino propia, del lugar, del medio o de la ocasión (vid. supra, núm. 167), entonces nos hallamos ante casos específicos de atipicidad, y por ende, no se puede proceder contra el autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan.

#### f ) LA TIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

La exacta adecuación del actuar humano a la descripción legal, realiza la tipicidad, solo es dable la configuración del delito, si opera esa coincidencia; en virtud de lo establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución. Por lo cual solo habrá tipicidad en el delito a estudio cuando se reúnan todos los elementos requeridos por el tipo.

Para el Maestro Celestino Porte Petit, la tipicidad "es la adecuación de la conducta al tipo". 28 Según Francisco Pavón Vasconcelos señala al respecto: "Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un com-

portamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; el encuadramiento a la subsunción del hecho en la figura legal". 29 Para Fernando Castellanos Tena, la Tipicidad, es un elemento esencial del delito, pues su ausencia impide la configuración del mismo y la define como "la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa" - No debe, sin embargo, confundirse el tipo con la tipicidad; - advierte - El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Cuando se refiere a la función de la tipicidad, señala: "Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho Liberal, por no haber delito sin tipo legal" (mullum crime sine lege, equivalente a nullum crimen sine tipo). 30

De todo lo anterior podemos concluir, que en los ilícitos a estudio se presentará la tipicidad, siempre y cuando se encuentren reunidos los requisitos señalados en el tipo; a saber:

Artículo 141: 1. Rehusar a prestar un servicio de interés público a que la ley obligue, sin causa legítima.

29 Manual de Derecho Penal, 2a. Ed. Porrúa, Pag. 261, 1967

30 Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 159 y 160 México, 1967

- Artículo 142:
1. Desobedecer un mandato de la autoridad, sin causa legítima.
  2. Negarse a comparecer ante la autoridad a rendir declaraciones, cuando legalmente se le exija.

Sin la reunión total de estos elementos no será dable la figura de la tipicidad.

### NOTAS

#### (CAPITULO III)

1. Die lehre von Varbrechen y Tratado de Derecho Penal
2. Tratado de Derecho Penal, T. I. Pag. 365, Madrid, 1955, Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz
3. Mezger, Loc. cit.
4. Tratado T. I. Pag. 366
5. Tratado de Derecho Penal, T. VI, Pag. 654
6. Derecho Penal Mexicano, Pagina 258, Edición Porrúa, S.A. Mexico 1960
7. Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición, Pagina 243, 1967
8. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 157, México 1967
9. F. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, Pag. 347 y ss. Mexico 1967
10. Mezger, Tratado de Derecho Penal, T. I, Pag. 338, Madrid 1965 traducción
11. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Edición Porrúa 2a. Edición Pagina 250 y 251, 1967
12. Jiménez de Asua, Tratado de Derecho Penal T. III, Pagina 780, Buenos Aires 1951
13. La dottrina del Tatbestand, nella sua ultima formulazione, en Rivista Italiana de Diritto Penale Año IV, 1932, Pag. 526
14. Mariano Jiménez Huerta - La Tipicidad, Edición Porrúa, S.A. Pagina 24, 1955

15. F. Pavón Vasconcelos Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición Porrúa, Pagina 240 y ss. 1967
16. Sebastián Soler - Derecho Penal Argentino, II, P. 161, Buenos Aires, 1951
17. La Ley y El Delito, Edición Sudamericana Pagina 248, 1967
18. Sebastián Soler, Ob. Cit. Pagina 165
19. Tratado, III, pagina 660 y ss.
20. Tratado de Derecho Penal, I. pag. 375 y 376, Madrid 1965 Traducción
21. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, 2a. Edición Edición Porrúa, Pagina 261, 1967
22. J. de Asua Tratado, III pag. 812, Buenos Aires, 1951
23. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4a. Edición, Edición Porrúa, Pagina 164, 1967
24. Jiménez de Asua, Tratado III, 2a. Edición, Edición Lozada, Pagina 934 y 935, 1958
25. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 164 y ss. 1967, 4a. Edición
26. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4a. Edición, Edición Porrúa, Pagina 164, 1967
27. La Ley y El Delito, 5a. Edición, Pagina 263, 1967
28. Importancia de la dogmática Jurídico Penal, Pagina 37
29. Manual de Derecho Penal, 2a. Edición Porrúa, Pagina 261, 1967
30. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 159 y 160, México, 1967

**CAPITULO IV**  
**LA ANTIJURICIDAD**

**SUMARIO**

- a ) La antijuricidad en general
- b ) Las causas de justificación
- c ) La antijuricidad en el delito a estudio
- d ) Las causas de justificación en el delito a estudio

## a) LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL

En el lenguaje jurídico penal, han venido siendo empleados indistintamente, los términos antijurídico, injusto e ilícito, dándole idéntica significación.

Comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. - Como la antijuricidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva. Sin embargo el maestro Ignacio Villalobos, se abstiene de equiparar los términos de "antijuricidad" e "ilicitud", porque - subraya - no se trata de sinónimos perfectos y el sentido que el segundo tiene ya de relación con la norma prohibitiva o de determinación, avoca a la confusión y a todos los errores en que han caído los partidarios de un carácter subjetivo de la antijuricidad. 1

Por su parte la corriente subjetiva - dice Aldo Moro "no hay en verdad ilicitud si el Derecho no es contrastado en su ausencia propia de mandato, de voluntad imperativa que comunica con otra voluntad y la vincula motivándola; la condición preliminar indispensable se manifiesta luego en un comportamiento voluntario que tiene significado de valor" 2

1 Ignacio Villalobos - Derecho Penal Mexicano, Pag. 251 y 252 Edición Porrúa, México, 1960

2 Aldo Moro, la Antijuricidad Penal.

Weizel también subraya la distinción entre antijuricidad, injusto e ilícito, <sup>3</sup> advirtiendo que la primera es "desacuerdo de la acción con las exigencias del Derecho": un juicio de valoración objetiva; en tanto que lo injusto es un sustantivo que comprende la acción, objeto del juicio, y su predicado de valor". También el mismo Weizel hace un estudio sobre el concepto de lo injusto, apuntando la impresión que causó el advertir que hay, en algunos casos, elementos subjetivos del injusto, lo que agregado a la situación especial de la tentativa en que el propósito del agente se ha tenido como elemento indiscutible de antijuricidad, hizo concluir, mediante una generalización discutible, no que en algunos delitos el carácter de injustificación incluya elementos subjetivos, sino que "en todos los delitos dolosos, el dolo es un elemento especial de lo injusto".

