

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO DE OMISION
DE AUXILIO

Juan José Córdoba García



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

	pág.
Introducción	1
Capítulo Primero. "Breves Antecedentes Históricos"	1
1.- El Derecho Romano 2.- Las Siete Partidas 3.- Legislación Mexicana.	
Capítulo Segundo. "Concepto del delito de Omisión de Auxilio"	11
1.- Concepto del tipo 2.- Denominaciones del tipo.	
Capítulo Tercero. "Interpretación del tipo de Omisión de Auxilio"	17
1.- Presupuesto fáctico de la conducta 2.- Similitudes entre la legislación mexicana y la legislación argentina.	
Capítulo Cuarto. "Elementos típicos"	23
1.- Sujeto activo 2.- Conducta 3.- Elementos objetivos 4.- Elementos Normativos 5.- Elementos subjetivos.	
Capítulo Quinto. "La antijuridicidad"	47
1.- Comentario en torno a la antijuridicidad 2.- Objetividad tutela da y sujeto pasivo 3.- Circunstancias que irrigen el nacimiento de la antijuridicidad A) Legítima defensa B) Estado de necesidad C) El cumplimiento de un deber D) El ejercicio de un derecho E) Análisis del artículo 340 del Código Penal.	
Capítulo Sexto. "Culpabilidad"	77
1.- Concepto de culpabilidad 2.- Imputabilidad 3.- Concepción psicológica y normativa de la culpabilidad 4.- Formas de la culpabilidad.	
Capítulo Séptimo. "Punibilidad"	90
1.- Concepto de Punibilidad.	
Conclusiones	94
Bibliografía	98

INTRODUCCION.

Con el presente trabajo, no pretendemos aportar ningún concepto nuevo — en relación con la dogmática del Derecho Penal, pues si bien es cierto que — aún no se ha pronunciado la última palabra en esa rama de la ciencia jurídica, es realmente difícil ofrecer un conocimiento inédito para enriquecer la amplia gama de tratados y estudios que se han escrito en torno al Derecho Punitivo. La finalidad que perseguimos, es la de ensanchar de una forma meramente objetiva el estudio del delito de Omisión de Auxilio plasmado dentro del tipo que describe el artículo 340 del Código Penal Vigente, pues consideramos que, si tutela bienes jurídicos de tan alta jerarquía como son la vida y la integridad física, primordialmente, debemos otorgarle al citado tipo la importancia que merece, ya que algunos autores esgrimiendo que la obligación de socorro y la solidaridad social que impone la citada especie típica se considera como una obligación más moral que jurídica, le restan espacio y renglones al mencionado tipo cuando a éste se refieren en sus brillantes obras, privándonos de ésta forma de conocer su acertada opinión con relación a este interesante y atractivo tema.

Este pequeño trabajo está elaborado con apego al sistema y esquema implantado por el Ilustre Maestro Don Mariano Jiménez Huerta en su obra "Derecho Penal Mexicano".

Hemos utilizado, aparte de los imprescindibles términos técnico-jurídicos, un vocabulario simple y de fácil acceso para que todo aquel que tenga in-

terés de abrir estas páginas, pueda enterarse sin ningún problema de su conte
nido.

EL AUTOR.

CAPITULO PRIMERO.

BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS.

1. El Derecho Romano 2. Las Siete Partidas 3. Legislación Mexicana.

1. La obligación jurídica de auxiliar a nuestros semejantes que se encaran a una situación de peligro, ha sufrido diversos cambios según las legislaciones que la han previsto. Dichos cambios han recaído tanto en la calidad — del sujeto activo, del sujeto pasivo, así como en los demás elementos que — constituyen esa figura típica.

Los antiguos romanos no establecieron dentro de sus leyes un tipo específico que sancionara la omisión de auxilio; cuando se encontraban ante esta — omisiva figura delictiva, aplicaban las reglas del *STELLIONATUS*, pues bajo este adjetivo consideraban los delitos que no tenían denominación propia y consecuentemente carecían de una pena específica, y decían: "Se ha de saber que el delito de estelionato compete contra aquellos que hicieron alguna cosa con dolo, y conviene saber si no se puede pedir por otro delito". (1) Y agregaban: "La acción de dolo que tiene lugar en los delitos privados, compete en los de estelionato; esto, supuesto siempre que el delito carezca de nombre particular; y para decirlo en una palabra, cuando el delito no tiene nombre, se llama estelionato, sin que haya necesidad de expresar la especie del delito, correspondiéndole una pena extraordinaria". (2)

(1) *Liber Iudicium título XX "El Digesto del Emperador Justiniano"*.

(2) *Liber Iudicium título XX "El Digesto ..."*

No encontramos más datos históricos para conocer los pasos que los romanos seguían en el procedimiento para sancionar la omisión de auxilio, pero deducimos que, si el delito que hoy conocemos como fraude, seguía también las reglas del estelionato, entonces la omisión de auxilio de la misma forma estaba regulada tanto en el procedimiento como en su pena, en forma extraordinaria para proceder en contra de quien con su omisiva conducta, prolongaba la situación de peligro y riesgo que sufría una persona debido a su estado de abandono o por otra situación accesorio.

2. Por lo que toca a la legislación española antigua, la omisión de auxilio como delito, únicamente se encontraba regulada dentro de la Ley de las Siete Partidas, en donde encontramos las siguientes especies típicas:

"El que no socorre a las personas que están enlazadas con él, por los vínculos del parentesco o afinidad, cuando se ven atacadas por un injusto agresor, debe sufrir una pena más o menos rigurosa según las circunstancias y el grado de la culpa". (3) Vemos que la obligación impuesta por esta regla, no era general, sino establecía la obligación de socorrer únicamente a los miembros de una familia, restringiéndose el marco de aplicación y de protección del tipo; en otra regla, extendíase la obligación de socorro hacia los trabajadores domésticos en esta forma: "El criado o dependiente que viendo a sus amos o superiores en peligro de ser heridos o asesinados, no sale a su defensa empleando en ella todos sus esfuerzos posibles, incurre en una pena, —

(3) Partida 7 título 34 regla 7.

aunque no en la de muerte como los siervos". (4) Cuando no era posible prestar socorro, la Ley establecía: "El que no pudiese auxiliar personalmente, — sin perjuicio ni riesgo suyo a la persona ofendida, está obligado a dar voces para que acuda gente, o dar aviso inmediatamente a la autoridad, ministro de justicia o fuerza armada más cercana". (5)

Observamos cómo desde los tiempos remotos, las obligaciones que las leyes imponen, no incluyen las actitudes heroicas ni las situaciones de riesgo para las personas; y en este ejemplo, contemplamos una descripción típica muy similar a la contenida en el Artículo 340 de nuestro vigente catálogo punitivo, sobre todo en lo que se refiere a la obligación de dar aviso a la autoridad cuando existiendo un riesgo para el agente no le es posible auxiliar al sujeto pasivo.

Establecíase en estas Leyes una excusa absolutoria para quienes omitían el auxilio: "Quedan excusados de responsabilidad los que carecen de libertad o de edad competente o de medios oportunos para auxiliar a las personas que se hallan en el enunciado peligro". (6)

(4) Partida 7 título 8 regla 16.

(5) *Ibidem*.

(6) *Ibidem*.

3. La omisión de auxilio, dentro de la Legislación Mexicana, se ha tipificado de diferentes formas. Así el Código Penal del año 1871, dentro del Capítulo XI, denominado Exposición y Abandono de Niños y Enfermos, preveía dos tipos. Artículo 622: "El que encuentre abandonado en cualquier lugar a un niño recién nacido, o en un lugar solitario a un menor de siete años, será castigado con la pena de uno a cuatro meses de arresto y multa de veinte a cien pesos si dentro de tres días no lo presentare a un juez del estado civil en el primer caso, o a la autoridad política más inmediata en el segundo". Esta especie típica establecía una pena a quien con su omisión o inercia, mantenía y prolongaba la situación de peligro oriunda del abandono, pero protegía únicamente a los menores de siete años de edad, quedando fuera de su tutela las personas que rebasaban la edad señalada, sin tener en cuenta que una persona, cualesquiera que sea su edad al estar abandonada, encara una situación de peligro ante la separación de quien los cuida y protege cuando presenta una invalidez, ya patológica, ya por senilidad o alguna otra causa que le impida valerse por sí misma, aunque esta situación estaba prevista dentro del mismo ordenamiento penal en el tipo contenido en el Artículo 623, el cual rezaba: "Se castigará con la pena de arresto menor o multa de veinte a cien pesos al que encuentre abandonada a una persona enferma y expuesta a perecer o a sufrir un grave daño por falta de auxilio, si pudiendo no se lo proporcionare ni diere parte a la autoridad para que se lo proporcione". (71)

El Código de Martínez de Castro, como hemos anotado, establecía mediante

(71) El arresto menor a que se refiere este Artículo, se encontraba definido - por el Artículo 124 del mismo ordenamiento como el arresto de tres a treinta días de duración.

dos tipos diferentes la obligación de auxiliar a las personas abandonadas e imposibilitadas para autodefenderse y valerse por sí mismas ante una situación de riesgo para su persona, lo que era poco sistemático, pues en un solo tipo podríanse reunir los elementos necesarios para establecer la mencionada obligación de socorro. Consideramos errónea la hipótesis contenida dentro del Artículo 622, pues era realmente difícil para el sujeto activo conocer la edad del individuo que se encontraba abandonado, ya que únicamente quien tiene conocimientos especiales como son de medicina, puede estar en condiciones de determinar si una persona es recién nacida o si tiene varios días de haber emergido del seno materno; por otra parte, en la hipótesis que preveía el artículo 623, era necesario también para el sujeto activo, el contar con conocimientos especiales para saber si una persona encontrábase enferma y en peligro de muerte, y en ese caso, proporcionarle el auxilio exigido por la Ley, o dar aviso a la autoridad de su encuentro.

En los trabajos de revisión del Código Penal para el Distrito Federal, - llevados a cabo en la Ciudad de México en el año de 1912, no encontramos ningún proyecto de modificación en relación a los tipos que establecían la conducta de la omisión de auxilio.

El Código Penal del año de 1929, redujo su tutela jurídica en relación a la figura que estamos estudiando, protegiendo a los menores de edad únicamente, y dentro de su artículo 1020 establecía: "Al que encuentre abandonado en cualquier lugar a un niño menor de dos años, o en un lugar solitario a un menor de diez, se le aplicará arresto de uno a cuatro meses, y pagará una multa

de cinco a veinte días de utilidad si no lo recogiere ni diere aviso a las autoridades más inmediatas". Planteábase en esta hipótesis, el mismo problema -- que se suscitaba dentro de la descripción típica de la omisión de auxilio en el Código de Martínez de Castro en relación al elemento normativo que daba origen al mencionarse la edad de los sujetos pasivos. Como se puede observar, este Código no mejoró en forma alguna a su predecesor por lo que toca a la figura que estamos analizando.

En el año de 1931, encontramos un Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, cuyo artículo 326 decía: "Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor de siete años o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal". La descripción típica contenida en este Anteproyecto es idéntica a la descripción contenida en el artículo 340 del Código Penal vigente, el cual data del mismo año de 1931, salvo que en este tipo no se establece la minoría de siete años de edad para los sujetos pasivos, sino que genéricamente habla de un menor de edad.

Entre las diversas tentativas de modificación a la Ley Penal que se han elaborado, encontramos un Anteproyecto de Código Penal publicado en la Ciudad de México en el año de 1949, y cuyo artículo 327 describe la conducta de omisión de auxilio de la siguiente manera: "Al que encuentre abandonado o perdido en cualquier sitio a un anciano o enfermo o a un menor incapaz de cuidarse

a sí mismo o a una persona lesionada inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicará multa de quinientas a dos mil pesos, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarles el auxilio necesario, cuando -
 pudiere hacerlo sin riesgo personal". Como observamos, existe marcada diferen-
 cia entre el artículo 327 de este Anteproyecto y el artículo 340 del Código -
 de 1931. Por una parte, el artículo 327 se refiere a un estado de abandono o
 pérdida que debe sufrir el sujeto pasivo, presupuesto que, en nuestro concep-
 to, carece de importancia, ya que, si el estado de abandono proviene de una -
 conducta dolosa por parte de quien tiene el deber de custodiar a una persona,
 y el estado de pérdida proviene de una conducta culposa por parte del mismo -
 agente garante de la seguridad de esa persona, es irrelevante para la figura-
 de la omisión de auxilio, ya que lo que realmente interesa es tener conoci-
 miento del estado de separación del sujeto pasivo en relación a la persona -
 obligada a atenderle, independientemente si esa separación se debe a un ac-
 tuar intencional o no intencional del sujeto garante.

Por otra parte, encontramos la descripción del artículo 327 del Antepro-
 yecto anotado, más complicada que la contenida en el artículo 340 del Código-
 de 1931, pues el artículo 327 al referirse al sujeto pasivo, detalla en forma
 extensa e innecesaria varias cualidades para establecer su estado de indefen-
 sión, pudiéndose evitar esto con sólo mencionar a una persona incapaz de cui-
 darse a sí misma o amenazada de un peligro cualquiera, abarcando así todos -
 los estados de invalidez motivados por la minoría de edad, senilidad, enferme-
 dades que merman la aptitud de un sujeto para autodefenderse, etcétera.

Por lo antes expuesto, consideramos más idónea la descripción contenida en el artículo 340 del Código de 1931 que la plasmada en el artículo 327 del Anteproyecto de 1949.

En el año de 1958 se elaboró otro Anteproyecto de Código Penal, y entre las reformas propuestas, se incluyó el tipo de omisión de auxilio, y su artículo 247 decía: "Al que omita auxiliar a una persona que por cualquier circunstancia estuviere amenazada de un peligro, cuando pudiese hacerlo sin riesgo alguno, o dejare de avisar inmediatamente a la autoridad, se le aplicarán has la seis meses de prisión". Este tipo, a diferencia de las demás descripciones que hemos comentado, es el único que establece para el delito de omisión de auxilio una pena privativa de libertad, en tanto que en los demás cuerpos legales se prevé una pena alternativa para quien comete dicho delito.

La principal diferencia que encontramos entre la conducta descrita por el artículo 247 del Anteproyecto anotado, y la descripción del artículo 340 del Código Penal en vigor, es que en el artículo 247 no existe un presupuesto fáctico como el que encierra el artículo 340 ubicado en la frase "Al que encuentre ..."; presupuesto que, si bien restringe el marco de aplicación de esa norma a un imprevisto o esperado descubrimiento en que el sujeto activo se halla frente al pasivo, excluye en esta forma todos aquellos casos en que el sujeto activo no encuentra al pasivo, pero esta restricción hace posible la aplicabilidad práctica de la norma en examen por parte de los órganos judiciales del Estado.

Lo anterior no sucede, atendiendo a la descripción del artículo 247, - pues si nos apegásemos estrictamente a su letra, todas las personas que estén en presencia de un sujeto amenazado de un peligro, se situarían automáticamente en la descripción típica si omitieran auxiliarle o avisar a la autoridad, elevándose a la calidad de sujetos activos de esta especie típica, y en esta situación sería inoperante la aplicación de la norma a casos como los que presenciarnos en la vida diaria; en vía de ejemplo, si en una calle yace un individuo lesionado, y al pasar por ese lugar un autobús con pasajeros sigue su racha sin que éstos auxilien a dicho sujeto ni avisen a alguna autoridad de los hechos, todos esos pasajeros, automáticamente con su omisión se adecuarían bajo la descripción típica del artículo 247 y serían sujetos activos de esta especie típica como habíamos manifestado. En este ejemplo podemos observar que la aplicación del artículo 247 nunca se llevaría a cabo, pues sería en verdad difícil juzgar la conducta de cada uno de los pasajeros omitentes.

Ahora bien, debemos poner en relieve la atinada referencia al sujeto pasivo que contiene la fórmula del artículo 247, pues cuando hace referencia "... a una persona que por cualquier circunstancia estuviere amenazada de un peligro ..." abarca en esta forma, todas aquellas situaciones de riesgo que puede sufrir un individuo, provenientes de un estado de abandono, por su minoría de edad, por su senilidad o algún padecimiento patológico; así, mejora en gran medida la descripción limitativa del sujeto pasivo contenida dentro de la fórmula del artículo 340 del vigente catálogo punitivo.

Cabe comentar que la ubicación de la especie típica de omisión de auxi-

lio, coincide en todos los cuerpos legales anotados, situando esta figura delictiva dentro del Capítulo de Abandono de Personas, dentro de los tipos de - peligro presunto para la vida e incolumidad personal.

CAPITULO SEGUNDO.

CONCEPTO DEL DELITO DE OMISION DE AUXILIO.

1.- Concepto del tipo.

2.- Denominaciones del tipo.

1.- El delito que estamos analizando, encuentra su ubicación en el Capítulo VII del Código Penal vigente, en el Título denominado Abandono de Personas, el cual doctrinariamente la mayoría de los tratadistas lo catalogan dentro de los tipos de peligro presunto, entre ellos Jiménez Huerta. (1)

La Ley, dentro del artículo 340 describe la conducta de omisión de auxilio de la siguiente manera: "Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, o a una persona herida, inválida, o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos, si no diere aviso inmediato a la autoridad, u omitiera prestarles el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal". De la lectura del tipo se desprende que, amén de los bienes jurídicos que tutela, se encuentra una forma de preservar los lazos de solidaridad social y humana mediante la obligación impuesta de la mutua asistencia, imprescindible para la convivencia de los grupos humanos.

