

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**COALICION DE FUNCIONARIOS
(ESTUDIO DOGMATICO)**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

GRACIELA DOLORES VILLANUEVA FARQUET

MEXICO

1972



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

DR. J. JESUS VILLANUEVA RAMIREZ Y
MA. DOLORES FARQUET DE VILLANUEVA

Pilares de mi vida, con eterno
reconocimiento a su apoyo y estímulo
y a quienes debo la culminación de -
mis estudios.

A MIS HERMANOS:

MIGUEL, MARTHA ELVA, JOSE JESUS Y HECTOR

Con infinita ternura.

A MIS MAESTROS:

Por el bien que me prodigaron-
con sus enseñanzas.

AL SR. LIC.
RODOLFO COZAR BONILLA

Y

A LA SRA LIC.

JOSEFINA LASTIRI DE BERNAL

Con respeto, admiración
y cariño.

A LOS SRS. LICS.

JOSE ENRIQUE CASTILLO Y

ENRIQUE PRIEGO RODRIGUEZ

Que me brindaron su máximo--
apoyo intelectual y material
para la realización de este-
trabajo y tendrán mi perenne
gratitud.

A MIS AMIGOS.

Por su afecto.

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL.

- A) Concepto de delito.
- B) Escuelas que tratan el delito.
- C) Teorías que estudian el delito.
- D) La teoría tetratómica.

CAPITULO II

DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.

- A) La conducta en general.
- B) La ausencia de conducta.
- C) La conducta en el delito a estudio.
- B) La ausencia de conducta en el delito a estudio.

CAPITULO III

LA TIPICIDAD.

- A) Concepto de tipo penal.
- B) El tipo en el delito a estudio.
- C) La atipicidad o ausencia de tipo.
- D) La tipicidad y atipicidad en el delito a estudio.

CAPITULO IV

LA ANTIJURICIDAD.

- A) Concepto.
- B) Antijuricidad formal y material.
- C) Antijuricidad objetiva y subjetiva.
- D) Concepto positivo de la antijuricidad.
- E) Aspecto negativo: causas de justificación.

CAPITULO V

DE LA CULPABILIDAD.

- A) La imputabilidad.

- B) La inimputabilidad.
- C) La culpabilidad:
 - a) Dolo.
 - b) Culpa.
 - c) Preterintencionalidad.
- D) Aspecto negativo: eximentes.
- E) La culpabilidad en el delito a estudio.

C O N C L U S I O N E S .

B I B L I O G R A F I A .

CAPITULO I.

DEL DELITO EN GENERAL.

- A) Concepto de delito.- B) Escuelas que tratan el delito.
- C) Teorías que estudian el delito.- D) La teoría tetratómica.

C A P I T U L O I.

DEL DELITO EN GENERAL. a) Concepto de delito. b) Escuelas que tratan el delito. c) Teorías que estudian el delito. d) La Teoría tetratómica.

Concepto de delito.- Siendo el delito un fenómeno social, su concepción ha evolucionado concomitantemente con la sociedad misma. Como ésta, ha rebasado las etapas del primitivismo conceptual y de valoración mágica y supersticiosa del medioevo, para desembocar al conceptualismo determinativo de la escuela clásica; resiente la influencia del positivismo imperante en el siglo xix, hasta devenir en la concepción aceptada en la actualidad: la dogmática jurídico-penal.

Una definición del delito puramente formal - como la contenida en nuestro Código Penal: "acto u omisión que sancionan las leyes penales" (artículo 7o.), además de insatisfactoria, es tautológica, por ser lógicamente condicionante para la ley. Por lo contrario, una definición que pretenda resolver todos los problemas planteados por la fenomenología del delito, debe presuponer la ley y ser ajena a cuestiones de índole política y sociológica: debe ser dogmática.

El delito presupone: a) Una voluntaria conducta humana activa (excluyéndose por tanto, los hechos de los animales y los casos fortuitos ajenos al actuar humano) y, b) Una norma jurídica protectora correspondiente con una descripción legal de aquella conducta (tipo legal).

Cuando el comportamiento humano, coincidiendo con el tipo legal, viola la norma jurídica, se dice que ese comportamiento es típico y antijurídico. Si además puede imputarse a su autor a título de dolo o de culpa, habrá culpabilidad; y no amparándolo ninguna excusa absolutoria, deberá aplicársele la pena.

Así, podemos aceptar que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, que se sanciona con una pena, sometida, en ocasiones, a condiciones objetivas de punibilidad.

Atentos a lo expuesto, podemos destacar como elementos principales del delito: a) conducta; b) tipicidad; c) antijuricidad; d) imputabilidad; e) culpabilidad; f) punibilidad, y g) condicionalidad objetiva.

Estos elementos forman el aspecto positivo del delito. El negativo lo integran: la conducta ausente de espontaneidad o autodeterminación (fuerza física irresistible, fuerza mayor, movimientos reflejos); la atipicidad (parcial, por falta de algún o algunos requisitos típicos); causas de justificación; la inimputabilidad; la inculpabilidad (eximentes); las excusas absolutorias y la falta de condicionalidad objetiva.

Ahora bien, como acertadamente opina Jiménez de Asúa, el acto (conducta) considerado independiente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es el sostén psicológico de la culpabilidad y las condi-

ciones objetivas son "adventicias e inconstantes". De tal modo, "...la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito." (1)

Con el advenimiento del nacionalsocialismo en Alemania, nació la tendencia doctrinal de acabar con la división de los caracteres apuntados, proclamándose la unidad del delito o su índole de totalidad o conjunto. Esta tendencia, justificada por la idiosincracia misma del régimen político -- que la originó, se extendió por toda Europa influyendo principalmente en Italia y España.

Como es sabido, la teoría del tipo no es sino la transposición al derecho penal, del principio constitucional nullum crimen, nulla poena sine lege, que caracteriza a los regímenes liberales. No siéndolo el nacionalsocialismo, tuvo que abolir dicho principio para justificarse a sí mismo. Y en esa forma, en el Memorial prusiano de 1933 se proclamó, como base del nuevo derecho penal que: la pena no depende de la producción de un resultado; el nuevo derecho pretende alcanzar la voluntad y no la acción; el delito no es más que el reproche de la culpabilidad de un resultado posible, y que el punto de partida no es ese resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente.

Al redactarse el nuevo código penal, se proclamó "un orden moral". conforme al cual debería entenderse -

(1). La Ley y el Delito. 2a. ed. Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1954, p. 223.

la culpabilidad, de modo que, un homicidio por ejemplo, podría justificarse si se apegeba a ese "orden moral" emanado de la sociedad nacionalsocialista uno de cuyos fines era la pureza racial.

El mismo Mezger, expositor brillante de la teoría analítica se vió obligado a corregir su postura anterior, y renunciando a la antijuricidad objetiva y reduciendo el papel del "tipo legal-penal" a un "medio auxiliar técnico", expuso su nueva concepción del delito como un todo.

Georg Dahm uno de los mas radicales exponentes de la teoría unitaria o totalizadora, al criticar a Baling afirma: "Diferenciar la tipicidad de la antijuricidad, y distinguir estos dos caracteres de la culpabilidad ¿no es realmente atentar a la idea misma del derecho penal?" (2)

La doctrina italiana que pugna por la teoría analítica y defendía primero la "dicotomía" y después la "tricotomía", intenta ahora el regreso al pasado proclamando una teoría unitaria en la cual hasta los conceptos de antijuricidad y culpabilidad se funden en uno solo.

Negar que el delito es un fenómeno de existencia conjunta, sería negar la realidad misma. Pero, afirmar que el delito como creación técnico-jurídica no es susceptible de desgranarse en sus elementos esenciales (como sostienen los unitarios), equivaldría a negar la índole liberal del derecho penal. Y así como el cirujano necesita estudiar cada uno de -

(2). Cit. por Jiménez de Asúa. Op. cit. P. 269. Véase El Derecho Penal Nacionalsocialista, en su Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1950, pp. 155 y ss.

los tejidos, órganos y aparatos del cuerpo humano para conocer a éste en su integridad funcional, el jurista requiere el estudio analítico del delito para comprender mejor la gran síntesis en que consiste el injusto típico.

Escuelas que tratan el delito.- Con la llegada del positivismo fué posible reunir, por contraste a las diversas corrientes -- doctrinarias en dos grandes tendencias o escuelas: la clásica y la positiva; con posiciones intermedias o eclécticas.

Dentro de la llamada escuela clásica no existe, sin embargo, un criterio uniforme. Así por ejemplo, en la teoría de la retribución y de la prevención, no hubo en su época similitud alguna.

Los caracteres comunes de la escuela clásica son:

a) Método lógico-abstracto, supuesto que el Derecho Penal es ciencia normativa.

b) Imputabilidad basada en el libre albedrío^b y la culpabilidad moral.

c) El delito como ente jurídico. Para los -- clásicos, la acción delictiva no es un ente de hecho, sino el -- concepto jurídico base de todo su sistema penal.

d) La pena como un mal y como un medio de tutela jurídica.

Jiménez de Asúa (3) esquematiza las variedades de la escuela clásica en la siguiente forma:

(3). La Ley y el Delito.- 4a. Ed.- Editorial Hermes. 1963. Pp. 46 y 47.

a) Teorías morales.

- a') Contrato social (Grocio, Rousseau, Hobbes, Fichte).
- b') Retribución:
 - a'') Divina (Jarka, Bekker, Stahl, Rosmini y Brun).
 - b'') Vindicativa (Dhüring).
 - c'') Expiatoria (Kohler: purificación por el dolor).
 - d'') Moral (Kant: talión).
 - e'') Estética (Leibnitz, Herbert, Geyer. El segundo dijo: La Ley de la justicia no es una ley de la conducta, sino un criterio del juicio sobre la conducta misma).
 - f'') Jurídica (Hegel le da dirección dialéctica y le siguen: Abegg, Köstlin y Berner. Pessina y Birkmeyer son también partidarios de la retribución).
- c') Resarcimiento (Welker: la pena es resarcimiento -- intelectual).
- d') Transformación del derecho a la obediencia (Binding).

b) Teorías utilitarias.

- a') Prevención general:
 - a'') Por intimidación (Gmlin y Filangieri).
 - b'') Por coacción psíquica (Feuerbach, Impallomeni).
 - c'') Por advertencia (Bauer).
 - d'') Por defensa (Romagnosi, Bentham, Schulze).
- b') Prevención especial por intimidación (Grolmann).
- c') Prevención general y especial (Janke y Liszt)°

c) Teorías eclécticas.

- a') Eclecticismo francés (Rossi: la ley moral es la fuente, y la medida, la utilidad; Ortolan, Trebutien, Haus, Pacheco).

- b') Eclecticismo italiano (Carmignani: utilidad y justicia; Carrara: necesidad y justicia).
- c') Eclecticismo alemán (Mittermaier, Mayer).

En el último tercio del siglo pasado, nace la Sociología, y con ella surge, por aplicación de su método la escuela positiva y los máximos expositores son Rafael Garofalo y Enrique Ferri.

Los caracteres de la escuela positivista son:

a) Método experimental. Si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de -- factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método y no el lógico-abstracto de la escuela clásica.

b) Responsabilidad social, derivada del determinismo y temibilidad del delincuente. Para el positivismo no existe el libre albedrío, y siendo de tendencia determinista, tuvo que basar la responsabilidad en un hecho puramente objetivo: vivir en sociedad.

c) El delito es un fenómeno natural y social producido por el hombre.

d) La pena no debe ser un castigo, sino un medio de defensa social.

Puede afirmarse que la escuela positiva surge como una reacción contra el excesivo individualismo y llega a encontrar en la doctrina socialista su fundamento político-social. Su influencia llegó a ser determinante en la elaboración de nuestro Código Penal de 1929 y en parte, de nuestro código actual.

TEORIA TETRATOMICA.

Consideramos que el mejor método para el estudio del delito, es el de la teoría analítica o Atomizadora, que permite examinar los elementos que como en el delito, y que la mejor -- teoría es la tetratómica de Mezger que señala, que el delito está compuesto de conducta, tipicidad antijuridicidad y culpabilidad, ya que dicho autor señala, que el delito es una -- acción típicamente antijurídica y culpable y precisamente el delito a estudio lo vamos a tratar de conformidad con esta -- teoría, analizando cada uno de esos elementos.

C A P I T U L O I I .

DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.

- A) La conducta en general.-B) La ausencia de conducta.-
- C) La conducta en el delito a estudio.- D) La ausencia de conducta en el delito a estudio.

CAPITULO II.

DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO: A) La conducta en general.- B) La ausencia de conducta.- C) La conducta en el delito a estudio.- D) La ausencia de conducta en el delito a estudio.

A) La conducta en general. - El elemento primordial del delito es el llamado elemento material u objetivo: la conducta.

"El elemento primario de todo delito —dice Soler—, tal como este último está concebido por la moderna legislación y la moderna técnica jurídica, es la acción, o sea el hecho humano voluntario. Con ello se expresa que no quedan comprendidos dentro de este concepto:

1° La condición de una persona, que si bien puede influir en su modo de obrar, no es, en ella misma, una acción como ser la llamada peligrosidad subjetiva, que algunos quieren tomar como fuente de imputación.

2° Los hechos del hombre que no sean expresión de su psiquismo, como ser los meros actos reflejos. Con esto no se abre juicio ni se hace referencia al elemento subjetivo de la acción, sino que sólo se afirma que la acción, para ser tal, debe ser la expresión psicofísica de una persona, sea ésta normal o anormal.

3. Los hechos del hombre constituyen acción sólo en cuanto son expresiones individuales de la personalidad: las acciones determinadas por una voluntad colectiva, no son alcanzadas por el Derecho penal; el sujeto del Derecho penal es una persona física. Las personas morales no están comprendidas entre los sujetos capaces de delinquir, C.C. art. 43. Sin embargo, este principio reconoce algunas excepcio-

nes.

4° Están también excluidos de la capacidad de producir acciones jurídicamente relevantes los animales y las cosas inanimadas. Los efectos que éstos causan reciben con propiedad la designación de hechos, no de acciones. Históricamente, sin embargo, no siempre ha tenido la responsabilidad ese carácter estrictamente humano que le acordamos, y han existido formas de responsabilidad de animales y aún de cosas." (1)

De lo transcrito se desprende que el primer elemento del delito consiste en una alteración exterior del estado de cosas referible a la conducta de un hombre. Es la totalidad de ese fenómeno, acción y resultado, lo que se denomina conducta. En consecuencia, se distinguen en ella: la subjetividad, la actuación y el resultado.

La subjetividad de la conducta no debe confundirse con el querer o voluntad del resultado último que forma parte de la teoría de la culpabilidad y no de la acción. Esta subjetividad es el mínimo de participación interna en el sentido de que el hombre no haya actuado como cuerpo. Es lo que Antolisei llama "coeficiente psíquico de la acción" . (2)

Habrá acción cuando el movimiento del automóvil que conducimos cause un daño, aunque puede no haber culpabilidad por falta de relación subjetiva entre el acto

(1).- Sebastián Soler.- Derecho Penal Argentino.- 2a. ed.- T. I. pp. 292 y sigs.- Editorial TEA.- Buenos Aires, 1953.

(2).- Francesco Antolisei.- La acción y el Resultado en el Delito.- P. 51.- Editorial Jurídica Mexicana.- México, 1959. Traducción de José Luis Pérez Hernández.

de dirigir el automóvil y el daño.

No habrá acción, en cambio, cuando por un mero acto reflejo se cause un daño, o en los casos de vis absoluta (fuerza física exterior irresistible).