Carranca y Trujillo <sup>4</sup> por su parte, entiende por antijuricidad; la oposición de las normas de cultura, reconocidas por el Estado, aclarando que, oposición a las normas, no se refiere a la Ley, sino, a las normas de cultura, o sea, aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses (Max Ernesto Mayer). Cuando estas normas de cultura que continua son reconocidas por el Estado la oposición a

3 Derecho Penal, Trad. Esp. editada por Roque Depalma en 1956, Pag. 68 y 69

4 Derecho Penal Mexicano, 8a. Edic. Pag. 213 y 214, México 1967

ellas constituye lo antijurídico; cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuricidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma.

La norma crea lo antijurídico; la ley el delito. Cuello Calón escribe al respecto que, la antijuricidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. 5

La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente el que contraviene a las normas penales. 6

## b ) CAUSAS DE JUSTIFICACION

Es frecuente entre los autores emplear otros términos a este respecto, en Italia utilizan, "causas que excluyen la responsabilidad" (Manzini) "causas impeditivas de que surja el delito" (Rocco), "requisitos negativos del delito" (Grispigni), "circunstancias negativas del delito" (Vannini), "elementos esenciales negativos" (Gallo), etc. En la Argentina, se ha opuesto Euselio Gómez a la denominación de causas justificantes, "porque si su presencia

5 Antolisei Elementi, Pag. 54

6 Cuello Calón - Derecho Penal - T. I, 9a. Edición México Pag. 309, 1961

tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito". En México, han tratado de eludir la correcta denominación de causas justificantes, el profesor Raúl Carranca, les llama "causas que excluyen la incriminación, Mariano Jiménez Huerta, "circunstancias impeditivas del nacimiento de la antijuricidad", etc. Luis Jiménez de Asua define a las causas de justificación de la siguiente manera: Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, agrega, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen. 7 El maestro Fernando Castellanos Tena, al respecto dice: Son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber, "la antijuricidad". En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia resulta conforme a derecho" 8 Para Jiménez Huerta la esencia de lo antijurídico radica en el binomio: lesión de un bien jurídica

7 Tratado de Derecho Penal, T. III, Pag. 1026 y S.S. 2a. Edición Argentina B.A. 1958

8 Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 171, México, 1967

mente protegido y ofensa a las aspiraciones valorativas de la comunidad, y no puede juzgarse antijurídica la acción que no reúne ambos caracteres. 9 Son circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuricidad, el consentimiento del titular del derecho protegido y el hecho de que la acción lesiva de un bien jurídico se considera al ser juzgado y valorado en las circunstancias en que se realizó, como no ofensiva para los ideales de la comunidad, pues, si bien lesiona bienes jurídicos ajenos, salvaguarda bienes e intereses preferentes, desde el punto de vista social. En el primer caso falta totalmente el binomio lesión ofensa, en el otro no hay ofensa, por existir un interés social preponderante. Analizando separadamente las hipótesis, podemos decir: a) inexistencia de lesión. Esta tesis se manifiesta en forma única, como consentimiento del titular del bien jurídico lesionado (consentimiento del ofendido), depende de si el lesionado que consiente, posee o no la facultad de disposición del bien jurídico. b) Inexistencia de ofensa - bajo este rubro podemos agrupar diversas situaciones impeditivas de la antijuricidad, cuyo denominador común se encuentra en que, ante la imposibilidad de proteger dos bienes jurídicos en conflicto, el Estado emite un juicio de valor, proclamando la superioridad del interés que en cada situación alcanza mayor jerarquía y aceptando la lesión del bien de menor rango.

En nuestro Código Penal, el capítulo cuarto y con el rubro de "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad" en el artículo 15 cataloga desde la forma negativa de la conducta, en la fracción primera, hasta el caso fortuito en la fracción décima, incluyendo las causas de justificación. En efecto, la fracción tercera incluye la legítima defensa en la cuarta del estado de necesidad, en la quinta el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, en la séptima la obediencia jerárquica y en la octava el impedimento legítimo.

Podemos dejar asentado que, las justificantes recogidas en nuestro ordenamiento penal son:

- a ) Legítima defensa
- b ) Estado de necesidad
- c ) Cumplimiento de un deber
- d ) Ejercicio de un derecho
- e ) Impedimento legítimo

Max Ernesto Mayer, expone una tesis y dice: "debido al valor indiciario de antijuricidad que tiene el tipo y como éste debe tener existencia legal, es decir, debe haber sido creado, también las causas de exclusión de la antijuricidad, las que vienen a ser las excepciones frente a la regla del tipo, deben existir en el artículo de la ley, no podría deducirse la excepción de una elaboración técnica para destruir una realidad legislada; la excepción debe tam-

bién ser legislada. Ese carácter objetivo de la antijuricidad y de la causa de justificación nos lleva a afirmar que el elemento subjetivo de la antijuricidad el estado anímico del sujeto que determina el juicio desaprobatorio respecto a la conducta, debe existir también en el tipo, debe tener objetividad en la ley, pues de lo contrario se desconocerán los valores del Estado, perderá la antijuricidad su face objetiva que se encuentra en el tipo, como perdería la causa de justificación su base primaria si dejara de existir dentro del catálogo de la ley, por eso es que puede afirmarse, que no hay justificantes legales, de la antijuricidad que no existen en la ley. Perdería la técnica penal toda su consistencia si hubiera de buscarse la solución a los problemas con una base diversa a la típica. Una conducta que aparece como medio; justo para un fin justo, nunca puede contradecir a una norma jurídica si por una parte la norma está, de hecho, justificada. 10

### c ) LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Para establecer la esencia propia de lo antijurídico, se discute si basta la formal contradicción con la norma. Así se perfilan las concepciones formal y material de la antijuricidad, superados por la teoría unitaria, que ven en la antijuricidad un doble aspecto: el supuesto al que la norma enlaza una sanción ( aspecto formal ) que

lesiona, además, el bien jurídico protegido ( aspecto material ).