(1) En los tipos de peligro presunto, es voluntad de la ley considerar que en la conducta descrita, yace un supuesto riesgo para los bienes jurídicos de la vida e integridad humana, sin que sea necesario demostrar caso por caso la realidad del peligro ... No destruye la existencia fáctica de los tipos de peligro presunto, la prueba de que en el caso concreto, el sujeto pasivo no ha sufrido ningún riesgo efectivo. La realización de la conducta y la concurrencia de los demás elementos normativos y subjetivos que el tipo pudiera contener, completan sin más, estas especies típicas.

"Derecho Penal Mexicano" T. II p. 171.

2.- Diversas denominaciones ha recibido el delito que estamos estudiando. *Porte Petit* en su obra, señala: "A este delito le han denominado de diversas maneras: omisión de socorro, indolencia culpable, omisión de auxilio y omisión de asistencia a personas en peligro" (2); pero no obstante la denominación que se le otorgue al tipo, la protección que brinda a la vida y a la integridad corporal como bienes jurídicos, no varía teleológicamente, y aún — cuando se refiriese denominarlo en cualesquiera de las formas mencionadas, — debemos apearnos únicamente al texto de la Ley, y por lo tanto, como nuestro Código Penal lo indica, será la denominación de omisión de auxilio, la idónea para referirnos a la especie típica en estudio.

Como había quedado anotado, el tipo básico de omisión de auxilio es tutelador de los bienes jurídicos vida e integridad corporal; criterio al que se apean la mayoría de las legislaciones punitivas, así como la doctrina; pero vemos que, por ejemplo en España, este criterio no es seguido, ya que el Código Penal español encierra el delito en examen dentro de los tipos protectores de la Libertad y Seguridad de las Personas.

Así, la Ley de 17 de Julio de 1951, creó dentro del Título XII, un Capítulo, el III bis bajo la rúbrica "De la Omisión del Deber de Socorro", constituido por un solo artículo, el 489 bis; "Con él se trajo, dice Quintano Ripollés, una figura de naturaleza típicamente omisiva y consistente en no socorrer a una persona que se encontrare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal ni de tercero, o bien quien (2) "Dogmática de los tipos Contra la Vida y la Salud" Segunda Parte p. 76.

impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia, auxilio ajeno" (3).

Nosotros no estamos de acuerdo con el criterio español, debido a que el Código Penal de ese país contiene un artículo, el 338 bis que impone el deber de impedir la comisión de determinados delitos, precepto que en forma muy amplia protege la libertad y seguridad de las personas, y por lo tanto a nuestro juicio, el citado artículo debería ceder en forma completa al artículo — 489 bis del mismo ordenamiento, la tutela exclusiva de la vida e integridad — corporal, pues si una persona, a manera de ejemplo, presencia la comisión de un secuestro o de un rapto, y no interviene para impedir la consumación de — esa conducta, a nuestro juicio le sería aplicable la sanción que establece el artículo 338 bis y no así la impuesta por el artículo 489 bis, ya que el auxi — lio que pudiera prestar el supuesto sujeto activo representa un riesgo para — su persona, para su vida o su integridad corpórea.

A continuación transcribiremos el texto del artículo 338 bis para objeti — vizar lo expuesto: "El que pudiendo con su intervención inmediata y sin ries — go propio o ajeno, impedir un delito contra la vida o que cause un grave daño a la integridad, la honestidad o la seguridad de las personas, se abstuviere — voluntariamente de hacerlo, será castigado con la pena de arresto mayor o mul — ta de cinco mil a diez mil pesetas o ambas penas"; y para complementar la — idea, transcribiremos a continuación la descripción del artículo 489 bis, el — cual reza: "El que no socorriese a una persona que encontrándose desapareada — y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni

(3) "Compendio de Derecho Penal" Vol. II Parte Especial p. 289.

de tercero, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de cinco a diez mil pesetas". Como lo podemos observar con la descripción de los dos tipos, el segundo citado, 489 bis, no sería el aplicable al ejemplo propuesto, ya que como claramente se expresa en la frase "desamparada y en peligro manifiesto", hace referencia a dos presupuestos de la conducta que entrañan una realidad de hecho previa al encuentro con el sujeto pasivo, y en el artículo 338 bis, refiere al peligro concomitante entre el riesgo que recae sobre el sujeto pasivo y un peligro presunto que es oriundo del sujeto activo en su posible intervención para impedir la realización del ilícito que se está cometiendo en su presencia.

Pero volvamos nuestra atención a la Legislación Mexicana, ya que sobre el objeto de la tutela penal implícita en el tipo de omisión de auxilio, lo detallaremos en su oportunidad cuando nos refiramos a la anti-juridicidad.

El artículo 340 del Código Penal refiérese a un deber general de asistencia, sancionando su incumplimiento con una pena alternativa de uno a dos meses de prisión o una multa de diez a cincuenta pesos, que a nosotros nos parece una pena muy benigna y una represión ínfima en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que tutela, ya que el peligro en que se sitúa a la vida e integridad conyugal con la omisiva conducta del agente, representa una lesión y una ofensa a los ideales valorativos humanos, ya que como dice Jiménez Rivera: "La vida humana ocupa pues, el primer rango en la escala ideal de los valores jurídicos de magnitudes constantes, habida cuenta de que cuando se pierde la vida salen sobrando todos los demás valores humanos". (4) Por

(4) Ob. cit. T. II p. 15.

tal razón resulta irrisoria una pena corporal de uno a dos meses de prisión; lo mismo acontece con la pena pecuniaria que establece el tipo, de diez a cincuenta pesos, ya que nadie duda que en la situación actual en lo que a la economía se refiere, las mencionadas cantidades resultan anacrónicas, ya que no se puede considerar realmente como una pena el pagar una multa del citado monto para compensar el peligro y riesgo en que se colocan bienes de tanta trascendencia para el hombre.

El mencionado deber general de asistencia que habíamos mencionado, es impuesto por la Ley sin que se tomen en cuenta calidades personales, vínculos familiares u otras relaciones entre el sujeto activo y el pasivo. Así también, quedan excluidas las realidades de facto preexistentes entre ambos sujetos. Por esta razón estamos de acuerdo con Jiménez Huerta cuando manifiesta: "De aquí deriva como irrefragable consecuencia, la naturaleza constitutiva y no solamente sancionadora de esta norma penal". (5)

Por lo expuesto podemos concluir, que la razón de ser del tipo descrito en el artículo 340 del Código Penal, es inculcar la obligación de auxiliar y socorrer a las personas que por su edad, enfermedad o por alguna otra situación de hecho, son incapaces de salvar una situación de peligro atentatorio contra su vida o su integridad física; de tal manera, con lo anotado, creemos haber dejado la importancia que reviste en nuestro sistema jurídico, la inserción en el ordenamiento punitivo del tipo de omisión de auxilio como tutelador de los dos bienes jurídicos que el hombre considera de más valía en relación

(5) Ob. cit. T. II p. 180.

ción a todos los demás bienes que posee.

CAPITULO TERCERO.

INTERPRETACION DEL TIPO DE OMISION DE AUXILIO.

1.- Presupuesto fáctico de la conducta 2.- Similitudes entre la legislación mexicana y la legislación argentina.

1.- Para complementar el estudio del tipo de omisión de auxilio, es necesario comentar el presupuesto de naturaleza fáctica que se ubica dentro de la frase "... al que encuentre ...", el cual ha sido interpretado de diferentes maneras por los tratadistas.

La mayoría de los escritores patrios, han omitido mencionar y comentar dentro de sus obras este presupuesto de gran importancia para la interpretación de la especie típica en examen. Solamente Jiménez Huerta vierte en su obra su singular criterio y establece la pauta para la interpretación correcta del susodicho presupuesto fáctico, y dice: "... el presupuesto contenido en la frase "al que encuentre", lo integra la situación de cercanía espacial, oriunda de un imprevisto o esperado descubrimiento en que el sujeto activo se halla frente al pasivo. El término encontrar tanto significa como hallar, topar, descubrir, o darse de boca con algo corporal, que en el artículo 340 es una persona incapaz de cuidarse por sí misma por su escasa edad o por estar herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera". (1)

Continúa el citado maestro, y dice: "Y aunque es exacto que la frase "al que encuentre" del precepto en examen restringe enormemente su marco de aplicación, no es posible, sin incidir en la interpretación analógica prohibida -

(1) Ob. cit. T. II p. 181.

por el artículo 14 Constitucional, acordarle un más amplio sentido. Quedan — por ende fuera del presupuesto típico, tanto los casos en que el sujeto activo es requerido por un tercero para que preste ayuda a la persona abandonada, como aquellos otros casos en que sin encontrar a ésta tiene conocimiento por sus órganos de percepción directa de la situación de desamparo en que se halla. El restricto ámbito de este presupuesto típico no coincide con la "noción" del precepto ni con los vínculos de solidaridad humana que emergen del mundo cultural en que vivimos". (2)

2.- Comentaremos ahora la similitud de la legislación argentina con la mexicana en lo que al delito de omisión de auxilio se refiere, ya que el artículo 108 del Código Penal argentino y el artículo 340 del Código Penal mexicano no coinciden en la descripción de la citada conducta omisiva en la mayoría de sus elementos.

Para comprender lo expuesto, a continuación transcribiremos el texto del artículo 108 del Código Penal Argentino, el cual dice: "Será reprimido con multa de diez a cien mil pesos al que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o invalida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiera prestarse el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad"; observamos que el citado artículo presenta una similitud con la descripción típica del artículo 340 de nuestro ordenamiento punitivo, a excepción de la calificativa del sujeto pasivo en cuanto a los menores se refiere por su edad, a su

(2) Ob. cit. T. II p. 181.

punibilidad que solo es de carácter pecuniaria, y a la descripción del elemento normativo y a la vez presupuesto típico, ubicado en la frase: "perdido o desaparecido", pues la legislación mexicana hace referencia únicamente a un estado de "abandono"; en cuanto a la referencia de espacio, elemento descriptivo, solo el Código Penal mexicano lo pone en evidencia; pero no obstante las diferencias mencionadas, son las dos legislaciones que presentan mayor similitud al describir la conducta del delito de omisión de auxilio.

El comentario anterior lo hicimos para una mejor comprensión de la imprecisión que reviste el presupuesto fáctico contenido en la frase "al que encuentre", anotado en el apartado anterior, ya que, para la interpretación del tipo en estudio, sirve como piedra de toque para determinar si una conducta es encuadrable dentro de la figura típica de omisión de auxilio; por tal razón, podemos afirmar que solo comete el delito de omisión de auxilio quien encuentra al sujeto pasivo abandonado o en peligro, excluyendo por tanto todas las demás hipótesis en las cuales por cualesquier causa, el agente tiene conocimiento de la situación de abandono o de peligro en que se halla el sujeto pasivo, como el excursionista cuyo acompañante sufre una lesión; el agredido que lesiona a su injusto agresor dejándolo abandonado; el médico que por medio de un tercero se entera de la situación de abandono o de peligro que sufre otra persona; en fin, todas aquellas situaciones en las cuales el agente no encuentra al sujeto pasivo en situación de abandono o de peligro.

No coinciden otras legislaciones con la interpretación que al presupuesto que estamos examinando se le atribuye en nuestra legislación penal, dado -

que los sistemas jurídicos de interpretación de las leyes, varían de acuerdo con las normas de cada lugar. Así pues, vemos que al término "encontrar", se le atribuye un significado más amplio como sucede en la legislación argentina y así lo manifiesta Ricardo C. Núñez: "Pero no es necesario, —dice el mencionado tratadista— que el autor haya buscado a la víctima, sino que basta que la haya hallado sin buscarla, por ejemplo, el caso del médico que llamado, se niega a prestarle auxilio a la persona que, según un tercero, se encuentra —desamarrada". (3)

De la misma forma interpretan el término "encontrar" los tratadistas italianos, como el comentario que hace Eusebio Gómez con relación a Manzini diciendo: "La legislación con el verbo encontrar, no ha querido aludir simplemente al hecho de hallar de modo casual, o sin diligencia alguna, a la persona en peligro. No ha querido decir que con tal persona haya de encontrarse —sin buscarla. Una interpretación tan limitada conduciría a absoluciones inadmisibles. Así, el que ve caer herida a una persona en cuya compañía está, y —no obstante del peligro se abstiene de prestarle auxilio, podría decir que no encontró al herido, pues con él estaba. No es eso lo que la ley quiere. De ahí que de un fallo de la justicia italiana haya declarado que cometen este —delito (omisión de auxilio) el bañero y el propietario de un establecimiento de baños que, advertidos por dos personas que no sabían nadar que un compañero suyo estaba en peligro de ahogarse, a unos sesenta metros de la playa, se niegan a prestar el socorro que se les pide". (4)

(3) "Derecho Penal argentino" T. III p. 316.

(4) "Tratado de Derecho Penal" T. II pp. 257 y 258.

Soler sigue el mismo criterio al adherirse al sentido que se le otorga a la palabra encontrar, como lo interpretan Manzini y Altavilla, o sea estar — "en presencia de"; y dice el maestro argentino: "La interpretación de la palabra "encontrar" como sinónimo de estar "en presencia de", parece la inteligencia correcta. Por ello responde por este delito (omisión de auxilio) el guía de montaña que abandona al turista de otro grupo que ha caído en una grieta.— Es también la infracción que comete el médico llamado y se niega a prestar — sus servicios". (5)

Entiéndase al referirse al presupuesto que nos ocupa, dice: "Encontrar — significa toparse con una persona casualmente o no, encontrarse en presencia de, no importa la forma en que se presente en nuestra conciencia el hallazgo". (6)

Por lo expuesto, estamos conscientes que en otras legislaciones, de acuerdo a sus especiales sistemas jurídicos, sí es posible acordarle un sentido más amplio al término "encontrar" como presupuesto fáctico de la conducta de omisión de auxilio, no así en nuestro país, como lo hicimos notar en un principio, ya que nuestra Constitución Política en su artículo 14, prohíbe la interpretación analógica de la Ley en materia penal, y por tanto, una interpretación más amplia del presupuesto a que nos referimos, contradiría el mencionado precepto Constitucional.

(5) Sebastián Soler "Derecho Penal Argentino" T. III p. 181.

(6) Cit. por Ponte Petit "Dogmática ..." p. 277.

En conclusión, aunque si bien el pres supuesto contenido en la frase "al - que encuentre", restringe el marco de aplicación del tipo contenido en el artículo 340 de nuestro Código Penal, no es dable cambiar su estricto sentido, - y por lo tanto, quedan excluidas de incriminación todas aquellas hipótesis o situaciones en las que el agente se entera del abandono o del peligro con el que se encara un individuo, sin que lo haya encontrado.

Por lo que hace a la referencia espacial en la cual el sujeto activo tiene su encuentro con el sujeto pasivo, no tiene a nuestro juicio, problema alguno de interpretación, ya que la Ley claramente lo establece cuando dice: - "en cualquier sitio", bien sea en lugar des poblado o más o menos concurrido, - pero cabe subrayar como dice Jiménez Huerta: "No puede desconocerse que las - circunstancias del lugar en que se encuentra a la persona abandonada, trascienden e influyen para calibrar la magnitud del peligro que a la misma amenaza - en razón a su edad, herida, invalidez u otra causa cualquiera". (7)

(7) Ob. cit. T. II p. 181.

CAPITULO CUARTO.

ELEMENTOS TIPICOS.

- 1.- Sujeto activo 2.- Conducta 3.- Elementos objetivos
4.- Elementos normativos 5.- Elementos subjetivos

1.- No entraría a nuestro juicio, problema alguno, el conocer quien puede ser sujeto activo en el delito que nos ocurra, pero para fundamentar nuestra aseveración, es necesario penetrar a la Teoría General del Delito, para recoger el concepto de sujeto activo que la doctrina nos ofrece.

Cuello Calón, en forma clara nos explica: "... solamente el hombre puede ser sujeto del delito, solo el hombre puede ser denominado delincuente".(1) - Con esta idea comprendemos que solo el hombre, entre los demás seres puede delinquir. Siendo el Derecho, producto del intelecto humano, está destinado para regir y regular la vida, las actividades y las interrelaciones de los individuos componentes de la sociedad, ya que entre las criaturas vivientes, solo el hombre se encuentra dotado de consciencia, inteligencia y voluntad, siendo ésta última el factor primordial y determinante que condiciona la conducta humana y otorga al individuo la capacidad de efectuar actos contrarios a la ley; por tal razón, los objetos y los animales no tienen la capacidad de realizar actos jurídicamente reprobables y por lo tanto, no pueden ser sujetos de delito.

Antiguamente se sostenía que los animales y aún las cosas, podían com-

(1) "Derecho Penal" Parte General p. 280.

ter conductas delictivas, y se les formaban verdaderos juicios con todas las solemnidades necesarias en los cuales se juzgaba su "conducta" supuestamente delictuosa. Como vía de ejemplo, Cuello Calón nos relata: "En el siglo XVI en Francia se enjuició a los ratones que invadían los campos de la Provincia de Riutún; así como también fueron enjuiciadas las langostas que asolaban las tierras de labor, y las cuales fueron excomulgadas". (2)

Hoy en día, no es posible poner en tela de juicio si es el hombre quien únicamente puede ser considerado delincuente, ya que el Derecho, tanto en la doctrina como en la legislación ha superado todos los atavismos que proyectaban su sombra sobre sus conceptos y raíces, y se ha dado paso a los conceptos jurídicos modernos en los cuales se finca el Derecho contemporáneo del mundo entero.