La subjetividad de la conducta se traduce en desplegar u omitir determinada serie de movimientos por los cuales el autor hará surgir ese estado de hecho que, modificando el mundo exterior, constituye el resultado definido y prohibido por la ley. A ello se denomina actuación de la voluntad del agente.

Casi todos los delitos consisten en una alteración del estado de hecho exterior del sujeto, alteración que es el efecto de la actuación del agente y que se designa con la palabra resultado: la muerte en el homicidio; el perjuicio en el fraude.

Por resultado entendemos, entonces, una modificación o alteración del mundo exterior, y ese resultado puede ser material, como la muerte de un hombre en el homicidio, o puramente psíquico, como el conocimiento de la injuria. Nunca puede ser la violación del Derecho porque el resultado del acto es un mero hecho que no incluye valoración; es parte del tipo que describe y no debe mezclarse con la valoración que es independiente de la descripción.

En otras palabras, la lesión al Derecho que se da en los delitos de pura actividad, no forma parte del concepto de conducta, sino que integra el estudio de otro elemento del delito: la antijuricidad.

Por lo expuesto creemos acertada la definición que de acción en sentido estricto da Cuello Calón: - "...el movimiento corporal voluntario, encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca."(3) Menos afortunada es la definición de Florián, quien conceptúa la acción como un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible. (4)

Ahora bien, la conducta comprende tanto la acción como la omisión. Por omisión se entiende la inactividad, voluntaria también, cuando la ley ordena o impone el deber de ejecutar un hecho determinado. En los delitos de acción se infringe una ley prohibitiva; en los de omisión, una ley dispositiva. Cabe distinguir la omisión simple u omisión propiamente dicha, y la omisión comisiva o comisión por omisión, llamada también omisión impropia.

Por omisión simple se entiende un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva y ocasionando un resultado típico. Esto es, en la omisión simple se viola un deber de actuar, como el auxiliar al lesionado en el delito de abandono de personas.

En cambio, en la comisión por omisión, se violan dos clases de normas, una prohibitiva y otra dispositiva o preceptiva; de ahí que se defina la comisión por

(3). Eugenio Cuello Calón.- Derecho Penal.- Tomo I, p.271. 8a. ed.- Barcelona, 1947.

(4). Eugenio Florián.- Parte General de Derecho Penal.- Tomo I.- Pág. 559.- La Habana, 1929.

omisión como la producción de un resultado típico y material por un no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva. Se citan como ejemplos de esta forma de conducta, los delitos por olvido: como el caso de un despachador que omite dar la orden de protección a dos trenes que se colisionan por haber olvidado sus obligaciones.

Como elementos de la acción se señalan: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad. Afirma Porte Petit: "La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado, por ejemplo Soler afirma que el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad. Welzel subraya que la acción humana es, por tanto, un acontecimiento 'finalista' y no solamente 'causal'; que la finalidad es 'vidente'; la causalidad es 'ciega'. En efecto, la conducta en Derecho Penal, no puede entenderse sino como conducta culpable. Por tanto abarca: desear la conducta y el resultado; de no ser así, estaríamos aceptando un concepto de conducta, limitado a querer únicamente el comportamiento corporal."(5)

Como elementos de la omisión se mencionan: una manifestación de voluntad, una inactividad del agente y una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención.

(5) Celestino Porte Petit.- Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal.- Pág. 34.

En síntesis: entre la conducta y el resultado debe existir una relación causal; el resultado debe tener como causa un hacer o un no hacer del agente.

B) Ausencia de conducta.- El aspecto negativo de la conducta lo constituye la excluyente de responsabilidad prevista en la fracción I del artículo 15 del Código Penal, denominada "vis absoluta" o fuerza física exterior irresistible. Es evidente que cuando el sujeto actúa en las condiciones señaladas en la excluyente, faltan los elementos ya anotados de la conducta: voluntariedad, hacer o no hacer, y un resultado deseado.

Puede afirmarse que toda conducta que no sea voluntaria, espontánea, y motivada, supone ausencia de acto humano. En la demencia o en la "vis compulsiva" no puede hablarse de falta de acción, pues aunque anormal aquella, supone conducta voluntaria y motivada, y tales requisitos se dan también en la segunda, pues el que obra en virtud de miedo invencible, pudo también, según el grado de éste, decidirse por el propio sacrificio o el de los suyos amenazados, en vez de ceder a la coacción y ejecutar el acto punible. Tales casos serán motivos de inimputabilidad y de inculpabilidad, pero no de ausencia de conducta.

"Cuando a un sujeto se le obliga —dice Jiménez de Asúa—, con la mano apresada, a que clave un puñal a un individuo desconocido a quien no quiere herir ni matar, pero que es adversario de quien emplea la fuerza, si el agente no puede oponerse a ese movimiento corporal forzado, estamos en un caso de falta de acción, puesto que pa

ra que ésta exista se precisa que proceda de un ser provisto de voluntad, y el violentado físicamente es un instrumento como el revólver o el cuchillo: el golpe de puñal o el disparo no son actos en el sentido exacto del vocablo. Se nos dirá que es excepcional ese caso de acción homicida, tan inútil en su procedimiento, puesto que quien nos toma del brazo y nos fuerza a clavar el arma, pudo hacerlo por sí mismo más llanamente. Cierto; pero, en cambio, no es insólito 'caso de laboratorio' el de un hombre a quien se obliga a perpetrar una omisión punible, aténdole. Esta forma de acto omisivo no es voluntaria, ni, por tanto, constituye el acto humano, base primera del delito. Los meros autores inmediatos están en este caso libres de pena, no por ser inimputables, sino porque no hay en tal hecho verdadero acto." (6).

Debemos citar también como causa de ausencia de conducta, el obrar del agente bajo sugestión hipnótica.

C) La conducta en el delito a estudio.- De conformidad con el artículo 216 del Código Penal, el delito de coalición de funcionarios, se comete por los funcionarios públicos, empleados, agentes o comisionados del gobierno, que se coaliguen para tomar medidas contrarias a una ley o reglamento, impedir su ejecución o para hacer dimisión de sus puestos, con el fin de impedir o suspender la administración pública, en cualquiera de sus ramas.

El tipodescrito corresponde a los llamados personales, esto es, que únicamente pueden ser realizados

(6) Luis Jiménez de Asúa.- La Ley y el Delito.- Pág. 220.

por los que tengan el carácter de funcionarios o empleados públicos o bien agentes o comisionados del gobierno. El núcleo típico es coaligarse, lo que en sí implica la concurrencia de varios sujetos; es, pues, un tipo plurisubjetivo. La conducta puede ser activa u omisiva; es decir, que la realización del núcleo típico, permite las dos formas esenciales de conducta, la acción y la omisión. Puede afirmarse también la realización típica por la forma mixta de conducta, la comisión por omisión.

Escribe Carrancá y Trujillo: "El delito tipificado en el art. 216 c.p. es plurisubjetivo, de lesión. Se consume por el solo hecho de coaligarse o unirse unos con otros, los que desempeñan una función o un cargo de carácter público; a) tomando medidas opuestas a las que determinan una ley o reglamento, o sea medidas para la inobservancia de éstos; b) o bien, impidiendo la ejecución de aquella o de éste, o sea no observándolos cuando se trate de ejecutarlos; c) o bien, dimitiendo sus puestos con el objeto de que cese definitivamente o se suspenda temporalmente la actividad de la Administración Pública en cualquiera de sus ramas. Se requiere, para la consumación del delito, que las medidas sean tomadas, o bien, que se impida efectivamente la ejecución de la ley, o bien, que la dimisión de los cargos se realice, aunque sea sin los requisitos formales o sólo de hecho. No es configurable la tentativa. El dolo específico consiste en que el agente tenga voluntad y conciencia de emplear aquellos medios operatorios para que se impida en definitiva o se suspenda por tiempo la ejecución de la ley -

actividad administrativa del Estado, en cualquier -
no." (7)

Si bien es delito de lesión como afirma el autor citado, no necesariamente es de resultado. Por ejemplo: la sola coalición para la inobservancia de un reglamento interno de trabajo constituiría una de las formas de realización típica, pero sin resultado material o psicológico; la coalición para suspender un servicio público si lleva aparejado un daño material y por ello un resultado material. En ambos casos existirá una lesión al bien jurídico tutelado por la norma constituido por la administración pública, pero esa lesión constituye el elemento antijurídico del injusto y no el resultado típico producido por la conducta.

D) La ausencia de conducta en el delito a estudio. - La coalición supone un acuerdo de voluntades para un fin determinado; en el caso del delito a estudio, para la realización de uno cualquiera de los propósitos señalados en la ley. En consecuencia, sería muy difícil la existencia de un caso negativo de coalición para la realización de un servicio público de vital importancia, algunos de los funcionarios o empleados inconformes con la mayoría, fueran atados con sogas para impedirles el desempeño de su trabajo. Habría en tal caso, una omisión punible únicamente para los sujetos mediatos. Sólo así es concebible la realización de un resultado típico con ausencia de conducta por parte de los sujetos inmediatos.

(7) Raúl Carrancá y Trujillo. - Código Penal Anotado. - 2a. ed. pág. 112. - México, 1966.

CAPITULO III.

LA TIPICIDAD.

A) Concepto de tipo penal.- B) El tipo en el delito a estudio.- C) La atipicidad o ausencia de tipo.- D) La tipicidad y atipicidad en el delito a estudio.

C A P I T U L O III.

LA TIPICIDAD.- A) Concepto de tipo penal.- B) El tipo en el delito a estudio.- C) La atipicidad o ausencia de tipo.- D) La tipicidad y atipicidad en el delito a estudio.

A) Concepto de tipo penal.- Los códigos penales describen circunstanciadamente cada delito en particular. De las diversas definiciones de la legislación positiva se obtiene por abstracción el tipo que es el contenido íntegro de un hecho de los definidos en el código, prescindiendo de las condiciones subjetivas y objetivas que le acompañan en su realización; es el delito en abstracto. Es por ejemplo, - la muerte de un hombre en la acepción más lata de la palabra, desde su preparación hasta la realización exhaustiva por actos últimos, con todas las modalidades y accidentes que pueden precederla, acompañarla o seguirla.

"La función de los tipos, en la economía del procedimiento, es ante todo previa y eliminativa; de tal modo que, al encontrarnos ante un hecho indiciariamente delictivo, lo primero que hemos de examinar es si es subsumible a uno de los tipos de la ley penal y, en caso negativo huelga continuar el examen. Ni siquiera vale la pena de examinar antes si ha habido acción en el sentido jurídico de esta palabra, es decir si alguien ha obrado, pues ésto significaría anticipar el examen que podría resultar inútil, de la imputabilidad. A tal extremo que la definición de Belling podría mejorarse diciendo, no que el delito es 'una acción típica, etc.', sino que es 'un hecho típico, imputable a una o más personas etc.', porque el proceso de eliminación, en buena economía del procedimiento, es éste: primero, ver si ha habido delito en abstracto y lue

go, por su orden, si ha habido persona imputable, si el acto debe valorarse de ilícito, si en tal caso ha habido culpabilidad y finalmente si existe o no caso de impunidad o de carencia de delito en función de las condiciones objetivas de la penalidad. Pero el tipo como hecho abstracto tiene otra función más importante. Es la base técnica para dar unidad a toda la fenomenología jurídica del delito tanto en su dimensión extensiva como en la cronológica. Es la clave de la construcción orgánica del fenómeno delictivo; de tal manera que todas sus manifestaciones - obtengan una explicación unitaria y coordinada." (1)

Como es sabido, la doctrina del tipo y la tipicidad se debe a Belling, y antes y después de él, el concepto de tipo ha atravesado por distintas fases. Señala Jiménez de Asúa las siguientes:

a) La independencia. - En su primera fase la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. Como se ha dicho ya, "matar un hombre" es el tipo delito de homicidio; es una mera descripción. Determinar si la muerte fue contraria a derecho, o si se realizó en defensa legítima, es función valorativa que corresponde a la antijuricidad; y el juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y reprochárselo a título de dolo o de culpa, corresponde al elemento culpabilidad. Se--

(1) Faustino Ballve Pallise.- Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito.- México, 1951.- Págs. 18 y 19.

ling modificó y amplió su teoría del tipo en 1939, manteniéndole su mera función descriptiva.

b) Carácter indiciario.- En su segunda fase, el tipo tiene una función indiciaria. Corresponde atribuirle ese carácter, a Max Ernesto Mayer en Tratado de Derecho Penal aparecido en 1915.

De conformidad con tal concepción, el tipo tiene independencia, más el solo hecho de que una conducta sea típica, es ya un indicio de su antijuricidad. La función indiciaria se cumple principalmente en los elementos normativos del tipo, como por ejemplo, la noción de ajenidad en el delito de robo.

c) "Ratio essendi" de la antijuricidad.- Esta fase del tipo se deba a Mezger, quien la transparenta desde su definición del delito: acción típicamente antijurídica y culpable; es decir, para Mezger el delito ya no es una acción típica, antijurídica, etc., sino acción típicamente antijurídica, lo cual significa que para su autor, el tipo debe estudiarse no ya como elemento autónomo, sino en relación estrecha y directa con los demás elementos y especialmente la antijuricidad. De ahí que el autor citado estime que la antijuricidad ~~de~~ ^{es} la acción ^o carácter del delito pero no una característica del tipo, puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas, pero en cambio es esencial a la antijuricidad la tipificación. Señala Jiménez de Asúa que esta tesis lleve inevitablemente a crear una antijuricidad penal frente a la antijuricidad general, absolutamente inadmisibles en las concepciones actuales. (2)

(2) La Ley y el Delito. 4a. ed.- Pág. 239.

En realidad creemos con el autor de la doctrina del tipo que éste es el elemento descriptivo, en tanto que la antijuricidad es elemento valorativo.

Clasificación de los tipos.- a) Normales y anormales.- La ley, al establecer los tipos, por regla general se limita a hacer una descripción objetiva, como por ejemplo, el privar de la vida a otro en el delito de homicidio; sin embargo, en otros casos, la descripción típica incluye elementos de carácter normativo, cultural o subjetivo. Tipo normal es aquel en que el legislador se refirió a situaciones normales objetivas. Tipo anormal es el que requiere una valoración cultural o jurídica en sus elementos. En otras palabras, cuando es necesario recurrir a otras fuentes para desentrañar el sentido de algunos elementos típicos, por ejemplo la honestidad y la castidad en el tipo de estupro; la ajenidad en el robo, que requiere una interpretación jurídica; la tenencia precaria en el abuso de confianza, etc. En el tipo de fraude, el elemento engaño es de carácter subjetivo.

b) Fundamentales o básicos.- La naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado forma una categoría común que sirve de título o rúbrica a cada grupo de delitos o tipos: delitos contra la vida y la integridad corporal; delitos contra las personas en su patrimonio, etc. Observa Jiménez Huerta que dentro de un mismo título, rubro o familia de tipos delictivos se agrupan diversas especies que, si bien tutelén el mismo bien jurídico, contemplan diversos aspectos fácticos susceptibles de afectar dicha tutela. Esta sistematización de tipos va de lo genérico a lo específico; de ahí su división en básicos, especiales y comple-

mentados. Básico es aquél en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito; así, el de homicidio es tipo básico de los delitos contra la vida.(3)

c) Especiales son los formados por el tipo básico y otros elementos; su aplicación excluye la del tipo básico; el parricidio es tipo especial del de homicidio.

d) Complementados son aquellos que se integran con el tipo básico y otras circunstancias de carácter calificado o privilegiado. Su aplicación no excluye la del básico sino que lo complementan: homicidio calificado, homicidio en riña. Por estas circunstancias suelen clasificarse también en agravados o privilegiados, según circunstancias atenuantes o agravantes que concurren con el tipo básico.

e) Autónomos o independientes. Como su nombre lo indica tienen vida independiente, con total exclusión de cualquier otro tipo, y en consecuencia, no dependen de la existencia o concurrencia de algún tipo de naturaleza distinta.

f) Subordinados. Dependen de otro tipo y por su carácter respecto al tipo básico, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino que se subordinan.

g) De formulación casuística.- Son aquellos en los cuales el legislador no describe una conducta única, sino varios modos de ejecutar el delito, como es el caso del -

(3) Cfr. La Tipicidad. Págs. 96 y 97.- Editorial Porrúa, México, 1955.

delito de coalición de funcionarios. Pueden ser: alternativamente formados y acumulativamente formados; en aquellos se preveen dos o mas hipótesis comisivas y el tipo se perfecciona con cualquiera de ellas. En el adulterio puede realizarse el tipo en el domicilio conyugal o con escándalo. Por el contrario, en los acumulativamente formados, se requiere el concurso de todas las hipótesis: en el delito a estudio, la característica de funcionario o empleado público, su coaligación con tal carácter, y la persecución o logro de alguno de los fines señalados en el tipo.

h) De formulación precisa.- Por el contrario de los anteriores, éstos se perfeccionan con una hipótesis formulada en la descripción legal: el apoderamiento en el robo.

i) De daño y de peligro.- Si el tipo tutela los bienes por razón de su destrucción o disminución, serán de daño; de peligro, cuando la tutela penal va dirigida a la posibilidad de daño.