Franz Von Liszt, afirma la existencia de una antijuricidad formal y otra material: Es una antijuricidad formal, cuando hay una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; es una antijuricidad material, cuando la acción antijurídica, resulta contraria a la sociedad, Sebastián Soler comentando la doctrina de Von Liszt, dice, que lo antijurídico formal lo confunde con la tipicidad, lo cual no tiene razón de ser. Dice que la antijuricidad es siempre un juicio de valoración sobre el hecho en su comparación con el Derecho, lo cual se comprueba la oposición del mismo, en su consecuencia, o en su proyección, a los que el Derecho quería evitar. 11

La afirmación de que una conducta es antijurídica es un juicio valorativo que la califica como contradictoria a los fines del derecho.

Francisco Pavón Vasconcelos dice: "lo antijurídico lo concebimos como un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado".

El Maestro Fernando Castellanos Tena al respecto escribe: La antijuricidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un

11 Manual de Derecho Penal Mexicano, Pag. 275, 2a. Edición México, 1967

juicio substancial. 12

Ignacio Villalobos dice que la antijuricidad es oposición al Derecho y como el Derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido o material, también de la antijuricidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuando afecta los intereses protegidos por dicha ley; y que esos dos aspectos van unidos, constituyendo uno la forma y el otro el contenido de una misma cosa. 13

Aflora una segunda polémica respecto al establecimiento de la antijuricidad exclusivamente sobre la conducta "tesis objetiva", tomando en cuenta la intención del autor, "tesis subjetiva". Para el primer criterio, solo la conducta, al contrastar con los fines del ordenamiento jurídico, determina la existencia de la antijuricidad; para los subjetivistas en una función del autor como se valora la conducta, y un hecho no puede ser antijurídico si no es considerado a la ley de la culpabilidad.

La corriente subjetiva de la antijuricidad, que tiene en Hold Von Fernek a uno de sus primeros y más firmes sostenedores, pretende encontrar la esencia de lo antijurídico en una especie de contradic

12 Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 170, México, 1967

13 Derecho Penal Mexicano Pag. 249, México 1960

ción subjetiva entre el hecho humano y la norma. 14 En forma aminorada, el criterio subjetivo resurge en la tesis llamada de "los elementos subjetivos del injusto", que encuentra la antijuricidad en la objetiva aparición del supuesto de la norma, pero afirma también que en algunos casos, necesaria y exclusivamente señalados en la ley, es preciso comprobar la existencia de ciertos elementos subjetivos antes de declarar antijurídica una conducta.

Francisco Carrara al respecto dice: "Dos actos físicos semejantes pueden ir dirigidos por cada uno de los agentes, a violar dos derechos distintos, y por la influencia del elemento intencional sobre la esencia del delito, puede resultar (a pesar de la identidad de los actos físicos) diversidad de delitos, a causa de la diversidad de la intención del agente". Jiménez de Asua escribe: que lo antijurídico es objetivo de ligar el acto en el Estado, no siendo lo antijurídico lo captado por el dolo, sino el deber de no violar las normas. 15

Por su parte Ignacio Villalobos opina que: "La valoración de los actos es netamente objetiva nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto, sea un infante, un hombre maduro y nor-

14 Cit. por Pavón Vasconcelos, Derecho Penal Mexicano, Pag. 270, México 1967

15 La Ley y el Delito, Pag. 280, 5a. Ed. Buenos Aires 1967

mal o un enajenado, el acto es antijurídico. 16

En el delito a estudio surge la antijuricidad cuando la conducta o el hecho viola la norma objetiva, o sea desobedecer un mandato de la autoridad, o a negarse a comparecer ante la misma a rendir sus declaraciones. Se requieren dos condiciones: una positiva, la le sión de la norma jurídico penal y la otra negativa, la conducta o hecho no debe estar protegida o amparada por alguna causa de justificación. En el delito a estudio, la conducta o hecho para ser antijurídico, debe de desobedecer, sin causa legítima un mandato de la autoridad, o se negarse a comparecer ante la misma a rendir declaraciones, siempre y cuando se le exija legalmente, después que se hayan agotado los medios de apremio que señala la ley.

La afirmación de Mezger respecto a la tipicidad "rattio essendi", de la antijuricidad, es válida en el sentido; es decir, la tipicidad es la forma de la antijuricidad penal, es en el tipo donde el Estado consagra en forma implícita sus prohibiciones, es en la descripción legal donde la prohibición toma forma; toda la conducta típica es siempre antijurídica, si no existe una causa de justificación, será ilícito el comportamiento típico si no se halla protegido por una causa de justificación.

d ) LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO A ESTUDIO

Como quedó asentado en líneas anteriores, que las justificantes recogidas en nuestro ordenamiento penal son:

- Legítima defensa
- Estado de Necesidad
- Cumplimiento de un deber \*
- Ejercicio de un derecho
- Impedimento legítimo

Penetraremos brevemente a cada una de ellas, para demostrar si encuadran en el ilícito a estudio.

La legítima defensa, tal y como se señala en la fracción III del Artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, es la que se lleva a cabo para repetir una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulta un peligro inminente para la persona honor o bienes de otra. La hipótesis que la constituye consideramos que no encuadra, o sea imposible su presentación en el delito a estudio.