Mezger, nos dice: "El hecho punible, es conducta humana. Este es el sólido punto de arranque de todas las consideraciones ulteriores. Una característica es común a todos los hechos punibles, estos son siempre y en todas partes una conducta humana determinada. Sólo el hombre, y el hacer y el omitir del hombre son punibles. Existieron hace tiempo, penas y procesos contra los animales, pero ya han desaparecido". (3)

Vemos que este autor, también está de acuerdo con el criterio de que el hombre, con las características propias que posee y que lo diferencian de los

(2) Ob. cit. p. 280 infra.

(3) Edmundo Mezger "Derecho Penal" Libro de Estudio Parte General p. 78.

demás seres, es el único sujeto de delito, ya que su conducta, resultado del querer y el hacer, lo faculta para cometer actos que pueden reputarse como delitos; otros autores, con supuesto, siguen la misma idea. Así Soler: "El delito es acción, esto es, el despliegue de ese poder específicamente humano de proyectar sobre el mundo las propias decisiones transformando así la realidad". (4)

Maurach dice que, siendo el delito acción, "... tan sólo los sujetos de derecho, no los objetos, pueden ser titulares de acción en todos los ámbitos del derecho, las cosas y en particular los animales, son incapaces de acción y en consecuencia de delito ... para el actual pensamiento jurídico, este principio constituye una evidencia, no así para el derecho penal del pasado". (5)

Teniendo la convicción de que sólo el hombre puede ser sujeto de delito, por lo que hemos expuesto, podemos estar en condiciones de comprender y aceptar que sólo el hombre es quien puede ejecutar conductas susceptibles de subscribirse en una descripción típica. Al describirse una conducta dentro del tipo, se hace referencia expresa o tácita a un autor de esa conducta. Un tipo penal, sanciona con una pena a la persona que con su conducta, se sitúa dentro de la descripción que en el mismo tipo abstractamente se encuentra plasmada. Quien ejecuta la acción o conducta descrita en un tipo penal, se llama sujeto activo, o autor del delito, llamado también agente. Jiménez Huerta refiere

(4) Sebastián Soler "Derecho Penal Argentino" T. I p. 243.

(5) Reinhart Maurach "Derecho Penal" T. I p. 178.

re en su obra, que "el sujeto activo primario, una conducta externa y un bien jurídicamente tutelado, son los requisitos más comunes y elementales de las figuras típicas", y continúa diciendo: "Los tipos penales en las fórmulas — adoptadas "el que haga tal cosa" o "el que omita hacer tal otra" hacen referencia a un sujeto activo ó autor". (6)

El citado autor, en su obra, hace mención al sujeto activo "primario", — siendo éste quien ejecuta la acción o conducta descrita en el tipo penal, — existiendo también los sujetos activos "secundarios", siendo éstos los que cooperan a la causación de un resultado lesivo hacia un bien jurídicamente tutelado. Cuando encontramos que varias personas realizan en conjunto la conducta descrita en el tipo, todas ellas serán sujetos activos primarios y estaremos frente a la llamada coautoría.

Merecen mencionarse los casos en que, el sujeto activo se sirve para la realización de la conducta y el resultado delictuosos, de otra persona, como en los casos de fuerza irresistible (vis absoluta); en estas situaciones el violentado por el sujeto activo primario, actúa como instrumento ciego en manos de éste, no así en los casos de amenaza o coacción moral (vis compulsiva) ya que, el sujeto amenazado por el autor primario, ejecuta la conducta y produce el resultado típico entrando en juego su voluntad, ya que elige entre el mal con el cual se le amenaza y el daño cuya producción le es exigida; pero — estas hipótesis deben valorarse dentro del capítulo de la culpabilidad.

(6) Ob. cit. T. I p. 54 y ss.

La conducta humana, para ser valorada dentro del ámbito jurídico penal, debe ser considerada tomando en cuenta el factor psicológico que es la voluntad del individuo; un acto precedido por el pensamiento o elemento subjetivo, forma la conducta. Un pensamiento sin exteriorizarse, y un acto que carezca del elemento subjetivo concebido en el ámbito de las ideas y querido por su autor, nunca podrá ser considerado como conducta; ésta siempre se tomará en cuenta considerando el elemento psicológico subjetivo de la voluntad, y la exteriorización de ésta en un acto, ya sea positivo consistente en un hacer, o en sentido negativo, en una inactividad o inercia; pero la voluntad y su manifestación deben tener una meta que quie a la misma voluntad y su manifestación, sea ésta cual fuere, ya que toda conducta humana tiene un fin necesariamente, pero será cuando tratemos la conducta como elemento del delito, cuando profundicemos en sus componentes esenciales.

Algunos delitos como el infanticidio, el parricidio, y otros más, exigen ciertas particularidades o cualidades al sujeto activo y esas cualidades "pueden ser naturales o jurídicas; las primeras son las que implican una situación de hecho oriundas de la vida fisiológica, y las segundas son las que presuponen una situación social creada por el derecho". (7)

Los tipos que exigen determinada cualidad al sujeto activo, se les suele denominar delitos propios, especiales, particulares o exclusivos, y los que prescindieren de esa cualidad se les llama delitos comunes.

(7) Jiménez Huerta ob. cit. T. I p. 59.

"Existen además, atendiendo al número de sujetos activos, los delitos - llamados monosubjetivos o individuales y los llamados plurisubjetivos o colectivos, denominados también de concurso necesario; como ejemplos de los primeros son el robo, homicidio, etc.; pero para la configuración de algunas conductas típicas como son la asonada o motín, incesto, adulterio, es necesaria la concurrencia de dos sujetos para realizar la conducta descrita en el tipo de que se trate. Dentro de los delitos plurisubjetivos o de concurso necesario, se encuentra una división o clasificación atendiendo a la orientación finalística de la conducta; por ejemplo, en el adulterio, se requiere la actividad de dos personas recíprocamente orientadas a coincidir a la realización de un fin interno; a estos delitos se les suele denominar de encuentro, a diferencia de los llamados de convergencia, los cuales exigen una cooperación de varios sujetos encaminando su conducta a una meta común externa". (18)

Una vez anotado en forma somera el concepto de sujeto activo, nos encontramos en posibilidades de determinar quien puede ser sujeto activo en el delito de omisión de auxilio.

El referido tipo vincinaria su descripción dentro del artículo 340 del Código Penal con la frase "El que...", con lo cual se refiere evidentemente en forma general a cualquier persona que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera; el agente no requiere ninguna cualidad o calificativa especial, puede ser cualesquier persona, debiendo ser imitable. De aquí deriva el deber gene

(18) Jiménez Huerta ob. cit. T. I p. 62.

nal e impersonal de asistencia que impone el referido tipo.

Varios son los autores que coinciden con el concepto vertido, Soler afirma: "Sujeto activo de este delito -omisión de auxilio- puede ser cualquier persona, independientemente de la inexistencia de un vínculo de obligación con respecto al sujeto pasivo". (9) Ricardo C. Núñez afirma: "El sujeto activo del delito de omisión de auxilio puede ser cualquier persona, ya que el tipo no es restringido". (10) Para Fontán Balestra: "El sujeto activo en la omisión de auxilio puede ser cualquier persona, este delito no exige en el autor ninguna particularidad" (11); Jiménez Huerta explica: "Sujeto activo de esta especie típica puede ser cualquier persona que encuentra a la persona abandonada, bien el encuentro fuere imprevisto u originado por una brevia búsqueda". (12)

Con lo expuesto, podemos afirmar que el delito de omisión de auxilio, — desde el punto de vista de su autor es un delito común, ya que el tipo no le exige ninguna calificativa o cualidad; el sujeto activo puede ser cualquier persona; es un delito monosubjetivo o de sujeto único, ya que la conducta es susceptible de ser realizada por una sola persona y eventualmente, puede presentarse la coautoría, es decir el concurso de varios sujetos activos principales; por lo que, como lo expresamos en un principio, no entraña problema al-

(9) Ob. cit. T. III p. 179.

(10) "Derecho Penal Argentino" T. III p. 315.

(11) "Derecho Penal" Parte Especial p. 179.

(12) Ob. Cit. T. II p. 181.

gano conocer al agente en esta figura típica.

2.- Hablaremos ahora de otro de los elementos típicos: la conducta.

Empléanse diferentes términos, en el lenguaje jurídico penal para hacer referencia al elemento fáctico en el delito; así vemos, cómo algunas especies típicas para su integración, requieren únicamente de una conducta, acción u omisión, dando origen a los llamados delitos formales; pero algunas tipos se configuran con una conducta y un resultado material, originando el hecho delictivo, como acontece con los llamados delitos de resultado. Cabe mencionar que, en los llamados delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, encontramos también el binomio conducta-resultado material, originando así, el hecho delictivo, pues estas especies típicas requieren siempre de un resultado material además de la simple conducta. Siendo el delito de omisión de auxilio un delito formal, que no requiere resultado material, será el vocablo "conducta" el que utilizaremos en el presente trabajo, pues creemos junto con Jiménez Huerta, que el término conducta "... es el idóneo para referirnos al elemento fáctico del delito, por ser el más adecuado para recoger en su contenido conceptual, las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior y poder captar la acción o inercia del individuo".

(13)

A continuación transcribiremos algunas ideas de diferentes autores en relación a la conducta, para mostrar nuestro criterio. Afirma Bettiol: "El com-

(13) Ob. cit. T. I p. 65

comportamiento humano, activo o negativo, siempre es el resumen lógico necesario para construir la noción de delito". (14) "La acción es la síntesis extrema de las capacidades superiores del ser humano", dice Soler (15). "El concepto de acción, como indicación de conducta humana, es también para la ley - el punto de partida universal de la observación jurídico penal", afirma Mezger (16).

En nuestro catálogo punitivo, se emplean indistintamente los vocablos hecho, acto, acción y omisión, pero como lo afirmamos anteriormente, para los efectos de este estudio, preferimos llamar conducta al modo o forma de manifestarse el externo comportamiento ético, "... quedando comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad". (17)

La conducta, como lo podemos observar, es la espina dorsal de una figura típica; lo trascendente en el derecho penal no es solamente el pensamiento — del hombre, pues las simples ideas no son capaces de causar modificaciones en el mundo exterior fenoménico ni lesionar un bien jurídico. Sólo las conductas humanas previamente esquematizadas en el coeficiente psíquico del individuo, — al realizarse en el mundo exterior, adquieren una realidad relevante y son — susceptibles de una valoración jurídica. La conducta, entendemos, se forma de

(14) Giuseppe Bettiol "Derecho Penal" Parte General p. 199.

(15) Ob. cit. T. 1 p. 243.

(16) Ob. cit. Parte General p. 65.

(17) Jiménez Huerta ob. cit. T. 1 p. 65.

una voluntad y la exteriorización de ésta, manifestada algunas veces en un hacer o acción, y otras veces en una inacción o inercia, formando así la voluntad junto con su manifestación exterior, un binomio inseparable que da por re-sultado la conducta descrita y plasmada en un tipo penal.

Las conductas descritas por los tipos penales, como lo manifestamos en un principio, pueden realizarse con una simple acción o hacer positivo, o bien con una inacción o inercia; pero algunos tipos, requieren para su integración de un resultado proveniente de dicha conducta; cuando el tipo requiere además de la acción o inercia del hombre, un resultado material, en vez de conducta, es preferible denominar hecho al binomio conducta-resultado material. Los tipos que se integran con una simple conducta, acción u omisión, se les denomina delitos formales, como por ejemplo el delito de portación de arma prohibida (art. 162 frac. III del C. P.), el cual se satisface sin la realización de algún cambio en el mundo exterior fenoménico, es decir, sin ningún resultado material; y en contraposición a estos delitos, surgen los llamados delitos de resultado, como por ejemplo el delito de homicidio (art. 302 del C. P.), el cual requiere para su integración, un resultado material que es la muerte de una persona, aunado además, con un nexo de causalidad entre la acción del agente y el resultado típico; pero prescindiremos tratar de la causalidad material en este trabajo, ya que amén de que reviste una problemática, al tratarlo, nos desviaríamos de nuestro curso.

Como habíamos anotado, la conducta humana puede manifestarse en una acción o en una omisión; por tal razón, las normas penales sancionan las conduc

tas que con un acto o movimiento corporal (acción) o con una inactividad o — inercia (omisión) lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados, bien sea con una prohibición o con un mandato. En los delitos llamados de acción, regularmente se efectúa un cambio en el mundo exterior fenoménico, es — decir, un resultado, dando lugar a los delitos materiales; no así en los llamados delitos de omisión simple o propios delitos de omisión, ya que dada la característica de la conducta, ésta no produce ningún resultado material.

"El comportamiento comisivo —dice Jiménez Huerta— no debe considerarse — como sinónimo de acción, pues mientras que éste último tiene un significado — naturalístico —movimiento corporal—, el primero sólo adquiere sentido en relación con la norma. Si ésta impone una prohibición —no matarás— toda conducta o comportamiento humano que la infrinja, es comisiva, tanto si la violación — se efectúa íntegramente por su actividad corporal, como si el agente después de realizar mediante su actividad muscular algún acto encaminado a infringirla, completa su ejecución con los actos de otra persona —la propia víctima o un tercero— o las fuerzas de la naturaleza que le circundan aún en el caso de que no despliegue en dicha dirección actividad alguna muscular". (18)

Los delitos pueden ser unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros, dice Bettiol: "... no admiten un fraccionamiento de la acción en varios actos, sino que la acción delictuosa y por consiguiente el delito, es consumado luego que el agente con su único ACTU ha realizado su voluntad delictiva (por ejemplo el delito de injurias), se perfecciona con la simple pronunciaci3n de (18) Ob. cit. T. I p. 98.

la palabra injuriosa, mientras que los segundos admiten un fraccionamiento de la acción o del proceso ejecutivo del delito en varios actos distintos y la acción puede detenerse *IN ITINERE* y dar lugar a la figura de la tentativa, — por ejemplo el delito de homicidio que requiere un proceso ejecutivo escindible en varios actos". (19)

Así como explicamos que una acción es necesaria para violar una norma prohibitiva, y una omisión se requiere para violar una norma receptiva o de mandato, vemos también que una inercia o inacción es una forma de conducta susceptible de violar una norma de carácter prohibitivo, dando así lugar a los delitos denominados de comisión con omisión o impropios delitos de omisión, y al respecto Jiménez Rueta dice: "Los llamados delitos de comisión con omisión, implican en verdad adecuados modos comisivos de transgredir las normas prohibitivas... de estas figuras quedan excluidas las omisiones que simplemente con sí y sin más, integran una conducta descrita en un tipo penal de omisión. Así por ejemplo quien en la hipótesis del artículo 340 del Código Penal, omite prestar auxilio a la persona abandonada, no será responsable de homicidio en el caso de que la persona fallezca. Para que una omisión pueda valorarse como comisiva, debe en el caso concreto, existir un particular deber jurídico de parte del agente de evitar con su acción, la realización del resultado tífico, debido a que el ordenamiento positivo lo erige como garante de la no causación de dicho resultado". (20)

(19) Ob. cit. T. I pp. 103, 108 y 109.

(20) Ob. cit. T. I pp. 103 y ss.

Así la omisión no consiste, en estas especies típicas, simplemente en un "no hacer", sino en un "no hacer algo" exigido y esperado por la ley, y solamente algunas personas -las señaladas por la norma- pueden ser sujetos de estos delitos, convirtiendo estos delitos en propios o especiales, pues solamente las personas que tienen el deber jurídico de evitar con su acción el resultado típico, se convierten en sujetos activos de estas especies delictivas.

Los deberes jurídicos que habíamos mencionado con anterioridad, encuentran sus orígenes en diferentes fuentes, las cuales son aceptadas por la mayoría de los tratadistas, quienes coinciden en que los deberes jurídicos de actuar, pueden ser fundados y fundamentados en: A) un precepto jurídico, B) en una especial aceptación, C) en un hacer necesario, y algunos escritores agregan que son fuentes de deberes jurídicos los deberes y obligaciones impuestos por las comunidades de vida y de religión (D); así piensan Mezger (21), Soler (22), Welzel (23), y Pavón Vasconcelos (24).

Para Jiménez Huerta, el deber de actuar fundado en un precepto jurídico (A) "... tiene su origen en una ley, múltiples veces de naturaleza no penal. La madre comete -por omisión- homicidio si deja morir de hambre al recién nacido, pues los preceptos del Código Civil le imponen la obligación jurídica -

(21) Ob. cit. Parte General pp. 122 y 123.

(22) Ob. cit. T. I pp. 294 y 295.

(23) Hans Welzel "Derecho Penal" Parte General pp. 208 y 209.

(24) "Manual de Derecho Penal" p. 176.

de alimentarle y asistirle, cuidarle y protegerle". (25)

Un deber de actuar basado en una especial acentación (B) "... surge cuando el agente asume en virtud de un acto jurídico determinado, la función de evitar la producción de un resultado tífico. Las situaciones que comprenden estos actos se hallan en tan íntima conexión con el grupo anteriormente mencionado, que en realidad se encuentran en él incluidos, pues la especial acentación no es otra cosa que el hecho fáctico que origina la aplicación del precepto civil, administrativo o laboral, que inviste de fuerza obligatoria a la acentación que otorga el sujeto activo y que le erige en garante evitador del riesgo". (26)

Un deber de actuar fundado en un hacer precedente (C) "... proclamase en la bibliografía; el que cierra las puertas de la casa sin saber que dentro se halla otra persona -se afirma de consuno- es responsable del delito de retención ilegal si, no obstante las reiteradas súplicas de la persona encerrada,omite ponerla en libertad", y añade el mismo autor: "... no ha sido establecida con la debida claridad, la fundamentación jurídica de este deber. La llamada acción precedente, no tiene a nuestro juicio, otra significación, que la de un hecho en que opera la aplicación del derecho pero en sí y por sí, deja en el aire la fundamentación jurídica del deber. Los deberes jurídicos dimanaron de las normas jurídicas escritas o consuetudinarias, y nunca de acciones o de hechos. La fundamentación del deber de actuar en un hacer precedente, —

(25) Ob. cit. T. I p. 110.