B) El tipo en el delito a estudio.- Dice el artículo 216 del Código Penal: "Cometen el delito de coalición: los funcionarios públicos, agentes o comisionados del Gobierno que se coaliguen para tomar medidas contrarias a una ley o reglamento, impedir su ejecución, o para hacer dimisión de sus puestos, con el fin de impedir o suspender la administración pública en cualesquiera de sus ramas."

De la descripción legal transcrita, podemos colegir que el tipo del delito a estudio es:

a) Anormal, en cuanto contiene elementos que requieren de una valoración jurídica: la calidad o categoría de funcionario y empleado público, noción de adminis--

tración pública.

b) Autónomo o independiente, por tener vida propia e independiente, con total exclusión de cualquier otro tipo; su realización no depende de la existencia o concurrencia de algún tipo de naturaleza distinta.

c) De formulación casuística porque en su definición se describen varios modos de conducta.

d) Acumulativamente formado porque se requiere el concurso de la característica de funcionario o empleado; su coalición con tal carácter y la persecución de uno cualquiera de los fines señalados en la ley.

e) De daño y de peligro porque según el propósito perseguido en la coalición, puede resultar daño material o sólo poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma.

Siendo además un tipo personal, debe distinguirse entre los elementos altamente personales del tipo con los demás elementos personales del delito. Es obvio que la conducta, la ilicitud y la culpabilidad sólo pueden referirse a la persona del delincuente y el carácter altamente personal o no de las condiciones de penalidad se desprende de la naturaleza de ellas mismas. Lo importante es saber qué elementos del tipo han de reunirse en el actor para que pueda afirmarse que éste lo ha realizado. La solución dogmática es la siguiente:

a) En los delitos formales los elementos del tipo son altamente personales. No puede afirmarse que ha pasado por el lugar prohibido quién nace pasar por él al niño o al loco.

b) En los delitos materiales cuyo núcleo está

en el resultado y no en la acción, todo lo que sigue a ésta puede ser hecho por un tercero. No obstante:

I. Hay resultados que implican una relación personal del autor mismo. El defraudador se ha de apropiar él mismo la cosa; el funcionario público ha de tomar él mismo las medidas contrarias a la ley en coalición con otros funcionarios o empleados.

II. Son personales los elementos que no son resultado sino medio de la acción. La dimisión de sus puestos con el fin de paralizar la administración pública, tiene que ser hecha por cada sujeto en particular.

III. Es personal determinada calidad del sujeto. Funcionario o empleado público, comisionado o agente del Gobierno.

La importancia técnica de los elementos altamente personales está en que su carencia implica carencia de tipo y, en consecuencia, inexistencia de delito.

El tipo puede comprender, además del núcleo o tipo propiamente dicho una fotoesfera constituida por actos preparatorios, coetáneos o posteriores al delito. Son acciones propiamente típicas aquellas que por sí solas permiten decir que el delito se ha realizado. Son accesorias las acciones que solamente adquieren tipicidad cuando van acompañadas de las primeras.

C) La atipicidad o ausencia de tipo.- La atipicidad o falta de tipo se da por ausencia de alguno de los elementos de la descripción legal; es decir, cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal. En consecuencia, la atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo; si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictiva.

Surge la atipicidad cuando existiendo un tipo penal no se adecúa la conducta dada; como en el caso del estupro, la cópula consentida con mujer menor de 18 y mayor de 16; o en el mismo caso, con mujer mayor de 18 años; en el adulterio, la falta de escándalo o del requisito de cometerse dentro del domicilio conyugal.

Pueden reducirse las causas de atipicidad a las siguientes:

1. Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto al sujeto activo y pasivo;

2. La falta del objeto material o del objeto jurídico;

3. La falta de las referencias temporales y espaciales exigidas en el tipo;

4. La no realización del hecho, por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, y

5. La falta de los elementos subjetivos legalmente descritos.

D) La atipicidad en el delito a estudio.- En el delito de coalición de funcionarios, se exige en el sujeto activo la calidad de funcionario público, empleado, agente o comisionado del gobierno. En el sujeto pasivo, la calidad de función pública.

En ausencia de las calidades exigidas en la descripción legal para los sujetos activo y pasivo, habrá atipicidad.

También se dará la atipicidad en el caso de ausencia de la Institución o el interés por proteger, porque faltará el objeto jurídico. Tal sería el caso de la coalición de funcionarios o empleados públicos, agentes o comisionados

en contra de alguna institución privada o ajena a la administración pública en cualquiera de sus ramas.

Habría atipicidad por ausencia de objeto material sobre el cual recaiga la acción, como por ejemplo la coalición para tomar medidas contrarias a una ley o reglamento abrogados.

En el delito a estudio habría atipicidad por falta de referencias espaciales exigidas por el tipo, cuando no se actualizara dentro de la administración o función pública.

Por último, habría ausencia de tipo cuando la coalición de funcionarios o empleados públicos se haga para ejercer alguno de los derechos que les concede la ley reglamentaria del apartado B del artículo 123 Constitucional - porque en tales casos existiría legitimación y faltarían los elementos subjetivos legalmente descritos en el tipo penal.

C A P I T U L O IV.

LA ANTIJURICIDAD.

A) Concepto.- B) Antijuricidad formal y material.- C) Antijuricidad objetiva y subjetiva.- D) Concepto positivo de la antijuricidad.- E) Aspecto negativo: causas de justificación.

C A P I T U L O I V .

LA ANTIJURICIDAD.

A) Concepto.- B) Antijuricidad formal y material.- C) Antijuricidad objetiva y subjetiva.- D) Concepto positivo de la antijuricidad.- E) Aspecto negativo: causas de justificación.

A) Concepto.- Para la existencia de un delito, no basta - la sola adecuación de la conducta al tipo penal; se requiere además que se lesione la norma tuteladora, que la conducta típica sea antijurídica. En otra forma: una conducta es antijurídica, cuando si el tipo no está protegida por una causa de justificación. Al realizarse una conducta o un hecho adecuados al tipo penal, se les tendrá por antijurídicos en tanto no se pruebe la existencia de una justificante.

"Hasta hoy —afirma Porte Petit—, así operan los códigos penales, valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir, en forma negativa. Lo cual significa que para la existencia de la antijuricidad, se requiere una doble condición: positiva una, adecuación de la conducta o hecho a una norma penal, y negativa otra, que no estén amparados por una causa de exclusión del injusto. En síntesis, la conducta o hecho serán antijurídicos si no están protegidos por alguna de las causas enumeradas en el artículo 15 del Código Penal." (1)

(1) Celestino Porte Petit.- Programa de la Parte General - de Derecho Penal.- U.N.A.M.- Fac. de Derecho 1958.

La noción anterior ha sido aceptada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales que, en diversas ejecutorias ha sustentado la siguiente tesis: " Conforme al Derecho Penal, el sujeto no actúa antijurídicamente cuando en su acción concurre una causa de exclusión del injusto, constituyendo el contenido de éste la lesión o el poner en peligro un bien jurídico, ya se trate del objeto de protección de la ley o como objeto de ataque." (Semanario Judicial de la Federación.-T. - CXXI, pág. 2339-2340).

Sin embargo, el concepto unánimemente aceptado del elemento a estudio —contradicción entre conducta y norma—, es insuficiente, como después trataremos de probar, para dar solución a multitud de casos prácticos en los cuales, a pesar de existir esa contradicción, no existe la antijuricidad.

Definir la ilicitud como lo contrario al Derecho, dice Jiménez de Asúa, es una tautología; equivale a afirmar que el dolor de cabeza es una cefalalgia, esto es, que siendo cierto nada explica, no se nos dice lo que es antijurídico, sino lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejercicio de un derecho, estado de necesidad, etc. (2)

Alexander Graf Zu Dohna estima que la cuestión relativa a la antijuricidad o ilicitud no está aun resuelta por la ciencia penal del siglo XX porque a la fecha se da una fórmula conceptual y además doble. Ilegalidad es lesión del derecho; en primer lugar lesión del derecho objetivo, del precepto jurídico, lesión de la ley; en segundo lugar,

(2) Cfr. La ley y el Delito.-4a. ed.- Pág. 267.

lesión del derecho subjetivo, del interés, lesión del bien jurídico. Y esta explicación es ciertamente en sí misma fundada. El derecho penal es protección de intereses, las leyes penales son normas de protección de intereses humanos vitales: es hecho fundamental difícilmente podría ser objetado por nadie en serio. Si una acción lesiona un bien protegido por el derecho, sólo puede conseguirlo mediante la infracción de la norma protectora y viceversa: semejante conducta sólo puede infringir dicha norma protectora lesionando el interés por ella protegido. (3)

"Para que una conducta pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad... Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse, en última instancia, como delictiva, necesario es que sea antijurídica. La antijuricidad se ofrece así como un dato capaz de ser separado conceptualmente del hecho mismo, en cuanto constituye un plus y un quid espiritual que puede o no existir. Para calificar una conducta como antijurídica, preciso es comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita. Se da así vida a un nuevo elemento que, lejos de estar implícito en el concepto de conducta, constituye una entidad ideológicamente diversa y autónoma. No todo hecho relevante penalísticamente es siempre un hecho antijurídico. Matar a otro es un hecho penalmente relevante; sin embargo, este hecho no siempre es antijurídico." (4)

(3) Vid. La Ilícitud. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959. Págs. 6 y 7.

(4). Mariano Jiménez Huerta.- La Antijuricidad.- Págs. 9 y ss.

La anti-juricidad es elemento de valoración; - el tipo describe, la anti-juricidad valora. En cuanto a su contenido, puede afirmarse que lo constituye el Derecho en general, porque no puede hablarse de una anti-juricidad administrativa, otra civil, etc. La anti-juricidad es general, considerando al Derecho como un todo hermético.

Resumiendo: conforme al criterio unánime, una conducta típica es anti-jurídica en tanto no se halle amparada o protegida por una causa de justificación. Así, el homicidio es anti-jurídico cuando no se haya realizado en legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un derecho.

B) Anti-juricidad formal y material.- La distinción entre anti-juricidad formal y material se debe a Liszt (5) quien indica que la reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble:

a) El acto es formalmente contrario a derecho, en tanto que es infracción de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico, y

b) El acto es materialmente ilícito en cuanto crea una conducta lesiva a la sociedad, es decir, antisocial.

En realidad no tiene razón de ser esta distinción porque en el fondo no constituye sino un doble aspecto de un mismo concepto. Si el orden jurídico tiene un contenido y una razón de ser; si el Derecho emana del orden social como medio de defensa contra la delincuencia, toda conducta contraria a ese orden jurídico constituye una lesión al interés social.

(5) Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. T. II pág. 32
28. ed. Madrid 1927.

Como afirma con toda certeza Jiménez Huerta: - "No es posible afirmar con universal vigencia —ni aun desde un punto de vista exclusivamente cortical— que una determinada conducta represente siempre una infracción de un mandato o prohibición, ya que los mandatos y prohibiciones del orden jurídico no tienen un carácter estático, rígido y absoluto, sino que se atemperan y adaptan a las complejas situaciones de la vida. La norma 'no matarás' no se infringe, ni aun desde el punto de vista estrictamente formal, cuando el hombre defiende su vida de una agresión injusta; en esta situación concreta, el 'no matarás' normativo no tiene existencia; en la dinámica del vivir social, quien en la situación de peligro injusto en que se encuentra priva de la vida a otro, no viola la norma que prohíbe matar, no contradice el orden jurídico, sino que lo afirma, pues ejercita el derecho de defensa legítima. Lo antijurídico es, pues, un concepto integral e inescindible. Resulta totalmente falsa la concepción dualista que, frente a una antijuricidad formal, sitúa otra material o substancial. Un hecho es antijurídico —dice Jettiol—, porque contradice a la norma y porque lesiona a aquel particular bien que la norma tutela. Una concepción teleológica de la antijuricidad se presenta como una síntesis de la concepción formal y de la substancial, y siempre revisa carácter unitario." (6)

C) Antijuricidad objetiva y subjetiva.— Se afirma que la antijuricidad es objetiva cuando se determina con base exclusi

(6) Mariano Jiménez Huerta.— La Antijuricidad, págs. 31 y 32

va en la objetiva conducta enjuiciada y subjetiva cuando se hace en función del autor. De ahí las dos teorías sobre la antijuricidad denominadas precisamente objetiva y subjetiva. Entre ambas doctrinas se sitúa la llamada de los elementos subjetivos de la antijuricidad enmarcada dentro de la teoría objetiva, pero con elementos de la teoría subjetiva.

De conformidad con la primera de estas doctrinas, la determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada, toda vez que lo antijurídico no es otra cosa que la ofensa a las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico, con independencia absoluta de la situación en que actúa el agente. Es antijurídico toda conducta que objetivamente considerada contrasta con los fines del ordenamiento jurídico, es decir, con el derecho objetivo en su función de valoración de los hechos. En esa forma se establece un límite adecuado entre la antijuricidad y la culpabilidad, pues mientras la primera se basa en la relación existente entre la conducta y las normas objetivas de valoración recogidas por el ordenamiento jurídico, la culpabilidad se funda en la diversa relación existente entre la conducta y las normas de determinación que, en relación concreta al agente, se derivan del orden jurídico; consecuentemente, existe también una delimitación perfectamente definida entre las causas que excluyen la antijuricidad y las que excluyen la culpabilidad, según afectan respectivamente la valoración objetiva del hecho o la determinación subjetiva de su autor.

Por lo que respecta a la segunda teoría, se estima que la antijuricidad sólo puede concebirse en función del autor de la conducta enjuiciada. Resulta evidente la con-

fusión existente entre lo antijurídico y lo culpable, porque no basta la simple oposición de la conducta con el orden jurídico, sino que se requiere que la misma pueda reprocharse a su autor por implicar una lesión a las normas de determinación que le son impuestas en cuanto sujeto de derecho que es.

La teoría intermedia intenta explicar el hecho, comprobado por la observación y experiencia de los fenómenos jurídicos que brotan de la complejidad de la vida, consistente en que en algunos casos de excepción desempeñan papel importantísimo en la integración de la antijuricidad, determinados estados anímicos situados en la persona del agente. Al respecto, escribe Mezger: "El injusto es contradicción objetiva con las normas del Derecho. Las referencias anímicas subjetivas del infractor respecto al injusto cometido por él, el saber que se infringe el ordenamiento jurídico y los fundamentos positivos de dicho saber, la intención de actuar contra el Derecho, son sólo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto, por tanto, en la teoría de la culpabilidad. Por lo menos, normalmente. Pero sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referir en consecuencia todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, concibiendo al primero sólo objetivamente y sólo subjetivamente la segunda. En lo que concierne a la determinación del injusto, las excepciones a la regla general nos indican que dicha determinación del injusto puede depender, en ciertos casos, de determinados momentos subjetivos. Una conducta que exteriormente es siempre la misma puede de una vez ser conforme al Derecho y otra antijurídica, se-

gún el sentido que el autor conecta con su acto, según la situación o disposición anímica en que se ejecute la acción. El sutil y complicado juego de los intereses de los hombres no se desarrolla tan tosca y exteriormente que pueda decirse que en la delimitación entre lo injusto y el Derecho no importen en absoluto aquellos factores anímicos." (7)

D) Concepto positivo de la antijuricidad.- Hemos asentado - que la antijuricidad es, en el concepto tradicional, la contradicción entre la conducta y la norma; concepto que no explica sino los casos no encuadrables en las causas de justificación, es decir, en tanto que la conducta típica no encaja en una justificante, se tendrá por antijurídica. Sin embargo no es suficiente para explicar un gran número de casos prácticos en los que, como pesaremos a demostrar, -- existe adecuación típica no encuadrable en causa de justificación alguna y, sin embargo, no puede afirmarse la existencia del elemento subjetivo del injusto.

Caso Uno.- El sujeto A contrata al sujeto B para que mate a C, enemigo de A. El sujeto B conviene con A en cobrarle la suma de diez mil pesos por cumplir con su cometido, no obstante que jamás ha pensado en cumplir. En tales condiciones, B va en busca de C y se entera que éste se ha ausentado de su domicilio sin avisarle a nadie; aprovechando esa circunstancia, regresa con A para decirle que ya mató a C y ocultó el cadáver. A, investiga y encuentra que efectivamente el sujeto C no aparece y, engañado por B, paga a éste la suma convenida. Posteriormente aparece C y descubre A que ha sido víctima de un fraude.

En la hipótesis se dan todos los elementos del tipo descrito en el artículo 386 del Código Penal en cuanto

va en la objetiva conducta enjuiciada y subjetiva cuando se hace en función del autor. De ahí las dos teorías sobre la antijuricidad denominadas precisamente objetiva y subjetiva. Entre ambas doctrinas se sitúa la llamada de los elementos subjetivos de la antijuricidad enmarcada dentro de la teoría objetiva, pero con elementos de la teoría subjetiva.

De conformidad con la primera de estas doctrinas, la determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada, toda vez -- que lo antijurídico no es otra cosa que la ofensa a las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico, con independencia absoluta de la situación en que actúa el agente. Es antijurídico toda conducta que objetivamente considerada contrasta con los fines del ordenamiento jurídico, es decir, con el derecho objetivo en su función de valoración de los hechos. En esa forma se establece un límite adecuado entre la antijuricidad y la culpabilidad, pues mientras la primera se basa en la relación existente entre la conducta y las normas objetivas de valoración recogidas por el ordenamiento jurídico, la culpabilidad se funda en la diversa relación existente entre la conducta y las normas de determinación que, en relación concreta al agente, se derivan del orden jurídico; consecuentemente, existe también una delimitación perfectamente definida entre las causas que excluyen la antijuricidad y las que excluyen la culpabilidad, según afecten respectivamente la valoración objetiva del hecho o la determinación subjetiva de su autor.

Por lo que respecta a la segunda teoría, se estima que la antijuricidad sólo puede concebirse en función del autor de la conducta enjuiciada. Resulta evidente la con-

que, mediante engaño, el sujeto activo obtiene del pasivo un lucro indebido; en otros términos, hay adecuación típica, tipicidad. De conformidad con el concepto tradicional, existe antijuricidad cuando habiendo adecuación típica, la conducta no se encuentra amparada por alguna de las causas excluyentes de la antijuricidad, por lo que debe concluirse que en el caso a estudio la conducta del sujeto B es antijurídica. No obstante, es evidente la inexistencia del elemento subjetivo del injusto.

Adelantando conceptos, definiremos la antijuricidad como la agresión al bien jurídico tutelado por la norma. El Derecho es protector de bienes o intereses; pero sólo es objeto de esa tutela el bien destinado a un fin lícito. Cuando el bien jurídico se aparta de esa licitud en su fin, es obvio que se aparta de la esfera de protección jurídica. En la hipótesis planteada, es el patrimonio el interés jurídico tutelado por la norma penal y, al destinarse a una finalidad ilícita, se sale de la órbita de protección; de ese modo, cualquier agresión a ese patrimonio no es alcanzada por la tutela jurídica. Por tal razón, podemos afirmar que en casos similares el planteado falta el elemento antijuricidad en la conducta, y por lo tanto —aunque aparentemente choque con nuestro sentido del derecho—, no existe delito.

Caso Dos.— Una prostituta conviene con sujeto en entregarse sexualmente por cierta cantidad; recibida la suma pactada, la mujer se niega a la entrega.

En este caso también se dan los elementos del fraude: obtención de lucro mediante engaño, y no coexiste ninguna causa excluyente de la antijuricidad. Sin embargo, —

por destinarse al patrimonio a un fin ilícito en sí mismo, no puede afirmarse la existencia de delito por ausencia de antijuricidad.

Caso Tres.- El sujeto A se apropia indebidamente de un terreno que posteriormente entrega, mediante cesión de derechos de posesión, a un sujeto B; éste, a su vez, es despojado por el sujeto C. El sujeto B denuncia el delito de despojo cometido en su agravio por el sujeto C.

De conformidad con el artículo 395 del Código Penal, el delito de despojo se comete ocupando un inmueble ajeno, de propia autoridad y en forma violenta o furtiva. Se establece además que la pena se aplicará aun cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada sea dudosa o esté en disputa. En la hipótesis, la posesión de B es dudosa, así es que de conformidad con el código punitivo, el sujeto C deberá responder por el delito de despojo, en agravio de B. Sin embargo, de aceptar la existencia del injusto, llegaríamos a la conclusión de que el Derecho Penal tutela o protege intereses o situaciones ilícitas, porque es indudable que el sujeto B es poseedor de mala fe e inclusive su posesión es delictiva y, de concluirse que el sujeto C es responsable por despojo, llegaríamos al absurdo de estimar que el sujeto B es poseedor de buena fe. Casos como éste, son fallados a diario en forma ilógica y absurda por nuestros tribunales por falta de una concepción positiva de la antijuricidad.

E) Aspecto negativo: causas de justificación.- Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad. Pueden definirse como aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta

por destinarse el patrimonio a un fin ilícito en sí mismo, no puede afirmarse la existencia de delito por ausencia de antijuricidad.

Caso Tres.- El sujeto A se apropia indebidamente de un terreno que posteriormente entrega, mediante cesión de derechos de posesión, a un sujeto B; éste, a su vez, es despojado por el sujeto C. El sujeto B denuncia el delito de despojo cometido en su agravio por el sujeto C.

De conformidad con el artículo 395 del Código Penal, el delito de despojo se comete ocupando un inmueble ajeno, de propia autoridad y en forma violenta o furtiva. Se establece además que la pena se aplicará aun cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada sea dudosa o esté en disputa. En la hipótesis, la posesión de B es dudosa, es decir, que de conformidad con el código punitivo, el sujeto C deberá responder por el delito de despojo, en agravio de B. Sin embargo, de aceptar la existencia del injusto, llegaríamos a la conclusión de que el Derecho Penal tutela o protege intereses o situaciones ilícitas, porque es indudable que el sujeto B es poseedor de mala fe e inclusive su posesión es delictiva y, de concluirse que el sujeto C es responsable por despojo, llegaríamos al absurdo de estimar que el sujeto B es poseedor de buena fe. Casos como éste, son fallados a diario en forma ilógica y absurda por nuestros tribunales por falta de una concepción positiva de la antijuricidad.

E) Aspecto negativo: causas de justificación.- Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad. Pueden definirse como aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta

típica. En presencia de alguna de ellas, faltará uno de los elementos esenciales del delito: la antijuricidad. Se les conoce también con el nombre de causas eliminatorias de la antijuricidad.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras excluyentes. Las causas de justificación son objetivas, referidas al hecho e impersonales; las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personales e intransitivas. De ahí que la protección de una justificante alcance a todos los que intervienen en el hecho concreto, en tanto que en las de inculpabilidad sólo alcanza al sujeto activo. Desde ese punto de vista, todos los que cointervienen en una conducta o en un hecho típicos amparados por una justificante, son alcanzados por ésta; los que coparticipan en un hecho amparado por una causa de inculpabilidad, responden penalmente por ese hecho, y sólo queda excluido de esa responsabilidad el agente.

Por otra parte, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad en que las primeras se refieren a la conducta totalmente capaz de un sujeto y las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad. El inimputable es psicológicamente incapaz permanente o transitoriamente. Las eximentes anulan la incriminación en sujeto capaz; las causas de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien nunca ha sido capaz.

Como afirma Jiménez de Asúa, en las causas de justificación no hay delito; en las de inimputabilidad no hay delincuente, y en las eximentes no hay pena. En resumen, las justificantes aprovechan a todos los copartícipes, las otras excluyentes no; los copartícipes en una justificante,

actúan apegados a derecho y quien actúa pegado a derecho no ofende o lesiona intereses jurídicos. Se aceptan como justificantes la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Legítima defensa.- Se entiende por legítima defensa la repulsa de una agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o tercera persona en contra del agresor, sin tras pasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. (7)

De conformidad con dicha definición y con la descripción de nuestro Código Penal la agresión ha de ser actual, es decir, presente; de lo contrario no se integra la justificante. Si la agresión ya se consumó, no existirá legítima defensa, sino una venganza privada. Tampoco se integrará la justificante ante la posibilidad más o menos fundada de acciones futuras.

La agresión debe ser violenta, es decir, implicar fuerza, la idea de agresión, opina Carranca y Trujillo (8), encierra la de violencia; sin embargo, nuestro legislador prefirió ser redundante a fin de caracterizar más aún el ímpetu lesivo.

Además de actual y violenta, la agresión debe ser injusta, es decir, antijurídica.

Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente tutelada, por esa razón no funciona la justificante contra actos de autoridad, o menos claro está, que se trate de un abuso, caso en el cual habrá delito por parte del órgano de la autoridad, y la repulsa por parte

(7) Luis Jiménez de Asúa.- La Ley y el Delito, pág. 289. 4a. ed

(8) Raúl Carranca y Trujillo.- Derecho Penal Mexicano.- T.II, pág. 80. 4a. ed., 1956.

del particular estará amparada por la legítima defen--
sa. De la agresión debe resultar un peligro inminente;
es decir, posibilidad de un daño muy cercano, inmedia--
to o próximo.

La agresión debe amenazar bienes protegi--
dos jurídicamente: la persona, el honor o los bienes -
del agredido o de una tercera persona a quien se defien--
da.

De conformidad con la parte final de la -
fracción III del artículo 15 del Código Penal, no exis--
tirá la justificante a estudio si el agredido fue el -
que provocó la agresión, dando causa inmediata y sufici--
ente para ello; si previó la agresión y pudo fácilmen--
te evitarla por otros medios legales; si no hubo necesi--
dad racional del medio empleado en la defensa; si el da--
ño que iba a causar el agresor podía ser fácilmente re--
parable después por medios legales o era notoriamente -
de poca importancia comparado con el que causó la defen--
sa.

Defensa legítima del honor. - Conforme a nuestro Código -
Penal, el cónyuge que mata o lesiona a su cónyuge o a --
quien con él realice adulterio, o a ambos, no se encuen--
tra amparado por la justificante de la legítima defensa;
únicamente se beneficiará con una pena atenuada que seña--
la el artículo 310 del mismo código. Carrancá y Trujillo
(9) opina que la interpretación correcta de nuestro tex--
to legal es en el sentido de que el homicidio y las le--
siones a los adúlteros deben dissociarse por completo de

(9) Op. cit. T. II, Págs. 80 y sigs.

la legítima defensa del honor, pues si el legislador fija penalidad al hecho de matar y lesionar aun en presencia - del acto carnal mismo, ese hecho no significa agresión al honor, y precisa que la libertad de conducta de la esposa, aun cuando en pugna con las costumbres de nuestro medio, - no puede estimarse como agresión al honor del marido, y - el uxoricida en caso de adulterio representa en todas for- mas un sujeto peligroso, por lo cual su conducta no puede considerarse legítima y por lo mismo dar lugar a la pena, si bien atenuada.

En concepto de González de la Vega (10), - los actos ajenos, morales o inmorales, no imputables a - nosotros mismos, no pueden afectar nuestro honor, y repi- ta con Jiménez de Asúa, cómo es injusto afirmar que su- fre menoscabo la honra del marido o mujer engañados por - la conducta del cónyuge infiel; aun suponiendo que la in- fidelidad sexual constituyera una agresión al honor, tam- poco se daría la excluyente en el caso a estudio porque la acción sangrienta se realiza cuando el acto sexual ya es- tá consumado o cuando se está preparando, y para la exis- tencia de la defensa legítima precisa la actualidad, no - comprendiendo, por tanto, la venganza de agresiones pasa- das ni la prevención de daños futuros.

Villalobos considera que en la cuestión a - estudio no puede configurarse la legítima defensa del ho- nor, no por no afectarse éste, sino por insatisfacción del requisito de evitación o de actualidad. (11)

(10) Francisco González de la Vega.-Derecho Penal Mexicano. Tomo 1, pág. 105 y sigs.- 2a. ed., 1944.

(11) Ignacio Villalobos.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 388.

"La solución legal de este problema es car-
 tera —dice Fernando Castellanos Tena—; al establecer la
 responsabilidad del matador o lesionador de los adúlteros
 o del corruptor de la hija, se mantiene, ex lege, el repro-
 che a los actos violentos, pero permite nuestro Código, -
 por los amplios márgenes de la pena atenuada y por la evi-
 dente levedad del límite mínimo, una correcta individuali-
 zación en donde el sentenciador podrá atender, especialmen-
 te, a las condiciones en las cuales, en cada caso, se lle-
 ve a cabo la ofensa y también a la reacción pasional que
 la sorpresa de la infidelidad del cónyuge culpable, o del
 acto del corruptor de la hija, provocaron." (12)

Problemática de la defensa legítima. - En la aplicación de
 la legítima defensa se presentan con frecuencia algunos -
 problemas cuyo planteamiento y solución pasaremos a expo-
 ner.

a) Riña y legítima defensa. En la riña no
 es aplicable la justificante a estudio porque los protago-
 nistas, al acudir a la contienda de obra para zanjar sus -
 diferencias, se colocan al margen de la ley; siendo así, -
 la situación de ambos es antijurídica, y a quedado dicho -
 que la defensa legítima requiere una conducta lícita en --
 choque con una agresión injusta; por ello, la riña excluye
 la defensa legítima.

b) Legítima defensa contra exceso de legíti-
ma defensa. El exceso en la legítima defensa constituye,

(12) Lineamientos Elementales de Derecho Penal. págs. 265
 y 266.

en opinión de Maggiore, una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa. (13)

Para Manzini, cuando el exceso es debido a culpa constituye una violencia punible y por tanto injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor, quien por lo tanto, está facultado para obrar en legítima defensa. (14)

En nuestra opinión, no cabe la legítima defensa en contra del exceso en la legítima defensa, porque de conformidad con lo dispuesto en la parte segunda de la fracción III del artículo 15 del Código Penal, no se integra la excluyente si el agredido fué el que provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella; en el caso a estudio, el primer agresor con su conducta violenta da lugar al exceso en la legítima defensa; no obstante, si el exceso es de tal naturaleza que racionalmente no pueda considerarse como causado inmediata y suficientemente por el primer agresor, sí es posible admitir la legítima defensa contra su exceso.

c) Legítima defensa recíproca. Por su misma naturaleza no es posible la legítima defensa recíproca. En efecto, para su actualización, sería preciso que con ella, respectivamente, se repeliere una injusta agresión y, dado el principio lógico de contradicción, las dos conductas no pueden ser al mismo tiempo jurídicas y antijurídicas. El que agrede injustamente a otro, no puede alegar legítima defensa cuando el pasivo contraataca; su actitud vendría a ser no una repulsa de una agresión antijurídica, sino el --

(13) Giuseppe Maggiore. Derecho Penal, t. I, pág. 418. Editorial Themis. Bogotá, 1954.

(14) A. Manzini. Derecho Penal, T. III, pág. 101. Ediar Editores, Buenos Aires, 1949.

rechazo de una conducta apegada a derecho.

d) Legítima defensa del inimputable. Maggio sostiene que la reacción de un loco que es agredido, - no es legítima defensa, porque equivale a la actitud de - un perro que muerde a quien lo ataca. Es decir, siendo el loco inimputable, incapáz, su conducta equivale a la de un animal. (15)

Quintano Ripollés sostiene que conceder sólo la causa de inimputabilidad, negando la de justificación - en el caso del enajenado, equivaldría a la injusticia de - atraer sobre la víctima la sanción de responsabilidad civil, que iría a su vez a enriquecer a su agresor injusto, agregando que la solución más ajustada a derecho y a la -- justicia, es la de optar por la legítima defensa, porque - el enajenado, bién que incapáz, es un hombre dotado de --- instintos y reacciones brutales, y la ley le debe todas -- las garantías posibles de protección. (16)

En nuestra opinión consideramos que debe admitirse la legítima defensa del inimputable, pues su conducta debe ser valorada objetivamente y en su caso, dársele el calificativo de justa, en razón de la antijuricidad de la conducta que repele.

e) Legítima defensa contra inimputables. Procede la legítima defensa contra la agresión violenta del - inimputable, porque si bién sus actos son inculpables, si son antijurídicos, esto es, contra la agresión del enajenado mental si es dable la justificante a estudio.

(15) Opus cit. T. I, pág. 407.

(16) A. Quintano Ripollés. Comentarios al Código Penal. T. I, páo. 107.

Estado de necesidad.- El estado necesario lo define la -- fracción IV del artículo 15 del Código Penal, como la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes; o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y -- menos perjudicial. Dispone además que no se considera que obra en estado de necesidad, aquél que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro.

El caso típico de estado necesario es aquél en que un sujeto actúa cometiendo un daño para evitar otro mayor. Como afirma Soler (17), el mal causado tiene que -- consistir en un delito o, en general, en un daño inferido a un bien jurídico ajeno; es decir, en un hecho que de no mediar el estado de necesidad constituiría una fuente de responsabilidades penales y civiles.

En doctrina se plantea la cuestión jerárquica de los bienes en conflicto; esto es, el choque de bienes de igual, mayor o menor valor, y se concluye que en el estado de necesidad el bien salvaguardado deba necesariamente ser de menor jerarquía que el bien dañado, porque si el conflicto se da entre bienes de igual entidad, no se actualiza el estado necesario, si no una exculpenste de naturaleza suprajurídica. Si por el contrario el bien salvaguardado es de menor cuantía, no existirá ninguna exculpenste de responsabilidad.

Sin embargo, nuestra legislación no exige -- jerarquía de bienes en forma tan precisa como otras legislaciones, por lo que podemos concluir que en la colisión de bienes de igual jerarquía, si es posible la justificante a

(17) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, T. I Editorial TEA, 2a. Ed. pág. 424. Buenos Aires. 1953.

estudio.

Así, Jiménez de Asúa expresa: "El estado -- necesario a que acabamos de referirnos como causa de justificación se ampara en la teoría de la preponderancia de de intereses. Por eso requiere que el bien que se sacrifica sea inferior al bien que se salva. Más puede acontecer que la colisión se produzca entre bienes iguales y principalmente entre dos vidas humanas. No vamos a invocar ejemplos históricos, como el de la famosa tabula unius capax, de Carneades, que después copian tantos otros escritores, en que dos naufragos, asidos a una misma tabla, capáz para uno solo luchan por la posesión del objeto salvador, - resulta ndo uno triunfante y ahogado el otro; ni el famoso episodio de la Mignonette, en que unos infelices marineros ingleses tuvieron que sacrificar a un compañero para no morir de inanición. Recordemos únicamente acontecimientos más recientes, como el del famoso incendio del teatro vienés, o el del 'Novedades' de Madrid, y la catástrofe de la Argentina, en que los espectadores de un juego de ---- 'foot-ball', alocados, hicieron saltar un paredón y cre--- yéndose en riesgo emintentísimo, dieron muerte a otros infelices concurrentes para salvarse de un peligro imaginario." (18)

Continúa el autor en cita, manifestando que algunos autores optaron en los casos anteriores, por el estado necesario; que otros como Fichte habló en general de que en el estado necesario el derecho quedaba en suspenso,

(18) La Ley y el Delito. 4a. edición, págs. 307 y 308.

y Stammler quiso dar una norma unitaria para todas las -- situaciones de necesidad, afirmando que la vida que tenía -- fuerza para salvarse sacrificando a la otra debía conside -- rarse como un bien jurídico superior, objetándole Alimena -- en el sentido de que el derecho de la fuerza nada tiene -- que ver con la fuerza del Derecho. Jiménez de Asúa se in -- clina por considerar que en el caso de conflicto de bie -- nes de igual jerarquía, existe la no exigibilidad de otra -- conducta que debe considerarse como causa suprajurídica -- de inculpabilidad.

En nuestra opinión estimamos que nuestro -- Código Penal sí permite la existencia de la justificante -- a estudio en el caso de conflicto de intereses de igual -- entidad, como ocurre en el aborto terapéutico, por ejem -- plo.

Se citan como casos específicos de estado -- necesario, los siguientes:

a) El aborto terapéutico, en el cual se dan -- dos bienes en conflicto de idéntica naturaleza: la vida -- de la madre y la vida del ser en formación. El artículo -- 334 del Código Penal opta porque se sacrifique la vida -- del ser en gestación como entidad de menor jerarquía para -- salvaguardar la vida de la madre que, estima, es de mayor -- entidad.

b) El robo familiar, previsto en el artícu -- lo 379 del Código Penal y que, en contra de la opinión ma -- yoritaria que lo conceptúa causa de justificación, creemos -- que más bien se trata de una verdadera excusa absoluto -- ria, porque de la redacción misma del precepto citado, se -- desprende la existencia de un robo típico al que por ra -- zones de política criminal no se sanciona.

Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.- La fracción V del artículo 15 del Código Penal establece, como circunstancia excluyente de responsabilidad penal, obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho consignado en la ley.

Resulta evidente que el obrar en tales circunstancias equivale a actuar jurídicamente y, quien obra conforme a derecho, no puede realizar un acto contrario al mismo. Se mencionan como casos típicos de estas justificantes las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de un tratamiento médico-quirúrgico, así como cierto tipo de lesiones cometidas en el ejercicio del derecho de corregir.

La antijuricidad y su ausencia en el delito a estudio.- La coalición de funcionarios será antijurídica cuando su resultado típico lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma: la administración pública.

Siempre que la coalición persiga la adopción de medidas contrarias a una ley —justa o injusta— o reglamento; o impedir la ejecución de aquélla o éste, o bien hacer dimisión de sus puestos, se lesionará el interés jurídico. Entendido, desde luego, que la coalición se realice en contra del poder público legalmente constituido, porque la ilicitud resulta del choque entre una conducta injusta y una situación justa y lícita. Lo contrario implica la licitud y, consecuentemente, la ausencia de antijuricidad.

En la hipótesis de un golpe de Estado, la coalición de funcionarios en contra del usurpador constituiría un caso de legítima defensa, porque la situación -

del usurpador es contraria a Derecho y, por ello, agresiva de un régimen jurídico; quienes desempeñan un puesto en la administración pública y adoptan medidas contrarias a una ley o reglamento dictados por el usurpador, no hacen sino repudiar aquella actitud antijurídica.

Otro caso de ausencia de antijuricidad por concurrencia de una justificante, lo constituye la coalición para el ejercicio del derecho de huelga que la Ley - Reglamentaria del Apartado B del artículo 123 Constitucional, concede a los empleados públicos. Empero, no a todos, porque dicha Ley distingue entre empleados o trabajadores de base y de confianza. Son trabajadores de confianza aquellos cuyo nombramiento o ejercicio requiere la aprobación expresa del Presidente de la República y susceptibles de remoción en cualquier momento. Por exclusión, son empleados de base los que no requieren la aprobación expresa del Presidente de la República para su nombramiento o ejercicio de sus puestos y son inamovibles. Sólo estos últimos tienen derecho a coaligarse para declarar una huelga.

La huelga es, dice la ley en cita, la suspensión temporal del trabajo como resultado de una coalición de trabajadores; declaración de huelga, es la manifestación de la voluntad de la mayoría de los trabajadores de una dependencia, de suspender las labores si el titular de la misma no accede a sus demandas.

Dispone el artículo 94 de la Ley Federal - de los Trabajadores al Servicio del Estado: "Los trabajadores podrán hacer uso del derecho de huelga respecto de -

una o varias dependencias de los Poderes Públicos, cuando se violen de manera general y sistemática los derechos - que consagra el apartado B del artículo 123 Constitucional."

El artículo 97 de la misma ley establece: - "Los actos de coacción o de violencia física o moral sobre las personas o de fuerza sobre las cosas cometidos - por los huelguistas, tendrán como consecuencia, respecto de los responsables, la pérdida de su calidad de trabajador; si no constituyen otro delito cuya pena sea mayor, - se sancionarán con prisión hasta de dos años y multa hasta de diez mil pesos, más la reparación del daño."

Conforme a lo anterior, la coalición de empleados públicos para ejercer el derecho de huelga con - los requisitos establecidos por la ley, configura una excepción a lo dispuesto por el artículo 216 del Código Penal y sólo cuando esa coalición sea hecha por trabajadores de base, suscrita por las dos terceras partes de los trabajadores de la dependencia afectada en un pliego de peticiones elevado al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, y no se lleven a cabo los actos de coacción y de violencia mencionados en el artículo 97 de la ley de la materia, no se actualizará el injusto penal denominado - coalición de funcionarios.

C A P I T U L O V.

DE LA CULPABILIDAD.

A) La imputabilidad.- B) La inimputabilidad.- C) La culpabilidad: a) Dolo; b) Culpa; c) Preterintencionalidad.- D) Aspecto negativo; eximentes.- E) La culpabilidad en el delito e estudio.

C A P I T U L O V .

DE LA CULPABILIDAD.

A) La imputabilidad.- B) La inimputabilidad.- C) La culpabilidad: a) Dolo; b) Culpa; c) Praterintencionalidad.- D) Aspecto negativo: eximentes.- E) La culpabilidad en el delito a estudio.

A) La imputabilidad.- En nuestro concepto, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y no un elemento del delito. Para poderse declarar culpable a un sujeto, es preciso determinar previamente si ese sujeto es imputable; esto es, si en su determinación antijurídica obró con conocimiento responsable y voluntad del resultado o, teniendo capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce, actuó imprudentemente. Por tanto, la aptitud mental constituye el presupuesto indispensable de la culpabilidad y no elemento del delito.

Esa capacidad de conocimiento y voluntad, de determinación, debe coincidir con el momento de ejecución del acto injusto para poder establecer la culpabilidad penal. Como afirma Carranca y Trujillo, será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, todas las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana. (1)

(1) Raúl Carranca y Trujillo.-Derecho Penal Mexicano.-T. I pág. 222.- 4a. edición, 1955.

"El concepto clásico de la imputabilidad —sostiene Jiménez de Asúa— se basa en la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral, cuya doctrina supone —Carrara aceptada. Desde ese punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor del delito, y puede definirse, con el Padre Jerónimo Montes, como el 'conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre.'"(2)

La escuela positiva intentó cambiar en forma radical el fundamento de la responsabilidad, negando el libre albedrío, y estableciendo el determinismo de la conducta humana.

Para la escuela clásica se requiere que el responsable posea, al tiempo de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos y goce de la facultad de elección entre los diversos motivos de conducta presentados ante su espíritu; para los deterministas, en cambio, no existe el libre albedrío y la conducta humana se encuentra sometida a fuerzas diversas, resultantes del medio, de la herencia psicológica, fisiológica, etc. La responsabilidad no es moral, sino social; el hombre es responsable por vivir en sociedad.

En nuestro concepto la imputabilidad está determinada por factores de desarrollo físico y de salud mental; los primeros se refieren a la edad que, de conformidad con nuestra legislación vigente, tiene el límite de 18 años.

(2) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito.-4a. ed. P.326.

Son imputables quienes tengan la edad exigida por la ley y no padezcan ningún desarreglo de tipo psicológico que los imposibilite para querer y entender.

Acciones libres en su causa.- La imputabilidad debe existir en el momento mismo de la ejecución de un acto típico, como condición indispensable para el juicio de culpabilidad; desde ese punto de vista son imputables las acciones de los enajenados que en determinados momentos adquieren lucidez mental. En ocasiones, el agente, antes de actuar, voluntariamente se coloca en situación inimputable y en esa condición realiza un delito. A tales acciones se les llama "liberae in causa", es decir, libres en su causa, - aunque determinadas en cuanto sus efectos. Tal es el caso de quien se propone matar a una persona y se embriaga para darse valor. En tal circunstancia existe la imputabilidad porque entre el acto voluntario y su resultado hay un nexo causal. Como afirma Cuello Calón, en el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de causalidad el sujeto era imputable. (3)

El fundamento de la imputabilidad en las acciones libres en su causa se encuentra en que el sujeto, deseando el estado de inimputabilidad, se ha colocado voluntariamente en ese supuesto y ha querido el hecho, excluyéndose así tanto la posibilidad de considerar la acción como ejercitada por una persona en estado de incapacidad transitoria, - como de estimar la responsabilidad a título de culpa. En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Si en autos no se ha probado --

(3) Derecho Penal. Pág. 300.

que el quejoso hubiera actuado en estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias embriagantes y por lo contrario, de la declaración del propio procesado se infiere que, si acaso existió tal estado (que por otra parte tampoco se ha probado), no se debió al empleo accidental e involuntario de sustancias embriagantes, ya que acepta que desde temprano, el día de los hechos, anduvo tomando bebidas embriagantes, se elimina la posibilidad de que concorra, en la especie, la causa de inimputabilidad que invoca. Como tampoco se ha probado que el estado de embriaguez en que dice haberse encontrado el quejoso, fuera completo, nulificando su capacidad de entender y de querer, cabe concluir que se está frente a una acción libre en su causa, en que el sujeto queriendo el estado de inimputabilidad, puesto que se ha colocado voluntariamente en él, ha querido el hecho (conducta y resultado), excluyéndose así tanto la posibilidad de considerar la acción como ejercitada por una persona en estado de incapacidad transitoria, como de estimar la responsabilidad a título de culpa. En consecuencia, la sentencia que lo condenó por el delito de lesiones, no puede ser violatoria de garantías." (Amparo directo 58/57. J. Félix Vázquez Sánchez)

La inimputabilidad.- La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Si ésta es, en última instancia, la facultad de conocer el deber, la inimputabilidad es la pérdida, transitoria o permanentemente, de esa facultad. Son causas de inimputabilidad aquellas que afectan el desarrollo o la salud mentales, produciendo ineptitud psicológica para delinquir.

El artículo 67 del Código Penal dispone: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluira en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción.", y el 68: "Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, deberán ser recluidos en manicomios o en departamentos especiales, por el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo."

Los casos planteados por el código punitivo son, indudablemente, de ausencia de imputabilidad. Se afirma que el dispositivo penal citado, plantea insolubles contradicciones desde el punto de vista procesal y constitucional, pues la reclusión en establecimiento adecuado, es constitucionalmente una pena y, como tal, debe resultar de un proceso; y, por otra parte, la indeterminación temporal de la reclusión es contraria a la garantía ejecutiva consagrada por el artículo 14 constitucional.

Afirma Villalobos: "Basta leer la declaración categórica del artículo 8, sobre que los delitos son intencionales o de imprudencia, y recordar las nociones unánimemente admitidas respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alienado, aun cuando sean típicamente antijurídicos, no constituyen delito por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; todo demente se halla por lo mismo, exento de responsabilidad penal (aun cuando su excluyente sea supralegal); y sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas. Sin esta interpretación, si el hecho -

de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los enfermos se equiparese a las penas, no podría tal medida tener una duración indeterminada por prohibirlo nuestra Constitución Federal; y tampoco serían practicables los procedimientos libres instituidos para casos de menores (también socialmente responsables), ni los reglamentados para los enfermos mentales por los artículos 495 y 499 del Código Federal de Procedimientos Penales... Aun las personas no avezadas a estos achaques jurídicos se extrañarán justamente al advertir que, según lo anterior, enjuiciando a un demente, a un idiota, a un oligofrénico, a un loco o a un enajenado plenamente, el juez tendría -- que despojarse de su serena majestad para sentarse frente a esta clase de reos y simular todas esas diligencias encaminadas a tomarle declaración, carearlo con los testigos, exigirle protestas y asumir otras muchas actitudes pintorescas en que parecerá entablar una competencia con la desviación mental del enjuiciado." (4)

En concepto del autor citado, la solución sería que en los casos a estudio no se trate de exigir responsabilidades ni declarar derechos, sino de prevenir una peligrosidad patológica, pues no se pretende imponer penas o sanciones a los dementes, sino adoptar medidas administrativas, tutelares y de seguridad; propone la expedición de una ley para tales enfermos de tal modo, que pudiera aplicarse a través de los tribunales, las medidas elementales

(4). Ignacio Villalobos.-Derecho Penal Mexicano.-Págs. 404 y siguientes.- 2a. edición.- Editorial Porrúa, 1960.

requeridas para la seguridad pública, con la sola comprobación de ese estado peligroso y sin necesidad de esperar a que el enfermo cometa un homicidio o un incendio previsibles, para luego iniciar el sainete de un juicio que no lo es, para aplicarle como sanciones tales medidas.

Pueden resumirse las causas de inimputabilidad a tres específicas: falta de desarrollo mental (minoría de edad y sordomuez); falta de salud mental (locura, imbecilidad, enajenación mental), y el trastorno mental transitorio. Habiéndonos ocupado en términos generales a las dos primeras, réstanos referirnos a esta última.

La fracción II del artículo 15 del Código Penal, - dispone que es excluyente de responsabilidad penal, hallarse el acusado al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxifeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

Esta exigencia —sostiene el Tribunal Superior de Justicia—, es única: alude a todos aquellos estados de variaciones psíquicas, con la gama infinita que presentan en la realidad, cuyos límites o extremos son la franca perturbación mental, que se confunde con la llamada locura (aunque no exista en pureza esta figura nosológica), y el estado normal de salud psíquica del sujeto. Por lo mismo, caben en ellas las neurosis, en todas sus formas, las neuropatías, y todas las alteraciones de la vida intelectual afectiva y volitiva, ocasionadas sin la intervención de la voluntad del sujeto, y con carácter transitorio; pues la -

anomalía patológica definitiva, no es excluyente de responsabilidad, sino que lo fué en nuestra Legislación de 1871 en el artículo 34, fracción I y IV. Y para la apreciación última de la eximente, era preciso demostrar, si se quería fundar en la parálisis general progresiva, el período de ésta, en el sujeto que lo sufría y las consecuencias de la misma, con sus manifestaciones externas. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que, comprobada la existencia de una parálisis general progresiva, el sujeto se volvería inimputable. En consecuencia, si los dictámenes no precisan el estado de desarrollo de la enfermedad y las especiales alteraciones que la misma produjo en el sujeto, en la fecha en que sucedieron los hechos objeto de la averiguación, son ineficaces para justificar la existencia de la aludida excluyente." (Semenario Judicial de la Federación. Tomo C, págs. 1886-1887)

Independientemente de lo anterior, para que sea operante la causa de inimputabilidad, se requiere que la ingestión de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes que produzcan la inconsciencia en el agente, sea plena y accidental o involuntaria; en todos los demás casos subsistirá la responsabilidad penal.

Por el padecimiento de algunas enfermedades de tipo infeccioso o microbiano sobrevienen a veces trastornos mentales, como en el tifo, la tifoidea, la rabia o la poliomiélitis, casos en los cuales el sujeto puede llegar a la incosciancia de sus actos. Por trastorno mental transitorio se entiende toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas. El trastorno debe ser de carácter patológico y transitorio, porque la ley pretende solucionar

de manera diversa los actos de enajenados mentales permanentes.

Se afirma que también el miedo grave a que se refiere la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, es causa de inimputabilidad, no así el temor fundado que vendría a ser causa de inculpabilidad. La razón es la siguiente: el miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras que el temor fundado se origina en procesos materiales; de ahí que en el temor fundado el proceso de reacción sea consciente, en tanto que en el miedo grave puede producirse la incoscienza, por afectar la capacidad o aptitud psicológica.

La culpabilidad.- Ya hemos dicho que no basta que una conducta encuadre en un tipo determinado para que exista delito; es además indispensable que entre dicha conducta y la norma penal exista contradicción, es decir, que sea antijurídica. Además de los requerimientos de tipicidad y antijuricidad, precisa la existencia de un juicio de carácter normativo - que relacione la conducta con su autor; en otras palabras, que exista culpabilidad.

El concepto de culpabilidad, afirma Jiménez de Asúa, está basado en la culpabilidad del acto concreto injusto, - el límite para la imposición de penas está en lo incalculable, en el caso fortuito. De ahí el error de nuestro Código Penal al situar el caso fortuito entre las causas eximentes; este es el límite de la culpabilidad. La culpabilidad, cuando puede surgir porque no queda impedida por lo incalculable, se basa en el acto injusto. (5)

(5) Cfr. La Ley y el Delito.- Pág. 155.

Siendo especies de la culpabilidad el dolo y la -- culpa, es difícil dar una noción general o fórmula precisa del elemento a estudio que comprenda ambas especies. Por -- eso se afirma que el nexo entre dolo y culpa estriba en que en ambos casos se debe y se puede obrar conforme a Derecho; en una palabra, en la exigibilidad.

La culpabilidad presupone la vinculación del sujeto con el orden jurídico --elemento normativo-- y presupone también la vinculación subjetiva del individuo a su hecho --elemento psicológico--. De ahí la existencia de las dos doctrinas que tratan de explicar la culpabilidad: la norma tiva y la psicológica.

La doctrina psicológica de la culpabilidad concibe a ésta como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho. Consecuentemente, supone el análisis de la situación interna del sujeto: la culpabilidad reside en él.

"La culpabilidad viene a ser la situación psicológica en que el sujeto se halla en el momento de la acción con respecto al hecho que produjo. Esa situación psicológica requiere el análisis de las exigencias del derecho con respecto a la capacidad general de la persona para realizar acciones jurídicamente relevantes (imputabilidad). Establecidas éstas, se impone el examen del contenido de la acción del imputable, es decir, los modos de referencia posibles de la psiquis al evento delictivo. Estos modos de referencia se llaman culpables (dolosos o culposos) cuando 1°, el hecho es ilícito; 2°, producido por un hombre capaz; 3., - que obra no obstante el conocimiento de las circunstancias."

(6)

(6). Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. T. II, pág. 14.

La teoría normativa concibe la culpabilidad como un juicio de reproche que permite atribuir el hecho a su autor. "Para la teoría normativa, la culpabilidad se define como reprochabilidad; es un juicio de reproche; 'es el conjunto de presupuestos de la pena que fundan la reprochabilidad personal de la acción ilícita con relación al autor', dice MEZGER, desarrollando el pensamiento de FRANK, para quien 'la culpabilidad no es algo existente objetivamente', 'ni está tampoco en la psiquis del autor': 'es sólo el juicio según el cual una determinada conducta (antijurídica), a causa de cierta situación de hecho dada, es reprochable'. Naturalmente, concebida la culpabilidad como reprochabilidad, debe juzgarse que dentro de aquélla y como elementos, están todas las condiciones que hacen reprochable una acción, y, entre ellas, la de que el sujeto sea imputable." (7)

En nuestro concepto, la culpabilidad no puede construirse con base en una sola de las dos doctrinas estudiadas, sino que comprende elementos de ambas. En efecto, la imputabilidad es presupuesto esencial de la culpabilidad y es indiscutible que su contenido es eminentemente psicológico, pero la culpabilidad es valorativa en tanto que consiste en un juicio de valor que permite atribuir el hecho a su autor. Consecuentemente, el elemento a estudio reúne características comunes a ambas doctrinas,

El dolo.- El dolo es una especie o forma de la culpabilidad y, en consecuencia, su investigación presupone concluido el juicio previo acerca de la ilicitud del hecho. Es necesario

(7). Soler, op. cit. T. II, págs. 15 y 16.

tener presente que, ya sea que se adopte la doctrina de la representación o de la voluntad para explicar el dolo, éste constituye una expresión técnico-jurídica que no puede identificarse ni con voluntad ni con representación, sino con intención, en el valor natural o psicológico de esos términos. El dolo supone intención, voluntad, representación y algo más: la relación a un orden normativo. Un hecho es doloso cuando supone en el autor el conocimiento de la criminalidad del acto.

La teoría de la voluntad explica el dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. La esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad; no en la voluntad de violar la ley, sino en la de realizar el acto. Esta doctrina no niega expresamente la existencia de la representación, porque sin representación no puede haber voluntad: sólo es querido aquello que es representado. La diferencia estriba en que para la teoría de la voluntad, el dolo requiere algo más que la representación, exige la volición o el querer el acto; esto es lo que separa, en definitiva, el dolo de la culpa.

A esa voluntad se la llama intención porque no consiste en la voluntad de la propia acción, sino en la volición del resultado. El homicida tiene voluntad, no únicamente de apretar el gatillo, sino que su volición va más allá, dirigida al resultado, a la muerte del pasivo de su acción. En esa forma se distingue entre dolo y culpa, especie ésta en la que no se quiere el resultado aunque, en última instancia, se ratifique.

La teoría de la representación objeta la de la voluntad porque en ésta el fundamento se encuentra en algo total-

mente subjetivo, como es la volición del sujeto, la determinación voluntaria. Por ello la doctrina de la representación intenta fundar la culpabilidad dolosa en algo más objetivo, bastándole la previsión del resultado. El dolo, para esta doctrina, consiste en el conocimiento de todas las circunstancias de hecho correspondientes a la definición legal que acompaña a la actuación voluntaria.

La doctrina de la representación explica que cuando en un tipo penal aparecen como presupuestos la voluntad, la intención o cualquier otro hecho subjetivo, deben entenderse como elementos externos, objetivamente reconocibles por el juez que permitan aceptar como posible el correspondiente estado psíquico. Si alguien dispara su revólver contra el pecho de otro, debe estimarse que necesariamente debía prever el resultado de lesión o muerte.

Sin embargo, si el sujeto afirma que no era su voluntad ese resultado, no existen medios externos válidos para demostrar lo contrario; el haber querido o no querido, es un hecho psíquico que sólo la introspección puede alcanzar. Por ello la doctrina de la representación no se conforma con explicar la culpabilidad con hechos meramente psicológicos.

En nuestro concepto el dolo se explica con base en ambas doctrinas; es decir, tanto en el querer como en la previsión del resultado. Esto, a pesar de que nuestro código acepte la doctrina de la voluntad, porque en su artículo 90, dispone que la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario.

La presunción de dolo requiere una explicación porque en la práctica se ha sostenido, erróneamente, que corre a cargo del acusado probar la inexistencia de dolo. Esta -

concepción no se ajusta a los principios generales de la prueba.

A ese respecto opina Soler: "Sobre la base de que ordinariamente el efecto de la presunción consiste en invertir el onus probandi, se ha concluido en la afirmación de que la ausencia de dolo debía ser probada por el imputado, lo cual constituye un grave error, no ya desde el punto de vista de la ley de fondo, sino del procedimiento penal, el cual no tiene por objeto la investigación de los cargos, sino el descubrimiento de la verdad. Esa inversión probatoria no solamente no se ajusta a los principios de la prueba penal, sino que descuida el verdadero sentido de esa presunción, que ya en el propio Proyecto de TEJEDOR estaba fijada en su justo límite, al establecer que valía mientras no resultare lo contrario 'de las circunstancias particulares de la causa', y no de la prueba del imputado, lo cual es muy distinto. Lo mismo establecían el Código Penal de 1887, el P. de 1891 y el de 1906...Lo importante de todo ello es que la doctrina de la voluntad procede en la siguiente forma: examina las circunstancias del hecho, las circunstancias particulares de la causa, y toda vez que ellas correspondan a la forma que, en general, se produce en la vida cotidiana, presumirá que así se ha producido en el caso concreto. Tan manifiesto es que esa presunción no tiene otro alcance, que basta considerar el caso ordinario de un accidente de automóvil producido en las condiciones en que ordinariamente estos se producen, ello es, por culpa, para ver claramente que mientras de las circunstancias de la causa no se deduzca otra cosa, el hecho no se presumirá doloso, sino culposo." (8)

(8) Derecho Penal Argentino. T. II, págs. 104 y 105.

El dolo comprende: los elementos intelectuales o éticos, y los elementos afectivos o emocionales, constituidos los primeros por el conocimiento o conciencia de todas las circunstancias de la definición legal y los segundos por los móviles.

Se distinguen las siguientes clases de dolo: a) dolo directo; b) dolo indirecto, y c) dolo eventual.

Dolo directo es aquel en que el sujeto se representa el resultado y lo quiere, o, como afirma Cuello Calón, -aquel en que el resultado corresponde a la intención del agente. (9)

El dolo eventual existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y, no obstante tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, -aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.

El indirecto, también llamado dolo de consecuencias necesarias, se da cuando el agente se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados, los cuales no son el objeto de su voluntad, y a pesar de ello no retrocede con tal de lograr el propósito rector de su conducta. -Un ejemplo de esta especie de dolo, lo sería el del agente que intentando dar muerte a un funcionario arroja una bomba; en el caso, su intención directa era el homicidio del funcionario lo que constituye un dolo directo, y habiéndose representado la posibilidad de matar o lesionar a otra

(9). Derecho Penal. T. I, pág. 307.

persona, aún actualizado este evento dañoso, no es su intención directa o inmediata, sino de consecuencias necesarias.

Se habla también de dolo indeterminado cuando existe intención general de causar un daño sea cual fuera, como el caso del anarquista que arroja una bomba en un lugar concurrido. Sin embargo, consideramos que se trata de una de las especies ya estudiadas: en el caso, el anarquista se propone causar homicidio, siendo intrascendentes sus motivos políticos. Nuestro Código Penal, en su artículo 9o, dispone que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado compruebe alguna de las siguientes circunstancias: I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo, en general, intención de causar daño. Castellanos Tena opina que en este caso el Código se refiere a un dolo indeterminado, porque hay intención genérica de delinquir, pero sin determinación del daño. (10) Sin embargo, en nuestro concepto, la Ley contempla en la fracción citada, un caso de dolo indirecto por las razones anteriormente expuestas.

La fracción II del artículo en cita, dispone que la presunción dolosa subsistirá aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó; si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la Ley fuere cual fuese el resultado. Se afirma que en esta disposición legal, las dos primeras hipótesis son de-

(10) C. r. L. neamientos Elementales de Derecho Penal
Página 329.

preterintencionalidad y la última de dolo indeterminado. En las dos primeras el resultado sobrepasa la intención. Opinamos que existe en los primeros casos dolo indirecto porque el sujeto obra con una intención primaria contemplando como necesarias las consecuencias dañosas que resultan de la conducta inicial.

La fracción III del mismo Artículo 9o. establece "Que creía que la Ley era injusta, o moralmente lícito violarla". La fracción IV: "Que creía que era legítimo el fin que se propuso". En ambas fracciones no podemos afirmar la existencia de algunas de las tres modalidades del dolo ya estudiadas y solo las modalidades del caso concreto puedan resolver la cuestión.

La fracción V del propio artículo 9o. dispone: "Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito", y la fracción VI: "Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93". La primera hipótesis se refiere al error en la persona o cosa, error que no excluye el dolo.

La segunda hipótesis, se refiere al consentimiento del ofendido que, en términos generales, no legitima la acción delictuosa salvo en algunos casos de delitos que se persiguen por querrela necesaria.

LA C ULPA.- Existe Culpa, cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley. (11).

Cfr. Cuello Calón. Opus cit, página 325.

Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

Asienta Soler: "Como contenido genérico subjetivo de la culpabilidad hemos señalado que ésta se caracteriza por - cierta actitud de menosprecio hacia el orden jurídico en general. En consecuencia, al buscar el contenido de la culpa, - no bastará decir, como con frecuencia se dice, que ella existe cuando no se ha previsto un resultado previsible. La previsibilidad es un criterio exterior objetivo, que constituirá, si se quiere, el motivo por el cual el hecho culposo se imputa. - Para saber qué es subjetivamente la culpa no podemos decir -- que sea la previsibilidad ni menos no haber previsto, porque tampoco ha previsto el que no es culpable. 'La previsibilidad --dice certeramente Crispigni-- es sólo un criterio para de-- terminar si existió la imprudencia o la negligencia en que la culpa consiste'. Este problema está vinculado a la forma en que distintos autores tratan de fundar la culpa." (12)

Para algunos autores la culpa consiste en un defecto de naturaleza intelectual; es decir, una deficiencia de naturaleza intelectual, una incapacidad o una insuficiencia en la capacidad de asociación, que lleva al sujeto a la falta de -- previsión, fundamento de la culpa. No podemos aceptar esta -- teoría, por fundamentarse en la inimputabilidad del sujeto, - lo que llevaría a considerar impune la culpa.

Otras doctrinas fundamentan la culpa en la violación de un deber. Dentro de éstas, podemos recordar la que intenta

(12) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. T. II, 2a. Ed. Pág. 140.

fundamentar la culpa en la situación en que se encontraba el agente antes de la infracción. De acuerdo con ella, si el sujeto se encontraba, antes del evento dañoso, en situación infraccionaria de los reglamentos administrativos, es responsable a título de culpa. Así, si el conductor que atropella conducía con exceso de velocidad, es responsable por imprudencia. Sin embargo, no estimamos determinante esta teoría de la culpa porque podemos plantearnos diversos casos en que es inoperante la situación preinfraccionaria del agente:

a) Un conductor de tranvía maneja a mayor velocidad de la permitida por los reglamentos administrativos y, en tales circunstancias, una persona que pretende suicidarse, se arroja al paso del vehículo, resultando muerta. b) Un camión de carga mide unos centímetros más de ancho que lo permitido por los reglamentos; el conductor de este camión choca con otro vehículo que circula en sentido contrario. En tales casos, los conductores se encontraban en situación preinfraccionaria y, sin embargo, no puede afirmarse la existencia de culpabilidad porque, si omitimos mentalmente la situación antireglamentaria, concluiremos en que los accidentes se hubieran producido en cualquier forma.

Es evidente que siendo los hechos imprudentes las causas ordinarias de daños y peligros, suelen por sí mismos ser prohibidos como contravenciones, pero la prohibición media sólo algunas veces y no siempre, por lo cual, tomando en consideración los casos en que no hay prohibición alguna, la doctrina peca por defecto; en otros casos, como los ejemplos citados, por exceso.

Otra doctrina fundamenta la culpa en la naturaleza del precepto violado. El delito intencional implica siempre

la violación de un deber primario; en el homicidio por ejemplo, la norma que prohíbe matar. El delito imprudencial implica la violación de un deber distinto que está, se dice, - antes de la norma prohibitiva; deber por el cual se prohíben otras acciones distintas de las de matar, por el peligro que entrañan genéricamente para el bien principal tutelado que, en el caso es la vida. Son normas de prudencia contenidas en los reglamentos de policía y otras ordenanzas administrativas. De esta teoría se deriva la conocida por doctrina de la intención indirecta según la cual en la culpa no hay voluntad de transgredir la ley, sino tan solo la voluntad de exponerse al peligro de violarla. De ahí que esta teoría explique el dolo como la decisión libre de la acción misma prohibida expresamente por la Ley Penal, y la culpa se explica como la decisión de ejecutar una acción con el convencimiento que de ella verocíblemente puede provenir otra acción expresamente prohibida por la Ley Penal, sin el propósito de causarla.

Para Binding, tanto la acción dolosa como la culposa son productos de la voluntad del autor; lo que caracteriza a la acción culposa es que el autor desconocía la antijuricidad de su propia conducta. La diferencia entre ambas especies de culpabilidad no reside en el aspecto objetivo, sino en el subjetivo, y en éste aún no consiste en la ausencia de voluntad y ni siquiera en que éste no sea subjetivamente antijurídica, sino en que esta voluntad y su ejecución no están acompañadas de una determinada conciencia; el autor no sabía que producía el delito, que de hecho produjo. En síntesis, se funda la culpa en el poder de evitación. (13)

(13) Cfr. Soler. Opus Cit. T. II Pág. 407.

Resumiendo, la culpa implica la violación de un deber secundario que impone al individuo la necesidad de obrar en forma que no se transgreda esa norma secundaria aún por vía indirecta y no intencional. Todas las formas de culpa a que se refiere el artículo 80. del Código Penal : imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, pueden reducirse a dos: incumplimiento de un deber (negligencia) y afrontamiento de un riesgo (imprudencia).

Existen dos clases de culpa: culpa consciente o con representación, mal llamada con previsión, y culpa inconsciente o sin representación. La culpa consciente existe cuando el agente ha previsto el resultado posible y no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado el cual no se desea, se tiene la esperanza de que no se produzca. Podemos citar como ejemplo el caso del conductor de un vehículo, que deseado llegar puntualmente a un lugar determinado, conduce su carro a sabiendas de que los frenos se encuentran defectuosos y a pesar de representarse la posibilidad de un atropellamiento, acelera el motor con la esperanza de que nadie atraviese su camino; no obstante se produce un resultado dañoso. Como se ve del ejemplo, existe en la mente del sujeto la representación de un posible resultado típico, representación que no le hace desistir de su conducta.

La culpa es inconsciente cuando no se prevé un resultado previsible; existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Esta clase de culpa se da por falta de diligencia, porque no se prevé lo que es previsible para el co-

mún de las gentes y en consecuencia evitable. Se cita como ejemplo el de la persona que limpia una pistola en presencia de otras sin prever el alcance de su conducta; al producirse el disparo y resultar una persona lesionada o muerta, este resultado debe imputarse a título de culpa inconsciente por estar al alcance del común de las gentes el peligro inherente al manejo de un arma de fuego.

A la culpa inconsciente o sin representación, suele clasificársele en lata, leve y levísima, según lo mayor o menor facilidad en la previsión. Es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve, si tan solo podía ser previsto por alguien cuidadoso, y levísima cuando la previsión del resultado dañoso solamente podía estar al alcance de personas sumamente diligentes.

Preterintencionalidad.- Se afirma que la preterintencionalidad es un tercera forma de culpabilidad, aunque en nuestro personal concepto, creemos que solamente es posible la existencia de las dos especies ya estudiadas. Se entiende por preterintencionalidad la forma de conducta culpable en la que el resultado sobrepasa a la intención del agente. En el dolo, como ya hemos visto, el sujeto actúa conociendo la significación de su conducta; en la culpa consciente, se actúa con la esperanza de que no ocurrirá el resultado previsible, y en la inconsciente no se prevee un resultado previsible. En la preterintencionalidad el resultado excede la intención del agente.

Para Parte Petit el Código Penal Mexicano incluye -- las tres formas de culpabilidad: el dolo en el artículo 70.; la culpa en el 80., y la preterintencionalidad o ultraintencionalidad en la fracción II del artículo 90., como tercera

forma de culpabilidad de naturaleza mixta, regulada en el Código como dolosa, lo cual equivale a decir que el delito es intencional sin serlo (14). Opinamos que no puede haber mezcla de dolo y culpa en una misma conducta ilícita, porque o existe intención y se quiere el resultado, o no existe intención y se ratifica el resultado.

Es decir, no creemos posible que en la psiquis del agente exista la voluntad de realizar un injusto penal y - que al mismo tiempo no exista esa voluntad; las dos formas de culpabilidad son totalmente incompatibles entre sí. El agente que dispara un arma de fuego para matar a una peregrina e, independientemente del resultado, causa daños en propiedad ajena con la misma bala, deberá responder a título de dolo en ambos resultados lesivos y no a título de dolo por lo que se refiere a la integridad física del sujeto -- pasivo y a título de culpa por lo que se refiere al daño material.

La inculpabilidad.- El aspecto negativo de la culpabilidad lo constátuye su ausencia también llamada inculpabilidad, que Jiménez de Asúa define como la absolución del sujeto en el juicio de reproche, y afirma que la diferencia entre las causas de inculpabilidad y las de inimputabilidad es obvia: el inimputable es psicológicamente incapáz, y lo es para toda clase de acciones, ya de modo perdurable como el enajenado, ya en forma transitoria como en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez o intoxicación involuntaria. En -- cambio el inculpable es completamente capáz y si no le es reprochada su conducta es porque a causa de error o por no-

(14) Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal.- Pág. 50.

podérsele exigir otro modo de obrar, se le absuelve en el juicio de culpabilidad; sin embargo, para todas las demás acciones su capacidad es plena. Así, el que yerra purgando a un niño y sin querer lo envenena y al mismo tiempo injuria o lesiona a un criado, ésta última conducta le será imputada, más no la primera por concurrir la eximente de error esencial insuperable(15). El mismo autor clasifica las causas de inculpabilidad o eximentes, en dos grandes grupos: uno genérico, y otro general con alcances supralegales:

- a) Error (de hecho y de derecho, eximentes putativas y obediencia jerárquica), y
- b) No exigibilidad de otra conducta.

Es necesario distinguir entre ignorancia y error, por ser de naturaleza psicológica semejante. La ignorancia supone la falta de toda representación; consiste en una total ausencia de conocimiento de un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una noción falsa, una representación equivocada de un objeto cierto; es un estado positivo. En la primera no se tiene conocimiento del objeto, en el segundo sí se conoce el objeto, pero se le conoce mal, equivocada, erróneamente.

Nuestro Código Penal sólo menciona la ignorancia inculpable en la fracción VI del artículo 15 donde dispone que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal: "Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, y si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar."

Aunque no en forma expresa, también en la fracción VII del mismo precepto se menciona la ignorancia como excul-

(15) La Ley y el Delito. 4a. edición, pág. 389.

pante ya que al establecer la obediencia legítima dispone: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía..." Sin embargo, debemos admitir la existencia del error como eximente en algunos casos no precisados en nuestra legislación y - que Jiménez de Asúa especifica en la siguiente forma:

"A) El error excluye la culpabilidad del agente cuando es:

a) Esencial, en orden a los elementos constitutivos del tipo o de las agravaciones, y en referencia a la decisión - del autor, pudiendo recaer:

a') Sobre el núcleo de lo injusto tipificado, como - cuando se trata de purgar a un sujeto y se le meta por confundir la substancia laxante con un veneno ('error de hecho'), o cuando se lleva un arma sin autorización en aquellos países, como España, en que la tenencia de armas es un delito, por - ignorar invenciblemente que la ley ha configurado típicamente esa forma de lo injusto ('error de derecho');

b') Sobre la referencia al objeto, como cuando se ignora que la cosa es ajena en el hurto ('error de hecho') o que hay que declarar el tesoro encontrado, que no es res nullius ('error de derecho');

c') Sobre la referencia al sujeto pasivo, como cuando se yace con una niña menor de doce años, creyendo que tiene muchos más;

d') Sobre las agravantes calificativas, como cuando - se da muerte al padre desconociendo que lo es;

e') Sobre las existencia de causas que excluyen la pena, ora se suponga erróneamente que concurren en el hecho - los elementos de una justificación, como en la defensa putati-

va y en el estado de necesidad putativo ('error de hecho'); bien se crea que le ampara al sujeto una inexistente causa de justificación, como en el caso del fraile mendicante que pide limosna en un país en que está prohibida la mendicidad, sin que la orden a que pertenezca haya sido aún legalmente admitida en los confines del territorio nacional ('error de derecho');

f') Sobre la legitimidad de lo mandado, cuando hay dependencia jerárquica entre el que obedece y el que manda, cuando éste ordena en la esfera de sus atribuciones y cuando la orden no tiene evidencia delictiva o dudosa criminalidad. Con esto situamos la llamada obediencia jerárquica en la doctrina del error, en vez de hacerlo, como hasta ahora era corriente, como una causa autónoma de justificación.

b) Racionalmente invencible, es decir, que no hayan podido ser conocidas las características de los hechos o la injusticia de la acción, atendida la relatividad de las circunstancias.

B) El error excluye la culpabilidad sin distinguir:

a) Si el error es de hecho o de derecho, según venimos insistentemente demostrando en este estudio;

b) Si el llamado error de derecho recae en una ley penal o en una ley extrapenal (civil, comercial, política, administrativa, etc.) vinculada al contenido de aquélla, porque la naturaleza garantizadora del Derecho penal hace que sus conceptos jurídicos provengan de otras ramas.

C) El error esencial excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, cuando es vencible o evitable.

D) El error no produce efecto alguno en la culpabilidad, -
cuando es:

a) Accidental, como en el caso de que afecte a la varia--
ción del curso de la cadena de antecedentes y causas, pero -
sin ser esencial el cambio para la producción del resultado;
problema que nos llevaría lejísimos y que entronca con el -
asunto de la causalidad, en que nos hemos ocupado reiterada
mente;

b) Relativo a las condiciones objetivas penalidad;

c) In objeto, como cuando Ticio quiere matar a Marcos, su
enemigo, y en las sombras de la noche le confunde, por un -
vago parecido, con César, a quien no conoce, y lo mata. El
caso de aberratio ictus de equipara por muchos autores al
error in objeto, pues es igual que la confusión sea como se
ha descrito en el error in persona, o que se deba a una al-
teración insospechada en el disparo que conduce la bala diri-
gida a Marcos, al corazón de César. Pero debemos reconocer
que la vieja doctrina que divide el episodio en dos partes
--tentativa de homicidio contra Marcos y homicidio culposo
contra César-- tiene modernos partidarios y no puede dese--
charse con ligereza.

E) El error en la idoneidad de los medios o del objeto de na-
cimiento al delito inidóneo o imposible.

F) No produce, en cambio, efectos punibles el delito putati-
vo; es decir, no se responsabiliza, a título de dolo ni de
culpa, al autor de una conducta imaginaria o fantásticamente
delictiva, que, con acierto ejemplar, llamó Carlos Binding -
error al revés. (16)

(16) La Ley y el Delito. 4a. edición, págs. 398 v sigs.

Aceptamos que el error es eximente cuando reúne los requisitos de ser esencial y racionalmente invencible, pero no podemos admitir que tenga efectos eximentes en los ejemplos expuestos anteriormente y a los que su autor llama error de derecho, porque en todos esos casos se trata de ignorancia de la ley que, de conformidad con nuestro sistema legislativo, no exime de su cumplimiento; el hecho de que una persona ignore que portar un arma está prohibido por la ley, no la exculpa.

En resumen: aceptamos que el error cuando recae sobre el núcleo típico, sobre la referencia al objeto y sobre la referencia al sujeto pasivo, sí produce efectos eximentes; no así cuando recae sobre las agravantes calificativas porque, en todo caso, sólo produce efectos atenuantes. Tampoco aceptamos la existencia del error en la obediencia jerárquica porque, como ya hemos visto, se trata de una especie de ignorancia excluyente. También aceptamos la operancia del error en el delito putativo y rechazamos categóricamente que el error esencial excluya el dolo para dejar subsistente la culpa cuando es vencible o evitable.

Asimismo, admitimos la eximente del error en la idoneidad de los medios o del objeto (apuñalar un cadáver creyendo que se da muerte a una persona viva; intentar homicidio con una substancia inocua en la creencia de que se da veneno). No es admisible la operancia del error como eximente en los casos de error en el objeto y en la persona.

Son exculpantes: las llamadas eximentes putativas; la obediencia jerárquica, y la no exigibilidad de otra conducta.

Hay defensa putativa si el sujeto que reacciona lo -

que Jiménez de Asúa llama causa de justificación supralegal, por no tener riguroso acomodo en las disposiciones concretas del Código Penal. El estudio de esta exculpante se debe a Mezger, quien construyó la doctrina sobre la ley por tratarse de casos de evidente ausencia de lo injusto que no tienen cabida en la ley positiva. (17)

"La importancia —opina Jiménez de Asúa—, y hasta la esencia, de esta causa genérica de inculpabilidad, radica justamente en ser supralegal... Sin embargo, es cierto que en algunas de las exenciones que se hallan consagradas en los Códigos se encuentra, como fundamento, 'la no exigibilidad de otra conducta'. El efecto de este diagnóstico más preciso sería el de colocar aquella especie de exención en el lugar que le compete entre las causas excluyentes de la culpabilidad... Ya veremos, al tratar de las excusas absolutorias como éstas se van desintegrando a medida que el progreso de la técnica las extrae de aquella heterogénea sistemática... Un de esas especies, o un grupo de ellas, que había figurado hasta en tan incongruente puesto, es, si bien no con el carácter de supralegalidad, ejemplo genuino de la no exigibilidad de otra conducta: aquellos casos en que se encubra, se auxilia o se proteja a un próximo pariente. En los Códigos suelen encontrarse los por demás demostrativos. Se considera punible al que ante la autoridad judicial declare falsamente que ha cometido o ayudado a cometer algún hecho ilícito; pero en ciertas leyes penales se añade: a menos que su declaración sea con el objeto de salvar a algún pariente cercano, un amigo íntimo o a su bienhechor. Lo más común es que los Códigos declaren terminantemente que no es punible el encubrimiento de los parientes cercanos... A poco que se

medite en el asunto, se verá que estas eximentes no son meras excusas absolutorias, un simple perdón legal, en que los caracteres de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad subsisten intactos. Representan un grupo de los más claros casos de 'no exigibilidad de otra conducta', que debe figurar como excluyente de la culpabilidad. ¿Cómo exigir a un allegado próximo, a un amigo íntimo, a un agradecido, que se niegue a ocultar, a favorecer o a auxiliar a su padre, hijo, cónyuge, hermano, amigo o bienhechor?" (18)

Al respecto, nuestro Código Penal señala como excluyente de responsabilidad penal en su artículo 15, fracción IX: "Ocultar al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo, o impedir que se averigüe, cuando se se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de:

a).-Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b).-El cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y

c).-Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad..."

El fundamento de la no exigibilidad de otra conducta radica en la imposibilidad de elevar normativamente a culpa o a dolo, la conducta del sujeto, dadas las circunstancias del caso concreto. Como ejemplos de esta exculpante de carácter supralegal, se citan los siguientes casos, conocidos y juzgados por el Alto Tribunal Alemán:

(18). Luis Jiménez de Asúa.-La Ley y el Delito. 4a. edición, págs. 415 y 416.

a) El propietario de un caballo resabiado y desobediante, ordenó al cochero que lo enganchara y saliese con él a prestar servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistir, pero el dueño lo amenazó con despedirlo en el acto si no cumplía lo mandado. El cochero obedeció y una vez en la calle, el animal se desbocó causando lesiones a un transeúnte. El tribunal niega la culpabilidad del procesado porque, tomando en cuenta la situación de hecho, no podía serle exigido que perdiera su colocación y su pan, negándose a ejecutar la acción peligrosa.

b) El caso de la cigüeña ante los jurados; caso ocurrido en un distrito minero de Alemania.- La empresa de una mina tenía acordado que el día que la mujer de uno de los mineros diera a luz, quedaría el marido relevado del trabajo, pero percibiendo íntegro el jornal del día. Los mineros convinieron con la comadrona que asistía a los partos, para que ésta, en los casos que un niño naciera el domingo, declarara en el registro civil que el parto había tenido lugar en día laborable de la semana amenazándole con no volver a requerir sus servicios si no accedía a sus deseos. Ante el temor de quedar sin trabajo, la partera accedió a las pretensiones de los trabajadores y, en efecto, hizo una serie de inscripciones falsas en el Registro. En el caso, se falló la absolución de la partera por tratarse de evidente ausencia de dolo, considerándose que no podía exigírsele, tomando en cuenta el trance en que se hallaba, que no perpetrara los actos ordenados por los trabajadores, actos que de no mediar aquellas circunstancias, deberían ser punibles.

De conformidad con la descripción legal del -

delito de coalición de funcionarios, su ejecución no admite la forma culposa; por el contrario, los núcleos típicos -- que configuren el injusto, permiten concluir en su forzosa realización por dolo: impedir la ejecución de una ley o reglamento, tomar medidas contrarias a una ley, dimitir de sus puestos.

Para realizar el tipo a estudio se requiere necesariamente la representación de la finalidad típica -- impedir o suspender la Administración Pública en cualquiera de sus ramas, y se requiere también la voluntad de realizar los núcleos típicos para llegar a la finalidad delictiva. Lo anterior significa que, tanto desde el punto de vista de la teoría normativa, como de la psicológica, la ejecución típica solo puede realizarse a título doloso.

Conviene distinguir entre funcionarios y empleados públicos. Funcionario Público, es la persona que presta sus servicios al gobierno y que tiene facultades de decisión y de ejecución; empleado público, es el que presta sus servicios en el Gobierno, teniendo únicamente facultades de ejecución.

La Constitución distingue además a los altos funcionarios de la Federación y de los Estados, señalando en su artículo 108 como tales, al Presidente de la República, Senadores y Diputados del Congreso de la Unión, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretarios del Despacho y el Procurador General de la República; así como también a los Gobernadores de los Estados y a los Diputados de las Legislaturas Locales.

El mismo artículo dispone que el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusa-

do por traición a la patria y delitos graves del orden común. Por lo que respecta a los Altos Funcionarios de la Federación, - son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran durante el ejercicio de ese mismo cargo. Los Altos Funcionarios de los Estados, son responsables por violación a la Constitución y Leyes Federales.

Por su parte La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, distingue entre empleados o trabajadores de base y empleados de confianza, ya sea que presten sus servicios en Secretariade Estado u Organismos Descentralizados -- En su artículo 2o., dicha Ley, dispone que la **relación** jurídica de trabajo se entiende establecida entre los titulares de las dependencias e instituciones citadas y los trabajadores de base a su servicio, debiendo señalarse el defecto técnico en la relación legal consistente en establecer como patronos a titulares de las dependencias, quienes tan solo son representantes del Organó oficial. La relación de trabajo se establece entre la dependencia oficial y el trabajador o empleado del mismo modo que en una empresa privada la relación contractual de trabajo se establece entre éstay el trabajador y no entre éstay el representante del patrón. De conformidad con la misma ley, son trabajadores de confianza aquellos cuyo nombramiento o ejercicio requiera la aprobación expresa del Presidente de la República; en su artículo 5o., menciona expresamente cuales son, en cada dependencia, los empleados de este género. En el artículo 6o., señala que -- son trabajadores de base los incluidos en la enumeración anterior. Y que, por, ello, son inamovibles.

La distinción anterior es importante porque de conformidad con la ley, sólo los trabajadores de base tienen derecho a coaligarse para declarar una huelga. En sus artículos 92 al 109, La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamenta el derecho de huelga de los trabajadores o empleados públicos y define la huelga como la suspensión temporal del trabajo como resultado de una coalición de trabajadores.

Declaración de huelga es la manifestación de la voluntad de la mayoría de los trabajadores de una dependencia de suspender las labores de acuerdo con los requisitos que establece la ley, si el titular de la misma no accede a sus demandas.

Los trabajadores podrán hacer uso del derecho de huelga, respecto de una o varias dependencias de los Poderes Públicos, cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que consagra el apartado "B" del artículo 125 Constitucional - (Art. 94).

No obstante el Derecho de Huelga que la Ley concede a los trabajadores, la ley en cita dispone que la huelga suspende los efectos de los nombramientos de los trabajadores por todo el tiempo de duración de la huelga. El artículo 97 de la misma ley, establece que los actos de coacción o de violencia física o moral sobre las personas o de fuerza sobre las cosas, cometidos por los huelguistas, tendrán como consecuencia, respecto de los responsables, la pérdida de su calidad de trabajador; sino constituyen otro delito cuya pena sea mayor, se sancionarán con prisión hasta de dos años y multa hasta de diez mil pesos, más la reparación del daño.

Conforme a lo anterior, la coalición de empleados públicos, para ejercer el derecho de huelga, con los requisitos esta-

blecidos por la ley configuran una excepción a lo dispuesto por el artículo 216 del Código Penal y solo cuando esa coalición sea hecha por trabajadores de base, suscrita por la dos terceras --- partes de los trabajadores de la dependencia afectada en un pliego de peticiones elevado al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y no se lleven a cabo los actos de coacción y de violencia mencionados en el artículo 97 de la Ley respectiva, no existirá actualización del injusto penal denominado coalición de funcionarios.

CONCLUSIONS.

CONCLUSIONES :

PRIMERA.- El delito de Coalición de Funcionarios es, en cuanto al tipo: a) Anormal; b) autónomo ó independiente; c) de formulación casuística; d) acumulativamente formado; e) de daño y de peligro y, f) plurisubjetivo.

SEGUNDA.- La carencia de los elementos altamente personales del tipo a estudio, implica carencia de tipo y en consecuencia, inexistencia de delito.

TERCERA.- La antijuricidad puede y debe definirse positivamente. Por tanto, consideramos válida la definición -- del concepto como: "la lesión del bien jurídico tutelado por la norma". Con ello damos solución a diversos casos prácticos no explicables con el concepto tradicionalmente negativo del injusto.

CUARTA.- La justificante de legítima defensa, ampara -- el tipo de coalición de funcionarios, en la hipótesis del -- golpe de estado, porque la situación del usurpador es contraria a derecho y, por ello, agresiva de un régimen jurídico; quienes desempeñan un cargo en la administración pública y -- adoptan medidas contrarias a la ley o reglamento dictada -- por el usurpador, no hacen sino repudiar aquella actitud anti -- jurídica.

QUINTA.- La coalición de funcionarios para el ejercicio del derecho de huelga, que la ley reglamentaria del apartado B del artículo 123 Constitucional les concede, constituye la justificante de ejercicio de un derecho.

SEXTA .- Aceptamos que la culpabilidad solo puede cons--

truirse con base en elementos de las dos doctrinas en estudio: psicológica y normativa. Psicológica en cuanto a la imputabilidad; normativa en cuanto al juicio de reproche.

SEPTIMA.- Rechazamos la preterintencionalidad como tercera forma de la culpabilidad. Por tanto admitimos únicamente dos formas de culpabilidad; dolo y culpa.

BIBLIOGRAFIA

ANTOLISEI FRANCESCO.

"La Acción y el Resultado en el Delito"
Editorial Jurídica Mexicana
México-1959.

BALLVE PALLISE FAUSTINO

"Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito"
México-1951.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL

"Derecho Penal Mexicano".
4a. Edición-1955
"Código Penal Anotado"
2a. Edición Mexico 1966.

CASTELLANOS TENA FERNANDO.

"Lineamientos Elementales de Derecho Penal"
2a. Edición.
Editorial Jurídica Mexicana.
Mexico 1963.

CUELLO CALON EUGENIO

"Derecho Penal"
8a. Edición
Barcelona 1947.

FLORIAN EUGENIO

"Parte General de Derecho Penal"
La Habana 1929.

GRAF ZU DOHNA ALEXANDER.

"La Ilícitud"
Editorial Jurídica Mexicana
México 1959.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.

"Derecho Penal Mexicano"
2a. Edición 1944.

JINENEZ DE ASUA LUIS.

"La Ley y el Delito"
2a y 4a. Ediciones.
Editorial Hermes , Mexico-Buenos Aires 1954 y 1963.
"Tratado de Derecho Penal", tomo II Editorial Lozada S.A.
Buenos Aires 1950.

JIMENEZ HUERTA MARIANO.
"La Tipicidad"
Editorial Porrúa
México 1955
"La anti-juricidad"
México 1952.

LISST FRANZ VON
"Tratado de Derecho Penal"
2a. Edición
Madrid 1967.

MAGGIORE GIUSSEPE.
"DERECHO PENAL"
Editorial Themis.
Bogotá 1954

MANZINI A.
Ediar Editores.
Buenos Aires 1949.

PORTE PETIT CELESTINO.
"Importancia de la Ecnómica Jurídico-Penal"
Programa de la parte general de Derecho Penal.
U.R.A.M. 1958.

QUINTANO RIPOLLES A.
"Comentarios al Código Penal"

SOLER SEBASTIAN.
"Derecho Penal Argentino"
2a. Edición.
Editorial Tea.
Buenos Aires 1953.

VILLALOBOS IGNACIO.
"Derecho Penal Mexicano"
2a. Edición.
Editorial Porrúa 1960.