Estado de necesidad.- El mencionado artículo, en el párrafo anterior en su fracción IV expresa: "...La necesidad de salvar su pro

\* La justificante por obediencia jerárquica se equipara al cumplimiento de un deber.

pia persona o sus aienes o la persona o bienes de otro, de un peligro inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menor perjudicial". De acuerdo con el pensamiento de Jiménez Huerta, tiene un género común con la legítima defensa, el conflicto de interés, diferenciándose específicamente en la legítima defensa, el peligro emana de una agresión injusta, en contra de la cual la víctima o de un tercero reaccionan, y en el estado de necesidad, el peligro proviene de un hecho de la naturaleza o de una acción accidental o fortuita, dirigiéndose la acción en contra de interés ajeno al peligro. Hipótesis que consideramos al igual que la defensa legítima imposible de presentarse en el ilícito a estudio.

Nuestro Código establece en la Fracción V del artículo 15, como excluyente de responsabilidad: "Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la Ley". Castellanos Tena, escribe al respecto: "Dentro de estas hipótesis (Derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos medio-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir". 17

También consideramos que sea imposible la presentación de ninguna de estas dos hipótesis en el delito a estudio.

17 Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pag. 197, México 1967

También consideramos que sea imposible la presentación de ninguna de estas dos hipótesis en el delito a estudio.

**Impedimento legítimo.**- La Fracción VIII del repetido artículo 15 de nuestro ordenamiento jurídico vigente, establece como eximente: **Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo**" Ignacio Villalobos escribe al respecto: El Impedimento para ejecutar un acto puede ser de hecho o de derecho; el impedimento de hecho puede aún descomponerse en dos supuestos: el de una fuerza irresistible o insuperable físicamente y el de una causa que sólo racionalmente y por procedencia se debe admitir como excluyente de responsabilidad en la determinación que toma el agente, y así, surgen tres posibilidades: a) la primera es aquella en que la omisión ocurre por haber una obligación o un derecho de carácter jurídico, que ha facultado al sujeto para obrar en la forma típica y aparentemente delictuosa (impedimento de derecho), por ejemplo: Si un testigo se niega a declarar por el derecho que le da la ley para ello, en virtud de ser pariente del acusado. b) La segunda sería la fuerza física irresistible por la cual no pudiera ejecutarse lo debido. por ejemplo: De quien no acudiera al llamado de una autoridad por estar secuestrado o por estar interrumpidas las comunicaciones (de hecho insuperable), con el lugar de la cita. c) La tercera, en la cual el acusado que demostre ha-

ber omitido el acto por un impedimento de hecho, pero sin ser una causa que anulara sus propias determinaciones y por tanto su actuación personal, sino solo capaz de motivar o forzar moralmente tales determinaciones, se verá beneficiado por una excluyente de culpabilidad. Esto sucedería si un enfermo de tifoidea se abstuviera de concurrir a ejercicios o prácticas obligatorias, ante la posibilidad de provocarse una perforación intestinal, coacción semejante a la de todos los casos que nuestra ley anota separadamente, en el inciso III de su artículo 15, al suponer que se obra (acción u omisión) por temor fundado de un mal inminente y grave. 18

La hipótesis que la constituye consideramos sea posible que se presente en el ilícito a estudio, cuando se sucite cualquier clase de impedimento estudiado.

18 Derecho Penal Mexicano, 4a. Edición Pagina 355 y 356, México 1960

#### NOTAS

#### ( CAPITULO IV )

1. Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Pagina 251 y 252 Porrua, 1960
2. Aldo Moro, La Antijuricidad Penal.
3. Derecho Penal, Traducción Español editada por Roque Depalma en 1956, Pagina 68 y 69
4. Derecho Penal Mexicano, 8a. Edición, Pagina 213 y 214, Mexico, 1967
5. Antolisei, Elementi, Pagina 54

ber omitido el acto por un impedimento de hecho, pero sin ser una causa que anulara sus propias determinaciones y por tanto su actuación personal, sino solo capaz de motivar o forzar moralmente tales determinaciones, se verá beneficiado por una excluyente de culpabilidad. Esto sucedería si un enfermo de tifoidea se abstuviera de concurrir a ejercicios o prácticas obligatorias, ante la posibilidad de provocarse una perforación intestinal, coacción semejante a la de todos los casos que nuestra ley anota separadamente, en el inciso III de su artículo 15, al suponer que se obra ( acción u omisión ) por temor fundado de un mal inminente y grave. 18 La hipótesis que la constituye consideramos sea posible que se presente en el ilícito a estudio, cuando se sucite cualquier clase de impedimento estudiado.

- 18 Derecho Penal Mexicano, 4a. Edición Pag. 355 y 356, México 1960

## N O T A S

### ( CAPITULO IV )

1. Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Pag. 251 y 252 Porrúa, 1960
2. Aldo Moro, La Antijuricidad Penal.
3. Derecho Penal, Traducción Español editada por Roque Depalma en 1956, Pagina 68 y 69
4. Derecho Penal Mexicano, 8a. Edición, Pagina 213 y 214, México, 1967
5. Antolisei, Elementi, Pagina 54
6. Cuello Calon, Derecho Penal, T. I. 9a. Edición Mexico, 1961 Pagina 309
7. Tratado de Derecho Penal, T.

6. Cuello Calon, Derecho Penal, Tomo I. 9a. Edición Mexico, 1961, Pagina 309
7. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Pagina 1026 y s.s. 2a. Edición Argentina B.A. 1958
8. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 171, México 1967
9. La Antijuricidad Imprenta Universitaria, México, 1952
10. Jiménez de Asua, Teoría del Delito, Pagina 22
11. Manual de Derecho Penal Pagina 170, México 1967
12. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 170, México, 1967
13. Derecho Penal Mexicano, Pagina 249, México 1960
14. Cit. por Pavón Vasconcelos, Derecho Penal Mexicano, Pagina 270, México 1967.
15. La Ley y El Delito, Pagina 280, 5a. Edición B.A. 1962
16. Derecho Penal Mexicano, Pagina 251, Edición Porrúa, México 1960
17. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 197, México 1967
18. Derecho Penal Mexicano, 4a. Edición Pagina 355 y 356, México, 1960

**CAPITULO V**  
**LA CULPABILIDAD**

**SUMARIO**

- a ) La imputabilidad
- b ) La culpabilidad en general
- c ) Formas de la culpabilidad
- d ) La culpabilidad en el delito a estudio
- e ) La inculpabilidad en el delito a estudio

## a ) LA IMPUTABILIDAD

Una conducta típicamente antijurídica no es todavía un delito; y no lo será a menos que el sujeto activo esté unido a ella psicológicamente, en cuanto la conoce como acto ilícito y la quiere como tal, en cuanto es culpable.

Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; nosotros estamos de acuerdo con el maestro Castellanos Tena en considerar a la imputabilidad como un presupuesto necesario, como el soporte o cimiento de la culpabilidad; ya que algunos tratadistas lo consideran como un elemento del delito. Así tenemos el caso de Luis de Asua, quien incluye la imputabilidad entre los elementos del delito; y así en su libro *la Ley y el Delito* dice: En suma: Como elemento indispensable para la culpabilidad admitamos la imputabilidad como facultad de conocer el deber. 1 Max Ernesto Mayer ha definido la imputabilidad como la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento. 2 Pavón Vasconcelos dice: "inferimos

1 *La Ley y el Delito*, Pag. 333, 5a. Ed. Buenos Aires, 1967

2 Cit. por Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. II, Pag. 44 B. A. 1963

que la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además de su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. 3 Por su parte, Fernando Castellanos Tena transcribe: "La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales, en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. Así el mismo autor considera a la culpabilidad como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". 4 La culpabilidad ocupa un lugar preferente en la estructura del delito en general, siendo parte fundamental del mismo nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, declara Porte Petit. 5 Para Cuello Calón 6 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 ma-

3. Manual de Derecho Penal Mexicano, Pag. 340, 2a. Edición México, 1967
4. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 204 y 218 México, 1967
5. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Pag. 49, México 1954
6. Derecho Penal 9a. Edición, Tomo 1, México 1961

durez ). Es responsable - agrega - el individuo imputable que a causa de la ejecución de un hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas.

Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva, ya hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales: la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. 7

Las causas de inimputabilidad; ante todo debemos advertir que, como en otros casos, tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supraleales. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal, son, a nuestro juicio, las siguientes:

- a ) Estados de inconciencia ( permanentes y transitorios )
- b ) El miedo grave
- c ) La sordomudez

a) Los trastornos mentales permanentes; Nuestro Código Penal, en su artículo 68, dispone: "Los locos, idiotas, imbéciles, o los que sufren cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hecho o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo; en igual forma procederá el Juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales"

Indudablemente los casos planteados por el precepto son de ausencia de imputabilidad; sin embargo el Código Penal solo se refiere a los trastornos mentales transitorios para excluir la responsabilidad de quienes en tales condiciones ejecutan hechos típicos del Derecho Penal. Por su parte Ignacio Villalobos escribe: "Basta leer la declaración categórica del Artículo 8, sobre que los delitos son intencionales o de imprudencia, y recordar las nociones unánimemente admitidas respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alienado, aun cuando sean típicamente anti-jurídicos, no constituyen delito por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; todo demente se halla, por lo mismo, exento de responsabilidad penal y solo cabe aplicarle medida de seguridad y no penas. 8

Los trastornos mentales transitorios señalados en el artículo 15, Fracción II del Código Penal, expone: Es causa de imputabilidad; "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado tóxico agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

Para que opere la eximente por estado de inconsciencia transitorio precisa, por supuesto, la reunión de todos y cada uno de los elementos consignados por el legislador. De la fracción transcrita pueden desprenderse tres situaciones:

- 1a. Inconsciencia por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes.
- 2a. Inconsciencia motivada por tox infecciones; y
- 3a. Inconsciencia por trastornos mentales de carácter patológico.

a) Sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes. Cuando por el empleo de una sustancia tóxica (V. gr.: quinina, atropina, yodoformo, ácido salicílico, tropocafina, etc.) se produce una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológica, las acciones que en tal estado se ejecutan, no son propiamente del sujeto, sino puede decirse que le son ajenas. La inimputabilidad es obvia.

Ahora bien, si la intoxicación ha sido procurada por el sujeto mismo, voluntaria y deliberadamente, para que se produzca un determinado resultado, se estará en el caso de una acción libre en su causa, aun que determinada en sus efectos; y si no fue deliberada, sino imprudente o culposa, se estará en la posibilidad de la imputación culpable. 9

Respecto a la embriaguez, sólo habrá inimputabilidad, cuando sea plena y accidental, involuntaria; en todos los demás casos subsistirá la responsabilidad. Con razón dice Carranca y Trujillo que la embriaguez voluntaria no puede constituir la eximente; antes bien, la ebriedad debe ser tomada por el juzgador como índice de mayor temibilidad. Lo mismo puede afirmarse tratándose de adictos a enervantes o tóxicos. No existe una diferencia precisa entre los tóxicos y los enervantes. Algunos consideran a los tóxicos como el género y a los enervantes la especie.

b) Toxoinfecciones. Por el padecimiento de algunas enfermedades de tipo infeccioso o microbiano, a veces sobrevienen trastornos mentales, como el tifo, la tifoidea, la rabia o la poliomeilitis. En estos casos el sujeto enfermo puede llegar a la inconsciencia. El juzgador debe auxiliarse de especialistas para resolver lo conducente y al efecto; necesita tomar en cuenta los dictámenes de médicos y psiquiatras.

9 Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, Pag. 48, 4a. Edición 1956

c) Trastorno mental patológico. Por trastorno mental - dice Carranca y Trujillo - debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas. El trastorno debe ser de carácter patológico y transitorio, ya que nuestra ley pretende solucionar de manera diversa, como se ha visto antes, los actos de enajenados mentales y permanentes.

b) El miedo grave; La fracción IV del artículo 15 del Código Penal establece como excluyente de responsabilidad: " El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor. . . ."