(26) Jiménez Huerta ob. cit. T. I p. 111.

tiene un ámbito unánime muy restricto en la bibliografía". (27)

En cuanto a los deberes impuestos por las comunidades de vida y de religio, nos encontramos con que esa fundamentación fué elaborada por la jurisprudencia alemana, admitida en su doctrina e institucionalizada en una tesis general que Maurach refiere y sintetiza de la siguiente manera: "Siempre que — existan determinadas comunidades de vida y siempre que se presente aunque fuere transitoriamente una comunidad de religio, cada miembro de estas colectividades está obligado a evitar los peligros que surgen para los otros". (28)

Ahora bien, por lo que se refiere al artículo 340 del Código Penal, del cual nos estamos ocupando en el presente trabajo, podemos afirmar que la forma que adquiere la conducta para cometer el delito de omisión de auxilio, es típicamente omisiva, y ésta se consume al momento de que el agente "... no — diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarles el auxilio necesario...", al encontrar en estado de abandono o amenazado de un peligro a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida o inválida; pero — las obligaciones impuestas de auxiliar o dar aviso a la autoridad que impone el mencionado precepto no son alternativas ni discrecionales para el agente, — como a simple vista se podría deducir, pues si una persona en actitud de auxiliar al sujeto pasivo omite por dar aviso a la autoridad para que ésta lo auxilie, mantiene y prolonga la situación de peligro con la que se encara el sujeto pasivo, y comete sin duda el delito de omisión de auxilio, ya que la fina-

(27) Jiménez Huerta Ob. cit. T. I p. 110.

(28) Jiménez Huerta ob. cit. T. I p. 115.

tidad del tiro es preservar la vida y la integridad corporal cuando dichos —
 bienes presuntivamente sufren un peligro y riesgo, el cual el agente no ha —
 evitado con su actuar, y no obstante que posteriormente la autoridad notifica —
 da de los hechos auxilia al abandonado y cese el peligro para éste. Solamente —
 cuando el agente se encuentre imposibilitado para prestar el auxilio, teniendo —
 en cuenta las circunstancias especiales del caso concreto, deberá actuar —
 avisando a la autoridad y no auxiliando al sujeto pasivo, ya que si prestándose —
 le el socorro, corre un "riesgo personal", no se encuentra obligado a otorgar —
 lo, como claramente lo señala la ley, pero será el juzgador quien deberá to—
 mar en cuenta si el aviso a la autoridad fue la conducta debida, pero sin rer —
 der de miras la situación de hecho que revista el caso en examen. Este crite—
 rio lo encontramos en la obra de diversos tratadistas como Jiménez Huerta, —
 quien dice: "... la obligación impuesta en la frase "no diere aviso inmediato —
 a la autoridad u omitiera prestandos el auxilio necesario", no faculta al —
 agente elegir entre ambas, ya que una interpretación teleológica del precepto, —
 evidencia que su naturaleza alternativa es más aparente que real, pues si en —
 verdad el precepto en examen impone al sujeto activo la obligación jurídica —
 de eficientemente auxiliar a quien se encuentra en peligro, no es discreto —
 pensar que la voluntad de la ley sea dejar a la libre elección del agente en—
 tre avisar a la autoridad o prestar el auxilio necesario. Esta elección opera —
 como facultad del sujeto, solo cuando por las circunstancias excepcionales —
 del caso -proximidad de la persona que se halla en peligro, de la autoridad- —
 pueda darse a ésta "aviso inmediato", mas no en los demás que precisamente, —
 por la lejanía en que se halla la autoridad, se debe prestar personalmente al —
 abandonado el necesario auxilio, ya que la elección de la otra vía claramente

representa mantener y prolongar la situación de abandono en que se encuentra la persona en peligro". (29)

Fontán Balestra manifiesta: "La ley obliga a actuar cuando no vaya en — ello un riesgo para el actor. Cuando el riesgo exista, resta el deber de dar aviso a la autoridad. Es decir, que el sujeto no puede optar entre prestar el auxilio o dar aviso a la autoridad, sino que, habiendo riesgo para él, debe — prestar auxilio, y si no lo hace, el delito queda cometido. De mediar peligro para él entonces debe dar aviso a la autoridad". (30)

"No puede alegarse cumplimiento del deber — dice Soler — por el hecho de haberse dado aviso a la autoridad, pues la obligación impuesta no tiene de manera alguna carácter alternativo". (31) Así también opina Ricardo C. Núñez — cuando dice: "El autor incurre en el delito de omisión de auxilio, si no corriendo riesgo personal lo omite substituyéndolo por el aviso a la autoridad". (32)

La conducta que el agente está obligado a desplegar, es la de susrender con su actividad, la situación de peligro en que se encuentra el sujeto pasivo. Por tal razón en primer término, debe hacer todo lo posible para auxiliar al abandonado, prestando la ayuda necesaria para evitar que continúe y se pro

(29) Ob. cit. T. II p. 182.

(30) Ob. cit. Parte Especial p. 180.

(31) Ob. cit. T. III p. 181.

(32) Ob. cit. T. III p. 312.

longue la situación de peligro derivada del abandono meramente, como con la -
 escasa edad del sujeto pasivo, su condición física o bien con encontrarse he-
 rido, ya que de no hacerlo, estará contrariando a la norma, que necesariamente
 obliga al agente a anular la situación de potencial peligro que el abandono -
 tiene como consecuencia; con ende, el aviso a la autoridad, se encuentra en -
 segundo plano de importancia y como último recurso para dar con terminada o -
 suspendida la situación peligrosa que sufre el sujeto pasivo.

La ley no hace referencia ante qué autoridad debe darse aviso en caso de
 encontrar a una persona de las descritas en el tipo en examen; pero es com-
 prensible que el aviso se debe efectuar ante una autoridad competente para ha-
 cer llegar al sujeto pasivo la ayuda y auxilio necesarios. Concretamente, en
 el Distrito Federal, las autoridades competentes para hacer llegar el auxilio
 a los sujetos pasivos de la especie en estudio, son en primer lugar, las Agen-
 cias del Ministerio Público de las diferentes Delegaciones Políticas, las Co-
 mandancias de la Policía Preventiva, de la Policía Auxiliar y las Agencias --
 del Ministerio Público adscritas a los diferentes Hospitales de Emergencia, -
 quienes tienen los medios eficaces de auxiliar a las personas abandonadas y -
 en peligro.

El "auxilio necesario" a que hace referencia la ley, es aquel que tiende
 a anular eficazmente el riesgo o contingencia inminente que representa el es-
 tado de la persona abandonada; pero ese auxilio, si bien deberá ser de carác-
 ter material ó físico, pues bien dice Jiménez Huerta: "No puede estimarse en
 buenos principios jurídicos que se vesta el "auxilio necesario", cuando el -

agente en vez de taponar la herida por la que se desangra la persona en peligro o de trasladarla al puesto de socorros más cercano, se limita a alentarla o confortarla moralmente "para la otra vida". (33)

Los tipos penales en su estructura, se encuentran compuestos por ciertos elementos que les otorgan características de singularidad, que les dan vida propia y los cuales sirven para normar el criterio de quien los interpreta, y especialmente para quien va a aplicar la ley al estudiar la conducta delictiva en el caso concreto; estos elementos del tipo a los que nos referimos son los llamados elementos objetivos, elementos normativos y los elementos subjetivos.

3.- Los elementos objetivos, son aquellos que describen la conducta que se sanciona, su forma de realización; indican también y hacen referencia al resultado de la conducta delictiva, afirmando así su antijuridicidad; otras veces hacen referencia a un lugar, a un objeto, al sujeto pasivo, a los medios o instrumentos de ejecución de la conducta. Pavón Vasconcelos dice: "Debemos entender por elementos objetivos, aquellos elementos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que puede ser materia de imputación y de responsabilidad penal y pueden ser las cualidades referidas al sujeto pasivo, referencias temporales y espaciales, referencias a los medios de comisión y referencias al objeto material." (34)

(33) Jiménez Huerta ob. cit. T. II p. 182.

(34) Ob. cit. Parte General p. 248.

"Los tipos penales, describen por lo general, estados o procesos de naturaleza externa, susceptibles -como indica Mezzger- de ser determinados espacial o temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos, fijados en la ley -por el legislador en forma descriptiva y apreciables por el juez mediante la simple actividad del conocimiento". (35)

4.- Los elementos normativos, son los que para su debida interpretación no basta solamente aplicar el conocimiento, sino que tienen que someterse a una valoración por parte de la persona que aplica la ley, el juez, para poder captar su sentido dentro del tipo penal. "Hace muchas veces -escribe Jiménez Huerta- que las figuras típicas contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. En ello, a menudo, debido a exigencias de la técnica legislativa, pues en ocasiones, para tipificar una conducta, es necesario incrustar en su descripción, elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada". (36)

"Los elementos normativos reciben tal denominación, por implicar una valoración de ellos, por el aplicador de la ley. Tal valoración se requiere necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido IURIS del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar con un criterio extrajurídico". (37)

(35) Cit. por Jiménez Huerta ob. cit. T. I p. 38.

(36) Ob. cit. T. I p. 44.

(37) Pavón Vasconcelos ob. cit. pp. 250 y 251.

"Los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, -- son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico resaltan específicamente la antijuricidad de la conducta que describe. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuricidad de la conducta, encierra una específica referencia al mundo normativo, en el que la antijuricidad halla su fundamento". (38)

"Los elementos normativos, incrustados en el tipo son una llamada de atención al juez penal, se le advierte que de una manera especial debe afirmar concretamente la antijuricidad de la conducta, pues debido precisamente a esta valoración normativa, un hecho puede pasar --siendo idéntico al comportamiento material-- de hecho aparentemente lícito a hecho esencialmente ilícito; del mismo modo que en los tipos exentos de elementos normativos, un hecho aparentemente ilícito, puede pasar a la categoría de un hecho esencialmente lícito". (39)

5.- Elementos subjetivos del tipo, "son los que hacen una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de consciencia, para de esta manera, dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente la que está presidida por dicha finalidad o estado, y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como

(38) Jiménez Huerta ob. cit. T. I p. 47.

(39) Jiménez Huerta ob. cit. T. I pp. 44 y ss.

único cualquier acto externo"; así por ejemplo, continúa diciendo el mismo autor: "... no cualquier tocamiento o vibración o manoseo constituye la ejecución del acto erótico sexual a que hace referencia el delito de atentados al pudor tipificado en el artículo 260 del Código Penal, sino sólo aquellos que estén presididos por una intención lasciva". (40)

"Debemos poner especial atención -dice Soler- en no confundir los elementos subjetivos del tipo, con el elemento subjetivo del delito, la culpabilidad, ya que los elementos subjetivos del tipo gravitan directamente sobre el encuadramiento del hecho en la figura, y deben tomarse únicamente como datos fácticos de la figura delictiva". (41)

Porte Petit, en su obra (42), al clasificar el delito de omisión de auxilio en orden al tiro, manifiesta que se trata de un tiro normal porque "no requiere elementos normativos ni subjetivos"; a nuestro juicio, nos parece que efectivamente, el tiro que describe el artículo 340 del Código Penal, carece de elementos subjetivos, mas no carece de elementos normativos, pues éstos — los encontramos ubicados en las frases "... auxilio necesario..." y "... sin riesgo personal..."; el primero requiriendo una valoración de carácter cultural, y el segundo valorándolo desde un punto de vista jurídico.

Cuando el agente encuentra abandonado a un menor incapaz de cuidarse a —

(40) Jiménez Huerta ob. cit. T. I p. 50.

(41) Ob. cit. T. II p. 150.

(42) "Dogmática..." p. 294.

si mismo, a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, la ley lo obliga a actuar haciendo cesar la situación de peligro en que se encuentra su vida o su integridad corporal; ésta es la razón de ser de la figura típica, tutelar jurídicamente dichos bienes, por tal razón, el agente con su acción deberá suspender o anular el riesgo existente, restándole el auxilio efectivo y racionalmente posible.

Por ende, cuando hablamos de la supuesta alternatividad de las obligaciones inuestas por el artículo 340 del Código Penal, mencionamos que: "... no puede estimarse en buenos principios jurídicos, que se resta el auxilio necesario, cuando el agente en vez de tratar la herida con la que se desangra la persona en peligro o de trasladarla al puesto de socorros más cercano, se limita a alentarla o confortarla moralmente para la otra vida" (43), pues en este caso, la conducta del agente no es la esperada y exigida por la ley, ya que el peligro en que se encuentra la vida y la integridad corporal del sujeto pasivo, sigue latente y por tanto el agente comete sin duda el delito de omisión de auxilio. Este elemento normativo del tipo, requiere una valoración de carácter cultural por parte del juzgador, ya que deberá interpretarlo de acuerdo con conceptos de valor en cuanto a las circunstancias del caso concreto y a la acción efectiva que despliegue el agente cuando encuentra a la persona abandonada y en peligro, fundamentando de esta forma la antijuridicidad del hecho que se examine.

(43) Jiménez Huerta ob. cit. T. II p. 182.

El "riesgo personal" condiciona la obligación por parte del agente de — prestar el auxilio, pero el juzgador, deberá analizar y comprobar la existencia efectiva de ese riesgo para el agente que le impidió prestar el auxilio necesario, ya que de haber existido el riesgo mencionado, surgirá una colisión de bienes jurídicos de igual naturaleza y jerarquía que atenuarán el matiz de la anti-juridicidad ante la mira de quien juzga el caso concreto. De ahí la gran importancia que revisten los dos elementos normativos para la interpretación correcta del tipo que nos ocupa.

CAPITULO QUINTO LA ANTIJURIDICIDAD

1.- Comentario en torno a la antijuridicidad 2.- Objetividad tutelada y sujeto pasivo 3.- Circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad; A) Legítima defensa B) Estado de necesidad C) El cumplimiento de un deber D) El ejercicio de un derecho E) Análisis del artículo 340 del Código Penal.

1.- Es la antijuridicidad sin duda alguna, uno de los elementos del delito más interesante y discutido por los estudiosos del derecho, tan es así que para algunos autores, lo antijurídico lo consideran no únicamente como elemento del delito, sino su íntima esencia.

"La acción humana, para ser delictiva -dice Cuello Calón - ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales".(1)

Para que una conducta humana pueda considerarse antijurídica, debe oponerse o ser contraria a una norma penal, es decir, cuando una conducta pone en peligro o lesiona un bien o interés jurídico tutelado y protegido por un tipo penal, la consideraremos como antijurídica. No se debe considerar una conducta como antijurídica en principio, si solamente se adecúa a la descripción típica penal, sino que debe someterse a una valoración tan-

(1) Cuello Calón ob. cit. Parte General p. 309

to de hecho como de derecho, en la cual se deberá apreciar si efectivamente contraría a la ratio del mismo tipo, si efectivamente esa conducta pone en peligro el bien jurídico protegido, y los valores sociales que en determinado tiempo se consideran vigentes; por tal razón, no estamos de acuerdo con algunos autores como Welzel, quien manifiesta que "quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa en principio antijurídicamente", equiparando la antijuridicidad con la tipicidad, pues aunque él considera que la relación de la adecuación típica con la antijuridicidad es "el indicio de la antijuridicidad de la acción", no es posible que un comportamiento típico, necesariamente sea antijurídico, pues de ser así, el derecho no protegería a quien defendiendo sus intereses, realizare una conducta que automáticamente se consideraría típica y antijurídica al mismo tiempo, sin que fuera posible llevar a cabo una valoración que demostrara que su conducta nació justa ante el derecho.

Algunos otros autores se limitan a manifestar simplemente que existe antijuridicidad en una conducta cuando no se prueba la existencia de una causa de justificación, pero desechamos esa opinión que soluciona el problema de la antijuridicidad con un "procedimiento simple de exclusión, pues si nos acogásemos a ese criterio, se requeriría, para establecer lo antijurídico, de una doble condición: por un lado la adecuación típica de la conducta, y por otra parte, la ausencia de una causa de justificación".(2)

(2) Pavón Vasconcelos ob. cit. p. 266

Para considerar antijurídica a una conducta, no debemos perder de mira el bien jurídico tutelado por la norma penal, el cual es la base en que descansa la valoración de la conducta a analizar; por lo tanto el binomio conducta-bien jurídico son los elementos esenciales con los que el juzgador — cuenta para resolver el problema de la antijuridicidad.