Octavio Vejar Vázquez expresa: "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de fuera para dentro". Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valía para el juzgador.

c) Trastorno mental patológico. Por trastorno mental - dice Carranca y Trujillo - debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas. El trastorno debe ser de carácter patológico y transitorio, ya que nuestra ley pretende solucionar de manera diversa, como se ha visto antes, los actos de enajenados mentales y permanentes.

b) El miedo grave; La fracción IV del artículo 15 del Código Penal establece como excluyente de responsabilidad: " El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor. . . ."

Octavio Vejar Vázquez expresa: "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de fuera para dentro". Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valía para el juzgador.

c ) La Sordomudez; El artículo 67 del Ordenamiento de 1931 dispone: "A los sordomudos que contraventan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción". A pesar de la redacción del precepto, en el que parece que los sordomudos son "socialmente responsables", consideramos que de los términos del mismo dispositivo dedúcese la inimputabilidad de quienes carecen del oído y de la palabra, porque no se les aplican penas, sino medidas educacionales. Por otra parte, el artículo no escapa a la crítica; no distingue entre sordomudos de nacimiento y los que enfermaron después, cuando ya estaban formados o se hallaban en formación.

#### b ) LA CULPABILIDAD EN GENERAL

Expusimos en el inciso anterior, que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y que constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no solo cuando sea típica antijurídica, sino además culpable. Luis Jiménez de Asua dice: "Al llegar a la culpabilidad, es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto de concreto que el sujeto perpetró". Para el mis

mo maestro. "En el más amplio sentido - continua el maestro - puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". 11

Según Cuello Calón; cuando a causa de la relación psíquica existente entre ella y su autor, puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. 12 Entre nosotros, Porte Petit define la culpabilidad como el nexu intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. 13 Posición solo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexu intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. Para Ignacio Villalobos. 14 "La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurí

11 La Ley y el Delito, Pag. 352, 5a. Edición Buenos Aires 1967.

12 Derecho Penal, Pag. 357, 9a. Edición Mexico 1961.

13 Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Página 49, 1954

14 Derecho Penal Mexicano, Pag. 272, 2a. Edición Porrúa 1960.

dico y por los mandatos y prohibiciones que tienen a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa", tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, surgen dos principales doctrinas a saber:

a) La psicologista y;

b) La normativista

- a) La Teoría psicológica. Para esta teoría la culpabilidad consiste como lo declara Antolisei, en el nexo psíquico entre el Agente y el acto exterior. 15

El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. "Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contine dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asua emocional; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta". Por su parte Luis Fernández Doblado se expresa así: "Para la doctrina que comentamos, la culpabilidad es considerada co-

mo la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso". 16

- b) Teoría normativa. Al igual que la psicológica, la teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico. Para ésta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigirse el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la

ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa, cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir el deber ser jurídico. 17

Para esta nueva concepción la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver solo en la psiquis del autor; es algo más, es la valorización en un juicio de reproche de ese contenido psicológico.... La culpabilidad, pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. 18

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causa del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

No resulta ocioso advertir que los normativistas no se han unificado ni en torno a la norma soporte del juicio de culpabilidad, ni con relación a la materia de hecho sobre la cual ha de recaer ese juicio. Si hemos de tomar la Ley positiva como un dogma, base de estudio de investigación, debemos seguir afiliados al psicologismo, por ser la

17 La culpabilidad y su aspecto negativo. Revista Jurídica Veracruzana, T. VII Nom 1, Pag. 45

18 Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal 4a. Edición, Pag. 218, 1967

corriente captada en el Código Penal (Artículo 8)

### c ) FORMAS DE LA CULPABILIDAD

La culpa reviste dos formas: una más grave, el dolo ( intención ), y otra de menor gravedad, la culpa ( negligencia ) del agente, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. También suele hallarse de la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad, si el resultado sobrepasa a la intención del sujeto.

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevee un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás.

Porte Petit sostiene que el Código Penal Mexicano incluye las tres formas de culpabilidad, el dolo en el artículo 9; la culpa en el artículo 8 y la preterintencionalidad en el artículo 9, como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta, regulada en el Código como dolosa, la cual equivale a decir que el delito es intencional sin serlo. 19

El Maestro Fernando Castellanos Tena, expresa al respecto "creemos

que no es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa; ambas formas se excluyen. Para la existencia del primero precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada, o eventualmente, mientras la culpa se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta imprudente, imperita o negligente del autor. En estas condiciones, es difícil admitir subjetivamente la mezcla de ambas especies. Lo cierto es que el delito, o se comete mediante el dolo o por la culpa; pero tratándose del primero puede haber un resultado más allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de lo que podría racionalmente preverse y evitarse. 20

Para Ignacio Villalobos, 21 más que de delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado preterintencional, por sobrepasar su efecto el límite propuesto por el agente. Así, Eugenio Cuello Calón define al dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la Ley prevé como delito. 22 Luis Jiménez de Asua lo define como la producción de un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebrante el deber, con conocimien

20 Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 221, 222 y 223, México 4a. Edición 1967.

21 Derecho Penal Mexicano, Pag. 313, México 1966

22 Derecho Penal, Pag. 417, 14a. Edición Barcelona 1964.

to de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. 23

Fernando Castellanos Tena escribe: El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. 24

Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. Así se habla en la doctrina de dolo directo, indirecto, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, et. Nosotros trataremos solamente de las especies de mayor importancia práctica.

El dolo directo es aquel en el que sujeto se representa el resultado y lo quiere. El resultado coincide con el propósito del agente. ( Decide privar de la vida a otro y lo mata ).

El dolo indirecto, cuando, el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos ( para dar muerte a quienes va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato.

23 La Ley y El Delito, Página 365, Buenos Aires 1967

24 Lineamientos Elementales, de Derecho Penal Pag. 223 y S.S. México 4a. Edición 1967

El dolo indeterminado, consiste en la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista que lanza bombas).

El dolo eventual, ( confundido por algunos tratadistas por el indeterminado ) Es cuando se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).

El dolo genérico se presenta cuando basta que se haya querido el hecho descrito en la norma incriminadora.

El dolo específico, Es cuando la ley exige que el sujeto haya obrado por un fin particular, cuya realización no es necesaria para la existencia del delito, o sea, por un fin que está más allá y por lo tanto, fuera del hecho que constituye el delito.

Por otra parte podemos considerar que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad o la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y estable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas. Así tenemos que son dos las especies principales de la culpa: a) consciente, con previsión o con representación y b) inconsciente, sin previsión o sin representación.

En cuanto a la primera, existe cuando el agente ha previsto el resultado como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. (Manejador de un vehículo que conduce su coche a gran velocidad sabiendo que sus frenos están bajos, impulsa la máquina, con la esperanza de que ningún transeunte se cruzará en su camino ).

Mientras que la segunda existe cuando no se prevé un resultado posible. ( Puede imaginarse el caso de quien limpia una arma de fuego en presencia de otra persona sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar ).

#### d) LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos, que haya sido determinada por una intención ( dolo ), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria ( culpa ). Por eso en ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta, el delito no se integra. Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento, es decir, un actuar voluntario ( positivo o negativo ), en segundo término, que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, los resultados

del acto han de ser previsibles y evitables y traficarse penalmente, por último precisa una relación de causalidad entre el hacer y no hacer iniciales y el resultado no querido.

El ilícito a estudio exige un dolo específico o sea, cuando la Ley exige que el sujeto haya obrado por un fin particular, cuya realización no es necesaria para la existencia del delito y por lo tanto, fuera del hecho que constituye el delito. Como dice Bettiol el dolo específico no se caracteriza por el móvil que tiene naturaleza efectiva y pone en evidencia la personalidad del reo, sino por un momento la de carácter intelectual: el fin hacia el cual tiende la acción.

Por su parte Manzini escribe al respecto "El dolo específico puede ser único o alternativo. Es único cuando la norma penal designa una especie sola de intención o de hecho criminoso. Es en cambio alternativo, cuando la ley prevé para el mismo delito varias especies posibles de intención o de fines delictivos.

Los Códigos de Morelos (Art. 163), Estado de México (Art. 110), Aguascalientes (Art. 164), Veracruz (Art. 133), Michoacán -- (Art. 145), Zacatecas (Art. 184), Sonora (Art. 153), hacen referencia a que la multa fluctue entre quinientos y mil pesos.

El Proyecto del Código Penal tipo para la República Mexicana, de 1963, considera como desobediente "al que sin causa legítima rehu

prestar un servicio de interés público a que la ley obligue, se le aplicarán de un mes a un año de prisión y multa de cien a quinientos pesos, y también, al que sin causa legítima desobedeciere un mandato de la autoridad, o se negare a comparecer ante la misma a rendir sus declaraciones cuando legalmente se le exija, después de haberse agotado los medios de apremio que señale la Ley, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa de cien a mil pesos. 25

#### e) LA INCLULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, es decir, la inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad. 26

Evidente tautología, según expresión de Jiménez de Asua. De acuerdo con el concepto adaptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

25 Artículo 141 y 142

26 La Ley y el Delito, 2a. Edición, Pagina 418, Buenos Aires

Son dos las causas de exclusión de la culpabilidad:

a ) El Error, con sus especies y variedades:

a ) De hecho y de derecho

b ) Eximentes Putativas

b ) La no exigibilidad de otra conducta

a ) El error, es el conocimiento inexacto, el concepto equivocado, un vicio psicológico consistente en la falta de la conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Según los escolásticos: Veritas est adaequatio intellectus et rei ( la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente ). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce, pero se conoce equivocadamente. Falta en él la adecuación entre la realidad y lo que el sujeto cree que es la realidad.

Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de la relación, aunque son características diversas.

La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la ca

rencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una -  
actitud negativa; hay una ausencia de conocimiento, es una  
laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni  
erronea ni certeramente, en tanto el error consiste, como  
anteriormente mencionamos, en una idea falsa o erronea res-  
pecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un es-  
tado positivo.

El error se divide en error de hecho y de derecho. El error  
de hecho se subdivide en error esencial y en error acciden-  
tal; el primero, se caracteriza, porque produce inculpabili-  
dad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre  
los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial  
o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad; el  
accidental abarca: aberratio ictus (error en el golpe),  
aberratio in persona (error en la persona), y aberratio  
delicti (error en el delito).

La doctrina separa todavía el error de un hecho esencial in-  
vencible de aquél que puede ser destruído por una mayor aten-  
ción o esfuerzo intelectual. El error esencial invencible,  
es entre los diversos tipos de error que pueden presentarse  
en el delito a estudio, el único que da lugar a una causa de

inculpabilidad e impide el nacimiento del ilícito penal; si es vencible, dejará subsistente el delito doloso, si bien hará imposible el delito culposo.

Cabe dentro del estudio del error una referencia a las eximentes putativas o sean aquellas situaciones en que el agente por un error de hecho esencial invencible, cree que una circunstancia impeditiva del nacimiento de la antijuricidad da carácter de lícita a su conducta; así tenemos la legítima defensa putativa, el cumplimiento de un deber putativo.

- b ) La no exigibilidad de otra conducta, es para algunos autores una forma de inculpabilidad, y se presenta cuando el sujeto realiza una conducta típicamente antijurídica en condiciones tales que se considera inexistente la posibilidad de optar por otra conducta. Los casos de inexigibilidad son: el temor fundado, el estado de necesidad ( cuando los bienes en conflicto son de igual identidad ), el encubrimiento entre parientes, pues se estima que la no exigibilidad de otra conducta se finca frente a un conflicto de valores y se resuelve sacrificando un bien para preservar otro.