Ahora bien, lo antijurídico considerado como contrario al derecho, nos muestra que la antijuridicidad no solo es privativa del derecho penal, pues existen conductas antijurídicas dentro del derecho civil, del derecho fiscal, del derecho laboral, y así la encontramos dentro de todas y cada una de las ramas del derecho, con lo cual, estamos de acuerdo con Franco Guzmán quien dice: "No hay una antijuridicidad específicamente penal; es antijurídico todo aquello que en alguna forma lesiona o hace peligrar cualesquiera género de derechos o valores jurídicos. Sin embargo, la antijuridicidad de un atentado contra el Derecho Penal genéricamente, igual a la antijuridicidad civil, administrativa, etc. tiene que hallarse tipificada y acarrear como consecuencia una sanción penal".(3) De esta misma forma plantea esta cuestión Helzel.(4)

Existen varios criterios y posiciones de los diferentes tratadistas — que tratan de encontrar la esencia de la antijuridicidad en diferentes aspectos. Pavón Vasconcelos en su obra, nos muestra algunos conceptos de estas tendencias; y así en cuanto al criterio objetivo de la antijuridicidad

(3) "Delito e Injusto" p. 173 (3)

(4) "Derecho Penal" Parte General pp. 58 y 59

dice: "Welzel es contundente al afirmar el carácter objetivo de la antijuridicidad, por cuanto recae sobre la conducta o hecho en relación al orden social jurídico y con base en una escala general"(5), y efectivamente, el mencionado autor en su obra manifiesta que el objeto que se valora, a saber, la acción— es en cambio una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subje—
 tivos (psíquicos); continúa diciendo Welzel: "...de la confusión de valoración y objeto valoración, resultaron muchos malos entendidos a cerca del significado de la "naturaleza objetiva" de la antijuridicidad. La antijuridicidad, es co—
 mo vimos, un predicado objetivo de valor, porque expresa el desequilibrio ob—
 jetivo entre acción y orden jurídico. En cambio la acción que constituye el
 objeto de la valoración de la antijuridicidad, contiene elementos objetivos—
 (del mundo exterior) como subjetivos (psíquicos). Por eso la afirmación de
 que la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo (generalmente válida),
 no contiene la afirmación de que el objeto de la antijuridicidad debe ser un
 substrato "objetivo" (del mundo exterior) a pesar de que ambas afirmaciones—
 son mezcladas frecuentemente".(6)

Opinión semejante es compartida por otros autores; Jiménez de Asúa ex—
 presa: "...lo antijurídico es objetivo al ligar el acto con el Estado, no sien—
 do lo antijurídico lo captado por el dolo, sino el deber de no violar las nor—
 mas".(7)

(5) Cit. Pavón Vasconcelos ob. cit. p. 268

(6) Hans Welzel ob. cit. pp. 57 y 58

(7) Cit. Pavón Vasconcelos ob. cit. p. 268

"El orden jurídico valora —dice Jiménez Huerta— según las exigencias— de la propia vida, tanto la conducta como los resultados. Unas veces proyecta su valoración simplemente sobre la conducta; otras además, sobre sus consecuencias fácticas. Tan antijurídica es la conducta del que pone en ejecución actos externos con el fin de matar a otro, como el estado de muerte — producido como efecto de la conducta".(8)

Franco Guzmán dice: "Los que sostenemos la existencia de una antijuridicidad como elemento del delito, con naturaleza objetiva, podemos aceptar que se hable de un aspecto objetivo de la ilicitud, que por consiguiente, se considera como la nota concencial más importante del delito. Ya sobre estas bases puede admitirse que la culpabilidad sea el aspecto subjetivo— de la ilicitud".(9)

La corriente subjetiva de la antijuridicidad, pretende encontrar la— esencia de lo antijurídico en una especie de contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma, tomando en cuenta al derecho como una voluntad que se impone a la voluntad del sujeto motivándola, de manera que, el acatamiento de las normas que integran al Derecho, así como la violación a las mismas, son necesariamente procesos de voluntad del mismo sujeto; resultando que, la acción para considerarse ilícita, debe ser ejecutada y debe provenir de un sujeto imputable y por ello culpable. A este respecto, Franco Guzmán manifiesta: "Los subjetivistas parten de la teoría de los imperati—

(8) "La Antijuridicidad" p. 26

(9) "La Subjetividad en la Ilícitud" p. 33

vos que, como es sabido, tiene un origen kantiano. El derecho se concibe como una voluntad que como fuerza psicológica (con la ayuda de la amenaza de la pena), actúa sobre la voluntad misma del sujeto, que por tanto, está obligado a no quebrantar el orden estructural de la ley, de modo que ya sea el cumplimiento de la obligación, como el acto de violación a la voluntad de la ley, resultan ser forzosamente procesos voluntarios. De este modo, sólo serán ilícitas las acciones que se encuentran en contraposición con el Derecho en su esencia de mandato legislativo. Así como sagazmente se ha observado, — los autores de actos antijurídicos sólo serán los imputables, ya que únicamente en éstos es donde se puede encontrar una base al elemento psicológico contrario a la esencia ordenadora propia del Derecho. Para los subjetivistas por tanto, el núcleo de todo el orden jurídico está constituido por la obligación. En substancia todo se reduce al concepto de obligación y a la coacción psicológica de su observancia. . . Sostenemos el carácter objetivo de la antijuridicidad, negando en cambio el subjetivo de los imperativistas — que termina por anular toda distinción entre culpabilidad y antijuridicidad" (10).

Otros autores, sostienen que existe una antijuridicidad formal y una antijuridicidad material; así manifiestan que la acción es formalmente antijurídica, cuando se contrapone a la norma dictada por el Estado y establecida en el Derecho, y la acción es materialmente antijurídica, cuando lesiona o pone en peligro los bienes sociales que protegen los tipos penales, resultando, por tanto una conducta antisocial; así Von Liszt. (11)

(10) Franco Guzmán "La Subjetividad.." pp. 24, 25, 33.

(11) Cit. Ravón Vasconcelos ob. cit. p. 273

Comulgamos con Franco Guzmán cuando afirma: "No existen en una misma infracción una antijuridicidad material y otra formal. La ilicitud es siempre una unidad axiológica, dentro de la que pueden, empero, encontrarse esos dos aspectos".(12)

Nosotros acentamos la naturaleza objetiva de la antijuridicidad en cuanto que, siendo la conducta (acción u omisión) el elemento sobre el cual recae el juicio de valoración, ésta se encuentra siempre revestida de objetividad, independientemente de la voluntad o elemento subjetivo (psíquico) de su autor siendo ésta última analizada por la culpabilidad, dividiéndose así, el elemento objetivo y el elemento subjetivo del injusto, los cuales tienen una marcada línea divisoria.

2.- La antijuridicidad siempre está vinculada a un bien jurídico determinado o determinable en cada figura típica, el cual se pone en peligro o se lesiona, cuando el agente desobliga su conducta. El delito de omisión de auxilio que nos ocupa, protege y tutela los bienes jurídicos vida e integridad corporal primordialmente, como nos lo muestra la descripción del mencionado precepto, así como su ubicación dentro de nuestro catálogo punitivo. Decimos primordialmente, ya que la vida es el bien jurídico con más alta jerarquía dentro de los valores del ser humano, ya que como subraya Jiménez Huerta: "... habida cuenta de que cuando se pierde la vida, salen sobrando todos los demás valores

(12) "Delito e Injusto" p. 174 (6)

humanos".(13)

Así pues, cuando la ley penal nos describe; "El que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapáz de cuidarse a sí mismo, o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera...", observamos, en primer lugar, que un individuo por su escasa edad, incapáz de cuidarse a sí mismo, al estar abandonado, se enfrenta a un peligro para su vida e integridad corporal, por la simple separación física respecto a la persona que tiene la obligación de atenderle, cuidarle y protegerle; dicho abandono es de sí y por sí, un riesgo latente para los mencionados bienes jurídicos, pues si se trata de un menor en edad lactante, la separación de su madre, lo llevaría a una muerte segura; ahora bien, si se trata de un menor en edad preescolar, al estar abandonado, deambulando por las calles, puede ser atropellado por algún vehículo o sufrir un ataque de un animal bravo, pues no está capacitado para proveerse la protección necesaria, viviendo un peligro para su vida e integridad corporal. Pero no debemos olvidar que dentro de las grandes aglomeraciones de las ciudades del mundo moderno, existen individuos de gran peligrosidad social, que se aprovechan de cualquier situación para colmar sus necesidades e instintos; y por lo tanto no es extraño que ocurra que un sujeto, al encontrar a un menor abandonado o a una persona herida o inválida, se valga de esta situación ya sea para robarle o cometer otros delitos, tales como el de violación, lesiones o cualquier otro ilícito; por ello, el artículo 340, protege y tutela bienes jurídicos como la libertad sexual, el patrimonio, etc, ya

(13) Jiménez Huerta ob. cit. T II p. 15

que teleológicamente, con la frase "un peligro cualquiera", extiende su sombra protectora hacia otros bienes jurídicos, creando la obligación de auxiliar a nuestros semejantes, fortaleciendo así, los vínculos de solidaridad social a que hacíamos referencia en páginas anteriores, siendo ésta, la razón de ser del tipo de omisión de auxilio; por esta razón, no estamos de acuerdo con la descripción del sujeto pasivo anotada en el artículo 340 del Código Penal, ya que si la finalidad del precepto es crear una obligación general para socorrer y asistir a quien se encuentra en peligro, no debería restringirse su contenido protector a los menores incapaces de valerse a sí mismos o a las personas—heridas o inválidas que se enfrentan a una situación de riesgo para su vida o salud, sino que, debemos tomar en cuenta que no solamente un menor de edad se puede encontrar abandonado, ya que una persona mayor de edad que presenta una alteración de carácter patológico o psicológico, al estar en cualquier sitio, lejos y separado de la persona que le atiende y protege, por ese solo hecho, se enfrenta a un peligro inminente para su vida e integridad física, independientemente del riesgo que sufra si una persona, viendo su desamparo, le ataca y le haga víctima de un delito; por otra parte, si bien la ley hace referencia a "una persona herida, inválida...", no es discreto pensar que la invalidez a la que hace mención, sea de carácter patológico, como puede ser la parálisis de algún miembro o las huellas de poliomiélitis u otro mal, sino que la invalidez debe ser tomada en cuenta, como la situación especial en cada caso concreto, que impida al sujeto pasivo proveerse los medios necesarios para anular el peligro con el que se encara, independientemente de las lesiones, heridas o cualquier otra alteración de la salud que presente al momento de encontrarse en la situación de abandono.

Por lo tanto, proponemos la siguiente fórmula que, a nuestro juicio, ampliaría el margen de protección del tipo de omisión de auxilio: "El que en cualquier sitio a una persona incapaz de cuidarse a sí misma, amenazada de un peligro cualquiera, se le articularán de seis meses a un año de omisión o multa de mil a diez mil pesos, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal". De esta forma, quedarían incluidas en la tutela jurídico penal, todas aquellas personas, menores o mayores de edad, que por sus características individuales no pudieran proveerse, por sí mismas, los cuidados necesarios para su subsistencia, como las que aún no estando inválidas o heridas, corrieran un peligro, fuere cual fuere la naturaleza del mismo, inclusive el peligro resultado de un estado de abandono, el cual se excluiría de la fórmula que contiene el artículo 340 del Código Penal vigente, como presupuesto de la conducta de la aludida especie típica, ya que con la mención dentro del precepto, de la frase "un peligro cualquiera", abarcanse todas las situaciones de riesgo para el sujeto pasivo, evitando a evitar ese peligro, o a suspenderlo mediante la conducta del sujeto activo, que es exigida por el tipo propuesto. Con la fórmula sugerida, el tipo estaría acorde con su finalidad de imponer la mutua asistencia y la solidaridad social, que dió origen al artículo 340 de nuestro vigente catálogo punitivo.

3.- Existen algunas circunstancias que impiden el nacimiento de la anti-juridicidad cuando se ha desplegado una conducta tónica, las cuales suelen ser denominadas "Causas de Justificación". Cuando una conducta encuadrable en una descripción tónica penal, no pone en peligro ni lesiona un bien jurídicamente tutelado, no puede catalogarse como anti-jurídica.

"Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten el aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta sin embargo el carácter de ser anti-jurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen... y las causas de justificación pueden existir aún cuando los códigos no las marquen".(14)

"Si el juicio valorativo que se pronuncia sobre la antijuridicidad de una conducta, arroja un resultado negativo, obvio es que las circunstancias que han sido tomadas en cuenta para valorar la conducta como ilícita, operan como impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad, ya que hacen imposible su existencia y vida. La conducta que no es anti-jurídica, no necesita justificarse; quien no lesiona ningún interés jurídico, o quien lesiona algún interés al obrar conforme a derecho, no efectúa ninguna conducta anti-jurídica que tenga que ser legitimada".(15) Por tal razón, utilizaremos en este trabajo el-

(14) Jiménez de Asúa "Tratado de Derecho Penal" T III p. 1035

(15) Jiménez Huerta "La Antijuridicidad" p. 119

término "Circunstancias que impiden en nacimiento de la antijuridicidad" en vez del término "Causas de Justificación", que omite la mayoría de los tratadistas.

En nuestro Código Penal, encontramos las circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad dentro del artículo 15, bajo el rubro de "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad", apreciándose dentro de sus fracciones, algunas referencias a la conducta (por ejemplo, la fracción I) o las excusas absolutorias (fracción IX) y algunas otras en relación a la culpabilidad.

2) Dentro de las circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad, encontramos a la Legítima Defensa, (art 15 fracción III), definiéndola nuestro Código Penal como "El obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor, o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulta un peligro inminente...", definición apoyada a la que nos ofrecen la mayor parte de los doctrinarios. De la anterior definición, podemos desprender los siguientes elementos: una ofensa peligrosa, y una defensa necesaria.

Ofensa, dice Jiménez Huerta, "es el ataque o agresión a cualquier interés jurídicamente protegido".(16), pero no toda ofensa origina una situación de peligro, solo aquella que ataca la existencia de un bien vital, pues una injuria o amenaza, siendo ambas, conductas ofensivas, no crean ninguna situación

(16) "La Antijuridicidad" p. 255

peligrosa para los bienes jurídicos de la persona, que requieran de una autodefensa, pues en estos casos, el ofendido, debe acudir a los órganos del Estado para que sea por medios legales, la represión a la conducta ofensiva, siguiendo el procedimiento adecuado en cada caso concreto.

Nuestro Código Penal, señala que la agresión debe ser violenta, es decir, que se ejerza material y directamente sobre el agente. "Toda agresión —dice— Carrancá y Trujillo— contiene subsumida la idea de violencia, de fuerza contra derecho; pero al subrayar esta nota la fórmula legal, está exigiendo la existencia de VIS, fuerza física y excluye la coacción o fuerza moral como — constitutiva de las agresiones rechazables justificadamente; se requiere, por tanto el ímpetu lesivo, la actividad física del agresor".(17)

En relación a la agresión actual, dice Maurach: "...la actualidad, la de termina el momento de la situación amenazadora creada por la agresión inminente, no la lesión misma. En este sentido, es actual una lesión inminente o subsistente de bienes jurídicos. Con ello se ha fijado el punto inicial y final de la agresión. Desde el punto de vista negativo; la agresión por un lado, no debe estar muy alejada en el tiempo, por otro, no debe aún haber concluido la definitiva lesión del bien susceptible de defensa".(18)

(17) Carrancá y Trujillo "El Código Penal Anotado" p. 94

(18) ob. cit. T I p. 381

¿Qué es un peligro actual e inminente? interroga Demetrio Sodi, y él mismo contesta: "El que es presente, el que nos amenaza con un riesgo cercano de tal modo grave, que ya lo vemos descargándose sobre nosotros, no el peligro— que presentimos, el conjetural, que puede o no acontecer, sino el cierto, in dubitable, que nos llena de temor y embarga nuestro espíritu".(19)

Por lo tanto, debemos entender y considerar como agresión actual, la que sucede en el presente, pues si la agresión fué pasada, la reacción constituiría una venganza, y por otro lado, si fuese futura o esperada, se estaría en posibilidades de preparar medios defensivos ante el esperado ataque, acudiendo como antes dijimos, ante una autoridad que impediría la realización de la agresión, evitando con esto, una autodefensa anti-jurídica.

B) Otra de las circunstancias impositivas del nacimiento de la anti-juridicidad, la encontramos en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, — bajo la denominación de Estado de Necesidad.

El estado de necesidad, surge cuando existe una colisión de bienes jurídicos— es decir, cuando para preservar un bien o un interés, es necesario el sacrificio de otro bien, ejecutando una conducta prevista y sancionada por un tipo penal.

Para José Almaraz, el estado de necesidad "...es una situación de peligro

(19) Cit. Jiménez Huerta "La Antijuricidad" p. 259

actual, grave e inminente, que fuerza a ejecutar una acción u omisión delictivas para salvar un bien propio o ajeno". (20)

Von Liszt, considera al estado de necesidad como "...una situación de — peligro actual a los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos". (21)

El estado de necesidad, tiene sus orígenes desde las manifestaciones de derecho penal más antiguas, pues la situaciones en las que se tenía que sacrificar un bien en aras de otro, se encontraban ya previstas en el Código de Manú. Establecíanse en ese ordenamiento legal, las bases del robo famélico; se autorizaba el abandono de mercaderías en el mar para evitar un naufragio; se autorizaba también el deterioro de la casa ajena para salvaguardar la propia etc. Situaciones también previstas por algunas leyes romanas.

El estado de necesidad para algunos autores, es una circunstancia impeditiva del nacimiento de la antijuridicidad, y es además, una circunstancia que regula el grado de reprochabilidad de una conducta, excluyendo así, la culpabilidad de un hecho típico. Esta diferenciación, la fincon de acuerdo con el bien jurídico que se encuentra en colisión con otro; así pues, se tomará en cuenta la conducta desplegada por el agente como circunstancia impeditiva —

(20) Cit. Pavón Vasconcelos "Manual..." p. 299

(21) *Ibidem*.

del nacimiento de la antijuridicidad, cuando el bien sacrificado es de menor jerarquía o valor que el bien salvado; y será inculpable su conducta, si el bien jurídico sacrificado es de mayor estimación que el bien salvado. Esta posición ha dado origen a dos teorías, la denominada Teoría Unitaria, seguida por tratadistas como Liszt, Meyer, Hippel, Maggiore, Bettiol, Panniar; y la teoría de la diferenciación, seguida y sostenida por escritores como Berner, Leipzig, Janka, Mezger, y otros más. La teoría unitaria, considera como "causa de justificación", la conducta que lesiona un bien de menor jerarquía, para salvar otro de mayor valor; y la teoría de la diferenciación, excluye la culpabilidad del autor de una conducta que lesiona un bien de mayor valor y jerarquía que el bien salvado; e igual acontece con bienes considerados de igual jerarquía como pueden ser dos vidas humanas, pero en este caso específico, el estado de necesidad inculpable, da nacimiento a la llamada no exigibilidad de otra conducta. Este criterio es seguido por tratadistas como Jiménez de Asúa, Jiménez Hurtado, Maurach y Welzel entre otros, quienes manifiestan que la antijuridicidad de la acción subsiste, pero que la conducta no es reprochable, ya que no se puede exigir el heroísmo, cuando la vida propia se encuentra en peligro, citando el clásico ejemplo de la Tabla de Carneades. "De ahí, dice Pavón Vasconcelos, que la doctrina haga hincapié de la comparación del estado de necesidad como causa de justificación o de inculpabilidad".(22)

Los elementos del estado de necesidad son los siguientes:

(22) "Manual..." p. 303

a) La existencia de un peligro real e inminente, siendo éste la base — fáctica de esta circunstancia impositiva del nacimiento de la antijuridicidad; pero en relación a la actualidad e inminencia del peligro, nos remitimos a — los conceptos vertidos al analizar la legítima defensa, imitando desde luego, su valoración objetiva, tomando en cuenta además, la exclusión del estado de necesidad como circunstancia impositiva del nacimiento de la antijuridicidad en lo que se refiere al párrafo final de la fracción IV del artículo 15 — del Código Penal, relativa a los sujetos que por su empleo o cargo, tienen el deber legal de sufrir el peligro, pero como acertadamente dice Villalobos: — "... dentro de los límites razonablemente humanos". (23)

b) Que ese peligro recaiga sobre bienes jurídicos; y a ese respecto existen diferentes opiniones, ya que unos autores pretenden que la necesidad de — salvar bienes propios o de un tercero, se refieren limitativamente para los — bienes protegidos en la legislación civil, pero como acertadamente Villalobos — opina: "... que tratándose de un precepto penal, debe ser interpretado de — acuerdo con los fines y preocupaciones del Derecho Penal, y en tal sentido, — como tutela de bienes jurídicos o de intereses sociales, se comprenden en dicho término tanto la vida como la integridad, el honor, la libertad, el patrimonio, etc., de tal manera que cuando el estado de necesidad surge, es posible la salvación de cualquier bien jurídico con sacrificio de otro de menor — valor". (24) Por lo tanto, los bienes jurídicos que son susceptibles de salvar en un estado de necesidad, pueden ser todos aquellos bienes o intereses —

(23) Ignacio Villalobos "Derecho Penal Mexicano" p. 377.

(24) Ob. cit. p. 385.

sociales preponderantes para la colectividad, sea cual fuere su naturaleza, - ya que la disposición legal no hace una descripción limitativa de los bienes - a salvar cuando se sacrifica otro bien o interés ante una colisión de ellos.

c) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente. Existen controvertidas opiniones entre quienes consideran que el peligro al que se refiere el estado de necesidad, para los bienes jurídicos en colisión, no deba ser provocado dolosamente por quien ejecutará la conducta que sacrificará un bien en aras de la subsistencia de otro; así Antolisei, al referirse a los requisitos de la situación de peligro, estima preciso que no haya sido causada voluntariamente por el agente, argumentando: "... que se está en el caso de excluir el funcionamiento de la justificante cuando el propio sujeto ha determinado la situación de peligro mediante una acción consciente y voluntaria". (25)

Si bien la mayor parte de los autores -dice Pavón Vasconcelos- parece mostrarse de acuerdo con ese punto de vista, excluyendo la posibilidad de la integración del estado necesario cuando la situación de peligro ha sido provocada dolosamente, no sucede lo mismo respecto a la invocación culposa, estimándose injusto no hacerlo funcionar para quien mediante un acto imprudente, imprevisto, negligente, originó la situación de peligro. (26)

"No parece ajeno ni razonable -dice Villalobos- eliminar la excluyente cuando el estado de necesidad se debe a un acto doloso del contraventor, si -

(25) Cit. Pavón Vasconcelos ob. cit. p. 305.

(26) Ob. cit. p. 305.

ese dolo no es encaminado a la creación misma de tal situación, como medio de prepararse la impunidad en el delito en el que luego se invoca. El hombre que entra a robar a un comercio y se encuentra luego envuelto en el incendio imprevisto, no podría ser acusado de allanamiento de morada, si sale con toda la gente que se haya en el almacén, por la casa contigua, a menos que nuevamente se diera vida al error que hacía responsables a los hombres de cuanto - pudiera ocurrir mientras actuaban en algo ilícito. Es indudable, sin embargo, que este sujeto provocó el estado de necesidad, que por lo que a él correspondía de al introducirse al edificio en que nada (lícito) tenía que hacer, pero desconociendo la eximente de necesidad, por lo que vé a su propio salvamento, se ría retrogradar a tiempos felizmente superados". (27)

d) Que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho. Dice al respecto Pavón Vasconcelos: "... la consecuencia lógica del conflicto o colisión de bienes, se traduce en la salvación del mayor valor a expensas del sacrificio del de menor entidad" (28); es decir, que es necesario en esta figura jurídica que la salvación de algún interés o bien propio o de terceros, — obligue al agente con su conducta, exponer a un peligro potencial o efectivo, los bienes jurídicos de otro, lesionando así otros intereses legítimos y jurídicamente protegidos.

e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro. Este requisito supone una inevitabilidad del riesgo que el agente

(27) Villalobos ob. cit. p. 390.

(28) Ob. cit. p. 308.

origina cuando salva sus bienes o los de un tercero ante una situación de peligro. Jiménez Huerta dice: "La situación de peligro para un bien jurídico, - que es la base fáctica del estado de necesidad, obliga a quien afecta a realizar una acción lesiva para salvarlo. Esta acción lesiva solo debe emprenderse, cuando ante la realidad, gravedad e inminencia del peligro, resulte necesaria para salvaguardar el bien jurídico de que se trate... si otro medio es posible para liberarse de la situación de peligro, no será jamás legítima la lesión de un bien de un tercero inocente". (29)

(1) Otra de las causas que irrumpen el nacimiento de la anti-juridicidad la encontramos dentro de la fracción V del artículo 15 del Código Penal, la cual consiste en "obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley".

Existen algunas conductas que a primera vista reúnen objetivamente los elementos de un delito, pero el agente cuando actúa no lesiona los ideales valorativos de la comunidad, pues su conducta se encuentra legitimada en su origen, por un deber jurídico y por lo tanto no constituye delito. Así pues, un agente de la Policía Judicial no comete el delito de abuso de autoridad cuando detiene a un sujeto cumplimentando una orden de aprehensión dictada por un juez competente; no comete delito un actuario cuando secuestra una cosa cuyo aseguramiento ha sido ordenado legalmente para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño. Estas conductas no pueden calificarse como anti-jurídicas en atención a que son ejecutadas por personas autorizadas expresamente —

(29) "La Anti-juridicidad" pp. 329 y 330.

con la ley para cumplir órdenes de otra persona que a su vez tiene el deber jurídico de actuar.

Pavón Vasconcelos dice que los deberes cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad pueden derivar:

"a) De una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley, expresión de valor genérico indiscutible y a la cual no se refiere exclusivamente a los mandatos legales de cuya fuente de producción se identifica con el poder legislativo, pudiendo emanar de un reglamento y aún de una simple ordenanza.

b) De una orden de la autoridad, debiendo entenderse por tal, la manifestación de voluntad del titular de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos originada en el orden, que debe ser formal y substancialmente legítima". (30)

La legalidad formal de la orden requiere, según Antolisei:

"1) Competencia del superior al dictarla; 2) Competencia del subordinado al cumplirla y 3) Ejecución de la misma en la forma prescrita por la ley.

La legalidad sustancial exige el concurso de los presupuestos estableci-

(30) Ob. cit. pp. 312 y 313.

dos en la ley para dictarla. Solar aclara: en los de obediencia, el poder de actuar no llega ordinariamente al funcionario directamente de la ley, sino — por interposición de una persona distinta que da la orden". (31)

Jiménez Huerta dice: "El ordenamiento jurídico impone también al individuo en su simple condición de tal, determinados deberes en forma imperativa.— El cumplimiento de éstos deberes invade el nacimiento de la antijuridicidad de la conducta que lesiona bienes jurídicos ajenos" y así en relación con el artículo 340 que estamos estudiando, el mencionado autor manifiesta: "Así, no actúa anti-jurídicamente quien para salvar a un niño a quien encuentra caído en el estanque de un jardín particular irrumpe al mismo violentamente, causando destrozos en la barda o en la floresta, ya que el artículo 340 del Código Penal, le impone el deber jurídico de prestar auxilio a la persona que se halla en peligro". (32)

D) De la misma fracción V del artículo 15 del Código Penal, derivarse — otras causas que invaden el nacimiento de la antijuridicidad, siendo éstas, — las conductas que se despliegan ejerciendo un derecho consignado en la ley.

El hombre tiene un sinnúmero de derechos que los ordenamientos legales le confieren con el fin de que sus actividades se encuentren reguladas y lograr con esto una convivencia pacífica dentro de la sociedad; empero, existen conductas que al lesionar un bien jurídico, no ofenden los ideales valorati-

(31) Cit. Pavón Vasconcelos ob. cit. p. 313.

(32) "La anti-juridicidad" pp. 207 y 208.

vos de la comunidad. Las actividades a las que nos referimos, están reconocidas y reglamentadas por el Estado debido a que en algunas ocasiones como resultado de esas actividades suelen desllegarse conductas que ponen en peligro o lesionan un bien jurídico tutelado en una norma penal, y a ese respecto, Jiménez Huerta dice: "Obra en el ejercicio de un derecho (artículos 6 y 7 de la Constitución) quien en ejercicio de la libertad de crítica, manifiesta su opinión sobre alguna producción literaria, artística o científica, o expone con fines informativos su juicio sobre conducta, instrucción o conducta de otro".

(33)

No comete -por ejemplo- el delito de retención ilegítima de la cosa, previsto y sancionado por el artículo 384 del Código Penal, el dueño del establecimiento que retiene el equipaje de los pasajeros para que responda por el importe del hospedaje, pues en esta hipótesis, el propietario ejerce un derecho que le confiere el artículo 2669 del Código Civil, y por lo tanto la conducta que desllega no tiene la calidad de ser anti-jurídica. Por tal razón, nos referimos nuevamente a los conceptos sobre la anti-juridicidad vertidos al comienzo de este capítulo, cuando mencionábamos que la simple adecuación típica de un hecho, no implica su anti-juridicidad pues la conducta deberá ser analizada de una manera objetiva para comprobar que efectivamente lesionó o puso en peligro algún bien jurídicamente protegido, y solo entonces, se podrá calificar como una conducta anti-jurídica.

Obra también ejercitando un derecho, el que practica un deporte con con-

(33) "La anti-juridicidad" p. 213.

secuencias lesivas. En efecto, es un derecho del individuo reconocido y reglamentado por el Estado el dedicarse a actividades que le entretienen y le brindan solaz, como es la práctica de los deportes, pero en ocasiones al practicar alguna de esas actividades, suelen devenir conductas que a primera vista podrían calificarse como antijurídicas, pero analizándolas y valorándolas, no son constitutivas de delito.

Así pues, quien golpea y conmociona a su adversario, boxeando, no comete el delito de lesiones, puesto que el deporte del boxeo es de interés general y se encuentra debidamente reglamentado, y su finalidad es el intercambio de golpes por parte de los que intervienen en la práctica de ese deporte, aunado a que deben cumplir requisitos como son edad, peso, condición física, estatura, etc., para tener derecho a practicar el boxeo; y en relación a este tema, Jiménez Huerta manifiesta: "Estos golpes y violencias no son antijurídicas — por una doble causa que se funde en un todo; porque son ejecutadas en el ejercicio del derecho que el Estado reconoce a los ciudadanos para practicar y — ejercitar determinados deportes en la forma por él reglamentada, y porque el individuo que voluntariamente toma parte en ellos, presta válidamente su consentimiento para ser afectado por los golpes y violencias que los juegos implican según los reglamentos". (34)

Los ejemplos citados de circunstancias impositivas del nacimiento de la antijuridicidad no son limitativos, pues existen en la ley, en la doctrina y en la realidad constante, innumerables circunstancias que rodean a los hechos —

(34) "La Antijuridicidad" pp. 218 y 219.

concretos que incidan que una determinada conducta sea considerada como anti-jurídica, en atención a que si bien, a primera vista son hechos típicos y lesionan algún interés jurídicamente tutelado, no se ofende a los intereses generales ni a los ideales valorativos de la comunidad puesto que esos hechos — tienen un nacimiento justo ante el Derecho. Por tal razón, solamente nos hemos referido a las circunstancias impositivas del nacimiento de la anti-juricidad que en la vida diaria tienen una realidad constante y por ser las que — primordialmente, nos muestran el proceso para comprender en forma sencilla — tan importante problema del mundo jurídico.

E) "El vigente Código Penal, no solamente sanciona al que omitir cumplir un deber jurídico, engendra una situación de abandono presuntivamente-peligrosa para la vida o la salud de la persona abandonada, sino que también castiga —aunque con una moderada pena alternativa de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos— a quien con su abstención prolonga la situación de abandono en que otro se halla". (35)

En efecto, ya habíamos anotado en anteriores páginas, que la razón de — ser del tipo de omisión de auxilio, encuentra su fundamento en los lazos de — solidaridad humana, impuestos en la asistencia obligatoria para los que se encuentran desamparados y en peligro; desamparados desde el punto de vista del abandono, que en sí y por sí representa un peligro para la vida y la salud — del individuo, y el peligro accesorio al estado de abandono, oriundo del lugar y circunstancias que rodean a la persona abandonada. Por este motivo, —

(35) Jiménez Huerta "Derecho Penal Mexicano" T. II p. 180.

cuando el agente desobliga una conducta que no es la esperada y exigida por la ley por no suspender la situación de peligro que sufre el sujeto pasivo, sin que medie peligro ni riesgo personal, estará contradiciendo a la norma penal y ofendiendo los ideales valorativos de la comunidad, y estaremos frente a una conducta tónica y antijurídica, ya que con su omisión prolonga la situación de riesgo potencial para la vida y la integridad corporal de la persona abandonada.

Al principio de este capítulo nos habíamos referido al sujeto pasivo, titular del bien jurídico tutelado, y hacíamos referencia a la fórmula legal — propuesta que ampliaría el margen protector de la especie tónica en estudio, la cual abarca a cualquier persona en peligro, comprendiendo dentro de la descripción sugerida, tanto a personas mayores y menores de edad, a diferencia de las legislaciones italiana y argentina, las cuales contienen especificada la minoría de diez años de edad para los sujetos pasivos del tipo de omisión de auxilio. Y ya también nos habíamos referido al presupuesto fáctico del artículo 340 localizado en la frase "al que encuentre...", y dijimos estar de acuerdo con el criterio de Jiménez Huerta, en no acordarle un sentido más amplio que el explicado, para no contravenir a la Constitución Política, incidiendo en la interpretación analógica prohibida a la que hace referencia el artículo 14 de nuestra Ley Fundamental; y comentando el aludido presupuesto fáctico, anotamos que "El restricto ámbito de este presupuesto tónico, no coincide con la ratio del precepto ni con los vínculos de solidaridad humana que emergen del mundo cultural en que vivimos" (36), pero, si el presupuesto-

(36) Jiménez Huerta "Derecho Penal Mexicano" T. II p. 181.

no coincide en verdad con la razón de ser del tipo, en nuestro concepto es la única forma en que se puede dar vida a la obligatoriedad de socorrer a quienes se encuentran en peligro a consecuencia de un estado de abandono, pues la restricción favorece la articulación de la pena prevista para quien con su omisión prolonga el estado de peligro con el que se encara un individuo, ya que de lo contrario, si se amplificara el marco de aplicación para el presupuesto fáctico en una descripción típica distinta, estaríamos "elaborando" un tipo del que sería imposible su punibilidad o represión, pues las conductas antijurídicas en relación a la especie típica que analizamos, quedarían fuera de alcance de los órganos jurisdiccionales del Estado. Ejemplifiquemos para una mejor comprensión; si diésemos al tipo plasmado en el artículo 340 del Código Penal, una fórmula con un presupuesto fáctico de mayores alcances, verbigracia: "Al que esté en presencia de..." o "A quien tenga conocimiento de...", nos llevaría a elucubrar hipótesis típicas "de laboratorio", pues no sería discreto pensar que si en una calle se encuentra una persona abandonada y en peligro, y cientos de transeuntes se percatan de ese hecho, en atención a la anormalidad del presupuesto fáctico, todos aquellos que tuvieran conocimiento por sus órganos de percepción directa, de la mencionada situación, serían con su omisión, sujetos activos de esta especie típica, y ante tales circunstancias, las autoridades tanto preventivas como represivas, se verían imposibilitadas de hecho, a detener y en su caso incoar todo un proceso penal en contra de los supuestos sujetos activos del delito de omisión de auxilio. Cuando en la vía pública observamos a una persona abandonada y en peligro, generalmente no le prestamos ayuda ni socorro ya que en la actualidad, nuestra sociedad y los individuos que la conformamos, no nos encontramos preparados cultural ni -

emocionalmente para que nos percatemos de la necesidad de ayudarnos y asistirnos mutuamente, pretextando las múltiples responsabilidades que llevamos a —cuestas, o bien, con el temor fundado o infundado de que al ayudar en la calle a una persona que se encuentra en peligro, nos veremos en situaciones complicadas ante las autoridades cuando es conocida por ellas nuestra intervención para auxiliar a una persona que requiere de nuestra ayuda; por estas razones, algunos autores arguyen que "... la asistencia a los extraños necesita siempre se ha estimado más como un deber moral que legal" (37). Por lo —que hemos anotado, carecería de lógica jurídica el otorgar al tipo de omisión de auxilio un presupuesto fáctico de mayores alcances que el implícito en el actual artículo 340 del Código Penal, pues en atención al ejemplo vertido, el no auxiliar a quienes lo requieren, podrá ser una acción reprochable desde todos los puntos de vista, menos el jurídico, siendo éste el punto de vista relevante que origina la inserción en nuestro Código Penal de la especie típica de la omisión de auxilio.

Dentro del tipo que describe el artículo 340 del Código Penal, encontramos, a nuestro juicio, la única causa impositiva del nacimiento de la anti-juridicidad: El estado de necesidad fundamentado dentro del elemento normativo que ya comentamos con anterioridad y que se ubica en la frase "sin riesgo personal".

Habíamos anotado en anteriores páginas, la importancia que reviste el —aludido elemento normativo para poner en evidencia la anti-juridicidad de una

(37) Francisco González de la Vega "Código Penal Comentado" p. 356.

conducta encuadrable dentro del tipo penal en estudio, y dijimos que, para la interpretación de los elementos normativos de un tipo penal, no basta simplemente aplicar el conocimiento, sino que tienen que someterse a una valoración ya jurídica, ya cultural por parte de quien vá a aplicar la ley en el caso — concreto, y en las múltiples hipótesis que se pueden formular en relación con las formas de integración de la conducta del delito de omisión de auxilio, no hemos encontrado situaciones en las cuales el agente omite la acción exigida y esperada por la ley, cuando se presenta un peligro o riesgo para su vida o integridad física. En relación con esas situaciones, el jurista argentino Ricardo C. Núñez afirma que: "El agente no está obligado a prestar el auxilio cuando ello le signifique un riesgo personal, vale decir, si la ejecución del — auxilio lo expone a que su persona física sufra un daño de alguna consideración. No son actos de heroicidad lo que la ley exige en la disposición que — ahora se estudia". (38)

Como anteriormente lo habíamos comentado, nadie está obligado a exponer su vida o integridad física en aras de la vida o salud de otro, salvo las situaciones en las cuales el agente tenga la obligación jurídica de sufrir el — peligro, debido a su cargo o por determinación de la ley.

Este criterio también es sostenido por Eusebio Gómez, quien aduce que en el tipo de omisión de auxilio "... no es de temer que sea innuesto el deber — de prestar socorro aún con sacrificio de la propia integridad personal, o se pretenda un comportamiento heroico, porque en todo caso, funcionará la causa-

(38) Ob. cit. T. III p. 313.

de justificación fundada en el estado de necesidad". (39)

*Si existe un riesgo para el agente, y por ese motivo omite el prestar so
corro a quien se encuentra en peligro, estaremos entonces ante una colisión -
de bienes e intereses jurídicamente tutelados, originándose un estado de nece
sidad que impondrá el nacimiento de la antijuridicidad de la conducta omisiva,
pero quedando subsistente de todas maneras la obligación de dar aviso a la au
toridad.*

CAPITULO SEXTO.

CULPABILIDAD.

- 1.- Concepto de Culpabilidad 2.- Inmutabilidad 3.- Concepción psicológica y normativa de la culpabilidad 4.- Formas de la culpabilidad.

1.- Para imponer a un sujeto una sanción por haber desplegado una conducta considerada como delictuosa, es necesario formular un juicio de reproche.- En efecto, cuando hablamos en el Capítulo Cuarto de este trabajo sobre el sujeto activo del delito, hicimos referencia a la capacidad que el hombre tiene para condicionar su voluntad, y encaminarla hacia diferentes actividades y metas, y dijimos que solamente el hombre entre todas las criaturas vivientes, - se encuentra dotado de consciencia inteligencia y voluntad, siendo ésta última, el factor determinante que condiciona su conducta. La culpabilidad es el grado de reprochabilidad de una conducta delictuosa en relación a su autor; - la culpabilidad es el elemento eminentemente subjetivo del delito, pues en ella entra en juego únicamente el factor psicológico del sujeto considerado como delincuente, quien al desplegar su conducta contraria al derecho, lo hace con la intención de transgredir la norma penal, o bien no tomó los cuidados o precauciones necesarios para que su conducta no fuese contraria a la ley.

2.- Para que el individuo posea una libre determinación de su voluntad, - preciso es que en primer lugar, haya llegado a una edad suficiente para que, - aprovechando todas sus experiencias y conocimientos, pueda en un momento dado realizar una conducta estando consciente del resultado que ésta provocará en-

el mundo exterior; por otra parte debe ser un individuo fisiológica y mentalmente sano para que su voluntad sea dirigida libremente a un fin y pueda autodeterminarse en su conducta; sin estos dos requisitos, no puede hablarse de un sujeto imputable, pues una persona por su escasa edad, por una anomalía mental o un estado patológico como la sordera, no puede ser un sujeto que reúna las cualidades necesarias para conocer y entender, y por tal razón su voluntad siempre se encontrará viciada tanto por elementos internos de su psique, como por factores internos del mundo y ambiente que lo rodean, y por tanto, su consciencia y voluntad siempre se encontrarán influidas por múltiples factores extraños que le impedirán autodeterminar su voluntad para poder dirigir su conducta hacia determinado fin.

Tan importante es el que una persona reúna las características de un sujeto imputable, que si no reúne tales condiciones no se puede hablar de delincuente. El vigente Código Penal, en sus artículos 67, 68, 119, 120, 121 y 122, regula las situaciones en que el agente, no reuniendo las condiciones de un sujeto imputable, se adecúa con su conducta a la descripción de un tipo penal, y lo somete a un régimen jurídico especial, imponiéndole determinadas medidas de seguridad.

"La imputabilidad, dice Castellanos Tena, es la capacidad de entender y de querer. Para que un individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce; — luego la actitud intelectual y volitiva, constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. La imputabilidad —concluye—, es la posibilidad condicio

da por la salud mental y el desarrollo del autor para obrar según el justo — conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, — es decir, de realizar actos referidos al derecho punitivo que traigan consigo, las consecuencias penales de la infracción". (1)

Solamente pueden ser culpables desde el punto de vista del Derecho Penal, las conductas ejecutadas por un sujeto imputable, y, "... para que un hecho — constituya delito — dice Bettioli — no basta que el autor lo haya realizado materialmente y que resulte lesivo a un bien jurídicamente protegido, sino que es necesario que también lo haya ejecutado culpablemente. En otras palabras, — sin culpabilidad no se da el delito". (2)

3.- Existen dos corrientes que tratan de fundamentar a la culpabilidad — de distinta manera: La corriente Psicológica, que sostiene que la culpabilidad se finca únicamente en la relación de causalidad psicológica entre el — agente y su conducta; y la concepción o corriente Normativa, la cual considera que, además del vínculo psicológico que prevalece entre el agente y su conducta, es necesario fundamentar la culpabilidad realizando un juicio de valor, entre el agente y su comportamiento contrario al deber impuesto por la norma jurídica, para poder estar en condiciones de reprochar su conducta. (3)

(1) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" p. 320.

(2) Ob. cit. p. 316.

(3) De la misma forma opinan:
Cuello Calón ob. cit. Parte General p. 357,
Maurach ob. cit. T. II p. 21,
Soler ob. cit. T. II pp. 11 y ss.,
Mezger ob. cit. Parte General pp. 191 y ss.

La concepción normativa, a nuestro juicio es la que en la actualidad acogien la mayor parte de las legislaciones penales, entre ellas la mexicana, como lo podemos observar con la lectura de los artículos 9 fracción II en sus dos partes, en el artículo 60 fracciones I, II y IV, pues además de existir una relación psicológica entre el agente y el hecho, es necesario valorar las situaciones previstas en las citadas disposiciones para establecer la culpabilidad del sujeto, y podemos agregar a este concepto, la idea que Jiménez Buerta expresa cuando dice: "... se confirma que en el vínculo psicológico no radica el quid de la culpabilidad, con solo tener presente que existen claras situaciones de inculpabilidad por la Ley expresamente declaradas -v. gr. el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave - (art. 15 frac. IV) y el encubrimiento entre próximos parientes o personas ligadas por vínculos de amor, respeto, gratitud o amistad (art. 15 frac. IX)- o abarcadas por su texto -estado de necesidad entre bienes de igual valor (art. 15 frac. IV)- en que la inculpabilidad se proclama, no obstante el claro nexo psicológico que existe entre el sujeto que actúa y el antijurídico hecho t^unico con él perpetrado". (4)

Situaciones todas, que requieren una valoración jurídica o cultural por parte de quien aplica la ley, para establecer las bases de reprochabilidad del comportamiento del agente.

4.- Existen dos formas de manifestación de la culpabilidad, el dolo, que presupone intención, y la culpa que tiene sus orígenes en la no intencionali-

(4) Ob. cit. T. I p. 301.

dad (art. 8 del C. P.).

El dolo lo podemos concebir como la determinación consciente de la voluntad para realizar un hecho o desplegar una conducta contraria a la exigida y esperada por la ley, es decir, la determinación de la voluntad en orden a un fin, interviniendo para ello, el elemento subjetivo psíquico del agente en — una relación de causalidad con el resultado de la conducta por él desplegada.

Para Liszt, el dolo es "... el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho que acompañan al hecho previsto por la ley". (5)

Existen dos teorías acerca de la fundamentación del concepto del dolo, — la teoría de la voluntad, y la teoría de la representación. La teoría de la voluntad, seguida principalmente por Carrara, sostiene que el dolo debe ser definido como un acto de la voluntad que se encuentra justamente en la intención; y "... bajo esta concepción —dice Vela Treviño— los elementos integrantes del dolo vienen a estar constituidos por el conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho y por la intención de realizarlo a pesar del conocimiento que se tiene acerca de su naturaleza contraria a la ley". (6)

La teoría de la representación, iniciada por Liszt "... se caracteriza por el proceso interno que realiza el agente en su mente y por el cual se re-

(5) Franz Von Liszt "Tratado de Derecho Penal" T. II p. 409.

(6) "Culpabilidad e Inculpabilidad" pp. 210 y ss.

presenta el resultado que causalmente habrá de producir su conducta que finaliza produciendo el resultado representado. No se requiere que haya voluntad encaminada a la producción del resultado, sino simplemente que en el sujeto - actuante haya habido una representación del resultado".(7)

Jiménez Huerta dice que "... la intención delictuosa es perspectivista, - pues está regida en forma representada y querida por el hecho antijurídico - que es meta de la voluntad. Esto presupone la inexistencia de intención delictiva si el agente no se representa y quiere la realización del hecho y no tiene conocimiento de la delictuosidad. Pues lo que no es representado y querido en su facticidad, y lo que no es conocido en su significación, no puede ser intencionalmente realizado".(8) Por lo tanto, es necesario que el agente conozca las circunstancias de hecho que rodean a la figura típica y la significación de las mismas, integrándose de esta manera el elemento intelectual del dolo del que hablan los tratadistas.

No se trata que el agente conozca el significado estricto de la ley, sino que se encuentre consciente de que con su conducta se vá a lesionar un interés social y jurídico por consecuencia, ya que de otra manera, solamente - las personas peritos en la Ciencia del Derecho, podrían estar en condiciones de representarse en su coeficiente psicológico la significación de la antijuridicidad de su acción y tener la intención delictuosa a la que se refiere el artículo 9 del Código Penal. Por tal razón el elemento intelectual del dolo es

(7) Cit. Vela Treviño ob. cit. pp. 210 y ss.

(8) Ob. cit. 7. 1 p. 303

que el agente conozca que su conducta es contraria al deber de no causar daño a los intereses ajenos, conocimiento tal, que se encuentra al alcance de la inteligencia de todas las personas.

El agente deberá querer el resultado de su conducta, no basta únicamente que conozca que actúa en contra del derecho, sino que es necesario que desee la producción de resultado de su conducta, o sea que esté implícita su voluntad al actuar en una forma contraria a la ley, es lo que se denomina el elemento volitivo o emocional del dolo.

Existen varias clasificaciones del dolo en la doctrina, así Welzel afirma que hay un dolo directo, el cual "comprende todo lo que el autor creyó como consecuencia necesaria de su hacer, indiferentemente de si fué deseado o no deseado por él". Dolo condicionado o eventual —continúa diciendo el citado autor— "El nombre conduce a errores, no se trata de una voluntad de hecho — eventual (condicionada) sino de una voluntad no condicionada para el hecho, — que se extiende a cosas que posiblemente (eventualmente) se producirán". (1)

Maggiore señala en relación al dolo, estas divisiones: "Dolo genérico es cuando la voluntad se dirige a causar un resultado jurídicamente prohibido. — Dolo específico, cuando la voluntad tiende a conseguir un fin especial requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito. Dolo directo, — aquel en que el resultado que se verifica corresponde al que se quería, realizando una coincidencia perfecta entre resultado e intención; también se llama

(1) Ob. cit. p. 75.

dolo intencional. Dolo indirecto, como lo indica la palabra, es lo contrario a dolo directo, y si éste, típicamente es el dolo según la intención, el dolo indirecto no será sino el que excede a la intención, base del delito llamado preterintencional. Al dolo intencional no puede oponerse lógicamente sino el preterintencional. Dolo determinado, cuando la intención exclusiva e inequívocamente se dirige hacia el delito cometido. Quería dar muerte a Ticio y le dió muerte. Dolo indeterminado se llama a aquel en que la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferentemente a varios resultados más o menos graves". (10)

En contraposición a los delitos dolosos o intencionales, encontramos dentro de la fracción II del artículo 8 del Código Penal, la otra fase de la culpabilidad cuando la Ley hace referencia a los delitos no intencionales o de imprudencia, denominados en la doctrina delitos culposos; así la mencionada fracción establece: "Se entiende por imprudencia, toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional".

Cuando un individuo realiza una actividad o despliega una conducta que produce resultados anti-jurídicos no deseados y queridos por su autor, y evitables con las debidas precauciones, estamos en presencia de un delito culposo; a continuación, para una mejor comprensión de esa noción de delito no intencional, transcribiremos algunas opiniones de ciertos autores en relación a la culpa. Maggiore define a la culpa como "... una conducta voluntaria que oca-

(10) Maggiore Giuseppe "Derecho Penal" Vol. I pp. 585 y ss.

sina un resultado antijurídico, no querido, pero sí previsible, o excepcionalmente previsto, y que tal hubiera podido evitarse con la atención debida". (11) Mezger dice: "... ha actuado culposamente aquel a quien se le reprocha haberdesatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias". (12) Cuello Calón sostiene: — "Existe culpa cuando obrando sin atención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y perado por la ley". (13) Para Liszt "La culpa es formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad". (14)

Vemos que la voluntad que condiciona la conducta humana, se encuentra también presente en los delitos culposos; en principio, la intencionalidad de realizar una conducta se encuentra en el sujeto, por ejemplo, A, tiene la intención y voluntad de conducir un vehículo, pero al circular a exceso de velocidad, le es imposible detener la marcha del automóvil y atrovella a B; la conducta que él despliega al manejar el automóvil, no se puede considerar antijurídica, pero al circular a exceso de velocidad, se le presenta en su coeficiente psicológico el peligro que representa no obedecer ni observar las reglas de tránsito y no reflexiona, y en forma negligente lesiona a B, resultando consecuentemente una conducta antijurídica reprochable a A, pues estaba a su alcance el evitar el resultado dañoso si hubiera reflexionado y hubiera —

(11) Ob. cit. Vol. I p. 609.

(12) Ob. cit. Parte General pp. 256 y 257.

(13) Ob. cit. Parte General p. 393.

(14) Ob. cit. T. II p. 430.

conducido el vehículo a la velocidad permitida por las normas que reglamentan la circulación de vehículos.

Imprudencia, dice Jiménez Huerta, es "... obrar con olvido o desdén a — aquellas precauciones que la experiencia y las relaciones humanas enseñan, y son cultural y jurídicamente debidas y por ende exigibles". (15)

Existen varias teorías acerca de la noción de la culpa; así tenemos por ejemplo, la Teoría de la Previsibilidad sostenida principalmente por Carrara quien dice: "La culpa radica en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho". (16)

La Teoría de la Imprudencia o negligencia defendida por J. J. Haus quien manifiesta que: "... en los delitos culposos, el agente quiere la causa, pero no el evento o resultado de la causa, es decir, la culpa radica en la negligencia ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados". (17)

La Teoría de la Causalidad Eficiente, defendida por Sttopato resumida en la siguiente forma: "El resultado dañoso y contrario al Derecho, es punible — cuando es el producto mediato o inmediato de un acto voluntario del hombre, — acto que, aunque no estuviera dirigido a un fin antijurídico se ha realizado". (15) Ob. cit. T. I p. 324.

(16) Cit. Pavón Vasconcelos ob. cit. p. 366.

(17) Cit. Pavón Vasconcelos ob. cit. p. 367.

con medios que no se demuestran conforme a la idea del Derecho". (18)

Teoría del Error Evitable, sostenida por Kostlin quien considera existente la culpa "... cuando el agente no ha evitado el error que por dicha razón, es puesto como principio del evento dañoso. En el no evitar estará la esencia de la falta y en el contenido negativo de la voluntad, la diferencia del dolo". (19)

Existe culpa inconsciente o sin representación y culpa consciente o con-representación. "La culpa inconsciente, subraya Hippel, es en la que el autor no ha previsto ni siquiera como posible un elemento del delito, sea el resultado u otro; en la culpa consciente todos los elementos del delito han sido - considerados como posibles o probables, pero al emprender el autor la acción, fué en él decisiva la esperanza de que no se verificaría el resultado". (20)

En atención a lo dispuesto por la fracción II del artículo 8 del Código Penal, Jiménez Huerta comenta: "Ineludible es para que pueda configurarse la "imprudencia", que el comportamiento del agente "cause igual daño que un delito intencional" esto es, que el resultado sea subsumible e una figura típica, lo cual acontece cuando existe una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado material acaecido. Y de aquí derivase la inconfigurabilidad de la culpa en las figuras típicas llamadas formales o de simple actividad (18) Cit. Pavón Vasconcelos ob. cit. p. 368 y ss.

(19) *Ibidem.*

(20) Cit. Jiménez Huerta "Derecho Penal Mexicano" T. I p. 325.

dad". (21)

Como anteriormente habíamos establecido, el tipo de omisión de auxilio, desde el punto de vista de su resultado, es un tipo formal, es decir, típicamente omisivo, consumándose la delictiva conducta cuando el agente "no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarles el auxilio necesario" a los sujetos pasivos referidos en el artículo 340 del Código Penal, pues la citada conducta no produce ningún efecto material o resultado en el mundo exterior fenoménico susceptible de ser analizado a la luz de la teoría de la causalidad material, y como no existe una relación de causalidad entre la conducta y su resultado meramente formal, no es posible la configuración de la culpa o imprudencia en la comisión del delito de omisión de auxilio. Por tal razón la comisión de este ilícito únicamente puede ser posible en forma intencional o dolosa. Se requiere por tanto, la intención directa de omitir el auxilio o el aviso a la autoridad, por parte del agente, quien está consciente de que con su inercia lesiona un interés social, o sea que no quiere actuar para suspender la situación de riesgo en que se halla el sujeto pasivo, aún cuando se represente en su coeficiente psicológico la antijuridicidad de su omisiva conducta. En este caso, el elemento intelectual del dolo se ubica en el conocimiento del agente que con su inactividad está contrariando el deber de asistencia que nos debemos recíprocamente los individuos que componemos la colectividad. Por tal razón podemos afirmar que el delito de omisión de auxilio, desde el punto de vista de la culpabilidad es un delito doloso o intencional.

(21) Jiménez Huerta ob. cit. T. I p. 320.

Cuando nos referimos al elemento normativo del artículo 340 del Código Penal contenido en la frase "sin riesgo personal", dijimos que dicho elemento condiciona la obligación por parte del agente, de prestar el auxilio necesario al sujeto pasivo, pues el agente no se encuentra obligado a desplegar conductas heroicas ni a arriesgar su vida o integridad para salvaguardar intereses ajenos, ya que éste no es el fin del Derecho, sino que las normas jurídicas prescriben y orientan las mínimas reglas de comportamiento inescindibles para la mejor convivencia de los seres humanos en sociedad.

La razón de ser del tipo plasmado en el artículo 340 del Código Penal es el establecer una obligación de asistencia a nuestros semejantes que se encuentran en una situación de potencial peligro; pero se limita esta obligación cuando el agente afronta también un riesgo para su vida o incolumidad personal, pues si para auxiliar a la persona en peligro, se encara a un riesgo para su vida, en ese momento surge una colisión de bienes jurídicos de igual jerarquía, que da nacimiento a un estado de necesidad que hace inculprable su conducta omisiva.

CAPITULO SEPTIMO.

PUNIBILIDAD.

1.- Concepto de punibilidad.

1.- "La punibilidad es la secuencia lógico jurídica del juicio de reconocer *nulla poena sine culpa*" (1) dice Jiménez Huerta. En efecto, una conducta subsumible en un tipo penal, que lesiona un bien jurídico tutelado y que es reprochable a su autor, es una conducta punible, por lo tanto, la punibilidad es uno de los elementos integrantes del delito.

Mucho se ha discutido si la pena es una consecuencia o un elemento del delito; *vetitot* se refiere al delito como: "... el hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados" (2), y otorga a la pena el carácter de consecuencia jurídica; Cuello Calón, por el contrario, manifiesta que la pena es un elemento del delito. (3)

Nosotros pensamos que, ante todo debemos tener presentes las palabras de Jiménez Huerta quien dice: "El delito es un bloque monolítico aunque plurifacético, no es una suma o adición de elementos sino una unidad orgánica" (4). - Por lo tanto, la pena es indiscutiblemente un elemento integrante del delito. Ahora bien, para estudiar un hecho considerado como delito, debemos seguir un

(1) "Derecho Penal..." T. 1 p. 336.

(2) Ob. cit. p. 182.

(3) Ob. cit. Parte General p. 552.

(4) Cit. Trujillo Campos "La relación material de causalidad en el delito" p. 13.

orden lógico jurídico y necesariamente, en primer lugar situaremos a la conducta, si ésta es subsumible en la descripción de un tipo penal, será una conducta típica; si lesiona o pone en peligro un interés jurídicamente tutelado, estaremos frente a una conducta típica y antijurídica; si ésta es inequívocamente reprochable a su autor, estaremos en presencia de una conducta típica, antijurídica, culpable, y necesariamente punible, según el tipo de que se trate; de esta manera y solamente así, es susceptible calificar a la pena como consecuencia del delito, si tenemos en cuenta que consecuencia es el hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro dentro de un orden.

El concepto de pena ha variado a través de los tiempos; así en la antigüedad, la Ley del Talión establecía como pena, el derecho por parte del agraviado, de causar el mismo daño que el que se había sufrido, y eran verdaderas venganzas privadas las que se ejercían; vinieron después las venganzas públicas, en las cuales tenían intervención todos los individuos de la ciudad, al sancionar un hecho considerado como delictuoso; hasta que el concepto de pena llegó con su evolución a racionalizarse y a reglamentarse como una necesidad para la defensa de la colectividad, correspondiendo a los Organos del Estado, el imponer las penas o medidas de seguridad a los individuos que con su conducta lesionan los intereses sociales, evitándose así una autodefensa individual y antijurídica.

Es dentro del artículo 14 de nuestra Constitución Política, donde se establece la garantía de seguridad jurídica, y tiene, dice Burgoa: "... como —

campo de vigencia la materia procesal penal e implica el tradicional principio de legalidad que se enuncia *nulla poena, nullum delictum sine lege*. Este postulado establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas; a virtud de él, por consiguiente, un hecho cualesquiera que no esté remutado en la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete".

(5) Este criterio cetero, lo podemos percibir dentro del artículo 7 del Código Penal cuando define al delito como "acto u omisión que sancionan las leyes penales". Por lo tanto, para que exista el delito, es necesaria una disposición legal que establezca una pena para el autor del hecho considerado ilícito, de ahí se desprende nuevamente que la pena es un elemento constitutivo del delito y no una consecuencia de éste.

Cuando el legislador inserta en un tipo penal la sanción a imponerse a quien se adecúa con su conducta a la descripción del precepto, lesionando o poniendo en peligro los intereses sociales jurídicamente tutelados, debe tomar en cuenta para determinar la clase de pena y su magnitud, la relevancia e importancia dentro de la escala de los valores humanos, de la objetividad jurídica tutelada en cada especie típica. Así pues, debe imponerse mayor penalidad a quien priva de la vida a otro, que a quien se apodera ilegítimamente de un objeto ajeno, pues la jerarquía del bien jurídico que es la vida humana, debe hallar mayor protección derivada de la coacción psicológica que representa la amenaza de la pena para quien comete el delito de homicidio.

(5) Ignacio Burgoa "Las Garantías Individuales" p. 420.

El artículo 340 del Código Penal, impone una pena alternativa para quien comete el delito de omisión de auxilio, consistente en uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos; y comentamos, cuando nos referimos al concierto de esta especie típica, que tal penalidad no está de acuerdo con la jerarquía de los bienes jurídicos protegidos, pues es innegable que la magnitud de una pena que se impone a determinados delitos, sirve como freno, por el temor que infunda para que no se ejecuten conductas delictuosas con cierta periodicidad o concurrencia; y si se aumentase la penalidad en el tipo de omisión de auxilio, la onerosidad de la pena, ayudaría en cierta manera a reforzar los lazos de solidaridad social, y a que el delito de omisión de auxilio no fuese de comisión frecuente; por lo que proponemos que la penalidad a imponerse a quien con su omisiva conducta se adhiere a la descripción típica del artículo 340 del Código Penal, sea de seis meses a un año de prisión o multa de mil a diez mil pesos en base a las consideraciones expuestas en relación a la jerarquía de la objetividad tutelada en la citada especie típica.

CONCLUSIONES.

1.- No obstante que se le han impuesto diferentes denominaciones al tipo contenido dentro del artículo 310 del Código Penal, la correcta denominación, atendiendo al texto de la propia Ley es de "Omisión de auxilio".

2.- El presupuesto fáctico contenido en la frase "El que encuentre...", debe interpretarse como el encuentro casual, esperado o inesperado del sujeto activo con el sujeto pasivo, aún previa búsqueda, quedando fuera del mencionado presupuesto, todas las demás situaciones que no constituyan un encuentro, pues no se le puede acordar un sentido más amplio para no incurrir en la interpretación analógica prohibida por el artículo 14 de nuestra Constitución Política.

3.- Con la frase "un peligro cualquiera", el tipo del artículo 310 del Código Penal, protege y tutela bienes jurídicos como son la propiedad y patrimonio, la libertad sexual, etc., además de los bienes jurídicos vida e integridad corporal.

4.- La obligación de auxiliar a las personas en peligro o dar aviso a la autoridad de esa situación, que impone la especie típica que examinamos, no es de carácter alternativa ni optativa para el agente, sino únicamente cuando por la cercanía de la autoridad, sea preferible acudir a ella para que el auxilio al sujeto pasivo, sea más eficiente que el que pudiera prestar el particular.

5.- Como "auxilio necesario", debe entenderse el idóneo para sunder efectivamente la situación de peligro y riesgo que sufre el sujeto pasivo.

6.- El "riesgo personal" a que hace referencia el artículo 310 del Código Penal, opera como un estado de necesidad que hace inculcable la omisión — del agente, en atención a que los bienes jurídicos que se hallan en colisión son de igual jerarquía.

7.- En orden a la conducta, se trata de un delito de omisión simple, o propio delito de omisión, tanto para la obligación de aviso a la autoridad, como para la restricción de auxilio.

8.- En orden al resultado, se trata de un delito formal, ya que la conducta del agente se integra con una simple omisión o inercia sin que se requiera un resultado material en el mundo exterior; de ahí que no se presente en este tipo el problema de la relación material de causalidad.

9.- Se trata de un delito instantáneo, pues se perfecciona con la simple omisión por parte del agente, de la conducta esperada y exigida por la Ley; y dadas las características de la conducta no es posible que se configure la tentativa.

10.- Se trata de un tipo fundamental o básico, pues tiene una existencia y vida propia, además de que para su integración no requiere de reenvío a ningún otro tipo o ley.

11.- En el tipo de omisión de auxilio, como lo manifestamos en el curso de este trabajo, podemos localizar elementos descriptivos y normativos, no así con lo que hace a elementos subjetivos.

12.- Se trata de un delito común, que no requiere un sujeto activo calificado, y es susceptible que se presente la coautoría o intervención de varios sujetos activos primarios.

13.- En relación a la culpabilidad, el delito de omisión de auxilio únicamente puede cometerse en forma dolosa, o sea que no es configurable la imprudencia.

14.- Es factible el concurso real o material de delitos, pues una persona al encontrar a un sujeto abandonado, además de omitir auxiliarlo, puede lesionarle, robarle o hacerle víctima de otra conducta delictiva.

15.- Si la razón de ser del tipo que describe el artículo 340 del Código Penal es crear una obligación general e impersonal de socorro, y preservar en esta forma los lazos de solidaridad social, su descripción en relación al sujeto o sujetos pasivos, no debería restringirse a los menores de edad, heridos o inválidos, sino debería ser más amplia en su tutela jurídica, con lo tanto proponemos la siguiente fórmula, que a nuestro juicio, ampliaría el margen de protección de la especie típica en estudio: "El que encuentre en cualquier sitio a una persona incapaz de cuidarse a sí misma, amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de seis meses a un año de prisión o multa

de mil a diez mil resos, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal". De esta forma se commendaría dentro de la tutela del tipo, a todas las personas en general, independientemente de su edad, condición física o estado de salud, estando ésta protección de acuerdo con la razón de ser del citado tipo penal.

La sanción que se prevé, se considera actualizada con lo que toca a la pena pecuniaria en relación a la jerarquía de la objetividad tutelada, y la pena privativa de libertad que se propone, además de estar también acorde con el bien jurídico tutelado, tendría como finalidad actuar como amenaza psicológica para evitar la frecuente comisión del multicitado ilícito, sirviendo como motivadora del individuo.

BIBLIOGRAFIA.

- BETTIOL, GIUSEPPE "Derecho Penal" Parte General Ed. Temis Bogotá 1965.
- BEIRCOA, IGNACIO "Las Garantías Individuales" Ed. Porrúa México 1961.
- GARRINGA Y TRUJILLO, RAUL "Código Penal Comentado" Antigua Librería Robredo - México 1961.
- GASTELLANOS TEVA, FERNANDO "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" Editorial Jurídica Mexicana México 1963.
- CUELLO GALON, EUGENIO "Derecho Penal" Parte General Editora Nacional México - 1968.
- FONTAN BALESTRA, CARLOS "Derecho Penal" Parte General Acevedo Perrot Buenos - Aires 1959.
- FRANCO GUTIER, RICARDO "Delito e Injusto" México 1950; "La Subjetividad en la Ilícitud" Prólogo de Luis Jiménez de Asúa Ed. Cajica Puebla México 1959.
- GONZALEZ, EUSEBIO "Tratado de Derecho Penal" Tomo II Compañía Argentina de Ediciones Buenos Aires 1939.
- CONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO "Derecho Penal Mexicano" Ed. Porrúa México - 1958.
- JIMENEZ DE ASUA, LEYS "Tratado de Derecho Penal" Tomo III Ed. Lozada Buenos Aires 1965.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO "Derecho Penal Mexicano" Tomos I y II Ed. Porrúa México; "La Antijuricidad" Ed. Universitaria México 1952.
- LISZT, FRANZ VON "Tratado de Derecho Penal" traducido por Luis Jiménez de Asúa, adicionado por Quintiliano Saldaña Tomo II Instituto Editorial Reus, S. A. Madrid.
- MAGGIORE, GIUSEPPE "Derecho Penal" Parte Especial Prefacio por el Doctor Sebastián Soler Volumen I Ed. Temis Bogotá 1955.
- MAURACH, REINHART "Tratado de Derecho Penal" Tomos I y II Prólogo de Octavio Pérez-Victoria Moreno traducido por Juan Córdoba Roda Ediciones Ariel Barcelona.

MEZGER, EDUARDO "Derecho Penal" Libros de Estudio Parte General y Parte Especial traducido por el Doctor Conrado H. Firzi Prólogo del Doctor Ricardo C. Núñez Ed. Bibliográfica Argentina Buenos Aires 1958.

NÚÑEZ, RICARDO C. "Derecho Penal Argentino" Tomo III Parte Especial Bibliográfica Omeba Buenos Aires 1961.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO "Manual de Derecho Penal Mexicano" Parte General Ed. Porrúa México 1974.

PORTE PETIT, CELESTINO "Dogmática Sobre Los Delitos Contra La Vida Y La Salud Personal" Editorial Jurídica Mexicana México 1966.

QUINTANO RIBOLLES, ANTONIO "Compendio de Derecho Penal" Parte Especial Editorial Revista de Derecho Privado Madrid 1958.

SOLER, SEBASTIAN "Derecho Penal Argentino" Tomos I, II y III Tipográfica Editora Argentina Buenos Aires 1970.

TRUJILLO CAMPOS, JESUS CONZALO "La Relación Material de Causalidad en el Delito" Ed. Porrúa México 1976.

VELA TREVIZO, SERGIO "Culpabilidad e Inculpabilidad" Ed. Trillas México 1973.

VILLALOBOS, IGNACIO "Derecho Penal Mexicano" Parte General Ed. Porrúa México 1975.

WELZEL, HANS "Derecho Penal" Parte General traducida por el Doctor Carlos Fontán Balestra Roque de Palma Editor Buenos Aires 1956.

Las referencias históricas que aparecen en este trabajo, fueron tomadas de las siguientes obras:

"Los Códigos Españoles Concordados y Anotados" Tomo IV;

"Código de las Siete Partidas" Imprenta "La Publicidad" Madrid 1848;

ESCRICHE, JOAQUIN "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" Madrid 1880.

RODRIGUEZ, RICARDO "El Derecho Penal" Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, México 1902.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, Talleres Gráficos de la Nación, México 1931.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, Secretaría de Gobernación, México 1949.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales; Revista Criminalia, Organo de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año XXIV - número 10, Ed. Bozas, México 1958.