#### N O T A S

#### ( CAPITULO V )

1. La Ley y El Delito, Pagina 333, 5a. Edición, Buenos Aires, 1967

2. Cit. por Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Pagina 44, Buenos Aires 1963
3. Manual de Derecho Penal Mexicano, Pagina 204 y 218
4. Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pagina 204 y 218 México, 1967
5. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Pagina 49, México, 1954
6. Derecho Penal 9a. Edición, T. I. México 1961.
7. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 209, Porrua, México 1967
8. Derecho Penal Mexicano, Pagina 404, Porrua 2a. Edición 1960
9. Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, T. II, Pagina 48, 4a. Edición 1956
10. Conferencias 1940
11. La Ley y El Delito, Pag. 352, 5a. Edición Buenos Aires 1967
12. Derecho Penal, Pagina 357, 9a. Edición México 1961
13. Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Pagina 49, 1954
14. Derecho Penal Mexicano, Pagina 272, Edición Porrua 1960
15. Tratado T. II Pagina 393
16. Culpabilidad y Error, Pagina 24
17. La Culpabilidad y su aspecto negativo, Revista Jurídica Veracruzana, T. VII, No. 1, Página 45
18. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal 4a. Edición, Pagina 218, 1967
19. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Pagina 50
20. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 221, 222 y 223, México 4a. Edición 1967
21. Derecho Penal Mexicano, Pag. 313, México, 1966
22. Derecho Penal, Pagina 417, 14a. Edición Barcelona, 1964
23. La Ley y El Delito, Pagina 365, Buenos Aires, 1967
24. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pagina 223 y s. s. México 4a. Edición, 1967.
25. Artículo 141 y 142
26. La Ley y El Delito, 2a. Edición Pagina 418, Buenos Aires

**CAPITULO VI**  
**CONCLUSIONES**

1. Desde Luego el delito a estudio que ha sido motivo de este ensayo, consideramos que es indispensable en la legislación positiva de nuestro País, ya que ajustándose a una técnica jurídico penal y moderna, se ha descrito.
2. Tenemos conciencia de que a la fecha nuestro Pueblo todavía no está lo suficientemente preparado para tener responsabilidad en cada uno de sus actos, que lo vinculan con la administración de justicia y a eso se debe, que es útil que se amenace con una pena a aquellos que no cumplan con sus deberes de ciudadanos, consistentes en cooperar a que se pueda encontrar la verdad histórica de un hecho, que le interesa al Estado, para que sus órganos puedan decir la justicia.
3. Modestamente opino que la penalidad en los tipos comentados, en mi opinión es insuficiente, por lo que propongo que se aumentará ésta, para que así los sujetos cumplieran con los mandatos de la autoridad y cooperaran con la justicia.
4. No quiero también desconocer que posiblemente la inadecuada técnica que se sigue para buscar la cooperación de los

particulares, en los asuntos en que interesa al Estado, principalmente en lo que se refiere a la justicia, sean la causa de que el particular se resista a cumplir con esos mandatos, ya que con frecuencia se le trata en forma despectiva o se le hace perder el tiempo inutilmente, pues si una diligencia ha de llevarse a determinada hora, al sujeto se le tiene en ese lugar por tres o cuatro horas sin ninguna necesidad para ello, y todo ésto hace que muchos ciudadanos sientan desconfianza de cooperar con el estado en estos menesteres, en mi modesta opinión deben cambiarse esos sistemas, usar de técnicas adecuadas, para que el sujeto incluso sin presiones o amenazas comparezca a cooperar con la justicia.

5. También creo conveniente opinar, que si al ciudadano mexicano desde muy temprana edad, en las escuelas o demás centros de estudio se le inculcaran sus deberes para con el Estado; y a un futuro en que se presentara legalmente alguna oportunidad exigida para rendir su declaración, éste con un criterio, amplio y maduro, acudiría, sin presiones ni amenazas ni multas a cooperar con el Estado.

6. El delito en cuestión es menos cuantioso por lo que respecta a la penalidad del artículo 178 del Código Penal del Distrito Fe-

deral en el que señala, "... se le aplicarán de quince días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos".

En cambio en el delito a estudio según los artículos 141 y 142 del Proyecto del Código Penal Tipo son de mayor rigor, en cuanto a la cuantía y a la prisión y señalan: "artículo 141.- Al que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley obligue, se le aplicarán de un mes a un año de prisión y multa de cien a quinientos pesos y el artículo 142.- "Al que sin causa legítima desobedeciere un mandato de la autoridad, o se negare a comparecer ante la misma a rendir sus declaraciones, cuando legalmente se le exija, después de haberse agotado los medios de apremio que señalale la ley, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa de cien a mil pesos".

#### BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, FRANCESCO Manuale di Diritto Penale, Edición 1955
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Derecho Penal Mexicano T. I, México, 1955
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México 1967
- CUELLO CALON, EUGENIO Derecho Penal Mexicano, T. I, México, 1955
- DEL ROSAL, JUAN Principios de Derecho Penal Español, Vol. I Valladolid, 1948
- FERNANDEZ DOBLADO, LUIS Culpabilidad y Error, Ensayo de Dogmática Penal, México, 1969

- JIMENEZ DE ASUA, LUIS Tratado de Derecho Penal T. II y III, Buenos Aires, 1951
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS Teoría del Delito, Caracas, 1946
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS La Ley y El Delito, Caracas, 1945
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO La Tipicidad, México, 1955
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO La antijuricidad, Imp. Universitaria México, 1952
- MEZGER, EDMUNDO Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1955
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO Nociones de Derecho Penal Mexicano, México, 1967
- PORTE PETIT, CELESTINO Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, 1958
- PORTE PETIT, CELESTINO Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México, 1964
- SOLER, SEBASTIAN Derecho Penal Argentino T. I y II
- VILLALOBOS, IGNACIO Derecho Penal Mexicano, México 1960
- VON LISZT, FRANK Tratado de Derecho Penal, Roma
- WELZEL, HANS Derecho Penal, Buenos Aires, 1956

#### LEGISLACION CONSULTADA

- Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales
- Proyecto del Código Penal para la República de 1963
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos