



569  
2ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

BREVES CONSIDERACIONES AL ARTICULO <sup>226</sup> 266  
DEL CODIGO PENAL FEDERAL

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
SALVADOR MARTINEZ MURRIETA

MEXICO, D. F.,

1993

FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA DE EXAMENES DE  
EXAMENES PROFESIONALES

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

## I N T R O D U C C I O N

Resultado de una sentida convicción el presente trabajo se adiciona a los estudios que en torno a un delito determinado suelen elaborarse en el Seminario de Derecho Penal en la Universidad Nacional Autónoma de México.

En efecto, es evidente que en nuestro País existe la apremiante necesidad de analizar sistemáticamente los delitos que integran las partes especiales de los diversos Códigos Penales de la República porque sólo después de aclarar la ratio de tales figuras delictivas despenalizando algunas por obsoletas o atentatorias a los derechos fundamentales del ser humano, tipificando acertadamente conductas que, dado el momento actual, son indispensables y reformando en lo conducente los preceptos penales vigentes se logrará estar lo más cerca posible de una verdadera tutela de bienes o valores jurídicos; de lo contrario, el desacierto teleológico o en la composición de los tipos penales, seguirá haciendo de un bien intencionado propósito una aberración jurídica y continuará habiendo jueces buenos con leyes malas.

En este sentido el sexenio presidencial 1982-1988 que pretendió entre otras cosas, ser una etapa de renovación en los diversos ámbitos de la vida nacional, implementó un vasto programa de reforma jurídica, sobresaliendo en el campo de la administración de justicia, por su trascendencia, las reformas llevadas a cabo en el Código Penal Federal vigente.

No desconocemos las muchas reformas que en su texto ha sufrido el Código Penal de 1931 y aunque pensamos que lo procedente es una reforma penal integral que, a más de otros beneficios, incorpore en nuestro Código Punitivo las más modernas conquistas que en doctrina penal se han dado, y eleve al rango de Derecho Positivo un Código Penal Tipo para la República Mexicana, no podemos ignorar tal esfuerzo de renovación que constituyó un saneamiento francamente necesario en nuestro Derecho Nacional.

Nos propusimos el estudio de una de las reformas llevadas a cabo en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, a saber; la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984 y donde aparece descrito el tipo penal denominado **EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO**.

La indudable importancia de esta adición al Código Penal Federal está insita en el motivo que el Ejecutivo Federal tuvo para presentar la iniciativa de Ley al Congreso de la Unión, y que fue el hecho de que "en diversos foros se ha planteado la necesidad, que el proyecto recoge, de sancionar a quien siendo titular de un derecho u ostentándose como tal lo ejerce con violencia, ésto es, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión".

El presente trabajo pues, analiza, desde un punto de vista jurídico, al llamado ejercicio indebido del propio derecho a la luz de los conocimientos proporcionados por la Ciencia del Derecho Penal.

Así, hemos utilizado el Método Dogmático de estudio de los delitos, porque creemos que es el más acertado en la solución de los

problemas que plantea el análisis de toda figura delictiva en particular. Método que consiste en la aplicación de los conocimientos que integran la Parte General del Derecho Penal a las figuras delictivas en particular, a fin de dar cuenta del modo en que se presentan en éstas los elementos generales y específicos que cada norma penal contiene y que le dan su sentido como figura delictiva.

Acorde con lo anterior hemos dividido nuestro estudio en ocho apartados: Elemento Objetivo o Material, Tipicidad, La Antijuridicidad, Culpaabilidad, Condiciones Objetivas de Punibilidad y Punibilidad, Formas de Aparición en el Delito, Concurso de Delitos y Participación. Los cinco primeros tratan de las notas características de todo delito y de su aspecto negativo, mientras que los tres últimos se refieren a las llamadas formas de manifestación del delito.

Esto es así porque hemos querido que en el análisis de esta figura delictiva no se contengán sólo aforismos ayunos de su explicación o causa; es por eso que no nos limitamos a analizar concretamente los elementos del delito o del tipo en nuestro estudio, sino como sólida justificación a las conclusiones a que llegamos, exponemos lo que en doctrina se comprende por tales elementos, es decir; antes de tratar el matiz que cada elemento o nota característica del delito toma en el llamado ejercicio indebido del propio derecho, realizamos una exposición de lo que por tal nota o elemento se entiende en Doctrina Penal, tratando de abarcar sus diversos aspectos.

Se ha dejado de lado deliberadamente, la exposición de las disputas y problemáticas demasiado teóricas acerca de la sistemática

de los elementos del delito por considerar que son motivo de trabajos específicos. No obstante, en cuanto nos fue posible hicimos alusión a tales disputas y problemáticas. Por otro lado, hemos sido fieles a la tradición jurídica penal elaborada históricamente por los grandes pensadores de las Ciencias Penales, sin afiliarnos tan sólo a alguna corriente de pensamiento en particular.

Ofrezco pues, en este trabajo, un estudio dogmático acerca de un delito en particular junto con una sencilla revisión de conjunto de la teoría del delito, que nos introduzca e ilustre, a fin de que con mayor precisión logremos nuestro propósito.

Estoy consciente de que el contenido de mi trabajo, con todo y que ha sido elaborado con diligencia, está destinado al lector principiante más que al erudito en Derecho Penal debido a una premisa que no puedo soslayar aún: mis estudios en la materia corresponden más a la naturaleza del primero que del segundo.

En tal virtud, el presente debe tomarse como un intento de acercamiento al delito de que se trata por efecto de la premisa antes dicha, pero sobre todo, porque estoy convencido de que no existen trabajos digamos, propiamente terminados. Así que para mí, ésto constituye un animoso comienzo.

Desearía como se ha dicho, que este sencillo sumario sirva a unos de rápida recordación y a otros de introducción y compañía para sus lecturas personales. El que lo sabe todo encuentra siempre algún encanto en volver a los rudimentos. El que sabe poco y es sensato agradece el

servicio.

Acepto toda crítica a la falta de originalidad. Quedaría agradecido de que ésta, mi tesis de recepción, fuera considerada como apuntes de un estudiante cedidos a otros estudiantes.

EL POSTULANTE

**ELEMENTO OBJETIVO O MATERIAL**



El estudio que iniciamos tiene como punto de partida el elemento objetivo o material. Y no podría ser de otro modo: en la base de todo sistema de los elementos del delito está la conducta o el hecho. Es elocuente en este sentido lo escrito por Reinhart Maurach en su Tratado de Derecho Penal: "Una acción es la base común a todos los delitos, independientemente de sus formas de aparición. Sirve de base tanto al tipo ordinario y fundamental de conducta juridicopenalmente relevante, al delito doloso, como a la manifestación excepcional del hecho punible culposo. La acción es un concepto antepuesto al tipo de delito, que sirve para la perfecta construcción del tipo, sin constituir sin embargo, un concepto prejurídico ni siquiera extrajurídico."<sup>1</sup> y con sintética agudeza Edmundo Mezguer había escrito antes: "El hacer y el omitir del individuo y de posibles corporaciones, en una palabra, todo lo que es y puede ser punible con arreglo al derecho positivo, cae bajo el concepto de acción. Con ello ofrece la acción el punto de partida y la base de toda la teoría del delito y del Derecho Penal en general."<sup>2</sup>

1.- MAURACH REINHART. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p. 177.

2.- MEZGUER EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p. 126.

En derecho Penal la conducta, como elemento material de todo delito es primordial en la comprensión y estudio de los tipos penales, por cuanto de su delimitación respecto a las restantes características de la figura delictiva dependen las soluciones que se den a problemáticas planteadas en temas como la tentativa, la consumación, etc., y en general es de la mayor importancia en el esclarecimiento de los restantes elementos configurativos del delito. Así, con toda razón el Dr. Celestino Porte Petit ha escrito: ((Independientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es indiscutible que cuando la descripción típica sea de una mera conducta o un hecho, éstos vienen a ser el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica con relación a los restantes elementos del mismo, es decir, un hacer o no hacer, o bien, un resultado material. Bettiol sostiene que "el primer elemento típico, vale decir de aquel complejo de elementos materiales referibles a la conducta del agente que pueden quedar subsumidos bajo un esquema del delito"))<sup>3</sup>

A riesgo de que se juzgue por algunos, como obviedad, subrayamos que sólo las acciones u omisiones provenientes del hombre pueden considerarse relevantes en cuanto a la imposición de una pena. El derecho Penal contemporáneo ha reconocido mayoritariamente este principio. En este tenor Miguel Romo Medina indica: "Creemos importante aclarar cómo el Derecho Penal al tratar de conducta se refiere al comportamiento humano, pues existe franca distinción entre conducta y comportamiento de los animales y de los hechos producidos por la naturaleza"<sup>4</sup> Por otra parte Edmundo Mezguer y F. Antolisei respectivamente, apuntan: "La conducta de esta suerte descrita es siempre una conducta humana. Sólo el hombre y sólo el hacer del hombre es punible. En tiempos existieron penas y procesos contra los animales; hoy han desaparecido.

3.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 288

4.- MEDINA ROMO, MIGUEL. Criminología y Derecho, p. 48.

Esta limitación de la penalidad a la conducta humana se reconoce sin excepción en el Derecho Alemán vigente<sup>5</sup>. ((El delito es ante todo "acción humana". El fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal, como todos saben, nunca puede constituir delito. Sin la acción, el delito no es concebible. Tampoco lo es la acción antijurídica civil, que a semejanza de la acción antijurídica penal, supone siempre la acción de un hombre"))<sup>6</sup>

Se ha puesto en claro asimismo, que la conducta debe provenir de un ser humano en lo individual. Con relación a la problemática de si una persona moral puede ser responsable de delitos o si sólo la acción que despliega el agente es la única relevante, transcribimos la opinión acertada de Franz Von Liszt: "La acción detrás de la que aparece no una persona individual sino la corporación... contradice tanto a la justicia como a la Política Criminal deja impune al culpable y, en cambio, hace recaer la total responsabilidad sobre el órgano de voluntad ajena."<sup>7</sup>

Dentro de la prelación lógica de los elementos del delito indudablemente la conducta o hecho humanos vienen a ser el primer elemento del mismo. Empleamos los términos conducta o hecho, porque estimamos que la descripción típica puede ser un hacer o no hacer, que quedan englobados en el término conducta o en un hacer o no hacer que producen un mutamiento en el mundo exterior, dando lugar a un hecho. No obstante, variadas han sido las denominaciones que ha recibido el elemento objetivo y aún cuando ha sido aceptado de modo casi general que el primer elemento del delito, al que nos estamos refiriendo, contiene conceptualmente el hacer y el omitir punibles, problemática a la que aludiremos adelante, no sucede lo mismo, en cuanto al término genérico que debe usarse para designarlo. En este

5.- MEZQUER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. p. 19

6.- ANTOLISEI, FRANCESCO. Manual de Derecho Penal, p.21

7.- LISZT FRANZ, VON. - Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p.285

sentido existe una verdadera diversidad de opiniones, empleándose entre otros los términos hecho, hecho penal, acontecimiento, conducta, acción y acto.

El término "hecho" nos parece demasiado genérico, ya que tal palabra se refiere a todo suceder sea que provenga del hombre o de la naturaleza. "Hecho Penal" no nos parece denominación aceptable porque, a más de que algunos autores lo utilizan como sinónimo de delito y no propiamente para designar al elemento objetivo, es a su vez demasiado extensivo. "Acontecimiento", cuyo origen se encuentra en los llamados delitos sin actuación de voluntad, erróneamente concebidos, es un vocablo totalmente inadecuado. "Acción" y "Acto" son vocablos que no se pueden admitir como términos ya que en principio, al significar un hacer, son inservibles para indicar el no hacer u omitir; lo que no es acorde con la concepción que es comunmente aceptada del elemento objetivo o material que se trata de designar. Por todo ello en este trabajo hemos de utilizar el vocablo "conducta" porque lo consideramos el término más correcto para llegar a la comprensión de lo que se quiere expresar en el campo del Derecho Penal en alusión al elemento material. En este sentido Mariano Jiménez Huerta ha puntualizado: "preferimos la expresión "conducta", no solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido y el fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico."<sup>8</sup> Prosiguiendo de modo enfático: "La expresión conducta es lo suficientemente amplia para recoger en su contenido con exactitud las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad,

8.- JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, p. 106

ésto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquéllas otras que implican inactividad, inercia o inacción".<sup>9</sup>

Se dice que la conducta consiste en una actividad voluntaria o involuntaria (culpa). A este respecto Luis Jiménez Asúa, asevera: "El acto es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se espera".<sup>10</sup>

Las formas de la conducta, por consiguiente son dos: acción y omisión. A este respecto Antolisei nos dice: "La conducta puede asumir dos formas diversas una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso, tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo la omisión (llamada igualmente acción negativa)".<sup>11</sup> Por su parte, Puig Peña explica: "El delito es ante todo una acción, o sea la manifestación de nuestra voluntad que produce un cambio en el mundo exterior. No es preciso que la acción consista en un obrar positivo, puesto que también puede consistir en una omisión."<sup>12</sup>

No obstante la aceptación de las formas de la conducta por la mayoría de los tratadistas; es interesante conocer la posición que niega la posibilidad de que en la conducta se contengan a la vez dos conceptos tan disímbolos como pueden ser la acción y la omisión. Nos permitiremos al respecto, transcribir lo escrito por Mezguer en relación a este interesante tema:

9.-Ob. Cit. p.107

10.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 331

11.- ANTOLISEI FRANCESCO. Manual de Derecho Penal, p.153

12.- PUIG PERA FEDERICO. Derecho Penal, Tomo I, pag. 190.

((La posibilidad del concepto de la acción, como categoría superior común que abarque los delitos de acción y de omisión, se niega por Radbruch. Para este tratadista, el Sistema Penal aparece escindido de arriba abajo en dos partes; hasta "en las ramificaciones últimas y más finas del sistema" no existe concepto alguno que deba considerarse en un doble aspecto". Radbruch fundamenta esta fatal necesidad en la forma siguiente: La acción en sentido estricto, el actuar positivo, exige el querer del agente y el movimiento corporal con sus consecuencias, así como la relación de causalidad entre ambos. Ahora bien: en la omisión faltan estas características del concepto de la acción en sentido estricto; la omisión puede en verdad ser querida, pero conceptualmente no necesita serlo. Por tanto, no puede ser subordinada a un concepto de acción, sea cualquiera el modo como ésta se entienda. Pero tampoco es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión bajo una tercera categoría superior a ambas; "pues de la misma manera que no se pueden colocar bajo una categoría superior Posición y Negación (A y no A), tampoco es lícito forzar la colocación de la acción y de la omisión bajo una tal categoría o concepto superior, llámese este concepto acción en sentido amplio, conducta humana o de cualquier otro modo. Y así como un concepto y su opuesto contradictorio, así como posición y negación, a y no a, no pueden ser colocados bajo otro superior a ellos, del mismo modo tienen que aparecer la acción y la omisión una al otro lado de la otra y sin conexión entre sí." Pero esta aguda deducción olvida que el hacer y el omitir punibles no sólo son conceptos contradictorios de un suceder externo, sino también conceptos referidos a un valor. Y en tal sentido muestran el hacer y el omitir, con arreglo al derecho vigente "características positivas comunes", ante todo, la de ser, tanto la acción como la omisión, conductas humanas valorizadas de determinada manera.

7

No se trata aquí, por consiguiente, de simple posición (P) y negación (N), sino de posición (Pe) y negación (Ne), con determinadas propiedades, de suerte que es posible la existencia de un concepto superior (Oe), que es precisamente la acción en sentido amplio."<sup>13</sup> Nosotros pensamos pues, que el concepto de conducta es comprensivo de la acción y la omisión tal y como lo llevamos dicho.

La acción como forma de conducta ha sido definida como un hacer o actividad voluntarios. En este sentido el Dr. Celestino Porte Petit ha escrito: "La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un "tipo de prohibición"<sup>14</sup> de esta forma se desprenden los elementos constitutivos de la acción que son: a) Voluntad, b) Resultado y c) Relación de causalidad. Para Puig Peña la doctrina amplia de los caracteres de la infracción consigna los siguientes elementos de la acción: "la manifestación de la voluntad, el resultado y la relación causal entre ambos. Cuando se habla de la manifestación de la voluntad se alude a: a") Un comportamiento exterior, bien positivo o negativo (Cogitationis poenam nemo patitur). b") Un comportamiento humano (societas delinquere non potest). No se puede hablar en el Derecho moderno de delitos realizados por los animales y mucho menos por los objetos inanimados. c") Un comportamiento voluntario (en este sentido, la fuerza irresistible, por ejemplo, no será un acto voluntario. El resultado significa mutación en el mundo exterior, pero éste no es en un sentido material, sino que basta que se haya verificado una mutación en la armonía de ese mundo exterior."<sup>15</sup>

13.- HEZGUER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p.187-189

14.- PORTE PETIT CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p.300

15.- PUIG PERA FEDERICO. Derecho Penal, Tomo I, p. 191

Siguiendo esta posición hemos de decir que la voluntad o querer representa el elemento subjetivo o psíquico de la acción. Consiste en la libre determinación del sujeto que lo conlleva a realizar un movimiento corporal. El Dr. Raúl Carranca y Trujillo escribe: ((La conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto; por ello se le ha denominado "voluntad de causación". No incluye por tanto, para los fines penales, a los movimientos reflejos, que no son voluntarios, ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible; y por no constituir movimiento corporal, tampoco incluye los pensamientos, las ideas e intenciones; cogitationis delinquere non potest.))<sup>16</sup>

El otro elemento de la acción, el resultado viene a constituir el carácter externo de la acción. Es la ejecución que de la interior decisión realiza el agente activo del delito. Castellanos Tena, citando al Dr. Celestino Porte Petit, transcribe: "Generalmente se señalan como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad... 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 de la acción humana es, por lo tanto, un acontecimiento 'finalista' y no solamente 'causa'; 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: querer la conducta y el resultado; de no ser así, estaríamos aceptando un concepto de conducta limitada a querer únicamente el comportamiento material."<sup>17</sup>

16.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pp.263-264

17.- CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p.154



En cuanto a la cuestión del resultado, para algunos autores como Luis Jiménez de Asúa, el resultado activo puede consistir en un cambio en el mundo exterior físico o psíquico ya que si se dá en el mundo psíquico de otra persona distinta del agente activo necesariamente tendremos que aceptar un mundo exterior psíquico. Pero además el resultado puede presentarse como riesgo o daño potencial y aún como peligro corrido. No obstante el daño entendido como aquella forma de resultado, que consecuencia del acto desplegado por el agente activo del delito, trae como consecuencia la pérdida del bien jurídico atacado o que encierra la posibilidad de causarla; constituye la forma que más comunmente se presenta el resultado.

Por omisión deberemos entender otra forma de la conducta cuya esencia reside en no realizar un movimiento corporal esperado. Sin embargo las consideraciones acerca del llamado delito de comisión por omisión amplifícan de modo interesante las cuestiones inherentes a la omisión en general. Existen pues, dos clases de omisión: la omisión simple y los llamados delitos de comisión por omisión. A este respecto entendemos como omisión simple el no hacer que produce un resultado típico. Sus elementos por tanto son: a) La Voluntad, b) La Inactividad y c) Resultado Típico.

La voluntad en los delitos de omisión consistirá en que el sujeto quiera no realizar la conducta que normalmente se espera de él. Así Franz Von Liszt indica que: "La manifestación de voluntad consiste en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado."<sup>18</sup>

La inactividad es una abstención o no hacer voluntarios: no se hace lo que debe hacerse. En este sentido es interesante la opinión

18.- LISZT FRANZ VON. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 302

sustentada por Cordoba Roda: "La omisión existirá en cuanto el sujeto haya exteriorizado su voluntad por un no hacer. Ciertamente, como observa Rodríguez Mourullo, ni la quietud corporal ni el movimiento corporal, a través de los cuales puede revelarse un non facere, pertenecen en propiedad a la omisión, como lo demuestra el hecho de que puede prescindirse alternativamente de cada uno de ellos. La realidad de la omisión no estriba en ningún aspecto físico o naturalista, del que carece, sino en representar, al igual que la acción, la objetivación en la vida social de una voluntad humana dirigida a un fin".<sup>19</sup>

El resultado en la omisión simple consiste en la violación de una norma de carácter imperativo y es por ello que se dice que dicho resultado es de carácter típico. A este respecto Carranca y Trujillo: "En cuanto al delito de simple omisión, también llamado verdadero delito de omisión, no existe más que cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la ley (Garraud); su esencia está constituida por la inejecución de una orden o mandato positivo de la ley (Vidal), como se comprende, son todos los obligados por la Ley a ejecutar determinada actividad los que, por no realizarla, dan lugar a la infracción de esta especie."<sup>20</sup>

Por otra parte, los delitos de comisión por omisión aparecen cuando el agente no realiza la conducta que de él se espera, causando un cambio en el mundo exterior. Cuello Calón afirma: "la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe un deber de obrar es esencia del delito de comisión por omisión."<sup>21</sup>

19.- CORDOBA RODA JUAN Y RODRIGUEZ MOURULLO GONZALO. Comentarios al Código Penal, p. 6

20.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano, p. 264

21.- CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, Tomo I, p. 332

Esta clase de delitos suele darse con mayor frecuencia que los llamados delitos de omisión simple y ésto es así debido a que la mayoría de los tipos penales tipificados como de hacer, pueden perpetrarse mediante omisión. Salvo pocos casos, todos los delitos pueden ser consumados no sólo mediante acción positiva sino también mediante un no hacer concreto, todo depende si el verbo activo del tipo penal no excluye de plano la forma omisiva del acto.

Los elementos del delito de omisión impropia son: a) Voluntad o querer, b) Inactividad y c) Resultado típico y material. Por lo que hace a los dos primeros, hemos de hacer referencia a lo ya expuesto al tratar el tema de la omisión simple; por lo que hace al resultado, éste debe tener carácter típico y material. Es decir; deberá violarse una norma preceptiva a la vez que se deberá presentar un mutamiento en el mundo exterior. Castellanos Tena afirma: "En la comisión por omisión, como lo dejamos apuntado con anterioridad, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo la obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma preceptiva sino, también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material".<sup>22</sup>

Ahora bien, como hemos dejado apuntado, un tipo delictivo puede estar formado por una conducta, es decir, describiendo únicamente un hacer o un no hacer o bien por un hecho, o sea, conteniendo además un mutamiento en el mundo exterior.

22.- CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos elementales de Derecho Penal, p. 156

La conducta humana no es suficiente para constituir el primer elemento del delito. Se necesita además un resultado un efecto material de la conducta en el caso del hecho. Para el Dr. Porte Petit en el elemento objetivo puede hablarse de conducta o hecho: se habla de conducta cuando se está frente a un delito de mera conducta<sup>1</sup> y de hecho para denominar los delitos con resultado material, pudiéndose usar cualesquiera de los términos según el caso de que se trate. En sus "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal" se puede leer: "Un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado). En consecuencia, si el elemento objetivo del delito, puede estar constituido por una conducta en el caso de un delito de mera conducta o de un hecho, si estamos frente a un delito material o de resultado, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar que no se puede adoptar uno sólo de dichos términos, al referirnos al elemento objetivo o material, pues si se aceptara conducta, sería reducido y no sería apropiado para los casos en que hubiera un resultado material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo, porque comprendería, además de la conducta el resultado material, consecuencia de aquella."<sup>23</sup> Y a este respecto Antolisei señala: "son delitos de pura conducta (o de simple comportamiento) los delitos que se perfeccionan con la realización de una determinada acción u omisión; por el contrario, se denominan de resultado aquellos en que se exige para la consumación, la verificación de un determinado efecto distinto de la acción u omisión".<sup>24</sup>

23.- PORTE PETIT CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 294

24.- ANTOLISEI FRANCESCO. Manual de Derecho Penal, p. 193.

En consecuencia, los elementos constitutivos del hecho son: a) Conducta b) Resultado material y c) Relación de causalidad. La conducta, como llevamos dicho, es el hacer o no hacer voluntarios dirigidos a un resultado típico o extratípico. El resultado es concebido como la mutación en el mundo jurídico o material, de acuerdo con la descripción del tipo que acaece como consecuencia de la conducta en el sujeto, así Cuello Calón nos ilustra: "hay mutación jurídica, cuando el resultado de la acción es la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido."<sup>25</sup>. La relación de causalidad es un nexo conceptual que une la conducta y el resultado. Por su importancia, este tema será tratado en forma particular.

Como hemos dicho, el acto es un concepto debatido en Derecho Penal. Y no sólo con relación a su denominación sino en atención a otros variados aspectos. Sin embargo, en este campo de discusión, aparte de la posición que niega la posibilidad de que la acción y omisión se unifiquen en un concepto superior, lo cual hemos comentado ya en este trabajo, destacan dos posiciones más que le niegan un carácter general y unitario al elemento objetivo o material, a saber a) Que el acto concebido jurídicamente deberá tener una dependencia inequívoca y muy cercana con el concepto de imputabilidad y de injusto y b) Que la acción humana tiene como característica principal el ser de esencia sintomática.

Algunos penalistas han puesto en tela de juicio la concepción del acto al negarle autonomía como concepto independiente y principal

dentro de los elementos del delito. Así, existen autores que dan relevancia al acto sólo si éste se vincula al concepto de tipicidad, antijuridicidad o imputabilidad, reconociendo la validez del acto en tanto suponga no a un concepto solamente sino un concepto-valor, ya sea que la valoración se refiera al campo social (antijuridicidad) o a otro campo (tipicidad, imputabilidad).

Creemos que tales opiniones no deben ocasionar confusión y que el concepto conducta o hecho, aún cuando de carácter social, tiene que ser entendido, en primer lugar, de modo natural, incoloro, es decir carente de valoraciones; concepto descriptivo, punto de partida para una sana sistematización de los elementos del delito.

En otro orden de ideas, afiliados al concepto sintomático de acto, un sector de penalistas le dan valor a la acción humana en cuanto descubra al autor del acontecimiento. Esta idea sirvió al Nacionalsocialismo Alemán y lleva implícita la aceptación de la prevención especial en el campo de la aplicación de la pena. Posición que no puede ser válida. No por dicha afiliación política sino porque en el ámbito científico, como hemos dicho, el elemento objetivo, como punto de partida y cimiento sobre el que descansarán luego las valoraciones objetivas y subjetivas (antijuridicidad y culpabilidad respectivamente) y como momento sobre el que recaerá el importantísimo juicio de reproche, debe apreciarse de modo realista y acromático.

Así pues, consideramos que, en primer término y como presupuesto a cualquier ulterior consideración, sólo un concepto del acto estructurado y construido como concepto natural, puede servir de base y de punto de

partida de un correcto sistema que incluya a los demás elementos del delito. En este sentido son aleccionadoras las siguientes líneas escritas por Francisco Blasco Fernández Moreda: "La noción del acto o conducta se ha de deducir de la vida real, identificándolo con el comportamiento del hombre ante el mundo circundante, tanto en su faz positiva, de actividad corporal, como en su faz negativa, de inactividad o inercia. Visto ello así, es obvio que nuestra forma de concebir el acto o conducta (en la que se excluye todo juicio de valor cultural, toda referencia normativa, enfocando exclusivamente la visual sobre los fenómenos físico-psíquicos de la actividad o de la pasividad, el movimiento o la ausencia de él, que son fenómenos objetiva y sensorialmente apreciables) llevan lógicamente a adscribirnos, sin vacilación ni duda, a la concepción naturalista."<sup>26</sup>

Siguiendo nuestra exposición, hemos de referirnos a uno de los más importantes axiomas que en Derecho Penal existe y es el que indica que en ningún caso podrá imponerse pena si no queda demostrado que el resultado ilícito es consecuencia del acto voluntario desplegado por el agente. En tratándose del axioma antes dicho, estamos dentro del estudio de lo que en Doctrina Penal se llama Relación de Causalidad.

Concepto sumamente debatido, reciente como controversia científica, supone que toda responsabilidad penal tiene como presupuesto imprescindible que el resultado concreto se halle en relación de causalidad con el actuar del agente.

Ante todo, hemos de recordar que el acto humano es un movimiento corporal (de la acción ejecutada o de la esperada) y resultado (daño

o peligro) y qué delito será en primer término un acto humano. En este sentido, como hemos dicho, para que el resultado pueda ser punible hacerse necesaria la existencia de un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta humana y el resultado acaecido.

Pero ¿Cómo sabremos en determinado caso que existe nexo causal? En Derecho Penal hemos de aceptar como método hipotético para comprobar la existencia o ausencia de nexo causal el siguiente: Existirá relación de causalidad cuando no se pueda suponer suprimido el acto de voluntad sin que deje de producirse el resultado.

Empero si hablamos de causalidad hemos de referirnos al concepto de causa y en este sentido, para el Derecho Penal, causa es la totalidad de factores anteriores a la producción de un fenómeno. Dicha noción no deberá confundirse con el concepto de causa apreciado desde el punto de vista filosófico sino más bien tendrá que ser referida al campo empírico-naturalista de la producción de un resultado por un acto de voluntad, toda vez que la causalidad que estudiamos se refiere a cambios ocurridos en el espacio y en el tiempo y no a categorías o conceptos de carácter filosófico o ético-social.

La noción de causa y nexo causal tal y como lo acabamos de describir es sin embargo, producto de la ciencia moderna. En los comienzos de la edad moderna la cuestión del nexo causal sólo fue aplicada a algunos casos concretos, en especial el homicidio. Afortunadamente y debido a la construcción dogmática del acto, en la actualidad la relación causal se examina en todos los delitos. Al preguntarnos "¿cuál es la causa del resultado?" de modo general, hacemos que la relación de causalidad



entre a consideración en todo delito como presupuesto de la responsabilidad criminal.

Ardúa ha sido la discusión en torno a la causalidad en el delito y con relación a ella se ha elaborado un número de teorías que nos parece extenuante. Citaremos las siguientes: Teoría de la causa única y absoluta, Teoría de la "causa efficiens", Teoría de la diferencia entre cambios y estados permanentes, Teoría de la jurisprudencia francesa, Teoría de la causa necesaria, Teoría de la condición más activa o más eficaz, Teoría de la condición próxima o última, Teoría de la condición de carácter más decisivo para la cualidad del efecto, Teoría de la causa eficiente, Teoría que diferencia entre causar, ocasionar y facilitar, Teoría de la generación o de la dirección, Teoría de la condición determinante, Teoría de la distinción entre factores causales y simplemente coadyuvantes, Teoría del "movimiento actual" que determina el resultado, Teoría de la condición preponderante en la relación social para el advenimiento del resultado, Teoría de la causa jurídica, Teoría de Binding, Teoría de la causación adecuada, Teoría de la "causa humana" de Antolisei, Teoría de Hans Ernest Mayer, Teoría de la equivalencia de las condiciones, Teoría de la adecuación al tipo, Teoría de la relevancia, etc.

En nuestro trabajo, con obligada brevedad en virtud de su carácter elemental, aludiremos a tres de tales posiciones que consideramos son las más importantes: Teoría de la Causa Jurídica, Teoría de la Causación Adecuada y Teoría de la equivalencia de las Condiciones.

Consideramos importante la Teoría de la causa jurídica en atención a que en ella se hace hincapié en la noción de causa que debemos

tener en el campo del Derecho Penal. En efecto, causa no pueden ser la totalidad de factores que contribuyan al efecto acaecido porque con tal consideración nos veríamos obligados a considerar la llamada regresión infinita hasta la causa última, con lo que no solucionaríamos problema alguno. Causa, como han dicho los defensores de esta teoría es tan sólo la que interesa al jurista; aquel grupo de factores escogidos en atención al concepto de imputación jurídica, que siendo precedentes o próximos al resultado son indispensables para que este se produzca. En otras palabras, del conjunto de causas que determinaron un fenómeno, el jurista debe escoger aquella que tiene importancia para el Derecho y desechar las otras, se escoge pues, siempre a la luz del ordenamiento jurídico en cuestión, la causa que jurídicamente es la "responsable" del resultado acaecido. No quiere decir que las causas desechadas no lo sean desde un punto de vista naturalista, pero ellas quedan fuera de toda consideración jurídico-penal por irrelevantes. En resumen: al Juez no debe interesarle quien fabricó el arma o quien la vendió al homicida sino sobre todo el acto del ejecutor que determinó el homicidio. (claro está que las consideraciones en torno a la participación de personas en el delito deberán también ser examinadas, lo cual no pugna con la teoría expuesta).

Dentro de las teorías individualizadoras, encontramos la de la Causación Adecuada. Esta teoría postula que de entre las causas o condiciones que concurren al hecho delictivo deberán distinguirse aquellas que son generalmente adecuadas a su producción.

El juicio por el cual una causa será considerada adecuada a la producción del resultado deviene de la propia experiencia de la vida ya que se reconoce que la absoluta certeza es imposible. En este tenor se reconoce que el conjunto de todas las condiciones es causante del

resultado pero la pregunta acerca del pronóstico causal se hace en atención tan sólo a ciertas condiciones del acto que se consideran adecuadas. Los autores que se afilian a esta teoría suelen incluirse en dos corrientes: a) la teoría subjetiva de la casua adecuada y b) la teoría objetiva de la causación adecuada. La primera establece que el criterio para tomar de entre todas las condiciones, las adecuadas es aquél que discrimina las que no conocía el autor al momento de llevar a cabo la conducta. En este sentido, esta postura es insostenible ya que al entrar en la consideración de momentos subjetivos en el autor, no delimita el campo del elemento material y de la culpabilidad. La segunda propone que se deben tomar en cuenta todas las condiciones que pudieran haber sido previstas por el autor en orden a la normalidad humana. En este punto se asemeja a la teoría de la Equivalencia de las Condiciones. Así, Mariano Jiménez Huerta escribe: "La teoría de la causación adecuada tiene por objeto destacar el singular relieve que adquiere en el orden jurídico la causalidad humana; es su fin establecer, para el ámbito del Derecho, un límite a la causalidad fenoménica. Y como desde el punto de vista de un estricto logicismo ajurídico es arbitrario e imposible limitar el curso naturalístico que la teoría de la *conditio sine qua non* alcanza en el campo del Derecho, la teoría de la adecuación trata, con las luces que ministra la experiencia jurídica, de personificar la causa y precisar sus contornos. Según esta teoría, para que exista ante el Derecho una relación causal entre el comportamiento y el resultado, forzoso es que el hombre haya producido el resultado con una conducta idónea para su realización. La causalidad que al Derecho interesa no es, pues, la causalidad ciega, sino la que es adecuada e idónea para la producción de un resultado típicamente relevante."<sup>27</sup> Para concluir de modo enfático: "No sólo desde el punto de vista teórico debe acogerse la doctrina de

la causación adecuada, sino también desde el ángulo dogmático, pues ella está latente en el sistema del Derecho Positivo de México, según se deriva del complejo de sus disposiciones."<sup>28</sup>

La necesidad de encontrar la teoría acertada a la problemática de la Relación Causal, ha llevado a los estudiosos a plantear la llamada Teoría de la Equivalencia de las Condiciones o Teoría de la *Conditio sine qua non*. Esta postura establece que por causa deberá entenderse la suma de todas las condiciones. El resultado deberá considerarse como producto de la unión de todos los antecedentes o condiciones que forman una causa. En este punto la teoría de la equivalencia de las condiciones rechaza la distinción en las condiciones y las considera de igual rango a efecto de producir el resultado y toda condición deberá tenerse en cuenta como causa del resultado. El criterio rector será que si hipotéticamente suprimido el acto no se hubiera producido el efecto entonces no habrá relación causal. Para el Dr. Celestino Porte Petit: "Esta teoría, desde el punto de vista lógico se considera irrefutable, irreprochable, verdadera. Nadie puede negar que si se suprime una de las condiciones, el resultado no se produce, o sea que no se concibe el resultado, si no es por la concurrencia de todas las condiciones... el mérito de la teoría de la equivalencia de las condiciones, consiste precisamente en establecer un nexo entre la conducta humana y el resultado y en demostrar que el resultado no podrá producirse si no es por la concurrencia de todas las condiciones."<sup>29</sup>

Los estudiosos del Derecho Penal han clasificado a los delitos con base en diversos criterios. La clasificación de delitos en orden

28.- *Ibid.*, p. 194

29.-PORTE PETIT CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p.339

a la conducta, que toma en cuenta la actividad o inactividad presenta las siguientes clases de delitos: a) de Acción, b) de Omisión, c) de Omisión mediante acción, d) Mixtos de acción y omisión, e) Sin conducta, f) Omisión de resultado, g) Doblemente omisivos, h) Unisubsistente y plurisubsistente, i) habitual.

Los delitos de acción son aquellos que se realizan mediante un hacer mientras que los de omisión son resultado de una inactividad voluntaria del sujeto.

Son denominados delitos de omisión mediante acción de acuerdo con Manzini, aquellos que siendo omisivos pueden ejecutarse mediante un hacer.

Delitos mixtos de acción y omisión son las figuras delictivas formadas por una acción y una omisión. Son también denominados plurales.

Para Manzini pueden existir delitos sin conducta, de sospecha o de comportamiento. En este sentido, sostiene este autor que tales delitos no consisten en la realización del algún hecho positivo o negativo, sino en un estado individual del sujeto que es inculcado por la sospecha que despierta.

Para Grispigni, los delitos de omisión de resultado surgen cuando existe un mandato legal que obliga a realizar un resultado. Su omisión constituye una "omisión de resultado".

Los delitos doblemente omisivos se actualizan cuando el sujeto viola un mandato de acción y juntamente uno de comisión.

El delito unisubsistente es aquel que se consuma en un sólo acto mientras que el plurisubsistente se consuma en varios actos.

Por delito habitual deberemos entender aquel cuyo elemento material está formado de acciones repetidas que son de la misma especie, que no constituyen por sí mismas delito.

Otro criterio seguido en la clasificación de los delitos, es aquel que toma en cuenta el resultado. La clasificación de los delitos en orden al resultado comprende: a) Delito instantáneo, b) Delito instantáneo con efectos permanentes, c) Delito permanente, d) Delito de simple conducta o formal, e) Delito de resultado o material, f) Delito de Daño, g) Delito de Peligro.

Por delito instantáneo deberemos entender aquél que al consumarse se agota.

Delito instantáneo con efectos permanentes es aquél que siendo instantáneo perduran sus efectos.

Delito permanente es aquél cuya consumación es más o menos prolongada.

El delito formal es aquél que se consuma con la simple realización de la conducta.

El delito material deberá ser entendido como aquél que al consumarse produce un mutamiento en el mundo exterior.

El delito de daño se actualiza cuando se lesiona el bien jurídico protegido.

En el delito de peligro, el bien jurídico se pone en peligro.

El aspecto negativo del Elemento Material lo constituye la Ausencia de Conducta. A este respecto, el Dr. Celestino Porte Petit escribe: "Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la falta de aquella, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad o inactividad no voluntarias".<sup>30</sup>

Como hipótesis de ausencia de conducta los autores señalan a la VIS absoluta o fuerza física exterior e irresistible. Esta consiste en que el sujeto realiza una conducta mediante una violencia física humana e irresistible. En el sujeto faltará el elemento de la voluntad para que pueda configurarse tanto la acción como la omisión.

Otra hipótesis de ausencia de conducta viene a ser la llamada VIS compulsiva. En este supuesto el sujeto realiza un hecho delictivo obligado por una fuerza humana exterior pero de carácter moral. No puede decirse que dicha fuerza sea irresistible ya que el sujeto puede elegir entre realizar o no la conducta.

Si la fuerza, física, exterior e irresistible proviene de la naturaleza o de los animales, estaremos ante la VIS maior o fuerza mayor, supuesto de ausencia de conducta.

30.- PORTE PETIT, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 405

Algunos autores sostienen que como hipótesis de ausencia de conducta pueden darse los Movimientos Reflejos, los Movimientos Fisiológicos, el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo.

Ciertamente no se pueda dar por terminada exposición alguna del acto en general si no se alude al finalismo Welzeliano, doctrina que encuentra problemática la noción naturalista del acto.

Expuesta por Hans Welzel, esta concepción finalista del acto, ha encontrado gran acogida entre los penalistas españoles y latinoamericanos.

Con carácter general el finalismo proclama "la causalidad es ciega, la finalidad es vidente". Afirmación que desarrollada a partir de la acción implícita un cambio radical en cuanto a la sistemática de los elementos del delito y un choque frontal con la concepción naturalista del acto.

De acuerdo con el concepto naturalístico, la acción es lo causado en el mundo exterior por la voluntad del sujeto, no importando si ha querido o ha podido prever dicha causación. El contenido de la voluntad (querer o poder prever los efectos en el mundo circundante), sólo es relevante con relación al problema de la culpabilidad. En consecuencia, el tipo es concebido como la descripción de lo que la voluntad ha causado en el mundo exterior, en otras palabras, el tipo es la descripción de la lesión del bien jurídico.

Así las cosas, Hans Welzel critica el concepto de acción antes expuesto porque para este autor la acción tiene una estructura unitaria,



que no puede ser dividida en dos procesos, uno externo (efectos de la voluntad) y otro interno (contenido de la voluntad); la acción debe ser concebida prima facie, tomando en cuenta los momentos anímicos internos del autor. Por otra parte, el tipo no sólo describe la lesión a un bien jurídico, antes bien en él aparecen ya delineadas las diferencias entre delitos dolosos y culposos; la descripción legal de los delitos contiene acciones finalistas y no simplemente procesos causales, a tal grado que las diferencias entre delitos dolosos y culposos se encuentran en la expresión gramatical de los tipos penales. (A este respecto cabe aclarar que la afirmación de Welzel en este sentido se sustenta, entre otros en los párrafos 211 y 222 del Código Penal Alemán vigente en la época en que escribe al respecto. Tales párrafos describen al delito de Homicidio de modo diferente, pues mientras el 211 utiliza el vocablo "matar" en el 222 la acción está descrita con la frase "causar la muerte". Algo similar ocurre, según Welzel, con el hurto (párrafo 242: "sustraer"), la apropiación indebida (párrafo 246: "apropiarse"), etc.) Desconocer lo anterior supone desvirtuar la estructura del delito.

Obviamente el hecho de que -siempre siguiendo a Welzel- se considere que el concepto de acción sólo puede serlo el proceso externo encaminado a una meta, supone de entrada la separación entre acción dolosa y acción culposa, separación que en la dogmática anterior no existía (tal diferenciación surgía en un momento posterior al análisis del acto, es decir; se trabajaba con un concepto unitario de acción externo-causal y el contraste entre acción dolosa y culposa sólo era tomado en cuenta al entrar a las consideraciones propias de la culpabilidad). Tal separación conceptual importa en grado sumo ya que debido a esa primera distinción el finalismo se obliga a construir, desde el principio, la estructura del delito de modo dualista. Así, la teoría finalista de la acción,

consecuente con sus postulados, al explicar el significado de la acción, deberá considerar en primer término a la acción dolosa y después a la acción culposa, Hans Welzel con relación a la estructura de la acción dolosa escribe: "Si un rayo alcanza a un hombre que se encuentra trabajando en el campo, es indudable que lo acaecido tiene su base en el hecho de que entre el hombre y la nube se había establecido una muy potente tensión eléctrica, tensión que condujo a la descarga. Dicha tensión hubiera podido también surgir exactamente lo mismo entre cualquier objeto elevado y la nube. El que fuera precisamente el hombre es algo que ciertamente está condicionado causalmente en la cadena infinita del suceder, pero el suceder no estaba dirigido a ello. La cosa es totalmente diversa cuando se trata de acciones humanas: El que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales conscientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada. Aquí aparece ordenada la constelación causal en vista de la consecución de la meta; compra el arma, informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse en acecho, apuntar el arma, disparar; todos ellos, actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan de conjunto".

"Esta dirección a una meta (finalidad) descansa en la capacidad de la voluntad del hombre de prever, en determinada extensión, las consecuencias de la intervención causal y por ello dominarlas. Este dominio final sobre el acto no es un simple momento "subjetivo" (=a anímico), sino un factor objetivamente configurador".

A su vez Welzel nos ilustra acerca de la naturaleza y estructura de la acción culposa del siguiente modo: "La acción culposa es precisamente 'forma minuciada' de la actividad humana finalista: Mientras que en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso

de acción, en la culposa es sólo momento de referencia".

"En la acción dolosa todos los actos van dirigidos a una meta, lo que no ocurre en la culposa, Ejemplo: Si con ocasión de estar limpiando un fúsil que el autor imprecavidamente no habia descargado se le dispara y resulta muerto un tercero, habrá que decir que la muerte de esta persona es la consecuencia ciega de la conducta imprecavida de limpiar el arma. El suceder no está dirigido a una meta, sino que es causal-ciego. Pero, sin embargo lo que eleva a este suceder por encima de un simple proceso natural ciego es la circunstancia de ser evitable finalmente. Este suceder es en verdad causal-ciego, pero está referido a la finalidad (ésto es, a la posible actividad finalista del agente). Por ello, la acción culposa es más que caso fortuito ciego; es genuina acción".

En otro orden de ideas, trata Welzel de la valoración social de la acción en los siguientes términos: "Todo delito es acción en el espacio vital social y encuentra allí su valoración. El acto de homicidio doloso antes descrito es enjuiciado y condenado por la sociedad como antijurídico. Antijuricidad es la valoración negativa de la acción desde el punto de vista de la comunidad".

"También el autor valoriza la acción, y en verdad, y puesto que la comete, de un modo positivo. El sujeto ha cometido la acción porque la consideró justa, o beneficiosa o porque de cualquier otro modo la valorizó para sí positivamente. Esta discrepancia entre la valoración subjetiva del acto por el autor y la valoración objetiva por la comunidad constituye el fundamento del reproche de culpabilidad. Si la decisión del sujeto en favor del acto antijurídico no tuvo efecto de manera exclusivamente instintiva, sino sobre la base de una valoración con

plenitud de sentido, hacemos responsable, también como personalidad, del acto realizado, éste es, decimos que ha actuado culpablemente. Si, por el contrario, la acción tuvo lugar de modo puramente instintivo, la acción sigue siendo en verdad antijurídica, pero el autor no es hecho responsable como personalidad; podrá ser un sujeto peligroso, pero no ha actuado culpablemente".

Aceptadas las anteriores premisas de la doctrina finalista de la acción, la estructura del delito sufre una metamorfosis sin precedentes. Ya el tratamiento de la acción en forma dualista (acción dolosa-acción culposa) era desconocida en la dogmática anterior a Hans Welzel. Pero donde causa un verdadero estrago sistemático ésta dirección es en el ámbito de la culpabilidad. En efecto, en pocas palabras: el finalismo despoja a la culpabilidad de sus formas tradicionales (dolo y culpa). El dolo pasa a ser un elemento de la acción dolosa y por tanto (tomando en cuenta que la acción es elemento rector del tipo), un elemento subjetivo del tipo. La culpa será parte también de la acción culposa y del tipo en iguales términos que el dolo.

ahora bien, cabe preguntarse si es aceptable tomar como verdad absoluta las consecuencias a que se llega en la aplicación del finalismo a la teoría del delito. A este respecto es necesario recordar que Welzel parte de la consideración básica de que el dogma causal de la acción es falso y tal crítica es la que lo lleva a establecer su concepto finalista de acción. El dualismo acción dolosa, acción culposa, parte de su propuesta, está avalada, según Welzel, por la ley misma en tanto que en el tipo mismo hallan su expresión gramatical. Esto último es del todo capital en sus consideraciones ya que con tal aval resulta que la nueva construcción dogmática está apoyada, ni más ni menos, en la ley

misma, es decir en el derecho positivo.

Sin embargo, tal generalización de los preceptos contenidos en el Código Penal Alemán en cuestión, como ha sido puesto en claro, no es convincente. Los Códigos Penales describen conductas antisociales que, al ser interpretadas tanto gramatical como teológicamente no suponen que el legislador halla tenido intención de aprobarlas siguiendo un patrón definido. Al dogmático corresponde poner en claro tales figuras delictivas. De tal modo que afirmar que en la Ley Penal todos los tipos se encuentran descritos en atención a si la conducta en referencia es dolosa o culposa, carece de sentido.

Quizá la más importante consecuencia derivada de considerar cierta la dualidad acción dolosa, acción culposa, se da con relación a la figura de la autoría. En este sentido, en los delitos dolosos y de acuerdo con el finalismo, autor será aquél que dirige la acción al resultado típico mientras que los demás participantes serán cómplices. La cuestión cambia en los delitos culposos, toda vez que aquí ha de considerarse como autor a todo aquél que coloca una condición para el resultado, en tanto que la ejecución de ésta clase de delitos es causal ciega aunque referida a la finalidad y no dirigida por el agente aunque pudo serlo. Así pues, si bien con relación a los delitos dolosos queda solucionada la controversia entre teorías extensiva y restrictiva de autor, en los delitos culposos se ensancha el concepto de autor nulificando su nítida delimitación con el cómplice. Lo anterior no obstante que se ha considerado de siempre que el delito culposo es menos grave que el doloso.

Lo anterior a modo de ejemplo nos hace ver que el finalismo, aún cuando novedoso, no resuelve problemas fundamentales de la dogmática

juridicopenal porque no proporciona un concepto claro de la culpa. Noción brumosa en realidad es ésta en el finalismo lo que lo hace una dirección armónica para los delitos dolosos quizá, surgiendo el concepto de culpa como obstáculo de una construcción total.

Para terminar este esbozo, es necesario tener en cuenta que las conclusiones a que llega Hans Welzel en cuanto a la estructura del delito no son novedosas ni mucho menos originales. En efecto, la concepción Welzeliana no es sino la sublimación de dos direcciones que de tiempo atrás estaban presentes en la dogmática jurídico-penal, a saber; que el tipo contiene elementos que le dan un carácter subjetivo y que la culpabilidad debe concebirse desde el punto de vista normativo (normativismo). Pero lo más importante quizá, es el presupuesto metodológico del que parte el finalismo y que establece como premisa insoslayable la primacía de la realidad con respecto al trabajo del legislador. En este sentido es sumamente importante considerar la íntima conexión entre la filosofía fenomenológica y las premisas del finalismo, una comparación de tal naturaleza pone en claro no sólo dicha vinculación, sino el trastocamiento de conceptos (en particular de ciencia y realidad) que Welzel lleva a cabo al aplicar la filosofía fenomenológica al Derecho Penal.

**EL ELEMENTO OBJETIVO O MATERIAL EN EL EJERCICIO**

**INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO**

Consideramos que la conducta que como elemento material aparece descrita en el precepto a estudio no es otra que aquella que se traduce en la frase "empleare violencia".

En el delito del ejercicio indebido del Propio Derecho, la conducta no requiere de un determinado efecto, distinto a la acción.

Sin embargo, hemos de puntualizar, que si bien el vocablo usado para el artículo 226 del Código Penal Federal nos parece aceptable, hubiese sido deseable que el legislador, en aras de un vocabulario más jurídico, utilizara la palabra "ejercitar" o "ejercer". En efecto, consideramos que la violencia se ejerce sobre las personas o cosas y no se emplea y aún cuando dichos vocablos son sinónimos creemos que es más técnico utilizar la frase "ejercite violencia".

No obstante, la frase "empleare violencia" es una conducta que se debe dilucidar a efecto de remarcar su alcance jurídico. La violencia, que en otros preceptos legales de carácter penal es un elemento



típico, es decir un medio necesario para la consumación del ilícito penal, en el artículo 226 del Código Penal Federal aparece como el eje central del tipo, es decir aparece como la conducta que deberá desplegar el agente activo a fin de que se le pueda posteriormente fincar una responsabilidad de carácter penal.

La violencia es un concepto que tiene que estudiarse desde una perspectiva dual. Existe para el Derecho Penal la violencia física y la violencia moral.

La violencia, nos dice el diccionario es la fuerza o ímpetu en las acciones, la fuerza con que a uno se le obliga a hacer lo que no quiere.

Consideramos que la violencia física en el delito a estudio consiste en el uso de fuerza material bastante y suficiente, desplegada en el objeto material del delito por el activo con el fin de que éste último ejercite un derecho o pretendido derecho. Consideramos que los requisitos que deberán llenarse al efecto son los siguientes:

- a) La violencia debe recaer en el objeto material del delito.
- b) En caso de recaer en el sujeto pasivo debe la fuerza, estar dirigida a constreñirlo a realizar algo que no quiere hacer o bien a dejarlo en estado inactivo cuando quiere realizar alguna acción.
- c) Dicha fuerza debe ser de carácter externo, es decir susceptible de ser captada por los sentidos.

Tales elementos son necesarios para la configuración del delito a estudio por cuanto sin su concurrencia no podría hablarse de violencia física lo que traería como consecuencia la imposibilidad de consumar el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho. En efecto, pensemos, por ejemplo, en que la violencia física no recayera sobre el objeto material del delito, en este caso al no tener relación ni la persona ni la cosa sobre la que recae dicha fuerza, con la finalidad que persigue el activo que es indudablemente el hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho, existirá una atipicidad en la conducta del sujeto. No obstante pudiera suceder que el activo dirigiera la violencia a un fin diverso, es decir, que con la violencia desplegada no se persiguiera hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho, pero el activo se valiese enseguida de la incapacidad física del pasivo o de la circunstancia en que se hubiese originado en el objeto material para llevar a cabo el ilícito, en tal supuesto pensamos que dado que el hecho es de naturaleza dolosa si existe responsabilidad por parte del sujeto activo.

Cuando la fuerza material desplegada recaiga específicamente en el sujeto pasivo en su calidad de objeto material del delito debe necesariamente nulificar su acción o bien constreñirlo a realizar algún acto o conducta que para el sujeto activo reporten ejercitar un derecho o pretendido derecho ya que de no ser así el delito en cuestión no llegaría a consumarse quedando, a nuestro modo de ver, en una tentativa.

En tratándose de la violencia física, la fuerza material debe ser perfectamente perceptible por los sentidos, toda vez que de otra forma nos encontraríamos en el supuesto de la violencia moral.

Es en efecto la violencia moral otra de las formas en las que el sujeto activo puede llevar a cabo la conducta exigida por el artículo 226 del Código Penal Federal. Esta figura es una manifestación de voluntad del agente dirigida a anunciar a la víctima o a un tercero con quien tenga relación afectiva, un mal futuro en caso de que no lleve a cabo o se abstenga de realizar la conducta que al activo interese a fin de hacer efectivo el derecho o pretendido derecho del que habla el delito a estudio. Sus requisitos son los siguientes:

- a) La violencia moral debe recaer necesariamente en el sujeto activo o en un tercero que tenga vínculos de afecto.
- b) La fuerza moral ejercida sobre la víctima debe dirigirse a constreñir al sujeto a realizar algo que no quiere hacer o bien a dejarlo en estado inactivo.
- c) Dicha fuerza es de carácter interno, es decir al traducirse en la anunciación de un mal futuro al pasivo, ésto la hace de carácter psíquico.

Es pues diferenciable ésta clase de fuerza moral, de la física, en tanto que en ésta se trata de una fuerza exterior mientras que aquella reviste una naturaleza más bien psicológica. Hemos de decir también que, como se desprende de sus respectivos elementos en la violencia moral sólo puede ser ejercida en la persona del sujeto pasivo ya que sería irrisorio que se pretendiera ejercer sobre alguna cosa que constituyera objeto material. Por último y como necesariamente se deduce de tales formas de llevar a cabo la violencia de la que habla el artículo 226 del Código Penal en estudio, la violencia física y la moral deberán provenir de un ser humano

ya que en caso de que provinieran de una fuerza subhumana, ya sea de los animales o de la naturaleza nos encontraríamos ante la figura de fuerza mayor.

Empero, con relación a este primer elemento del delito a estudio, surge la cuestión de si el empleo de violencia que se exige a fin de hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho no es sino un medio para realizar el ejercicio indebido del propio derecho. A este respecto no nos cabe duda de que "ejercer violencia" como lo establece el Código Penal de 1931 es el elemento material de tal figura delictiva. El papel que como elemento típico juega la frase "hacer efectivo", que el precepto legal describe será dilucidado al tratar el punto de los elementos típicos. Sin embargo, desde ahora lo descartamos como posible elemento material del tipo por la fundamental y primordial razón, de que dicha frase no debe considerarse aislada sino en íntima relación con la completa descripción del tipo. En este sentido se deberá tener en cuenta que el tipo en análisis principia con las palabras "Al que para hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho..." lo que necesariamente nos lleva a concluir que tal frase ("hacer efectivo") indubitablemente no constituye conducta o hecho alguno.

En orden a la conducta consideramos que se trata de un delito de acción ya que el uso de violencia supone la actividad voluntaria del activo. Creemos asimismo que nos encontramos ante un delito que puede consumarse en uno o varios actos, por lo que se puede clasificar en unisubsistente o plurisubsistente.

En orden al resultado es un delito de mera conducta o formal, pudiendo

ser instantáneo o permanente. Es un delito de daño.

Por lo que hace a la Ausencia de Conducta, ésta se dará cuando el sujeto ejerza violencia contra su voluntad, cuestión que nos parece sumamente difícil dada la naturaleza del delito a estudio en lo que hace a la llamada vis absoluta. No obstante la vis moral puede muy bien aparecer como ausencia de conducta en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.

**T I P I C I D A D**

En Derecho Penal el concepto de tipo reviste una importancia que rebasa los ámbitos de tal rama del Derecho y se amplifica a tal grado que se incrusta en las Constituciones mismas de los países liberales. La Democracia exige tal concepto. La seguridad jurídica lo reclama. A este respecto el profesor Mexicano Carlos Vidal Rivero expresa: "¿Qué idea sugiere el tipo?, si nosotros atendemos a su significado inicial y vemos que tipo, -viene de tipos, que significa símbolo o figura representativa de algo al que le va suministrar una fisonomía, esto nos da la idea de una fijeza de la fórmula, -de una precisión, de una delimitación, luego entonces conforme a esa idea, nosotros podemos recoger también ya incrustados dentro del ámbito jurídico algunos conceptos como puede ser que el tipo es el injusto recogido por la Ley, es la descripción que hace la Ley del ilícito penal, o bien que es la terminante descripción de una conducta humana antijurídica. A pesar de que hemos mencionado dos o tres conceptos y además también hemos aludido a ello desde un punto de vista genérico, podríamos nosotros concluir que no hay coincidencia en cuanto a la afirmación que se ha hecho claro que todos coinciden precisamente por la idea que sugiere la palabra tipo, que es, como a ustedes les he dicho una fijeza, una certeza, una determinación, una delimitación, pero que ya referido al campo jurídico, al campo del Derecho, y concretamente

a la teoría del delito, nos permite alcanzar a través de la presencia de esta figura jurídica uno de los fines mismos del Derecho, que es precisamente la seguridad jurídica, ¿por qué? porque en la medida en que nosotros estamos ante una certeza, ante una certidumbre, lograremos ese fin del Derecho que es la seguridad jurídica, porque son muchos los preceptos, son muchos los principios, y es mucha la herencia que nosotros arrastramos, pero que al fin y al cabo se nos señala ante sí, para que nosotros tengamos la obligación de encontrar esa delimitación, esa certeza a la que estamos aludiendo para cumplir con el fin del Derecho, que es la seguridad jurídica. Si nosotros nos asomamos a la fundamentación, es decir, a la que invoqué desde el punto de vista genérico, es obvio que nos encontramos precisamente con los finales del siglo XVIII en donde, para contrarrestar la fuerza arbitraria, el poder absoluto por parte del Estado, una inquietud por parte de los pensadores ¿para qué? para que existan fórmulas precisas y, sobre todo, si esa norma jurídica va a caer en el ámbito penal ¿por qué? por que solamente así se lograba ese objeto y ese principio que es el conocido como Nullum Crimen Nullam Poena Sine Lege o principio de la exacta aplicación de la Ley y que plasma nuestra Constitución Política en el III párrafo de su artículo 14. Es precisamente ese, o sea, el garantizar, el permitir esa certeza jurídica que es el que no existirá, o no se entenderá que existe una conducta delictiva si no es previamente regulada por la Ley, ni tampoco se aplicará una pena si no es correspondiente a un delito. Si nosotros, a propósito de ello mismo, hacemos ya referencia, no a la tendencia o a la aspiración que tuvieron los pensadores en torno a esa fijeza, en torno a ese fin, a ese propósito, sino ya en cuanto a la carta de naturalización del concepto dentro del Derecho Penal, que es el tipo."<sup>(1)</sup>

(1) VIDAL RIVEROL, CARLOS. "La Función del Tipo en la Teoría del Delito". p. 47



Así el tipo, es un concepto que reviste no sólo importancia en una rama del derecho cual es el Derecho Penal sino que podemos bien considerarla como verdadera garantía constitucional que impone al técnico del Derecho, estructure e interprete los comportamientos ilícitos y culpables con base en una descripción concreta y determinada. Tipo, para decirlo en forma condensada es la descripción contenida en los ordenamientos jurídicos penales que delimitan los comportamientos fácticos que el Estado considera como actuaciones delictivas en un lugar y tiempo determinado. A este respecto Luis Jiménez de Asúa define: "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito." (2). Y Fernando A. Barrita López asevera: "respecto del tipo, y antes de entrar a exponer su contenido, es conveniente recordar que no es más que una descripción, general y abstracta, de una determinada clase de eventos antisociales. Más exactamente: un tipo legal es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos."(3). Otras definiciones de interés son: "La descripción de conducta que a virtud del acto legislativo queda plasmado en la Ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre, que se declara punible"(4). "El injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal"(5)

Sin embargo es necesario distinguir entre tipo y tipicidad:

- (2) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal Tomo III, P. 747  
 (3) BARRITA LOPEZ, FERNANDO A. "Contenido de las Normas Penales" p. 205  
 (4) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. La Tipicidad, p. 15  
 (5) MEZQUER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p. 336

En este sentido hemos de decir que mientras que el tipo es esa descripción abstracta de la que habla Jiménez de Asúa, la tipicidad es la subsumción de la conducta o hecho dentro de tal descripción típica. En otras palabras; la tipicidad surge cuando el sujeto activo conforma su conducta a lo descrito por el legislador como conducta antisocial. Francisco Blasco y Fernández Moreda expresan: "La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se refuta delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma penalmente protegida".(6) Y Laureano Landaburu nos dice: "La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o encuadrarse a la descripción formulada en los tipos de la Ley Penal".(7)

Es del todo importante asimismo, distinguir entre tipo y figura delictiva. Son en este sentido interesantes las palabras del penalista argentino Sebastián Soler, quien nos alecciona: "¿Qué es, dentro de la idea del delito, esto que hemos llamado figura delictiva? ¿Es la antijuridicidad? ¿Es la culpabilidad? Porque el delito es, en definitiva, una acción ilícita y culpable. El que la acción sea antijurídica y culpable no constituye, en modo alguno, una característica específica que nos de la base de diferenciación de la ilicitud penal. Todo el derecho se mueve en una relación valorativa entre hechos del hombre y normas; de tal manera que siempre se establece un diagnóstico acerca de la conformidad o contrariedad de aquéllos con las normas. Cuando los actos son contrarios al derecho, decimos que son antijurídicos, sean civiles, penales o administrativas las consecuencias. Una vez que hemos comprobado la antijuridicidad,

(6) BLASCO, FRANCISCO Y FERNANDEZ MOREDA. "La Tipicidad, la Antijuridicidad y la Punibilidad como Caracteres del Delito en su Noción Técnica Jurídica", p. 443

(7) LANDABURU, LAUREANO. "El Delito como Estructura", p. 471.

examinamos el contenido subjetivo con que esos actos han sido realizados, y decimos: además de ser antijurídicos, son culpables. Es decir, que la antijuridicidad y la culpabilidad del acto nada más nos indican acerca de ese elemento que estamos buscando; son juicios de relación entre un modo de proceder y un sistema nominativo correspondiente; pero no son el modo mismo de proceder. El derecho penal, además de ser algo que se mueve dentro de la antijuridicidad y que capta las notas más altas de la culpabilidad, necesita otra substancia: necesita que toda esa antijuridicidad y culpabilidad sean captadas a través de una figura determinada. Es decir, que lo sustantivo, la idea central de la cual debemos partir para llegar a la culpabilidad y a la antijuridicidad penal, es siempre la idea de acción, de modo de actuar, de conducta. Esto nos va a imponer, en la idea de delito, en la definición de delito, una forma particular propia del derecho penal, que podríamos esquematizar, con alguna sencillez, comparando la definición de delito, una forma particular propia del delito con la definición de contrato. Cuando queremos saber si hay o no contrato, podemos proceder de varias maneras: La primera es comprobar si se trata de un contrato de compraventa, de préstamo, etc.; es decir examinando los requisitos de una serie de figuras de contratos. Pero si de ese examen resulta que no podemos afirmar la existencia de ninguna categoría de actos contractuales, todavía tenemos una disposición que nos dice: Hay contrato toda vez que existía una declaración de voluntad común sobre un objeto, destinada a reglar los derechos. De tal modo que, por encima de todas las ideas particulares de contrato, tenemos una idea genérica. Más aún: técnicamente, todo lo que no cabe dentro de una figura, se llama contrato innominado y sigue siendo contrato.

El Derecho Penal se mueve dentro de una idea exactamente contraria. No hay ninguna idea genérica de delito. No es absolutamente

posible decir: éste señor ha cometido un delito; veamos qué delito ha cometido. O bien, una vez recorridas, con resultado negativo, todas las figuras delictivas de la parte especial no es posible decir, como en el caso del contrato: a pesar de no haberse encontrado una figura delictiva, es posible, todavía, que el hecho sea delito, un hecho debe ser estafa, o defraudación, o hurto, u homicidio. Si no podemos decir qué delito es, con ello queda establecido que no hay delito alguno. En una palabra, la idea del delito tiene que encerrar esta idea de limitación. Por eso, con decir que el delito es una acción antijurídica y culpable, no se satisfacen los elementos conceptuales de la noción de delito; es necesario agregar esta idea de limitación, que hace del delito una cosa particular, distinta de las otras definiciones de las cuales caben las especies descubiertas y las que se puedan descubrir. En la idea de delito debe expresarse que no hay más especies que las descubiertas. Esto se dice, en la definición de delito, agregando a la acción antijurídica y culpable la palabra "típicamente". Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y subordinada a una figura legal. Este adverbio "típicamente", debe entenderse referido a todos los elementos sustanciales de la definición que acabamos de dar (acción, antijuridicidad, culpabilidad y subordinación a una figura), y significa pues, que solamente se llega a la antijuridicidad y culpabilidad, a la posibilidad de afirmarlas o negarlas, pasando a través de una figura determinada."(8)

Como hemos de ver enseguida, el tipo puede contener diversidad de elementos algunos incluso no específicamente descritos, cómo es el caso de los llamados elementos subjetivos. En este sentido es necesario que la conducta del sujeto se adecúe a **TODOS** los elementos que configuran el perfil de la figura delictiva. Por tanto no creemos correcto referirse

(8) SOLER, SEBASTIAN. "Análisis de la Figura Delictiva", p. 745.

a la tipicidad tan sólo como la adecuación al tipo, ya que el tipo puede contener elementos que como hemos dicho, pueden no estar descritos expresamente por el legislador y sin embargo, forman parte del delito concreto.

En efecto, el tipo penal, en su descripción, nos presenta diversas clases de elementos. Consideramos que dichos elementos del tipo pueden ser:

- A) Los presupuesto de la conducta o el hecho.
- B) Elemento objetivo o material
- C) Referencias exigidas por el tipo en cuanto a tiempo, lugar, etc.
- D) Medios Exigidos por el tipo.
- E) Elementos Normativos.
- F) Elementos subjetivos del injusto.
- G) Sujeto Activo.
- H) Sujeto Pasivo.
- I) Objeto Jurídico.
- J) Objeto Material.

No obstante, algunos autores prefieren agrupar dichos elementos o mejor dicho esquematizarlos, dentro de los rubros de "elementos objetivos", "elementos normativos", y "elementos subjetivos" del tipo. A este respecto el penalista Sebastián Soler nos explica su significado de la siguiente manera: "Todo este tipo de datos, que llamaremos elementos

objetivos de la figura, los veremos vinculados siempre a un modo de conducta. El modo de conducta es algo que atrapa esos elementos; es, como un centro alrededor del cual todos aquellos giran, y por el cual reciben sentido. Así, atrapa la muerte en el homicidio, a pesar de que la muerte es algo que se produce siempre más allá de la acción humana misma. Un hombre hace todo lo que puede para matar a otro; pero la muerte de éste depende de leyes superiores a la acción del victimario, dentro de las cuales éste sólo inserta su acción, y así el evento natural y objetivo de la muerte se vincula con un modo de conducta. Lo mismo pasa en la hipótesis de la guerra y en los demás elementos - más extremosamente objetivos que se piensan vinculados siempre a un acto de conducta. Hasta aquí, el análisis de la figura delictiva es simple. Todo consiste en examinar el hecho como sucedido dentro de la conciencia del sujeto o fuera de ella. Pero otros hechos no ofrecen tanta claridad. A veces la Ley estructura este tipo con ciertos elementos -además de los objetivos- que importan una valoración de carácter jurídico. Son los llamados elementos normativos. Por ejemplo: en el hurto, la Ley habla de apoderamiento de una cosa ajena. El que una cosa sea ajena o propia; es algo que no se decide en el mundo del ser; es algo que solamente se puede decir desde el punto de vista - del examen de las relaciones estrictamente jurídicas, de manera que al apreciar la cosa como ajena o propia, interviene un elemento normativo en la figura. El ejemplo de la honestidad también crea ciertas relaciones de carácter normativo... Finalmente hay en la figura ciertos elementos que la Ley toma de la conciencia misma del sujeto. A veces, una figura está hecha con elementos que no son del mundo exterior ni son elementos normativos, sino que son referencias al estado de conciencia del sujeto. Los llamaremos elementos subjetivos. Así, por ejemplo, cuando el artículo 80 del Código Penal dice: "El que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son", se refiere a algo que está dentro de la conciencia del que comete

el hecho. Claro está que siempre son posibles ciertas formas mixtas. Por ejemplo, cuando la Ley se refiere a la mujer que actúa bajo el efecto del estado puerperal; aquí el efecto es un elemento objetivo. Pero siempre podemos estructurar estos tres tipos."(9)

Así pues, como llevamos dicho, uno de los elementos del tipo, quizá el que primero convenga analizar a efecto de un delito en particular, son los presupuestos del delito.

En la doctrina jurídico-penal el primero en tratar el concepto de los presupuestos, fue Manzini, quien al referirse a ellos adoptó una posición dual considerando presupuestos del delito y presupuestos del hecho.

Al efecto, Manzini definió como presupuestos del delito a "Los antecedentes lógicos jurídicos exigidos para que el hecho sea imputable por el título delictivo genérico que se considera".(10) Refiriéndose a los presupuestos del delito aseveró Manzini, "presupuesto de todo título delictivo genérico es que el hecho no esté previsto específicamente por otra norma incriminadora, a la cual se deba dar, en todo caso no exceptuado, la preferencia "généri per speciem derogatur".(11)

Manzini, señala como ejemplos de presupuesto en el delito, el hecho de que alguien tenga el carácter de funcionario público, para ser castigado por la comisión del delito de peculado y la regularidad del duelo para que no se sustituya por otro delito de título diverso dando lugar a cualquiera de las figuras contra la vida y la integridad corporal.

(9) SOLER, SEBASTIAN. Ob. Cit. p. 754-755

(10) MANZINI, VICENZO. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 37

(11) MANZINI, VICENZO. Ob. Cit. p. 37

De lo hasta aquí mencionado llegamos a la conclusión de que los presupuestos del delito para Manzini son esos antecedentes lógico jurídicos exigidos que en el caso de no cumplirse acarrear como consecuencia la traslación del hecho a un título delictivo diverso.

"Los presupuestos del hecho, muy en cambio, son aquellos elementos jurídicos o materiales **ANTERIORES A LA EJECUCION DEL HECHO**, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito".(12)

Otro de los estudiosos de los presupuestos es Eduardo Massari quien en esencia, divide a los presupuestos en generales, referidos a todas las figuras delictivas y especiales, sólo algunas figuras. Sustenta Massari que los elementos que integran a los presupuestos generales son: "a) el precepto penal sancionado y b) la existencia de una sanción penal; pues sin ellos todo delito deberá ser inexistente".(13)

Riccio Esteffano, expone su teoría en una monografía en la cual niega la diferencia dual establecida por Manzini (presupuestos del delito-presupuestos del hecho), al aceptar que la acción referida a un delito se convierte en un hecho por ser éste de mayor amplitud conceptual que aquélla. Aduce además, que no se puede concebir el delito, sin la definición legislativa y acaba por decir que el concepto de hecho no puede prescindir de la figura legal.

Por presupuesto se entiende "el conjunto de los elementos materiales del delito como se encuentran descritos en la figura con

(12) MANZINI, VICENZO. Ob. Cit. p.38

(13) MASSARI, EDUARDO. La Doctrina General del Derecho Penal, p. 127



exclusión de la antijuridicidad y de la culpabilidad que constituyen elementos del delito pero no del hecho"(14) De esta definición que - sirve de base a su teoría, se desprende que únicamente deja en pie como elementos del delito precisamente a los materiales quedando fuera de tal concepto la antijuridicidad y culpabilidad.

La citada definición de Riccio nos lleva a considerar que los presupuestos son los ingredientes "sine qua non" para el desarrollo del delito en concurso con los demás elementos y requisitos.

Riccio establece como antecedentes necesarios o presupuestos para la realización del mismo; a) el sujeto activo, b) el sujeto pasivo, c) el bien lesionable, d) la norma descriptiva considerada en sí misma y no como una condición de ilicitud.(15)

Por último, este autor señala que en los presupuestos especiales lo único que se modifica según el caso, es el sujeto activo, al objeto del delito o el bien lesionable.

Por su parte Petrocelli afirma en esencia que el delito como cualquier hecho tiene indudablemente antecedentes necesarios sin los cuales su existencia no sería posible, aún cuando la utilidad de los presupuestos como noción le parece discutible; porque la variedad de los elementos que quedan incluidos en la categoría de los presupuestos del delito, no permiten su relación conceptual y también atento a que la determinación de los presupuestos hacia lo remoto, puede ir hasta lo infinito y, en sentido opuesto, termina fundiéndose con los elementos mismos del hecho.(16)

(14) ESTEFFANO, RICCIO. Los Presupuestos del Delito. Concepto y Determinación. p. 149 y ss.

(15) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Ob. Cit. p. 175

(16) PETROCELLI, BIANCO. Principios de Derecho Penal, pp. 231-232 .

Petrocelli divide los presupuestos en normativos y del hecho, admitiendo también la división en presupuestos generales y especiales.

Será presupuesto normativo la existencia previa de una norma penal y con Massari, precisa Petrocelli que la norma puede ser automáticamente concebida como concepto abstracto cuya existencia determina la valoración de un hecho como antijurídico. "Los presupuestos del hecho consistentes en actos y situaciones jurídicas o simples hechos materiales, son aquellos elementos cuya pre-existencia es indispensable para que pueda surgir el hecho como ha sido establecido por la norma."(17)

Da como ejemplos Petrocelli, para este tipo de presupuestos la gestación en el delito de aborto, la posesión de la cosa mueble en el delito del robo. Son presupuestos generales los comunes a todos los delitos: la norma penal, el sujeto activo capaz, el sujeto pasivo y el bien tutelado. Presupuestos especiales son los propios de cada una de las figuras delictivas.

Nosotros consideramos que existen presupuestos del delito y presupuestos de la conducta o del hecho.

Los presupuestos del delito vienen a ser los antecedentes previos a la realización de la conducta o hecho descritos en el tipo y de cuya existencia depende el título del delito respectivo. Los presupuestos del delito pueden ser generales o especiales, siendo comunes a todos los delitos o bien propios a cada figura delictiva. Los presupuestos de la conducta o hecho serán los antecedentes necesarios y previos de carácter jurídico o material indispensables para la existencia de la conducta o hecho constitutivos del delito.

(17) PETROCELLI, BIANCO. Ob. Cit. pp. 231-232

También éstos pueden ser generales o especiales. La ausencia de los presupuestos del delito acarrea la traslación de título delictivo, mientras que la inexistencia de los presupuestos de carácter material trae consigo la imposibilidad de consumir el delito.

En todo caso, lo importante es recordar que algunos delitos pueden tener una estructura cuya naturaleza exija la existencia de presupuestos y, en este sentido, dicho concepto será indudablemente un elemento del tipo imprescindible para la consumación de la figura delictiva de que se trate.

El elemento objetivo material (conducta o hecho), del que hemos hablado con detalle en el capítulo primero de este trabajo constituye asimismo un elemento del tipo.

En efecto, esta dualidad que en nada interfiere con la naturaleza de la conducta o hecho en su caso, es digna de tomarse en cuenta a efecto de un análisis exhaustivo de todo tipo penal.

En todo tipo penal encontramos como elemento central a la conducta. En este sentido el Doctor Mariano Jiménez Huerta ha escrito: "El delito es -dice Soler- una forma de conducta: la conducta desenvolviéndose y fluyendo continuamente en la realidad, presenta, frente a toda posibilidad de descripción, el aspecto de algo infinito. Las normas que quieran captar esta conducta, no pueden proceder sino mediante esquemas que intenten recoger de la realidad solamente una serie de notas, porque la realidad presenta una pluralidad tal de datos que es imposible que una norma las describa a todas. La sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica

que se recoge en la figura típica modela su forma e integra sus elementos. No existe una técnica legislativa única de tipificar penalmente conductas antijurídicas, ya que forzosamente ha de influir en la estructura y contenido del tipo la sencillez o complejidad fenoménica de la conducta que en él se quiere describir, es diversa la estructura del tipo delictivo cuando en él se describe un comportamiento o se recoge un resultado material y tangible, que cuando se tipifican conductas normadas por la especial situación anímica en que se haya el sujeto que actúa o por una expresa referencia a su valoración. El más somero examen de las conductas tipificadas en un código punitivo o en una Ley especial, pone de relieve que en la configuración de las mismas entran en juego elementos de alcance diverso. El comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado una veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras, mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta; y otras inversas, mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor".(18) Así pues, la conducta juega en el tipo no sólo un papel destacado sino que sobre todo, es el elemento rector de toda figura delictiva. Esa acción u omisión es indispensable a tal grado que, como veremos, de ella se derivará la clasificación de delitos de mera conducta o de resultado material y de tipos normales y anormales. Así el Doctor Celestino Petit determina: "forma parte del tipo, el elemento material, que está constituido por la conducta o hecho, originándose los delitos de mera conducta o los de resultado material".(19)

Las referencias exigidas por el tipo pueden ser de muy diversa índole, destacando a este respecto las que limitan la descripción típica

(18) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, p.75

(19) PORTE PETIT, CÉLESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 432

a determinado tiempo o lugar según el caso.

El legislador al redactar un tipo penal algunas veces lo hace restringiendo el ámbito espacial en el que se va a desenvolver la conducta del sujeto activo. Tal circunstancia se considera necesaria toda vez que no toda conducta, sino sólo aquella que específicamente se realice en el ámbito determinado por dicho legislador, puede ser incriminada. Así cuando nuestro Código Penal Mexicano establece una sanción para aquél que lleve a cabo la muerte a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento (art. 323) o al particular que fuera de los casos en que lo permita la Ley detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días y si la detención arbitraria excede de ocho días, la pena será mayor (art. 364-I); está aludiendo expresamente a elementos típicos de carácter temporal.

Asimismo pueden aparecer tipos jurídicos en cuya especificación contengan una modalidad relativa al espacio o mejor dicho al ámbito espacial en que se deba llevar a cabo la conducta del sujeto activo. Así Edmundo Mezguer asevera: "Esto quiere decir, que la Ley fija exclusivamente como típicos determinados medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar no recae bajo el tipo." (20) Ejemplos de tales tipos penales en nuestro Derecho Mexicano lo constituyen el artículo 342 del Código Penal vigente, al determinar que se aplicará pena a aquél que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o bien, el artículo 381-I que exige que el delito se cometa en lugar cerrado.

Con respecto a estas llamadas modalidades de la conducta o referencias al tipo hemos de aclarar con Jiménez de Asúa lo siguiente:

(20) MEZGUER, EDMUNDO. Ob. Cit. p. 369.

"Podemos decir que, en principio y en la mayor parte de los casos, las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un tipo legal. Así, por ejemplo, no cambia la naturaleza del homicidio el que se perpetre de día o de noche (aunque la nocturnidad puede ser agravante), que se cometa en esa Ciudad o en aquella Aldea (aunque el despoblado puede agravar la pena), ni que la muerte se de en ocasión de una fiesta o de un entierro, así como tampoco importa - de ordinario - o que se emplee el puñal o el revólver (aunque cambia la calificación si se usa veneno) El tipo legal es una abstracción en que el legislador describe sólo los elementos indispensables para formar el concepto que constituye una figura rectora.

Ello no supone que el tiempo, lugar, la ocasión y los medios sean indiferentes para el intérprete. De ordinario tienen su papel en las atenuantes o agravantes... Pero a veces, y como excepción, en verdad frecuente, el tipo se ha compuesto conforme a determinadas referencias al tiempo, lugar, ocasión y, sobre todo a los medios empleados."(21)

En cuanto a los medios hemos de decir que tal elemento típico es estrictamente una referencia del tipo. Sin embargo, por su importancia hemos destacado a tal característica como autónoma. Jiménez de Asúa sigue esta postura, que consideramos correcta, aduciendo ésta acertada justificación: "vamos a tratar separadamente de las referencias a los medios que se hayan contenidos en buen número de tipos penales. Nos inclina a hacerlo así, no tanto en que ésta modalidad sea de las más frecuentes en las descripciones típicas, sino la importancia que reviste, hasta el punto (21) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. pp. 814 y 815.

de que, según hemos visto, ha servido de base para una de las clasificaciones de los delitos."(22) En este sentido hemos de puntualizar que la importancia de los medios en el tipo hará de una figura legal un tipo que, como veremos, será de medios legalmente limitados o bien de formulación libre.

Los medios limitan el alcance del tipo en el sentido de que restringen el número de conductas que pueden consumir el delito de formulación casuística en cuestión. "Los tipos - ha escrito el Dr. Celestino Porte Petit - en numerosos casos exigen determinados medios, originándose los llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados; y ello quiere decir, que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exija el tipo correspondiente. De aquí que Mezguer exprese que por delitos con medios legalmente determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la Ley expresamente determina.

Ahora bien, el medio exigido por el tipo, da lugar a consecuencias diversas que la doctrina se ha encargado de precisar"(23) Y con relación a éste último, el gran penalista alemán Edmundo Mezguer ha escrito: "Estos llamados delitos con medios legalmente determinados revisten significación práctica, sobre todo en la teoría de la tentativa, en los casos de la ausencia de tipo y en la teoría de la participación al delimitar el concepto de autor."(24)

Por lo que respecta a las personas morales, éstas pueden ser medios para la comisión de delitos, ya que debido a la carencia de voluntad propia no se les podría imputar la responsabilidad de la comisión de un delito

(22) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. p. 817

(23) PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 436

(24) MEZGUER, EDMUNDO. Ob. Cit. p. 384.

y por otro lado por no tratarse de un ser humano, su comportamiento no puede sancionarse con pena corporal y por tanto si una persona moral delinque, los que responden son sus miembros, pues toda persona moral se conduce por la voluntad de sus integrantes o representantes tomaron como medio a dicha persona moral para cometer el ilícito en cuestión. A este respecto nuestra Ley expresa al preceptuar: "Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las Instituciones del Estado cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la Ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública."(25)

Mucha importancia revisten en derecho penal los elementos normativos y son aquellos en los cuales se hace referencia a la antijuridicidad pero que como dice Jiménez de Asúa una impaciencia legislativa, por incluir dentro del tipo, problemas concernientes a un movimiento posterior al examen del delito como lo es el juicio de antijuridicidad.

Sólo pueden ser determinados por el Juez mediante una especial valoración de la conducta típica.

La Ley pretende algunas veces más que sancionar una determinada acción, sancionar al hombre de aquéllo que es, por su modo de ser: es decir, en cuanto presenta determinadas características; la punibilidad o una agravación de la pena determinada dependen, en éstos casos, de que el agente



demuestre una personalidad criminal o asocial de cierto tipo. Ante los ojos del legislador se dice, fluctúa una cierta figura del autor, que debe ser revivida por el intérprete a fin de que pueda ser captado el verdadero significado de la Ley. Este tipo no se deduce de las notas somáticas o psíquicas del individuo que ha cometido el delito, sino del tipo penal, es decir, de las normas incriminadoras, por lo que ha sido denominado "normativo".

Sebastián Soler, de manera sumamente acertada nos ilustra: "A veces la Ley estructura el tipo con ciertos elementos -además de los objetivos- que importan una valoración de carácter jurídico. Son los llamados elementos normativos. Por ejemplo: el hurto, la Ley habla de apoderamiento de una cosa ajena. El que una cosa sea ajena o propia, es algo que no se decide en el mundo del ser; es algo que solamente se puede decir desde el punto de vista del examen de las relaciones estrictamente jurídicas, de manera que al apreciar la cosa como ajena o propia, interviene un elemento normativo en la figura. El ejemplo de la honestidad también crea ciertas relaciones de carácter normativo... Para Mezguer, por ejemplo, cuando se habla de honestidad, es el juez quien tiene que hacer la afirmación de un valor para que el delito sea un atentado al pudor o no. Es decir que el Juez, en el momento de dictar sentencia, crearía dentro de ella un valor nuevo no existente. A esas creaciones del Juez, Mezguer las llama elementos normativos."(26) El mismo Mezguer, del que nos habla Soler define así a estos elementos: "mientras que los elementos típicos objetivos o subjetivos se refieren a aquéllas partes integrantes del tipo penal fijados por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos corporales y anímicos; en consecuencia han de ser comprobados, caso por caso por el Juez cognoscitivamente. En los elementos típicos normativos se trata del

(26) SOLER, SEBASTIAN. Ob. Cit. pp. 755-756

presupuesto del injusto típico que sólo puede ser determinado mediante una especial valoración de la situación de hecho."(27)

Otro de los elementos constitutivos del tipo es el elemento subjetivo, éste se refiere a estados anímicos del autor; en orden a lo injusto por lo que se les llama también elementos subjetivos del injusto. Por ejemplo, en el caso de robo, la ajenidad de la cosa vendría a constituir el elemento normativo del mismo delito, pero el elemento subjetivo viene a ser el sentido impreso en la conducta del mismo autor el "animus apropiandi".

Mezguer estima con gran acierto que los elementos subjetivos del tipo en cuanto se refieren a un injusto típico legal, siendo a la vez elementos normativos, son presupuestos de lo injusto.

Por lo tanto es necesaria la existencia de este elemento, para calificar delictiva una conducta, tomando en cuenta la intención del autor de dicha conducta.

A este respecto se ha dicho: "Hay en la figura ciertos elementos que la Ley toma de la conciencia misma del sujeto. A veces, una figura está hecha con elementos que no son del mundo exterior ni son elementos normativos, sino que son referencias al estado de conciencia del sujeto. Los llamaremos elementos subjetivos. Así, por ejemplo, cuando el artículo 80 del Código Penal dice: "El que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge a sabiendas que lo son", se refiere a algo que está dentro de la conciencia del que comete el hecho. Claro está que siempre son posibles ciertas formas mixtas. Por ejemplo, cuando la Ley se refiere a la mujer que actúa bajo el efecto del estado puerperal; aquí el efecto es un elemento subjetivo, y el estado puerperal es un elemento objetivo. Pero siempre podemos estructurar estos tres tipos."(28)

(27) MEZGUER, EDMUNDO. Ob. Cit. p. 388

(28) SOLER, SEBASTIAN. Ob. Cit. p. 755

El Doctor Mariano Jiménez Huerta, en torno a estos importantes elementos subjetivos, ha expresado: "La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acontecer de la vida ofrece, pues, como hemos visto en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas pende de la tendencia interna trascendente o del estado de conciencia del autor, y en otros, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal. Imperativos de técnica legislativa brindan fundamento a los elementos subjetivos que contienen los tipos penales, pues el método objetivo de descripción típica es insuficiente ante aquéllas conductas cuya exclusiva significación penalística emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia que yace en su autor. Ante la insuficiencia de un método estrictamente objetivo o neutro de descripción típica, empléase en estos casos un sistema diverso, en el que las circunstancias anímicas en que el sujeto actúa son tenidas en cuenta, expresa o tácitamente, por el legislador, para subrayar la exclusiva aplicación de la figura típica a los actos u omisiones de índole intencional."(29)

Con respecto al sujeto activo Antolisei nos dice: "A todo delito le corresponde un sujeto activo; puesto que el delito es la violación de un deber que el Estado impone a sus súbditos, no resulta concebible un delito cuya comisión no se efectúe por un hombre. Quien realiza el ilícito penal es precisamente el sujeto activo del delito, designado frecuentemente por nuestro Código con la palabra reo."(30)

En relación al sujeto pasivo debemos decir que es la personal sobre la que recae la conducta delictiva. Manzini considera al sujeto pasivo como "al que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad delictiva".(31)

(29) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Ob. Cit. p. 90.

(30) ANTOLISEI, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal, p. 132.

(31) MANZINI, VICENZO. Ob. Cit. p. 530.

Para Antolisei el sujeto pasivo es "el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito."(32)

El sujeto pasivo del delito escribe Franco Sodi "es el titular del derecho violado, de donde resulta que sólo pueden tener tal carácter: 1. el hombre, 2. las personas morales, 3. el Estado y 4. en ciertas clases de delitos la colectividad."(33)

Sin embargo, siguiendo el criterio de Castellanos Tena que dice "El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal."(34)

Como ejemplo se presenta el homicidio en el cual el sujeto pasivo lo constituye el occiso y el ofendido sus parientes. Una misma persona no puede ser sujeto activo y pasivo a la vez.

Se pueden dar varios sujetos pasivos en un delito, o sea se presenta en aquellos delitos en que por su naturaleza se ofenden un número determinado de individuos y se les llama vago o vagantes. Por ejemplo el desastre ferroviario, incendio, los estragos, etc.

Cuando se ponen en peligro o lesionan varios bienes diversos y que existan varios sujetos pasivos se les denominarán delitos pluriofensivos, siempre y cuando los bienes pertenezcan a personas distintas. Cuando el tipo no exija alguna calidad en el sujeto pasivo estamos frente al tipo llamado impersonal.

(32) ANTOLISEI, FRANCISCO. Ob. Cit. p. 137

(33) FRANCO SODI, E. Nociones de Derecho Penal. p.144

(34) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Ob. Cit. p. 144

Para Rocco se debe distinguir entre objeto formal y sustancial del delito. El objeto formal viene dado por el derecho del Estado a la observación de los preceptos penales. El objeto sustancial se divide en genérico y específico. El objeto sustancial genérico es el interés del Estado al aseguramiento de las condiciones de la existencia de la vida comunitaria, o sea la propia conservación. Objeto sustancial específico, por el contrario es el bien o interés propio del sujeto pasivo, es decir, de la persona o ente ofendido directamente por el delito respecto a cada delito tiene carácter variable (vida, libertad, honor, patrimonio, etc.).

Al referirse al elemento sustancial específico, estamos hablando del bien jurídico tutelado el cual como dijimos antes, es aquél que ofende particularmente el delito.

El bien que se tutela consisten en todo aquello capaz de servirnos para satisfacer una necesidad humana; ésto significa la posibilidad de tratarse de un objeto del mundo exterior o una cualidad del sujeto. Ejemplo del primero, la propiedad y del segundo la integridad física, la vida, etc.

Pero, también se puede hablar de bienes ideales por ejemplo, el honor y el pudor.

Para algunos autores, el bien jurídico tutelado constituye la verdadera esencia del delito, pues el delito consiste substancialmente en una ofensa al bien que la norma misma pretende proteger. La ofensa constituye por lo tanto el contenido sustancial del delito, produciéndose un daño criminal.

Sin embargo, la relevancia al bien jurídico tutelado nos indica solamente la entidad del daño que ha sido causado a la víctima del delito.

Por último, el objeto material del delito constituye otro elemento del tipo. Para Antolisei el objeto material del delito es "La persona o cosa o sobre la que recae la actividad física del reo."(35)

Mezguer lo define en la siguiente forma "Cuando hablamos del objeto del delito, nos referimos al llamado objeto de la acción. Como tal se entiende aquél objeto corporal sobre el que la acción típicamente se realiza.

Distinto del objeto de la acción es el objeto de protección de los diferentes delitos. Aquí no se trata de un objeto externo corporal, sobre el que se realiza típicamente la acción, sino del objeto valorativo protegido en el tipo, ésto es, del bien jurídico protegido por el derecho penal, y atacado por el delito. A veces puede coincidir, el objeto de la acción y el objeto de la protección; otras veces por el contrario se separan de modo claro."(36)

Así pues, nosotros consideramos como objeto material del delito a la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa.

Por otra parte, en la doctrina penal, se habla de la clasificación de los delitos en orden al tipo. Con tal denominación se quiere sistematizar de alguna manera a los diversos tipos penales. En

(35) ANTOLISEI, FRANCISCO, Ob. Cit. p. 138

(36) MEZGUER, EDMUNDO. Ob. Cit. pp. 384-385

este sentido la primera clasificación que se hace de los tipos es aquella que los distingue en normales y anormales; si las palabras utilizadas mencionan situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal, ejemplo: privar de la vida a otro, el homicidio es un tipo normal, pero si además es necesaria una valoración subjetiva o normativa de carácter jurídico o cultural, el tipo será anormal, como es el caso del delito de estupro.

También por su ordenación metodológica, los tipos se clasifican en fundamentales o básicos, que son aquellos que constituyen la parte central o espina dorsal de la parte especial del Código Penal y se limitan a hacer una descripción objetiva como el homicidio. También en este renglón aparecen los tipos especiales, que se forman agregando requisitos o circunstancias al tipo fundamental, excluyendo a este último y obligando a subsumir los hechos bajo la penalidad contemplada por la circunstancia o requisito agregado, como el infanticidio. Finalmente están los tipos complementados, que son aquellos que se constituyen al agregar una circunstancia al tipo fundamental que aumenta o disminuye la sanción.

En función de su autonomía o independencia los tipos pueden ser autónomos o independientes y subordinados; los primeros son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo como el robo simple; en tanto que los subordinados o complementados dependen de otro tipo como el homicidio en riña.

También los tipos se clasifican por su formulación en casuísticos y amplios. Los primeros son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito, subclasificándose a su vez en alternativamente formados que prevén dos o más

hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas; y acumulativamente formados que requieren el concurso de todas las hipótesis comisivas como el delito de vagancia y malvivencia. En tanto que los tipos de formulación amplia describen una hipótesis comisiva única, que puede ejecutarse por cualquier medio como el apoderamiento en el robo.

Por el daño que causan se clasifican los tipos de dos maneras a saber: de daño o de lesión que son aquellos que protegen contra la disminución o destrucción de un bien jurídico como el delito de lesiones; y de peligro que son los que tuteían los bienes jurídicos contra la posibilidad de que sean dañados como el delito de omisión de auxilio.

Los anteriores criterios clasificatorios de los tipos que no son los únicos, pero sí los que mayormente utilizan los autores, sirven de guía para clasificar los delitos en general.



## TIPICIDAD EN EL EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

El tipo penal del Ejercicio Indebido del Propio Derecho expresa:  
"Art. 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días de multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

En nuestro delito a estudio la tipicidad consistirá en la adecuación de la conducta del sujeto activo a todo lo descrito por el artículo 226 - del Código Penal vigente. Es decir, la adecuación a los diversos elementos - que conforman éste tipo penal.

Hemos pues de analizar los elementos típicos que contiene el tipo que describe al ejercicio indebido del propio derecho.

Pero antes y en primer término, hemos de preguntarnos por los presupuestos del delito o de la conducta o hecho que contenga el ilícito en análisis. En este sentido encontramos que la frase "un derecho", independientemente de las consideraciones que hagamos con posterioridad, se trata de un presupuesto del delito. Consideramos lo anterior toda vez,

que tal frase se trata de un antecedente jurídico previo a la conducta que nuestro tipo describe. Se trata en este caso de un presupuesto del delito de carácter especial, por cuanto es requerido específicamente por la figura delictiva del ejercicio indebido del propio derecho. Es de hacer notar que, el presupuesto del delito del que venimos tratando sólo puede darse en la hipótesis en que el sujeto activo, con violencia, haga efectivo un derecho; no así, cuando con violencia haga efectivo un pretendido derecho. En este último supuesto el activo no despliega la conducta con arreglo a ningún antecedente de carácter jurídico. Tal presupuesto del delito especial lo es, debido a que con ser antecedente jurídico también da título al delito de que se trata; involucrándose de tal manera en la consideración de la conducta que pudiéramos decir, es su razón de ser.

También consideraremos al elemento material, que como hemos visto, forma parte de la descripción típica del delito. Aquí, lo que hemos considerado como conducta, a saber: el empleo de la violencia ya sea física o moral constituye también uno de los elementos del tipo. Nos hemos planteado en principio, la posibilidad de que la frase "empleare violencia" constituya más que conducta, medio de comisión del ilícito penal en consideración. Sin embargo, hemos de concluir que dogmáticamente, y en atención a que todo tipo penal deberá contener indefectiblemente a la conducta o elemento rector y núcleo del tipo, el emplear violencia constituye el elemento material que es a su vez elemento típico.

Por último, no creemos exista ninguna referencia de tiempo, lugar, ocasión, etc. que debamos tomar en cuenta. Creemos que la propia naturaleza del delito de ejercicio indebido del propio derecho impide se tomen en cuenta modalidad alguna de la conducta.

A) BIEN JURIDICO TUTELADO.- nosotros consideramos como bien jurídico tutelado del delito de ejercicio indebido del propio derecho, el correcto ejercicio de los derechos subjetivos.

Es sabido que nuestro Sistema Jurídico Mexicano, proscrib expresamente que los ciudadanos se hagan justicia de propia mano en este sentido, se establece con rango constitucional tal prohibición en el artículo 17 de nuestra Carta Magna.

Nosotros consideramos que tal precepto, cuya sistematización encontró lugar dentro de las garantías individuales, no tenía su sanción sino hasta la reforma llevada a cabo con la creación del delito de ejercicio indebido del propio derecho. Antes podía considerarse algo así como un buen deseo de parte del constituyente y una advertencia al ciudadano pero sin su sanción.

Consideramos acertada la reforma llevada a cabo y que nos ocupa. Sabido es que todo ciudadano en su relación con la sociedad que forma su ámbito, tiene derechos subjetivos cuya potestad le pertenece en cuanto a su ejercicio. Sin embargo, dichos derechos subjetivos deberán ejercitarse dentro de un marco jurídico y no al libre albedrío por parte de su titular. Mucho menos debe ser permitido que en ejercicio de tales derechos aparezca la violencia ilícita. El precepto a estudio coadyuva así a que se mantenga el orden jurídico establecido.

B) SUJETO ACTIVO.- Es evidente que en este caso el tipo del ejercicio indebido del propio derecho no considera calidad alguna en el sujeto activo, pudiendo ser cualquiera; lo que da lugar, como hemos

indicado, a un tipo con sujeto activo común e indiferente.

La frase "Al que", es aquella que nos da la pauta para considerar al sujeto activo en el delito que nos ocupa. Dicha frase equivale sin lugar a dudas a considerar que cualquiera hombre o mujer, puede ser sujeto activo de este delito.

C) SUJETO PASIVO.- En cuanto al sujeto pasivo hemos de decir que puede ser cualquiera. En este sentido, la redacción del tipo nos lleva a la consideración de que, en tanto no se requiere ninguna calidad en el pasivo, nos encontramos ante un tipo impersonal.

D) OBJETO MATERIAL.- El objeto material del delito a estudio, lo es la persona o cosa sobre la que recaiga la violencia del activo, al querer hacer efectivo un derecho o pretendido derecho.

E) ELEMENTO SUBJETIVO.- La frase utilizada por el legislador que dice: "para hacer efectivo", nos hace pensar en que el tipo de ejercicio indebido del propio derecho contiene un elemento subjetivo. En efecto, en el ánimo del autor deberá estar presente la intención de hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho.

F) "UN DERECHO".- Ya hemos indicado que la frase "un derecho", que aparece en el tipo en cuestión se refiere a los derechos subjetivos que el sujeto lleve a cabo por medio de la violencia. Por derecho subjetivo debemos entender el conjunto de facultades o prerrogativas que corresponden a una persona determinada, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.(37)

(37) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil, p. 26.

G) "UN PRETENDIDO DERECHO".- Puede suceder que el sujeto activo en realidad no tenga un derecho subjetivo, y sin embargo, lleve a cabo la conducta sancionada. Es decir la violencia ilícita. En este caso también responderá por dicha conducta desplegada, en cuanto al encuadramiento de su acción en el tipo que estamos analizando. Independientemente de consideraciones ulteriores que surjan en cuanto a los restantes elementos del delito en general.

H) EL DEBER JURIDICO.- El tipo que describe al ejercicio indebido del propio derecho contiene la frase: "que deba ejercitar". En este respecto y para dilucidar lo que cabalmente se deberá entender por tal elemento típico, deberemos acudir al derecho civil y en particular a la noción de deber jurídico. A este respecto el profesor Ignacio Galindo Garfias: "El concepto que corresponde correlativamente al derecho subjetivo, es el de deber jurídico. El deber jurídico consiste en la necesidad de ajustar al libre arbitrio de cada uno a la regla jurídica. Psicológicamente la voluntad es libre para poder adoptar una norma de conducta y otra; pero frente a la norma jurídica, se encuentra en la necesidad de optar por aquella conducta conforme a la regla de derecho. El deber jurídico debe distinguirse del concepto de obligación. El primero se refiere a la necesidad general y abstracta, sin especificar indicación de un individuo determinado, de acatar lo dispuesto en la norma jurídica. La obligación es la denominación específica del deber de uno o varios sujetos determinados, frente a uno o varios sujetos también determinados, de adoptar cierto comportamiento, ya sea positivo o negativo, en virtud de un vínculo jurídico establecido entre ambos. La contrapartida de la obligación, considerando la relación jurídica desde el punto de vista activo, en que una persona determinada (acreedor) está autorizado -por la ley jurídica- para exigir del otro sujeto de la relación (deudor) el

cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. El deber jurídico presenta otro aspecto, el de responsabilidad, que es la sujeción a las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico por el incumplimiento de una obligación pre-existente, establecida en la norma como deber coercible. La responsabilidad nace pues, del cumplimiento de un primer deber no cumplido."(38)

Así pues, consideramos que el elemento típico al que nos hemos venido refiriendo es indudablemente una alusión al concepto jurídico de deber jurídico. Esto refuerza nuestra afirmación en el sentido de que la alusión a un derecho se refiere no a otra cosa, sino al concepto de derecho subjetivo. En esta frase -"que deba ejercitar"- aparece el correlativo a tal potestad. Porque creemos que la importancia de un trabajo de esta naturaleza tiene como base el estudio de los elementos del tipo del delito en particular, procedemos a continuación a ubicar el delito de ejercicio indebido del propio derecho en cuanto se refiere a la clasificación del delito en orden al tipo.

En este sentido consideramos que se trata de un delito anormal debido a su composición toda vez que en su redacción, observamos no sólo el elemento objetivo o una descripción objetiva. El legislador incluye el término "derecho" y la frase "pretendido derecho" con lo que incluye dentro de esta figura delictiva un elemento normativo de valoración jurídica.

Observamos que nuestro delito a estudio es un tipo fundamental o básico en cuanto a su ordenación metodológica, porque no depende de ningún otro tipo complementado o subordinado, ya cualificado o privilegiado según la circunstancia que se le agregase, aumentara o disminuyera la penalidad.

(38) CALINDO CARFIAS, IGNACIO. Ob. Cit. pp. 29 y 30.

Creemos que nuestro tipo, que describe al ejercicio indebido del propio derecho, es un tipo autónomo e independiente. En realidad consideramos que todos los tipos son autónomos e independientes.

Se trata de un tipo alternativamente formado pero no en cuanto al elemento objetivo o material sino al elemento normativo. También es alternativamente formado en cuanto al elemento material pero tal alternatividad no surge de la redacción del tipo en cuestión propiamente; sino de su interpretación. En efecto, como ya hemos dicho, en el capítulo que antecede, la violencia puede ser física o moral, de tal modo que el activo puede actuar desplegando ya sea la violencia física o la violencia moral.

En cuanto a los medios pensamos que se trata de un tipo de formulación libre, ya que expresamente el tipo que nos ocupa no describe determinados medios de los que deba valerse el sujeto activo para llevar a cabo su conducta ilícita.

Se trata de un tipo común e indiferente, toda vez que no se requiere calidad en el sujeto activo. Es a su vez monosubjetivo por cuanto no requiere pluralidad en la figura del sujeto activo.

En relación al sujeto pasivo se trata de un tipo impersonal por no requerir calidad en dicho sujeto pasivo y se trata asimismo de un tipo unipasivo.

Es un tipo de lesión ya que con la conducta desplegada por el sujeto activo se lesiona un bien jurídico tutelado por la norma cuyo análisis nos ocupa.



El aspecto negativo de tipicidad es la atipicidad. Está definida como la no adecuación de la conducta del sujeto a lo descrito en el tipo o mejor dicho a la figura delictiva.

En este sentido se ha aseverado: "a la tipicidad corresponde la ausencia de tipo o de sus referencias o elementos"(39) "Adviértase que en el fondo en toda atipicidad hay falta de tipo, si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la Ley, respecto de él, no existe tipo"(40) "Ha de afirmarse que existe ausencia de tipicidad: a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descritos en el Código Penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con características antijurídicas"(41) "Hay atipicidad y, consecuentemente carencia de hecho punible, cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo, o sea, del tipo propiamente dicho."(42)

Aún cuando estamos parcialmente de acuerdo con algunas de las definiciones dadas, consideramos que en nuestro delito a estudio, la atipicidad se dará cuando falte alguno de los elementos del tipo que hemos considerado en el presente capítulo. En particular cuando se den las siguientes hipótesis:

- a) Cuando falte el presupuesto del delito.
- b) Si falta el elemento material.
- c) Cuando falte el sujeto activo, y
- d) Cuando falte el elemento subjetivo.

(39) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. p. 811-812

(40) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Ob. Cit. p. 64.

(41) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. p. 935

(42) BALLVE, FAUSTINO. Función de la tipicidad en la dogmática del delito. p. 150.

## ANTI JURIDICIDAD

Francisco Carrara ha expresado: "definido el delito como un ente jurídico, quedaba establecer el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino en aquéllas acciones que ofenden, amenazan derechos de los coasociados".(1)

La antijuridicidad, como elemento valorativo del delito es imprescindible para su configuración. Así el Doctor Mariano Jiménez Huerta ha escrito: "para que una conducta típica pueda considerarse delictiva necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad. Surge así la antijuridicidad como una característica del delito. Según el parecer de Von Hippel, el conocimiento profundo de la naturaleza e importancia de la antijuridicidad como elemento conceptual del delito es tan sólo conquista de la época reciente, ya que hasta el año 1870 no se destaca con claros perfiles. 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 antijuridicidad se ofrece así como un dato capaz de ser separado conceptualmente del hecho mismo, en cuanto constituye un

(1) CARRARA, FRANCISCO. Programa, Tomo I, p. 5.

plus y un quid valorativo 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 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 típico; sin embargo, este hecho no siempre es antijurídico. La antijuridicidad matiza y tinte la conducta humana de un colorido y tonalidad especial y es, sin excepciones, presupuesto general de la punibilidad. Dicho matiz, tono y color surge del juicio que sobre la conducta se formula. El pronunciamiento y declaración de que una conducta típica es antijurídica, presupone un análisis, un enjuiciamiento, una valoración o, como dice Mezguer, un juicio en el que se afirma su contradicción con las normas del Derecho. Cuando el juicio arroja como resultado la existencia de una relación de contradicción o desarmonía entre la conducta del hombre y las normas del Derecho, nos hayamos ante un acontecimiento injusto o antijurídico."(2).

Consideramos a la antijuridicidad como verdadero elemento del delito. Es el elemento esencial general valorativo cuya importancia no puede soslayarse. Es elemento del delito porque es parte de su esencia; necesario para la constitución del mismo en forma general y especial. Es general porque funciona tanto para el delito genérico y para el específico. Es valorativo porque al analizar la conducta típica, el juzgador indefectiblemente realizará un juicio de valor consistente en corroborar la contrariedad de dicha conducta con la norma y en relación al total ordenamiento jurídico.

(2) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano, Tomo I. pp. 207-208.

En forma sistemática la antijuridicidad aparece inmediatamente después de la tipicidad y antes de la culpabilidad. Este lugar le corresponde en atención a la prelación lógica que informa a los elementos o notas características esenciales del delito en general y sobre todo porque es indiscutible que para proceder a la valoración que encierra la consideración en torno a si una conducta es antijurídica o no, es imprescindible la existencia de una conducta humana, que esté perfectamente adecuada a un tipo legal-penal determinado.

Existen conductas conforme a derecho, contrarias a él o indiferentes, según sea que se adecúen, contraríen o prescindan de las normas. A este respecto se ha escrito: "En la naturaleza todo se encuentra sometido a mutación, que ininterrumpidamente se produce con o sin la intervención del ser humano. Los cambios que se suceden dan lugar a lo que modernamente se denominan eventos. Los eventos, contemplados desde el punto de vista de su trascendencia en el campo del derecho pueden ser agrupados en dos categorías: A) Eventos que, por no estar previstos en una norma jurídica, no producen consecuencias jurídicas; B) Eventos que si están previstos en una norma jurídica y que, por lo mismo si producen consecuencias jurídicas.

A) Los eventos que no producen consecuencias jurídicas (por no estar previstos en la norma jurídica) pueden proceder: a) de la naturaleza, como el flujo y reflujó del mar o el canto de las aves, o bien: b) del hombre, como el gustar alguien de alimentos vegetarianos o ser asiduo lector de novelas con temas policíacos. Estos eventos no tienen trascendencia en el ámbito jurídico y, por tal razón, quedan fuera de nuestro estudio.

B) Los eventos que producen efectos en el ámbito jurídico, pueden estar: a) prohibidos y, por tanto, no permitidos, y b) no prohibidos y por

tanto permitidos; c) ni prohibidos ni no prohibidos."(3)

Para efectos de hablar de la antijuridicidad hemos de desatendernos de los comportamientos que no son regulados por el derecho. Actuar conforme a derecho es jurídicamente válido; lo antijurídico es la contrariedad al orden jurídico. En este sentido antijurídico es aquello que contradice los postulados explícitos de una norma de derecho, sin embargo, tal proceder no por ello deja de ser jurídico, en una acepción amplia por cuanto debe estar regulado en cualesquier ordenamiento legal.

Kitzinger nos dice: "Ilícito es todo lo censurado por la voluntad manifestada en la fuente jurídica".(4)

Por otro lado, la antijuridicidad no es propia o exclusiva del Derecho Penal, existe antijuridicidad en todas las demás áreas, jurídicas. Jiménez de Asúa ilustra a este respecto: "En principio, y por lo que respecta al Derecho Penal, podemos decir que la ciencia alemana es correctamente partidaria de la unidad de lo antijurídico mientras que en Italia se llega a una consecuencia semejante, pero más bien como comprobación de la imposibilidad de distinguir entre lo "ilícito penal" y lo "ilícito civil", "administrativo", etc. A nuestro juicio el delito, como la infracción civil, cae en el ámbito común de lo injusto culpable. Es decir, que lo injusto civil, administrativo y penal tienen un mismo origen y sólo se separan al llegar a las consecuencias. No ignoramos que figuras eminentes, de la filosofía jurídica y escritores notables de Derecho Penal han mantenido tesis opuestas. Hegel y su escuela postularon la escisión definiendo lo injusto penal como consciente y lo civil como inconsciente. Este no encierra un conflicto entre la voluntad individual y social, puesto que los dos

(3) SANCHEZ ZAYAS, PABLO. "Estudio de la Norma Penal Reguladora del Fraude Doloso Consumado (con  
sistente en hacerse ilícitamente de una cosa por medio del engaño)." pp. 109-110

(4) CFR. GRAF. ZU DOHNA, ALEXANDER. La Ilícitud. p. 12.

litigantes respetan los derechos. Estos últimos alegatos se emplean por Stahl y luego por Venezian. Por el contrario, el criminal se opone a él. No han tratado otros autores - algunos de ellos consagrados al derecho civil - que mantengan la pretendida diferencia acudiendo al objeto jurídico, afirmando que el delito infringe normas distintas que la injusticia meramente civil, considerando el hecho criminal como una injusticia positiva que contraviene a una prohibición y el injusto meramente civil como lo simplemente negativo que se opone a un mandato. La existencia de los delitos propiamente comisivos destruye tan gratuita creencia. No están menos errados aquéllos que quieren caracterizar lo ilícito penal por ser la infracción de lo absolutamente prohibido, en referencia por tanto, a normas sin excepción, en tanto que lo ilícito civil contraviene normas relativas, es decir que se vincula a prohibiciones que admiten excepciones. A seguida se nos ocurre demandar: ¿es que pueden existir aquéllas normas absolutas y sin excepción?“(5)

Así pues, la antijuridicidad, tiene un carácter general. No podemos desconocer que una conducta o hecho se matizan de antijuridicidad o se convierten en antijurídicas en tanto son contrarias a las normas de derecho, cualquiera que sea la materia o rama jurídica que se trate.

Pero no se confunda nuestra afirmación en el sentido de que cualquier conducta o hecho antijurídicos contravienen al derecho en general; hemos de aclarar al respecto que desde el momento en que el comportamiento humano contraviene al Derecho, lo hace dentro de un marco explícito y específico. Por ejemplo, en el delito de ejercicio indebido del propio derecho se contraría al derecho en su aspecto penal y desde ese ángulo deberemos considerar dicha conducta ilícita; interpretándola de determinada (5) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. pp. 970-971.

manera y aplicando una sanción de naturaleza penal, etc.

Decir antijuridicidad equivale, prima facie, a decir que existe una violación a una norma jurídica con carácter prohibitivo y prescriptivo. Petrocelli asevera: "Además de esta contrariedad a la norma, la antijuridicidad implica indudablemente, como se dirá a su tiempo, también una contrariedad a la obligación, y una contrariedad al derecho en sentido subjetivo, o sea a las dos situaciones en que se encuentra el sujeto con respecto a la norma; con todo, advertimos desde ahora que el verdadero término del contraste es el derecho como norma."(6)

Sumamente difícil se presenta la cuestión en torno a una definición de la antijuridicidad. La propia naturaleza de este importante elemento del delito hace que las definiciones del tipo lógico; es decir, enunciar el género próximo para después destacar la diferencia específica no hayan podido aplicarse con éxito. Por ello en la doctrina del Derecho Penal, nos encontramos con que sobresale aquélla postura que considera que la antijuridicidad no tiene una definición de carácter positivo y cuando se alude a ella se dice que una conducta o hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están justificados en la Ley, o bien no están permitidos por el derecho, tomando como base un procedimiento definitorio denominado "excepción regla". El Doctor Celestino Porte Petit acertadamente escribe: "La conducta o hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o prescriptiva. Ahora bien, sin antijuridicidad no hay delito. Por ello el dogma nullum crimen sine lege, es la base de la antijuridicidad formal. Es indudable, que para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de "excepción regla", que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos

(6) PETROCELLI, BIANCO. La Antijuridicidad. p. 7



cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad es concepto negativo. Hasta hoy día así operan los ordenamientos de índole penal; lo que quiere decir que para la existencia de la antijuridicidad, se exigen dos requisitos: adecuación o conformidad a un tipo penal, y que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud. Por otra parte, la aspiración a la que debemos tender, es la de lograr un concepto de la antijuridicidad en forma positiva y acabar por tanto, con el procedimiento de "excepción-regla".(7)

La doctrina penal más aceptada propone la existencia de diversas clases de antijuridicidad. Los tipos de antijuridicidad que suelen mencionarse son:

- A) Antijuridicidad formal o nominal
- B) Antijuridicidad real o material
- C) Antijuridicidad subjetiva
- D) Antijuridicidad Objetiva
- E) Antijuridicidad General
- F) Antijuridicidad Específica
- G) Antijuridicidad Potencial; y
- H) Antijuridicidad Actual.

La antijuridicidad formal o nominal encuentra su fundamental expresión en la máxima penal: *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege* (No hay delito, no hay pena sin ley). En otras palabras; el legislador ha querido considerar como formalmente antijurídicos, en potencia, todos aquéllos comportamientos que se encuentran descritos en las normas de derecho en forma de prohibiciones o prescripciones y atendiendo a su gravedad son

(7) PORTE PETIT, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 484.

considerados como delitos, faltas o infracciones.

En resumen: no puede considerarse antijurídica una conducta que no se encuentre previamente consignada en los códigos penales.

Suelen tratar los autores, junto a la antijuridicidad formal; la antijuridicidad material. Esta última clase de antijuridicidad que consiste en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos por hechos dañosos o perjudiciales para la colectividad aún cuando no estén previstos por la norma penal(8) están considerada como la conciencia de una colectividad determinada con respecto a una conducta humana que considera antisocial y es naturalmente anterior a la antijuridicidad formal. Cuando la antijuridicidad material pasa a ser codificada en un cuerpo de leyes es cuando surge la llamada antijuridicidad formal.

Entre la antijuridicidad formal y la material pueden presentarse las siguientes hipótesis:

- a) Antijuridicidad material sin antijuridicidad formal.
- b) Antijuridicidad formal sin antijuridicidad material.
- c) Antijuridicidad formal con antijuridicidad material.
- d) Antijuridicidad formal en pugna con la antijuridicidad material.(9)

(8) Para un planteamiento más exhaustivo de este interesantísimo tema, consultar: CUELLO CALON. Derecho Penal Tomo I. p. 338; BELLING, ERNESTO. Esquema de Derecho Penal. p. 23; MAURACH, REINHART. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. pp. 359-360 y sobre todo la Magistral exposición de JIMENEZ DE AZUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. pp. 1013-1016.

(9) PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 485

Respecto al primer supuesto se ha dicho que puede haber conductas que en su aspecto material sean antijurídicas, sin que las regule el Código Penal.

Puede suceder en cambio, que exista antijuridicidad material con antijuridicidad formal y no llegue a actualizarse porque haya una norma de carácter justificativo que la proteja; pero en ningún caso una conducta indiferente para el derecho podrá ser antijurídica.

La segunda hipótesis a nuestro modo de ver es incorrecta ya que como hemos dicho, la antijuridicidad material es un antecedente necesario para que se pueda dar la antijuridicidad formal.

El tercer caso no presenta problema. Hemos expresado que la antijuridicidad material y la antijuridicidad formal están indisolublemente unidas, ésta es la expresión de aquélla, una sin otra no pueden coexistir. Ignacio Villalobos ha expresado que una antijuridicidad no excluye a la otra, sino que van unidas y una es la forma y la otra el contenido de la antijuridicidad.(10)

Al hablar de pugna entre la antijuridicidad formal y la material, únicamente basta decir que en nuestro sentir triunfa la antijuridicidad formal, en base a la máxima penal "Nullum Crimen Sine Lege" (No hay delito sin Ley).

En la antijuridicidad subjetiva la valoración se extiende al aspecto subjetivo de la conducta y así se pretende decir que la antijuridicidad toma un sentido más real y humano, pensando en que todo juicio

(10) CFR. PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. pp. 485-486

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

valorativo debe atender al aspecto subjetivo. Se trata en último caso de valorar la antijuridicidad de la conducta considerando la intención de su autor.

En ningún caso la antijuridicidad subjetiva es postura correcta en el análisis de la conducta antisocial de un sujeto. En efecto, si se considera -como tradicionalmente se ha hecho- que lo subjetivo emerge al analizar la culpabilidad o bien desde la conducta humana se encuentra presente, tal posición de la antijuridicidad, en la que se pone énfasis en lo subjetivo, queda de por sí falta de su elemento primordial: lo subjetivo. E. Beling acertadamente ha escrito: "el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para la culpabilidad".(11)

La antijuridicidad objetiva se traduce en la simple violación de la norma prescriptiva o prohibitiva, sin que en dicha valoración sea necesario detenerse a considerar el elemento subjetivo de delito "querer o intención". Es la valoración del aspecto externo de la conducta y se identifica con la antijuridicidad material.

En el campo penal implica valorar la conducta sin atender a la voluntad, al dolo, a la culpa, a la preterintención, a los motivos, los impulsos y las tendencias, entendiéndose que el juicio de valor recae nada más sobre la fase material del delito.

No es que se intente dejar de hacer la valoración subjetiva de los actos (querer o intención), sino que se les ha de valorar en el lugar adecuado, sea en la conducta o en la culpabilidad, dejándole a la antijuridicidad la tarea de valorar el aspecto externo del delito. Porte Petit dice: "En consecuencia, la teoría de la antijuridicidad objetiva es

(11) VEASE ZAFFARONI, RAUL. Teoría del Delito. p.501.

a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la antijuridicidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista el delito es indispensable la culpabilidad pero ésta no lo es para la existencia de la antijuridicidad."(12)

Es cierto que como hemos expresado, la antijuridicidad está fundada en la explicación de una norma de cualquier área del derecho, pero esto no quiere decir que la antijuridicidad tenga un carácter general, ya que desde el momento en que se presente tendrá las características de una materia determinada.

La antijuridicidad en general sería la contrariedad al Derecho en general, aunque en el juicio de valoración siempre deberá explicarse a cuál ordenamiento pertenece: Civil, Penal, Laboral, Administrativo, Fiscal, Constitucional, etc.

Porte Petit concluye: "En verdad no debe hablarse de una antijuridicidad general. Solamente existe antijuridicidad cuando hay violación a un precepto legal o sea partir de este momento se tiñe o se colora la antijuridicidad de una materia determinada."(13)

De lo anterior resulta fácil concluir que no podemos hablar de una antijuridicidad general y que siempre tendremos que darle a las antijuridicidades un calificativo que vaya de acuerdo con el área de derecho a la cual pertenece la norma que se contraría.

Dentro de la antijuridicidad específica nos interesa tratar la perteneciente al Derecho Penal.

(12) PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 487

(13) PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 489

No hay que dejar en el olvido que aún cuando haya conductas que no sean integrantes de una descripción propiamente penal, tienen en su antijuridicidad una parte de naturaleza punitiva como son los delitos consignados en las leyes especiales.

La antijuridicidad penal es la contrariedad a una norma específica de derecho punitivo. Se le ha considerado como uno de los elementos esenciales del delito dándole el carácter de elemento esencial general valorativo. El Doctor Mariano Jiménez Huerta escribe: "El juicio por el que se declara que una conducta es antijurídica compete formularlo al Juez o Magistrado al fallar el caso concreto que incrimina. Cumple, empero al penalista, el examen abstracto de ésta característica general que matiza la acción delictiva. La antijuridicidad o injusto es, en su generalizada abstracción la entraña del delito. Pero es preciso subrayar que no se corporifica en un elemento material susceptible de percepción sensorial de igual naturaleza que la conducta; por el contrario, su existencia surge de un juicio de valoración de la conducta en relación con el orden jurídico-cultural, y, por consiguiente, en relación a los valores."<sup>(14)</sup>

Al concurrir una conducta, una tipicidad, una antijuridicidad y una culpabilidad, podemos hablar de delito.

La antijuridicidad penal es así una conducta contraria a la norma prescriptiva o prohibitiva, que lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente amparado en el derecho criminal y que si no la beneficia una justificante y además es culpable, será sancionada.

(14) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Ob. Cit. pp. 209-210

Biango Petrocelli anota con relación a la antijuridicidad específica penal: "denotando la antijuridicidad una relación de contradicción entre un hecho y una norma jurídica, la relación misma no puede existir sino entre un hecho y una norma determinada y, consiguientemente pertenece a una determinada norma de derecho. No es posible hablar de antijuridicidad general, sino sólo de una antijuridicidad civil, penal o civil y penal, civil administrativa, etc. Pero nunca se podrá decir que hay antijuridicidad simplemente referida al derecho en general."(15)

Aunque sí hay determinadas características en todas las especies de antijuridicidad como la contrariedad a la norma.

Además de las clases de antijuridicidad que hemos enunciado, existe otra clasificación que engloba únicamente dos especies: antijuridicidad potencial y antijuridicidad actual.

Existe antijuridicidad formal en potencia cuando la conducta se encuentra plasmada en una norma de cualquier orden del derecho, y esa antijuridicidad no se materializa sino hasta el momento en que la potencia se convierte en un acto antijurídico, es decir, cuando la conducta se materializa y transgrede la norma de explicación.

La antijuridicidad en potencia se deja entrever de la explicación de las normas prohibitivas o prescriptivas; la antijuridicidad actual se da en la contrariedad a la norma que prohíbe u ordena. La antijuridicidad se materializa o actualiza cuando además de existir una norma que prohíbe

(15) PETROCELLI, BIANGO, Ob. Cit. pp. 31 y 154

u ordena. La antijuridicidad actual se da en la contrariedad a la norma que prohíbe u ordena, existe una conducta típica que va en contra de los postulados de explicitación de una norma perteneciente a una materia específica del derecho.

Dentro de la clasificación a que hemos venido aludiendo, resalta la inclusión de la antijuridicidad especial tipificada. A la cual hemos de referirnos con algún detenimiento por ser un problema de importancia en el derecho penal.

Se piensa que en algunos delitos es necesario incluir, en su descripción típica legal, la mención de una antijuridicidad específica; así el comportamiento desplegado será generalmente jurídico y excepcionalmente antijurídico.

Esto no es más que una combinación de la antijuridicidad objetiva y subjetiva, que en realidad pocos beneficios reporta para el derecho y que en algunos casos daría lugar a la impunidad, siendo difícil probar lo subjetivo.

En ningún caso deberían añadirse a las descripciones típicas una antijuridicidad especial tipificada, dado que para presumir la antijuridicidad debe bastarnos con la violación a la norma, que desde luego debe ser objeto de una escrupulosa valoración por parte del interprete o del juzgador. El Doctor Celestino Porte Petit, en sus apuntamientos de la parte general del Derecho Penal nos indica: "Respecto a la antijuridicidad especial tipificada debemos anotar que algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuando una conducta o hechos son antijurídicos, es necesario incrustar en el tipo la mención de una antijuridicidad específica, lo que se explica



a virtud de que mientras que en la hipótesis en que la antijuridicidad no está expresamente mencionada, la realización del hecho es normalmente lícita y excepcionalmente justificada, y en la hipótesis por el contrario, de particular mención de la antijuridicidad, el hecho ejecutado debe considerarse normalmente lícito y excepcionalmente ilícito."(16)

Esta clase de antijuridicidad no es sino un elemento subjetivo susceptible de valoración al cual el legislador, al no saber que hacer con él, dejó escapar de su pluma y quedó inútilmente colocado en algunos preceptos.

Notamos la presencia de la antijuridicidad especial tipificada en aquellas normas que incluyen expresiones como "indebidamente"; "ilícitamente"; "injustificadamente"; "sin derecho", u otras que tengan un significado similar.

En realidad todos éstos vocablos son la esencia de la antijuridicidad y requerirlos en un tipo legal no es correcto porque forman parte de los presupuestos de la antijuridicidad penal.

El tipo debe circunscribirse a explicitar qué conducta es antijurídica en potencia y no cuales son los medios de los que se puede valer el sujeto para llegar a esa antijuridicidad.

Luis Jiménez de Asúa se opone a la exigencia de esta clase de antijuridicidad y dice que: "la pretendida antijuridicidad especial no es otra cosa que un elemento normativo que indebidamente e impacientemente incrustado en la que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognocitivo y sin más propósito que el de concretizar o señalar lo injusto."(17)

(16) PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 489

(17) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. p. 1008

Este autor tiene razón por cuanto a las normas prohibitivas deben dedicarse a prohibir y prescribir conductas. Estos elementos normativos que pretende llamar "antijuridicidades especiales tipificadas" no son sino manera de llegar a comprobar la contradicción a la norma y toda antijuridicidad debe presuponerlos.

Quiénes opinan que la llamada antijuridicidad especial tipificada debe prevalecer lo hacen considerando que para evaluar el delito no sólo hay que atender a lo material sino también al carácter subjetivo del acto, para darle a la valoración un sentido más real y humano. Así se dice que debe mirarse a los impulsos, motivos, a la voluntad y a la intención en el momento de valorar la antijuridicidad. Postura a todas luces errónea que rompe con los postulados básicos de un derecho penal liberal. Sólo en el momento oportuno es cuando se deben valorar tanto el aspecto objetivo y subjetivo del delito. Petrocelli anota: "La acción es relevante desde el punto de vista jurídico-penal, no en sí misma, sino por el particular propósito o finalidad al cual se indique por una determinada intención que lo inspira. El ilícito se realiza con la presencia del mencionado factor psicológico; faltando éste la acción es jurídicamente irrelevante o bien constituye otro tipo diverso de ilícito."(18)

Considerar a la antijuridicidad especial tipificada como válida equivale a negar la prelación lógica existente entre los elementos del delito debido a que tendríamos que aceptar que primero nace la culpabilidad y después la antijuridicidad, lo cual es incorrecto desde cualquier punto de vista.

(18) PETROCELLI, BIANGO. Ob. Cit. p. 64

Por último y desafortunadamente, hay que decir que en los tipos que las requieran, la falta de la antijuridicidad especial tipificada da origen a una atipicidad y al presentarse ésta ya no es necesario atender a si se puede dar la antijuridicidad.

Consideramos conveniente, antes de referirnos a la presunción de la antijuridicidad, que nos hará considerar su relación con el tipo penal, hacer alusión a aquéllos términos que aluden de alguna manera a este importante elemento del delito.

Ante todo conviene recordar que en atención a su significado real, la antijuridicidad se dará cuando un comportamiento lesiona o pone en peligro un bien o valor jurídicamente tutelado en cualquier ordenamiento legal, que se intenta proteger por medio de una norma preceptiva o prohibitiva que tiene como fin salvaguardar los derechos del hombre. Este principio encontrará sus justas excepciones en las normas justificativas.

A la antijuridicidad se ha dado en llamar ilicitud, ilégitimidad o ilegalidad. En realidad los dos primeros vocablos vienen a tener el carácter de géneros y la antijuridicidad e ilegalidad hacen referencia a las especies que pueden desprenderse de los mismos. La legitimación es un término netamente procesal el cual nada tiene que ver con el derecho sustantivo.

Empero, al lado del derecho penal existen otros catálogos de disposiciones que también se dedican a regular la conducta humana; así tenemos normas morales, sociales y religiosas, de las cuales el derecho se distingue tan sólo por la característica de coercitividad. La diferencia tajante entre el derecho y los demás conjuntos de norma estriba en el castigo, quién lo impone y cómo se ejecuta.

Delitala nos dice: "La ilicitud es un predicado de la conducta y se reduce a la violación de la obligación jurídica, a una antitesis entre un comportamiento jurídicamente obligatorio y el comportamiento efectivamente seguido por el sujeto; mientras la antijuridicidad o injusto jurídico sería el calificativo del efecto, o sea, la no conformidad del estado derecho con el estado querido por el derecho. Significado que, además, no es constante, porque, con los términos injusto o hecho antijurídico se designa, no sólo éste efecto, sino el hecho en su sentido más amplio, constituido por la acción y el resultado. El injusto o hecho antijurídico es un hecho lesivo de un bien o interés protegido por el derecho, y es, además una acción voluntaria, libre, culpable, ésto es ilícita, por ser contraria al deber jurídico impuesto por la norma."(19)

Es pues necesario establecer las marcadas diferencias que existen entre todos estos términos que se han querido usar como sinónimos.

En algunos autores, para definir lo ilícito se acostumbra simplemente decir que es lícito todo aquéllo que no está prohibido en forma alguna. Así es factible concluir que lo lícito es lo que está permitido.

Lo lícito no está regulado en la sociedad, en la religión, en la moral o en el derecho. Simplemente, y en nuestro campo, se debe decir que los comportamientos son lícitos jurídicos cuando no los consigna en sus restricciones alguna norma de derecho.

Al término lícito se le contrapone el vocablo ilícito y es ilícito lo prohibido, lo no permitido, lo regulado en catálogos de conductas restrictivas.

(19) DELITALA. "Contribución a la Noción del Delito" pp. 10 y ss.

Toda acción contraria a las normas morales, sociales, religiosas o jurídicas, es ilícita cuando esté regulada en uno de esos órdenes en forma de prescripción o prohibición.

El comportamiento antijurídico será ilícito cuando el sujeto tenga la conciencia de que está violando el deber y pese a ello lo realice o cuando al menos tenga la posibilidad concreta de conocer la restricción.

Esto es que el ilícito requiere de representación, de conciencia, de comprensión y de intención, dirigidas a la conducta que es contraria a lo que debe ser.

No puede compararse al ilícito jurídico con la antijuridicidad habida cuenta de que no existe ilícito sin culpabilidad y la antijuridicidad no precisa de ese elemento. De tal manera que lo ilícito será antijurídico cuando simplemente exista un contraste con la explicación de la norma, haya sido valorada subjetiva u objetivamente, y concorra la culpabilidad entendida como dolo, culpa o preterintencionalidad.

Biango Petrocelli manifiesta su preocupación por conceptuar al ilícito en las siguientes líneas: "La doctrina del ilícito debe tender a establecer identidad de contenido entre injusto y hecho ilícito o hecho antijurídico, reduciéndose a indicar los casos en que tiene lugar, estrictamente hablando, de acuerdo también con el sentido de la conciencia social, una contrariedad al derecho y dando diversa denominación a los fenómenos ahora incluidos, y que no constituyen ilícito, en el amplísimo y vago concepto de lo injusto. Esto será de indudable utilidad no sólo para la exacta comprensión del fenómeno del ilícito penal, sino también del injusto jurídico en general."(20)

(20) PETROCELLI, BIANGO. Ob. Cit. p. 14

Por lo que hace a lo "justo", es necesario declarar antes lo difícil que resulta la determinación de tal término en atención a que el concepto de justicia es de los más debatidos que existen en la ciencia jurídica. El concepto de justicia es muy amplio, más aún cuando lo complementa la equidad inclusive puede escapar de la observancia de la norma. No obstante la imposibilidad de su elucidación, en el lenguaje estrictamente jurídico de lo justo es todo aquello que está conforme a derecho, que emana del orden jurídico. Es lo que debe hacerse cuando nos ajustamos al orden legal.

El injusto es el término opuesto a lo justo, jamás encontrará sustento en la razón, ni en la equidad. Un comportamiento injusto jurídico es también ilegal y antijurídico.

Ante un ataque injusto podemos invocar la protección de una norma justificativa, que sí se basa en los principios de la mayoría de razón, justicia y equidad. El comportamiento justificado es a todas luces ilícito y antijurídico, aunque se hace justo y encuentra su justificación al llenar los requisitos de legalidad.

El término "legal", se extiende a comportamientos de índole diversa a la jurídica. Estrictamente hablando se ha utilizado para aludir a todas aquellas conductas que se adecúan a los requisitos de las normas de explicación jurídica de cualquier orden. Hay legalidad civil, penal, administrativa, laboral, constitucional, fiscal, etc.

No necesariamente un acto ilegal tiene que ser antijurídico, injusto e ilícito. En materia civil por ejemplo, un contrato que no llena todos los requisitos que se piden para su validez no es antijurídico, porque

no se va contra el derecho; es más, pretende acogerse a él; no es ilícito debido a que el ordenamiento civil no lo prohíbe y tampoco podrá llamarse injusto.

Biango Petrocelli explica "Un acto puede ser ilegal, o sea no acorde - en todo o en parte - a las condiciones fijadas por la Ley para su validez, sin que por eso pueda decirse antijurídico. No ha faltado en la doctrina quien haya afirmado que en semejantes casos se trata de actos propiamente ilícitos, sosteniendo -entre otras cosas- que en el campo de lo jurídico no puede existir sino el ilícito y que no puede decirse ilícito un acto en el cual no hayan sido observadas todas las normas de la ley".(21)

Cuando el acto no llega a reunir todos los requisitos que exige la Ley para su validez y existencia, se convierte en un acto ilegal, aunque no injusto, ilícito o antijurídico forzosamente.

Si una persona actúa en forma ilegal no siempre va en contra de un bien jurídico en algunas ocasiones trata de conformar su conducta al derecho.

La legitimidad en el lenguaje jurídico significa probar o justificar la verdad de una cosa conforme a las leyes, habilitar: ilegitimidad será lo contrario. Este término, como ya lo hemos precisado, se usa a veces en el lenguaje jurídico procesal, en parte, cuando se trata de probar la verdad de una persona conforme a la ley. Los requisitos para presentar una querrela sería un ejemplo.

(21) PETROCELLI, BIANCO. Ob. Cit. p. 453

Antijurídica es la conducta contraria a una norma jurídica, ilícita e injusta, que lesiona o pone en peligro los valores fundamentales de la sociedad o del individuo que el derecho como un conjunto de normas protege.

Si queremos encontrar un opuesto tendríamos que decir que a lo más se puede llamar "no antijurídico" a aquello que no llega a ser declarado antijurídico en el juicio de valoración.

No antijurídico no puede ser lícito o permitido -como se ha pretendido- lo más que podemos decir es que lo "no antijurídico" está justificado; más vale recordar que las normas justificativas son antijurídicas en su aspecto material.

Lo jurídico no puede ser el término contrario de lo antijurídico, habida cuenta de que será jurídico todo aquello que se encuentra regulado en las normas jurídicas; inclusive los delitos son jurídicos. Todo lo que las normas de derecho han querido regular es jurídico: Los nacimientos, los contratos, los delitos, los derechos, las garantías, etc. Pertenecen al orden jurídico de las normas prescriptivas las prohibitivas, las justificativas y las permisivas. La única norma que no pertenece al marco jurídico es la norma de deber, aunque su regulación sí es jurídica cuando entre las causas excluyentes de responsabilidad se menciona la "no exigibilidad" como anulatoria de la culpabilidad. Lo anterior es consideración a la esencial regla de que toda norma jurídica constituye un imperativo hipotético y no un imperativo categórico.

Resumiendo: lo contrario a lo lícito es ilícito y lícito es lo que no está regulado en algún orden de normas; se contrapone a lo legal, lo



ilegal, es legal todo aquello que llene los requisitos de validez y de existencia que ennumeran las normas jurídicas; lo opuesto a lo justo es lo injusto y es justo lo que encuentra fundamento en la razón la justicia y la equidad; lo antijurídico encuentra su contrario en lo no antijurídico o justificado. Antijurídico significa contrario a la norma jurídica y justificado es lo que hace justo el derecho, cuando la conducta está justificada se dice que es no antijurídica. Como todo ésto se encuentra regulado en un orden legal es jurídico cuando se trate de demostrar su calidad legal es legítimo.

Hemos de referirnos en este trabajo y hablando de este importante elemento del delito a la llamada presunción de la antijuridicidad.

En efecto, dentro del ámbito del Derecho en general existen las llamadas, presunciones IURIS ET IURE Y IURIS TANTUM. Dichas presunciones jurídicas se obtienen a base de indicios relacionados entre sí.

Llamamos presunción IURIS ET DE IURE o presunción de pleno derecho a aquella en que a base de indicios legales y materiales, por mandato expreso de la Ley se presume una situación. No se destruye aún cuando existan pruebas en contrario, es decir que de nada vale probar y demostrar que no existió tal situación.

Como ejemplo en nuestra legislación penal mexicana, hasta antes de las reformas de 13 de enero de 1984, mencionaba en su artículo 9º al principio de culpabilidad como "presunción iuris tantum" y con evidente contradicción, recalca en el mismo precepto un total de hipótesis en las cuales la presunción de culpabilidad era ya "iuris et de iure".

En sentido contrario, la presunción *iuris tantum* admite que se rindan pruebas que la desvirtúen; el indicado puede allegar al juzgador todos aquellos elementos probatorios que le sirvan para demostrar su desvinculación con la situación cuestionada.

Nosotros consideramos que en materia punitiva debe prevalecer la máxima de que toda persona es inocente presuntivamente, en tanto no se demuestre lo contrario.

En cuanto a la antijuridicidad, no debe presumirse en tanto no se haya demostrado plenamente que ha existido una conducta y una tipicidad. La conducta, debe ser voluntaria, intencional, consciente y encontrar junto con los demás requisitos de explicación una conformación al tipo legal penal. Así concluimos que la tipicidad nos permite establecer una presunción *iuris tantum* de antijuridicidad.

En este sentido hemos de destacar que en un importante sector de la doctrina prevalece la idea de que la norma penal (tipo) proporciona un indicio de antijuridicidad.

Para nosotros la tipicidad -adecuación o conformidad a todos los requisitos de un tipo penal- es la que nos da la certera presencia de la antijuridicidad formal.

No basta la adecuación de la conducta al tipo para que exista la tipicidad y que ésto nos proporcione un indicio de antijuridicidad, puesto que las explicaciones típicas no sólo hacen referencia a las conductas. Para que haya tipicidad y de esta base pueda derivarse una presunción de antijuridicidad, se requiere, en todo caso, que en términos generales se

satisfagan los requisitos que exige el tipo y que nosotros hemos denominado siguiendo el sentir de diversos autores, elementos del tipo: Presupuestos del delito, Elementos típicos objetivos; Elementos típicos subjetivos; Modalidades de la conducta; Calidad y/o número en los sujetos tanto activo como pasivo, objeto material, objeto jurídico etc.

Tanto es así que la mayor parte de las veces la ausencia de uno sólo de estos elementos origina la imposibilidad de que se configure la tipicidad y con ello, eventualmente, el delito excepcionalmente y sólo en los casos en que falte el presupuesto del delito, había una traslación o variación del tipo, originándose así otro delito.

Hemos de tocar aquí una cuestión de la mayor importancia en cuanto al elemento esencial general valorativo llamado antijuridicidad. Tal cuestión es la relativa a la concreción de la antijuridicidad. El momento, como y quien concretiza la antijuridicidad es lo que expondremos a continuación:

No basta la sola presencia de la antijuridicidad formal en potencia y material en acto, para decir que se ha actualizado la antijuridicidad. Para poder afirmar que la antijuridicidad se ha actualizado, es necesario proceder a un juicio de valoración.

Tal valoración, en primer término deberá ceñirse al principio de legalidad que postula nuestro orden jurídico.

Desde el momento en que se materializa el comportamiento se contraría de la norma penal, surge la antijuridicidad jurídico-penal (en su aspecto material). Y a partir de este instante se presume que la conducta típica es antijurídica formalmente.

Ya en el juicio de valoración, al que nos hemos referido, se va analizando que ese comportamiento haya colmado los requisitos de una conducta voluntaria que se haya adecuado con todas sus demás peticiones a un tipo penal y que sea antijurídico el acto.

La antijuridicidad se concretará por el interprete, mediante el llamado "procedimiento de excepción regla" la cual podemos explicar de modo taxativo como una evaluación que precisa comprobar que el sujeto activo haya contrariado una norma prescriptiva o prohibitiva y que además no se ha beneficiado con la presencia de una norma justificativa. En otras palabras, el procedimiento de "excepción regla", marca que una conducta es antijurídica cuando a más de ser típica no encuentra abrigo en una justificante. Pues, bien, he aquí la forma de concretar la antijuridicidad: verificación de la existencia de una conducta humana que con todas sus cualidades y requisitos colme un tipo legal-penal, además de la comprobación de que ese acto sea antijurídico, ésto último ocurrirá cuando no concorra el aspecto negativo de la antijuridicidad: las normas de justificación.

La naturaleza de la valoración depende en gran medida en el momento de conceptuarla. Vista desde un plano netamente objetivo, la antijuridicidad en el momento de la valoración va a quedar alejada de toda interferencia de valores subjetivos, inclusive va a adaptarse a la antijuridicidad especial tipificada.

El fin último del juicio de valoración, será la comprobación de la contradicción existente entre la conducta y los valores tutelados por la norma observando al comportamiento desde un plano netamente objetivo.

La antijuridicidad objetiva, con marcadas tendencias sociológicas,

utiliza un solo postulado: lo antijurídico es lo socialmente dañoso, y con un sustento etiológico trata de valorar lo que produjo la conducta.

Tenemos un juicio de carácter realmente objetivo cuando el juzgador se concreta a verificar por medio del procedimiento de excepción regla, si la conducta típica es antijurídica (no amparada por una justificante).

Por otra parte, cuando se entiende que la antijuridicidad tiene un carácter teleológico, la valoración será subjetiva.

Esta postura resalta la antijuridicidad formal, que es la conducta contraria a la norma de derecho que postuló el Estado.

Para el juicio de valoración subjetivo no considera el aspecto subjetivo del delito lo que se deja para la conducta o la culpabilidad, sino que se dedica a proteger valores que merecen su consideración y así por medio de este juicio el legislador codifica las conductas que se han de considerar antijurídicas potencialmente.

Para Zaffaroni el juicio de valoración de la antijuridicidad no es tal, tiene un sentido objetivo cuando lo realiza el juzgador y un sentido subjetivo si lo hace el legislador. Zaffaroni nos explica así a la antijuridicidad objetiva "a) En rigor, la antijuridicidad de una conducta concreta, se determina conforme al juicio fáctico y no valorativo; el juicio subjetivo (valorativo) viene hecho por la Ley y el juez se limita a concretizarlo con la comprobación de la ausencia de justificación (tipo permisivo). El juzgador realiza un juicio objetivo (fáctico): el legislador realizó un juicio subjetivo (valorativo). b) La antijuridicidad es objetiva porque no

toma en cuenta la posibilidad del sujeto para realizar la conducta (lo que pertenece a la culpabilidad).(22)

Existen otras bases o criterios que deberán ser tomados en cuenta para realizar la valoración a que nos hemos venido refiriendo. Así Carlos Binding ha recalcado la importancia que tiene la norma en el momento de valorar la antijuridicidad.

De ordinario se había reconocido que lo antijurídico era lo contrario a la Ley. Ya Carrará había definido el delito como la infracción de la Ley del Estado. Binding pensó que cuando existía el delito no había contrariedad a una ley, sino que el delito era un ente jurídico que ajustaba a la ley. "No se vulnera la ley. - escribe- pero se quebranta algo especial para la convivencia y el ordenamiento jurídico."(23)

Para Alexander Graf Zu Dohna la valoración debe realizarse sobre la norma y el derecho justo y hablaba de la conducta injusta. Para este autor la antijuridicidad vendría a ser toda conducta injusta. Las normas de derecho representan el medio justo para la consecución de un fin justo. En su propia explicación: "Una acción que constituye el justo medio para el justo fin es "lícita", apegada al derecho en el sentido general de la palabra, en cuanto representa aquella conducta a cuya consecución va dirigido el último término del propósito del orden jurídico. Es pues en realidad "conforme al derecho" -siempre suponiendo que se trata del derecho justo y sólo ella lo es totalmente. Así pues, toda conducta que no ofrece esta peculiaridad no responde al espíritu del propósito jurídico y, en tal sentido puede motejarse de "no conforme al derecho". Ahora bien: derecho e injusticia

(22) ZAFFARONI, RAUL. Ob. Cit. p. 453

(23) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito P. 269

no son conceptos contradictorios. Estamos acostumbrados a no calificar de injusto todo lo que no corresponde a la idea del derecho, sino a considerar el alcance de lo injusto según lo delimita el derecho técnicamente formado. Sólo lo que el orden jurídico considera y proclama atentatorio a su esfera de intereses lo declaramos nosotros como contrario al derecho, como injusto. Hemos de reconocer que los límites de la ilicitud, en la acepción técnica de la palabra, sólo pueden obtenerse del orden jurídico: que, por ello, sólo podemos calificar de ilícita una conducta que choca con el pensamiento fundamental del derecho, cuando además hay conflicto entre ella y el precepto jurídico punitivo; cuando pues es lesionada una norma jurídica, es realizado un hecho típico al cual la ley atribuye una consecuencia propia de la ilicitud. Más de ésto es supuesto de validez general la contradicción con la idea de derecho, con la máxima de querer y obrar justos. Considerada desde este punto de vista general, llamamos ilícita tal conducta.

Llegamos a esta conclusión. Una conducta ilícita en el sentido de nuestra legislación es ante todo una conducta torcida o sea que no puede ser reconocida como el medio idóneo para el fin justo."(24)

Para Von Liszt la valoración de causa sobre la norma y la sociedad; llegó a hablar de las conductas socialmente dañosas: "la antijuridicidad material significa una conducta contraria a la sociedad y por eso será conforme a la norma toda conducta que responda a los fines del orden público y por tanto a la misma convivencia humana."(25)

Max Ernesto Mayer, asevera de modo acertado que los ordenamientos jurídicos se sustentan en la cultura y que la infracción a esas normas de

(24) GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER. Ob. Cit. pp. 53-54 c. r.

(25) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. p. 275 cfr.

cultura dan pie para hablar de lo antijurídico. Nos dice que "normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés."(26)

Sería antijurídica una conducta que va en contra de las normas de cultura que promulgó el Estado en un conjunto de leyes jurídicas.

Se afilian a esta tésis distinguidos doctrinarios como Guillermo Sauer y Edmundo Mezguer, modificando solamente en una pequeñísima parte los postulados originales de Mayer.

Jiménez de Asúa, considerando que se trata de la postura más acertada y tratando de encontrar su origen ya en el pensamiento de Rafael Garofalo nos dice que éste ya proclamaba tal postulado en su célebre definición del delito: "ataque a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media en que un grupo social concreto los posee."(27)

No obstante en la valoración de una conducta con respecto a la antijuridicidad debemos destacar que existen dos clases de valoración.

La primera valoración de la antijuridicidad la realiza el legislador, al buscar y rebuscar entre el conjunto de conductas socialmente dañosas cuales lesionan valores fundamentales del grupo social para plasmarlas en forma de normas prohibitivas o prescriptiva, en un orden jurídico. Para ello deberá encontrar un parámetro para calificar y regular las conductas de sus semejantes. Un proceso que involucra la selección de los bienes jurídicos que merecen protección y el establecimiento de bases adecuadas para que dicha tutela sea efectiva.

(26) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. pp. 275 y ss. Cfr.

(27) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. p. 276.



La segunda clase de valoración la lleva a cabo el interprete mediante la utilización de un criterio netamente objetivo: la aplicación del procedimiento de excepción-regla al caso concreto.

De acuerdo con Don Luis Jiménez de Asúa la antijuridicidad como concepto valorativo debe atender: a) Si expresamente la Ley acogió la excepción de la antijuridicidad (como la muerte de un hombre en legítima defensa). b) Si, en caso de hallarse expresamente enunciada la juridicidad del hecho, éste se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado. c) Si en un acto, conveniente a los fines de la convivencia social, se vulneran bienes jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia."(28) El autor mencionado concluye: "Creemos nosotros que se debe llegar a la lógica posición de que se de un concepto real en las leyes sobre la antijuridicidad y que en vez de enunciar la causas de justificación prolijamente se establezca una fórmula amplia que justifique. No debe decirse que excluya la antijuridicidad, porque si éste es un concepto valorativo, lo no antijurídico es lo jurídico.(29).

Por último creemos oportuno analizar los efectos de la antijuridicidad en el Derecho Penal. A tal efecto no podemos sustraernos de analizar los vínculos que tiene este importante elemento con los restantes requisitos esenciales del delito.

Con la conducta como elemento del delito la antijuridicidad se vincula de modo evidente. Conducta humana es lo que sólo puede ser base de delito. Conducta humana es el objeto de valoración en el juicio por el que se llega a la antijuridicidad. Biango Petrocelli nos lo recuerda del siguiente modo: "Veremos enseguida como el sólo objeto verdadero del

(28) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. pp. 268-269

(29) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. p. 269

calificativo de antijuridicidad es la acción, y como no puede referirse impropiaemente al hecho, en su conjunto, al resultado y a los estados derivados de la acción."(30)

Nunca podrá ser declarada antijurídica una conducta que no se haya explicitado en una norma de deber ser, contenida en la Ley. De ahí la relación entre tipicidad y antijuridicidad.

Bien sea en forma de prescripción o, prohibición, solamente puede llegar a ser antijurídica una acción que se explique en un tipo penal legal. Vínculo indisoluble pues, es aquél que mantiene la conducta, tipicidad y antijuridicidad.

Si aceptamos que entre los elementos del delito existe una prelación lógica es evidente concluir que la ausencia del inmediato anterior impide el nacimiento del inmediato posterior.

Concretamente el delito se asemeja a una cadena compuesta por eslabones: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En el momento de proceder al juicio de reproche (culpabilidad), el juzgador tiene que verificar que no se haya presentado antes una hipótesis de ausencia de conducta, una causa de atipicidad o una causa de justificación, para proceder a llenar los elementos de la culpabilidad y como colofón declarar culpable al autor de una conducta típica y antijurídica.

En la relación entre la antijuridicidad y culpabilidad se observa que ésta última no puede existir sin que se haya comprobado fehacientemente la primera. La antijuridicidad es presupuesto lógico de la culpabilidad.

(30) PETROCELLI, BIANCO. Ob. Cit. p.13

Después de haber analizado someramente lo concerniente a la antijuridicidad como elemento del aspecto positivo del delito y de asentar que podemos encontrarla en la contrariedad a una norma prescriptiva o prohibitiva, nos toca referirnos al aspecto negativo que origina una ausencia de delito y que encontramos en las normas justificativas.

Para concretar la antijuridicidad es necesario recurrir a un procedimiento de excepción-regla, en el cual debe verificarse que una conducta típica y antijurídica (en su aspecto material) no se encuentre amparada por una causa de justificación.

Las justificantes en Derecho Penal son conocidas con el nombre de causas de licitud, causas de justificación y causas de exclusión del injusto. Existen cuando un comportamiento que lesiona o pone en peligro un valor jurídicamente tutelado, se encuentra dentro de un catálogo de conductas restrictivas y que es potencialmente antijurídico, se justifica por la misma ley en virtud de las circunstancias concurrentes en el delito. Esto quiere decir que la conducta que va a justificarse es material y formalmente antijurídica en potencia y que no llega a ser un acto antijurídico porque está justificada.

Las normas justificativas son las revivificación de la autocompasión o de la justicia de propia mano (en las más de las veces). Hay momentos, lugares y situaciones en que la tutela del Estado no alcanza al individuo, y de esperar su protección la lesión al bien jurídico sería inevitable o irreparable. Por este motivo se ha querido justificar algunos comportamientos que material y formalmente son antijurídicos, con base en requisitos que la propia ley establece.

Luis Jiménez de Asúa nos define a las justificantes del siguiente modo: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que se puede subsumir en un tipo legal, éstos es, aquéllos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo el carácter de antijurídicos, de contrariar al derecho, que es el elemento más importante del crimen."(31)

Hay que aclarar que las normas justificantes tienen la función de borrar la calidad de antijurídica de una conducta, al hacerla justa con base en principios de mayoría de razón y de equidad. Es decir que la contrariedad al derecho (norma penal) existió, porque no hay normas que permitan privar de la vida, por ejemplo, sino que al lado de la norma restrictiva existe una contra-norma que impide que la antijuridicidad llegue a concretarse.

Estas causas de justificación se fundan en el principio del interés preponderante o en el de la conducta de mayor valía. En el primero existe una colisión de intereses jurídicamente protegidos, donde triunfa el de mayor entidad. En el segundo la conducta o el hecho tienen mayor importancia para la sociedad o el derecho.

Cabe recordar que las normas de deber se fundan en un principio de interés preponderante, más en ella la antijuridicidad queda subsistente y sólo se borra el carácter culpable. En ellas existe una colisión de normas, en donde triunfa la más importante, la norma de deber que es un imperativo hipotético.

Se ha dicho también que las normas justificantes se basan en la ausencia de interés, pensamiento que resulta erróneo porque hay bienes en

(31) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. p.284

donde el derecho no permite que el consentimiento del ofendido sea tácito, expreso o presunto y en el caso de que éste pudiera otorgarlo, como en el robo, se originaría una atipicidad y ya no sería necesario atender a la antijuridicidad.

Forzosamente las normas de justificación deben encontrarse explícitas en la ley; no podemos decir que haya una justificante extralegal, porque entonces tendríamos que reconocer que en este caso existe una norma de deber.

Debemos diferenciar a las normas prescriptivas o prohibitivas y a las normas justificantes.

Las normas prohibitivas y preceptivas tienen una nota común: restringen conductas humanas; las normas justificativas se diferencian porque encausan conductas.

Algunas de esas normas restrictivas tienen a su lado una contranorma o norma justificativa, porque existen determinados casos en que la conducta descriptiva o prohibitiva se justifica atendiendo a las situaciones, siempre y cuando se llenen sus requisitos de legalidad.

Decimos que las normas justificativas encausan conductas, porque si bien puede exigirsele al sujeto que obre conforme a los postulados de derecho, para justificarle la inconformidad de su comportamiento debe cubrir los requisitos de validez de la contranorma.

No siempre que el sujeto trasgrede una norma jurídico-penal el orden legal va a justificarle su comportamiento, ya que entonces las

restricciones serían un contrasentido. En cada norma justificativa se exige determinado número de requisitos que deben llenar para poder acogerse a los beneficios que concede la contranorma.

La diferencia tajante entre una contranorma y una norma prohibitiva o prescriptiva, es que la contranorma no prohíbe ni prescribe una conducta sino que la hace justa.

Se ha creído también que las normas justificativas deben denominarse "causa de licitud", atendiendo al hecho de que la conducta es lícita desde que nace y que lo lícito no precisa de justificación. Recordemos a este respecto que la licitud y la justificación no son lo mismo y que al definir lo lícito dijimos que era todo aquello que no se encontraba prohibido; concretamente lo lícito jurídico vendría a ser todo aquello que no está prohibido por el derecho. En este sentido no es posible llamar lícita a la conducta que pretenda acogerse a la justificación. Por ejemplo, privar de la vida no puede ser una conducta lícita o permitida ya que el orden legal prohíbe que ese comportamiento se realice. Sin embargo, dicha conducta, en determinadas circunstancias, puede estar justificada por el mismo orden legal.

Las causas de justificación se dividen en comunes y personales.

Las comunes benefician a cualquier persona, es decir pueden invocarse todos. Con acierto el Dr. Celestino Porte Petit nos indica: "Son aquéllas que puede hacer valer cualquier persona".(32) Podemos mencionar entre ellas a la legítima defensa y al estado de necesidad.

(32) PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 497

Las singulares o personales benefician sólo a una persona que reúna determinadas características. Maggiore dice de ellas que "sirven para determinadas clases de personas, en ciertas relaciones de dependencia (orden jerárquico)".(33) Dentro de dichas causas personales encontramos el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo. Sólo podrá invocarse el titular del derecho que se ejercita el que debe cumplir con el deber o quien tenga el impedimento legal o legítimo.

Es necesario proceder a hacer el análisis de cada una de las causas de justificación por separado, para saber cuáles son los requisitos de legalidad y su fundamento en cada una de ellas.

En general se reconocen las siguientes normas justificativas:

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

El hecho de que limitemos las justificantes a cinco, no significa que sean los únicos que puedan darse; podrían existir otras normas justificativas en leyes de naturaleza diversa.

Para Bauer las excluyentes de la antijuridicidad, son la negación de la negación, cuyo fin es afirmar al derecho.

(33) Cfr. PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 497

Para justificar a la legítima defensa Carlos Binding habló del ejercicio de un derecho subjetivo de defensa Welzel, Jeschek, Mayer, Leckner y Maurach nos han dicho que, en situaciones de peligro, el derecho no tiene porqué ceder y abrirle paso al injusto.(34)

La legítima defensa encuentra su fundamento subjetivo en el derecho de defenderse de que goza todo ser humano, el cual se trata de encauzar por las normas de derecho debido a que el Estado no puede permitir el libre ejercicio de ese derecho sin llevar a la sociedad a una situación caótica irremediable. La norma que justifica, regula en qué momento y bajo qué condiciones podrá acogerse a su beneficio.

Zaffaroni se expresa así: "Se apoya (la legítima defensa) sobre la necesidad de conservar el orden jurídico y garantizar el ejercicio de los derechos."(35) Evidentemente la legítima defensa es una causa de justificación que apoya en el principio del interés preponderante donde una colisión de intereses tutelados triunfa el de mayor entidad o valía.

La Suprema Corte, en México, ha reconocido que "la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacado mediante el necesario sacrificio del interés jurídico del atacante".(36)

La legítima defensa es una justificante común puede invocarla toda persona que acredite la necesaria defensa de sus bienes jurídicos

(34) MAURACH, REINHART. Tratado de Derecho Penal. p. 377

(35) ZAFFARONI, RAUL. Ob. Cit. p. 456

(36) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. TOMO XIX, 6a. Epoca. Segunda Parte. p.82



injustamente atacados. Se funda en el principio del interés preponderante, o bien en el hecho de que a una conducta la sociedad o la Ley le dan mayor importancia en virtud de que se origina en el injusto.

Ahora bien, se entiende por legítima defensa el rechazo de un ataque injusto actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos. Con precisión Porte Petiti nos dice: "Se puede definir esta causa de justificación como el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente."(37)

Con relación a los bienes que entran en colisión tenemos que pueden presentarse cualesquiera de estas tres hipótesis, dándose en todas la legítima defensa:

- A) Que el bien que se sacrifica sea de mayor entidad que el que se salva.
- B) Que el valor jurídico que se salvaguarda sea de mayor valía que el que sucumbe.
- C) que el interés jurídico sacrificado y el salvado tengan el mismo valor.

Al hablar del número de personas que intervienen en la legítima defensa, encontramos tres supuestos:

1. En la legítima defensa propia actúan dos personas: el agresor y el injustamente agredido.

(37) PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 501

2. Si la defensa es en favor de terceros, se darán cita tres personas: agresor, injustamente agredido y defensor.

3. Cuando se defiende a quien agrede en bienes no disponibles concurren dos sujetos: autoagredido y defensor.

Hay que decir que la tutela de esta justificante debe extenderse a todos los valores jurídicamente amparados.

Por lo que respecta al estado de necesidad como causa de justificación, su fundamento se encuentra en él instinto de conservación y en el derecho de defensa de los bienes jurídicos de todo ser humano. El fundamento objetivo lo encontramos en la inminente necesidad de salvar un bien de mayor entidad mediante el sacrificio del bien de menor valor.

Zaffaroni anota: "El tipo permisivo del estado de necesidad descansa sobre el fundamento de la necesidad de salvar el interés mayor sacrificando el menor aquí el orden jurídico en razón de la cuantificación de la lesión, permite la lesión de menor cuantía." (38)

El estado de necesidad se comprende entre las justificantes comunes, fundándose en el principio del interés preponderante, en donde se enfrentan dos valores tutelados en peligro. Puede (el peligro) provenir de la naturaleza del hombre o de los animales. Puede alegar el beneficio de esta justificante cualquier persona que se halle ante el peligro.

Entendemos que actúa amparado por un estado de necesidad (como justificante), quien para salvar un bien protegido por la Ley y de mayor

(38) ZAFFARONI, RAUL. Ob. Cit. p. 489

entidad, lesiona o destruye otro de menor jerarquía, igualmente tutelado.

En las ejecutorias de los altos Tribunales del País se han sostenido que "se caracteriza el estado de necesidad, porque en él dos bienes jurídicos, en principio igualmente respetables, se oponen en conflicto y uno de ellos, por cualquier circunstancia es sacrificado para que el otro se salve."(39)

El estado de necesidad encierra complejos problemas, porque si bien se le considera como justificante también hay que decir que en determinadas circunstancias puede ser exculpante, cuando se le coloque en el supuesto de la "no exigibilidad".

En realidad todo se resuelve satisfactoriamente cuando recordamos que pueden presentarse tres hipótesis con relación al valor de los bienes:

A) Que el bien sacrificado sea de mayor jerarquía que el salvado. Aquí estamos en presencia de una falta de justificación, fundada en el principio del interés preponderante (estado de necesidad).

B) Que el bien sacrificado sea de la misma entidad que el que sucumbe. Nos enfrentamos a una exculpante, por no exigibilidad de otra conducta.

C) Que el bien que se salvaguarda sea de mayor valía que el que se lesiona. Evidentemente en este supuesto nos toparemos con una de las hipótesis de delito.

(39) ANALES DE JURISPRUDENCIA. TOMO XIV. p. 243

Jiménez de Asúa sostiene que "corresponde al dogmático decidir que unas veces, cuando el conflicto sea entre bienes desiguales el estado de necesidad es una causa de justificación, mientras que, en otros cuando colisionen dos bienes iguales, será una causa de inculpabilidad."(40)

Los requisitos del estado de necesidad para que tenga válidez como justificante son:

A) La existencia de un peligro. Es la probabilidad de que se lesione un valor jurídico. Esta situación puede provenir de uno de los sujetos inocentes, de un tercero, de la naturaleza o de los animales.

Porte Petit dice que "en relación al peligro podemos señalar estas hipótesis:

a) Que el peligro amenace a un bien o más, que no se encuentren en conflicto, y que para salvarlos se requiera sacrificar otro y otros bienes que no estaban en peligro.

b) Que el peligro amenace dos o más bienes en conflicto".(41)

c) Real. Es todo aquello que existe positivamente, que tiene verdadera y positiva existencia. No podría amparar esta justificante a aquel peligro que solamente existe en la imaginación del sujeto, aunque cabe señalar que en el caso de que el sujeto estimara que se encuentra ante un peligro por error, la conducta no logrará justificarse, si bien será exculpada.

(41) PORTE PETIT, CELESTINO. Ob. Cit. p. 544

d) Grave. La gravedad del peligro dependerá de la apreciación subjetiva, atendiendo a las cualidades personales del sujeto y a las cualidades de las circunstancias que concurren en el delito.

e) Inminente. Es el peligro real y grave que está pronto a suceder, que será consecuencia inmediata de la situación.

f) Actual. Así como en la legítima defensa, en el estado de necesidad es indispensable la actualidad en el peligro o bien la inminencia.

Aquí, en conclusión, existe una pugna entre intereses legítimos y la acción justificada del que salvaguarda el valor tutelado más importante. En el estado de necesidad hay dos personas inocentes que luchan por la salvación de un bien puesto en peligro, que puede ser originado por una de las personas que intervienen en el estado de necesidad, o por causas ajenas a ella. Puede obrarse en contra de una persona o un animal o una cosa, siempre impulsado por el ánimo de conservación. Cuando la conducta se justifique en el estado de necesidad no existe reparación del daño; si el peligro es evitable, la huida es obligada.

La tutela de los bienes debe extenderse a todos los valores que protege la Ley penal; en cuanto a las personas, se ampara la propia y la de los terceros.

Hay un límite en la obligación de auxiliar a terceros, que se traduce en que el sujeto no está obligado a ir en defensa de un tercero cuando exista riesgo personal.

Puede acogerse al estado de necesidad la persona que haya

provocado el peligro culposamente, es decir, violado un deber de cuidado que las circunstancias y sus condiciones personales le imponen; no así quien lo provocó dolosamente.

Por lo que hace al ejercicio de un derecho, hemos de decir que tal concepto es el sustento de todas las causas de justificación; a la legítima defensa le asiste el derecho a la defensa, al estado de necesidad lo funda el derecho a manifestar el instinto de conservación.

En el ejercicio de un derecho propiamente dicho, se trata de encausar la actividad o la inactividad a los cánones legales.

Tenemos que puede invocarse como una causa de justificación personal, obrar en el ejercicio de un derecho legalmente conferido al autor material de una conducta típica.

Por ejercicio de un derecho se entiende la lesión o puesta en peligro de un valor jurídicamente tutelado, cuando al actuar se ejercita un derecho expresamente consignado en la Ley. En el ejercicio de un derecho existe una colisión de valores jurídicamente tutelados, en donde queda a elección del sujeto poner en práctica ese derecho o abstenerse de tal actitud.

Zaffaroni nos dice que: "el precepto penal tien por objeto: a) precisar que no son antijurídicas las conductas típicas que se realizan en ejercicio de un derecho conferido por cualquier precepto permisivo emergente de cualquier parte del orden jurídico; b) a través de esa precisión conceptual recalcar suficientemente la vinculación que mediante

la antijuridicidad conecta al derecho penal con la totalidad del orden jurídico como tal."(42)

El cumplimiento de un deber también está comprendido dentro de las causas de justificación personales y se traduce en que el sujeto obra en el cumplimiento de un deber que la Ley le impone.

En esta justificante existe una pugna entre dos bienes en donde triunfa, con base en el principio del interés preponderante la conducta que protege el valor jurídico al que la Ley y la sociedad le confiere mayor importancia.

Se justifica a quien obra en el cumplimiento en un deber, cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente protegido, al acatar un deber ordenado por una Ley Penal o extrapenal, o impuesto por las circunstancias.

Obrar en el cumplimiento de un deber se traduce en una obligación, ya que no es posible elegir entre la realización o no del deber impuesto. El deber tiene que cumplirse.

Entendemos que solamente puede invocar esta justificante la persona a quien le sea impuesto en forma personal o general el deber, a través de un ordenamiento legal de cualquier otra índole, o por una autoridad en ejercicio de sus funciones.

Por último el impedimento legítimo como una justificante de carácter personal, fundada en el principio del interés preponderante, se

(42) ZAFFARONI, RAUL. Ob. Cit. p. 494

traduce en una colisión de deberes; existe cuando se deja de cumplir un deber legal por cumplir con otro de mayor entidad, igualmente legal o por cualquier otra causa fuera de lo legal por justa.

Para que pueda justificarse quien actúa por un impedimento legítimo, éste debe ser insuperable y justo. Lo insuperable puede ser por una fuerza natural o animal.

El impedimento legítimo al igual que en el estado de necesidad prevalece el ánimo o instinto de conservación.



**ANTI JURIDICIDAD EN EL EJERCICIO**

**INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO**

Atento a lo expuesto, hemos de decir que en nuestro delito a estudio existirá antijuridicidad cuando en el análisis de determinada conducta que suponga la violación del artículo 226 del Código Penal Federal vigente, dicha conducta no esté amparada por una causa de licitud o justificación. Obviamente es menester que tal conducta sea típica.

Ahora bien, por lo que hace a las causas de justificación, hemos de concluir que en nuestro delito a estudio se puede dar como excluyente de la antijuridicidad, tan sólo el estado de necesidad.

En efecto, no puede afirmarse que en el artículo 226 del Código Penal Federal aparezca la legítima defensa, como causa de incriminación que justifique la conducta típica del sujeto activo. Esto es así por cuanto la violencia que se requiere en el ejercicio indebido del propio derecho, en primer término emana del autor material del delito. Es decir, la conducta violenta la inicia el autor, quien a la postre y por este motivo, jamás podrá acogerse a dicha excluyente.

No debe confundirnos, sin embargo, que la legítima defensa sea propiamente el ejercicio de un derecho, a saber; el derecho de defensa y que como tal pueda en determinado caso ser ejercitado indebidamente. Empero esta cuestión es a todas luces ajena al caso planteado. No se trata aquí de analizar a la legítima defensa como tal, sino de plantearnos la interrogante en el sentido de que si tal excluyente puede aparecer en el ejercicio indebido del propio derecho. No obstante consideramos, que si la legítima defensa se ejercita indebidamente pues sencillamente se anularía como excluyente o en su defecto se daría el llamado exceso en la legítima defensa.

En torno al estado de necesidad hemos de decir que, a diferencia de la legítima defensa, esta excluyente sí puede darse como causa de justificación en el sujeto activo del delito de ejercicio indebido del propio derecho. En efecto, se puede ejercitar un derecho indebidamente pero no por ello el sujeto tendrá responsabilidad, si en el caso concreto aparece que ha existido un peligro grave, actual o inminente, proveniente de la naturaleza o de los animales que justifique dicha conducta (ejemplo: el guardavías que frena un tren en vez de cambiarlo de vía y a consecuencia de ello resultan lesionadas personas, toda vez que si no lo hace habría un desastre ferroviario o el agente de la policía encargado de la aprehensión de un sujeto que utiliza la violencia para llevar a cabo dicha orden, toda vez que el delincuente amenazaba con lesionar o matar a un tercero).

Por otra parte resultaría un contrasentido pensar que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber pudieran operar

como justificantes de nuestro delito a estudio, toda vez que el hecho de que deben de estar consignados en la Ley, hace imposible su operancia como causas de licitud. La Ley penal no puede prescribir normas (derechos o deberes) indebidos.

## C U L P A B I L I D A D

Si existe una cuestión en el Derecho Penal que haya causado grandes polémicas ha sido la culpabilidad. Moises Moreno comenta al respecto: "Entre los conceptos que han sido objeto de rigurosos exámenes, para determinar si de desempeñan realmente una función o si cumplen con los fines que teóricamente se les asigna no sólo desde el punto de vista dogmático sino también y fundamentalmente desde la perspectiva político criminal, está el de la culpabilidad".<sup>1</sup>

Son tres las teorías dedicadas al estudio de este elemento, a saber: Psicologismo, normativismo causalista y normativismo finalista. Cada una de ellas posee una determinada concepción del delito, que se estructura con diversos pensamientos filosóficos y jurídicos. La culpabilidad ha pasado por dife rentes estadios, que van desde aquéllos que la consideran como simple causalidad material, hasta los que la fundamentan con base en un juicio de valoración.

Antes de analizar qué es la culpabilidad y cuáles son los elementos, hablaremos un poco del causalismo y del finalismo, debido a que estos pensamientos son el sostén de las doctrinas que se encargan de estudiar la culpabilidad.

En la acción causalista se le dió más importancia al proceso que se desarrollaba en el mundo exterior que al contenido de la voluntad del sujeto. Hans Welzel explica: "A fines del siglo pasado, bajo la influencia de las ciencias mecánicas, penetró en la ciencia del derecho penal esa teoría, que dividió a la acción en dos partes constitutivas distintas: El proceso causal exterior, por un lado, y el contenido puramente subjetivo de la voluntad por el otro."<sup>2</sup>

Se hablaba de una acción carente de todo matiz subjetivo, con tintes puramente causales. En la tradicional concepción Italiana el delito tenía sola

1. MORENO HERNANDEZ, MOISES. Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales en Torno a la Culpabilidad. p. 1
2. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista. pp. 24 y ss.

mente dos elementos: La conducta por un lado (aspecto objetivo puro) y la culpabilidad por el otro (aspecto subjetivo puro).<sup>3</sup>

El concepto causal de la acción tiene dos polos: En uno encontramos un aspecto natural y en el otro es social. Desde cualesquier de estos ángulos que se la mire, la acción hallábase relacionada con el acontecer exterior.

En la acción natural se valoraba a aquél resultado que era el efecto lógico de la conducta; se considera que la voluntad es la pura consecuencia causal y natural de la voluntad. Acto volitivo y resultado se enlazan mediante un nexo causal natural.

Por acción social se entiende a la causación de un hecho socialmente relevante. Se cree también que el vínculo entre la voluntad y el resultado es causal natural, aunque únicamente importa el resultado que destruye o lesiona - los valores fundamentales de la sociedad.

La voluntad se la excluye del contenido de la conducta, ya que al acto de volición puede ubicársele solamente en la culpabilidad. En resumen: Por acción natural o social se entiende el puro efecto causal de la voluntad.

Hans Welzel sintetiza: "Este concepto causal de la acción ha constituido el fundamento del sistema del Derecho Penal. Antijuridicidad y culpa (culpabilidad) fueron distribuidas en el efecto subjetivo de la voluntad. La antijuridicidad se refiere al suceso exterior objetivo (la lesión causal de bienes jurídicos; la culpa (culpabilidad) se refiere a la relación psíquica del autor

3. Cfr. PETROCELLI, BIANGO. La antijuridicidad, p. 12

con el resultado. Así apareció haberse alcanzado una estructura clara del Derecho Penal. La antijuridicidad y la culpabilidad se diferenciaron respectivamente como la parte objetiva y subjetiva del delito. El desarrollo ulterior de la dogmática penal ha demostrado que estas apariencias han engañado".<sup>4</sup>

La construcción del delito con base en el causalismo es adoptada por los psicologistas, quienes además le dan a la culpabilidad el contenido de: Dolo, Culpa y en algunos casos preterintención. En su concepto la culpabilidad es el nexo psicológico que une al autor con el resultado.

Posteriormente los normativistas causalistas ampliaron la constitución de nuestro elemento y llegaron a hablar de un dolo o culpa reprochables.

Surgió en la doctrina una nueva concepción en torno a la construcción de la conducta, que llegó a afectar a toda la estructura del delito. Tal fue el finalismo. Con el finalismo cambia el contenido de la conducta, del tipo y de la culpabilidad y al mismo tiempo la concepción del delito.

En Alemania propugnan el concepto de la finalidad primeramente Von Weber, Graf Zu Dohna y Mayer. Les siguen la ruta Welzel, Niese, Busch, Kaufmann, Streterwerth y Maurach, entre otros. Gallas y Bockelman, sin conceder, aceptan las consecuencias dogmáticas que se derivan de la nueva teoría.<sup>5</sup>

El mérito de retomar la teoría finalista de la acción y adecuarla a la dogmática del delito se le atribuye al Alemán Hans Welzel. Sobre la base de la finalidad, se niega que la acción jurídicamente relevante sea sólo "causación de un resultado antijurídico".

4. WELZEL, HANS. La Teoría de la Acción Finalista. p. 25

5. Cfr. REINHART, MAURACH. Tres Conferencia. p. 314



Reinhart Maurach ha dicho: "Con ello, se llegó a diferenciar entre tipos preponderantemente 'causales' y hechos punibles en su mayoría 'finales', es decir, caracterizados por los fines del agente".<sup>6</sup> A partir de este momento, ya no podría concebirse que el hombre despliegue una conducta sin basarla en la finalidad. Desde que el ser humano se decide a la acción o a la omisión, lo hace con un cierto fin.

Queda firme que la acción es la actividad finalística humana. Esta finalidad descansa sobre el supuesto de que el individuo, cuando conoce el rumbo de la causalidad, puede prever hasta en cierto grado los efectos de la conducta y encausarla hacia un fin determinado. Las Leyes de la causalidad pueden ser controladas por el deseo humano, hasta ciertos límites.

Toda persona tiene la posibilidad de realizar acciones dolosas. El do lo es la voluntad de acción, existe de manera potencial en todos los individuos; inclusive los inimputables y los niños son capaces de realizar conductas dolo sas. La voluntad siempre se manifiesta dirigida a un fin. Manifestación de do lo; quien es capaz de realizar actos volitivos, tiene también la capacidad de darles cierta intensidad dolosa a esas conductas.

La potencialidad de voluntad puede manifestarse en un acto doloso o culposo. El tipo protege la descripción de lo que anteriormente había sido con siderado como culpabilidad (dolo y culpa).<sup>7</sup> Reinhart Maurach concluye "Dirigiendo finalmente, causando causalmente, el autor consigue el resultado compre nido por su dolo: Se produce la muerte; el delito está consumado, el tipo está cumplido."<sup>8</sup>

6. REINHART, MAURACH. Tres Conferencias. p. 312

7. Cfr. REINHART, MAURACH. Tres Conferencias. p. 333

8. REINHART, MAURACH. Tres Conferencias p. 320

Para la constitución de la acción se dan tres elementos: Voluntad, manifestación de voluntad y resultado. En el delito doloso la finalidad se dirige a estos tres momentos; en cambio, en el delito culposo se avocará solamente a los dos primeros.

Reinhart Maurach expresa: "Finalidad y causalidad se distinguen de la forma siguiente: La causalidad es el producto de una serie metódica, cuyas relaciones exigen una aclaración objetiva posterior; la finalidad, precisamente porque conoce las leyes de la causalidad, evalúa por un cálculo aproximado ese conocimiento; interpone de modo final aquellos medios cuya aplicación conducirá al suceso causal. Dice Welzel: 'Causalidad es producir ciego, finalidad producir -vidente'.<sup>9</sup>

Hans Welzel, expone: "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es por lo tanto, un conocimiento 'finalista' y no solamente 'causal'. La 'finalidad' o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinadas escalas las consecuencias posibles de su actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la consecución de esos objetivos."<sup>10</sup>

Así una acción finalística, en sentido estricto, tiene un sentido ambivalente: Es finalista en razón de los resultados propuestos por la voluntad de concreción (voluntad humana final), y si esa acción produce además otros resultados forzosos de naturaleza secundaria, indudablemente será causal.

9. REINHART, MAURACH. Tres Conferencias. p. 323

10. WELZEL, HANS. La Teoría de la Acción Finalista. pp. 19-20

### 1. Concepción psicológica de la culpabilidad.

En un principio, la culpabilidad no conocía más forma que la mera causalidad material; una persona era declarada culpable, tomando en cuenta solamente las consecuencias que se producían con su conducta activa u omisiva, sin que contaran para nada su voluntad ni su intención.

Se intenta superar el principio de la responsabilidad objetiva, estructurando una teoría que toma sustento en la situación anímica que debe existir entre el sujeto que despliega voluntariamente una conducta y el resultado que se ha de producir con ella, en donde además de la causalidad material se pone en juego la causalidad psíquica.

Esto es que la causalidad objetiva viene a quedar atrás de la subjetiva; así el aspecto psíquico cobra relevancia sobre todo aquello que es puramente material. Esta es la base en la cual descansa toda la construcción de la culpabilidad en la teoría psicológica.

El concepto de la culpabilidad desde el punto de vista psicológico, dominaba en la ciencia penal alemana hasta el principio del siglo XIX. En esta teoría nunca se dió una concepción unitaria de nuestro elemento, se habló del dolo, de la culpa y de la preterintención, como sus especies; en toda definición psicologista de la culpabilidad se hacían alusión a ellas.

Según los psicologistas, la culpabilidad ocupaba el lugar de género (sin concepto propio), que podía revestir tres especies: Dolo, culpa o preterintención. Mediante la comprobación de un nexo psíquico directo, indirecto o mixto, se hacía la declaración de culpable. La relación psicológica conocía estas tres

formas: Si existía de manera directa entre el autor y el resultado típico, se hablaba de dolo; cuando era indirecta se aludía a la culpa y si había una mezcla de ambos, había preterintención. La culpabilidad directa, indirecta o mixta, siempre se encontró en estrecha relación con la conducta humana voluntaria de un sujeto imputable. La culpabilidad era un vínculo de naturaleza psicológica que unía al autor imputable con su conducta típica y antijurídica.

Bellavista, quien se avoca a esta postura, quiso dar una definición genérica al decir que la culpabilidad era: "La relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona el acto querido o no querido, y aunque no - previsto, previsible."<sup>11</sup>

Francisco Carrara<sup>12</sup>, con su "teoría de las fuerzas" también se encuadra en esta corriente. Para él la culpabilidad es la fuerza moral que - mueve al sujeto a la acción; su contenido psicológico se lo da la intención con la que las personas actúan. Según su concepción, la intención tiene dos especies: a) Directa y b) Indirecta. Sobre ellas se apoyan el dolo y la culpa, - respectivamente.

En esta teoría no se distingue entre la culpabilidad y la imputabilidad, tampoco en las causas por las que se excluyen la una y la otra. La culpabilidad psicológica en la concepción de Carrara se agota en el momento - preciso en que se establece el nexo psíquico entre el sujeto y su individual conducta.

Para este autor el delito es un ente jurídico que se encuentra

11. Cfr. VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad. p. 20

12. Cfr. C. NUREZ RICARDO. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de James Goldschmidt. p. XX

compuesto solamente por dos elementos: Conducta (Fuerza material) y culpabilidad (Fuerza moral).

Sebastián Soler también se define en el psicologismo, aunque en una forma más evolucionada. Para construir su teoría parte de las fuentes de la responsabilidad que, de acuerdo con Fauconnet designan al sujeto pasivo de la sanción y prescriben cómo es que debe ser escogido.<sup>13</sup> El principio de la culpabilidad - para Soler, es la condición para poder aplicar una pena. La culpabilidad propiamente dicha, es un problema de índole psicológica: La relación que deberá existir entre un delito y su autor.<sup>14</sup>

En realidad a la teoría de Sebastián Soler bien podría llamársela "Psicologismo-normativo" o bien, teoría mixta, ya que en esencia habla de dos elementos de la culpabilidad que son:

1. La relación entre el sujeto productor de un delito y el orden jurídico existente (elemento normativo), y
2. El vínculo subjetivo que se da entre el autor y el resultado delictuoso producido (elemento psicológico).

Ignacio Villalobos dice: "La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandamientos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa".<sup>15</sup>

13. SOLER, SEBASTIAN. La Razón de la Culpabilidad. p. 15

14. SOLER, SEBASTIAN. La Razón de la Culpabilidad. p. 15 ss.

15. VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. p. 279

Olga Islas y Elpidio Ramirez expresan: "La culpabilidad se reduce a los dos momentos como el sujeto se vincula con el hecho ilícito, o sean: El dolo y la culpa. Dicho de otra forma la culpabilidad se agota con el dolo y la culpa. Representan el dolo y la culpa las dos especies del género culpabilidad".<sup>16</sup>

En el psicologismo pues, la concepción genérica de la culpabilidad sería: "Es el vínculo psíquico que se da entre el autor de una conducta y el resultado dañoso que se produce con ella".

Esta relación se funda en el nexo psicológico y de él recibe su nombre la teoría en estudio. La culpabilidad en esta postura reside en la actitud subjetiva del hombre.

La culpabilidad en el psicologismo es: la realización de la conducta manifestada mediante una acción u omisión, que puede ser desplegada en uno o varios actos, cuando se dirige la intención a la conducta y al resultado; sólo a la conducta, aceptando un resultado si se produce, o cuando se dirige a la conducta y a un resultado pero forzosamente se ha de producir otro que se acepta - (dolosa).

O cuando se obra con imprevisión de un resultado fácilmente previsible, o que se prevé con la esperanza de que no se realizará o se cree que podrá evitarse (preterintencional), en una mezcla de dolo y culpa.

Por último existe una hipótesis en la que no se da la culpabilidad, aunque tampoco la inculpabilidad, pese a que constituye un supuesto de no delito. Es decir, nos referimos al límite de la culpa y de la culpabilidad misma. El ca

16. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 18

so fortuito ha sido definido por los autores como la no previsión de lo imprevisible.<sup>17</sup> Lo conceptuamos así: Hay caso fortuito cuando se quiere la conducta aun que no el resultado, el cual podría tener un mínimo de previsión; empero el sujeto no logra evitarlo, ya que es inevitable, al intervenir en el caso concreto las fuerzas de la naturaleza o de los animales.

En síntesis, habrá culpabilidad en el psicologismo cuando se logre establecer una relación entre el agente y el resultado delictuoso, con base en características psicológicas, si además se ha desplegado una conducta típica y antijurídica.

Para poder calificar de culpable al autor de una conducta típica desde el punto de vista de los psicólogos, siempre deberá existir como presupuesto la antijuridicidad y el juicio de valoración se hará con base en la voluntad e intención de un sujeto imputable.

En algunos psicólogos fueron tratadas tres especies: Dolo, culpa y preterintención. Otros pensamientos solamente consideraron a las dos primeras y a la preterintencionalidad la estimaban como una de las formas del dolo. El ámbito de la culpabilidad se desenvuelve en el vínculo psicológico que une al sujeto con su conducta. La antijuridicidad y la imputabilidad, a su vez, son elementos del delito y siempre serán presupuestos de la culpabilidad atendiendo a que en el orden lógico que debe prevalecer entre sus componentes deberán aparecer con antelación a ella.

Olga Islas y Elpidio Ramírez nos dicen: "Los psicólogos hacen consistir la culpabilidad en el nexo psicológico existente entre el hecho y su au

17. Notas de Cátedra del Derecho Penal I, del Dr. Porte Petit.

tor. Esta relación subjetiva, en los delitos dolosos, se identifica con el dolo, y, en los culposos, es lo mismo que la culpa. No hay más contenido en la culpabilidad. Por ello, el dolo y la culpa son dos especies de aquella. Cada una de estas especies constituye, por sí misma 'la' culpabilidad, de manera que hay culpabilidad cuando existe el dolo o, en su caso, la culpa, y no hay cuando falten ambas especies".<sup>18</sup>

Se ha dicho que el dolo es la primera y superior especie de la culpabilidad psicológica. El delito es siempre concebido como el producto de una acción u omisión humanas; desde luego debe encontrarse en estrecha relación con la intención, puesto que una vez que ha sido superada casi por completo la ahora inperante fórmula de los delitos calificados por el resultado, no podría decirse que hubiera culpabilidad sin la existencia de este elemento subjetivo.

Conceptuamos al dolo como la intención con la cual el agente orienta su conducta hacia la realización de una conducta típica, al representar en su mente las consecuencias que ésta traerá, queriendo o aceptando el resultado que se ha de producir con la acción u omisión voluntarias.

Se ha tratado de definir al dolo como la voluntad, con una consecuencia directa que el autor prevé y realiza con deseo.<sup>19</sup>

Porte Petit nos da una definición de culpabilidad psicológica, que más bien podría avocarse a la concepción del dolo: "... lo que quiere decir, que contiene elementos: uno volitivo o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional, y otro intencional."<sup>20</sup>

18. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ.- El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 16

19. Cfr. PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal. p. 11

20. PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. p. 49



Gramaticalmente dolo significa engaño, fraude, simulación y en los delitos plena deliberación o advertencia. En su desarrollo histórico, el término ha tenido diferentes acepciones; así se le ha utilizado como sinónimo de ingenio, astucia, odio, simulación, falacia, disimulo, malicia, maquinación, etc.

Con los progresos de la Edad Media, en Alemania se le emplea para hacer referencia a la conducta voluntaria. Ya más elaborado aparece en Roma; se le identificó con la "mala intención". En España aún se distingue entre "dolo bueno" y "dolo malo"; a éste último se le compara con la "malicia", que predomina todavía en algunos delito-tipos.<sup>21</sup> En la actualidad no consideramos que exista razón alguna para que en el Derecho Penal se distinga entre "dolo bueno" y "dolo malo", habida cuenta de que si el dolo es la intención de cometer el delito y así, forzosamente debe ser un "dolo malo".

Von Liszt definió al dolo como: "Representación del resultado que acompaña a la manifestación de voluntad".<sup>22</sup> Bernardino Alimena nos dice que el dolo es "tanto la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho como la representación de un hecho ante el que no retrocede la voluntad"<sup>23</sup> Giuseppe Maggiore afirma que el dolo es: "La libre y consciente determinación de la voluntad encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal ... Dolo es la intención de causar un resultado antijurídico."<sup>24</sup>

De acuerdo con estas definiciones podremos notar que en la estructura del dolo existen varias teorías, de las que sobresalen la de la voluntad y la de la representación. La teoría de la voluntad descansa sobre una base ética: El

21. Cfr. CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios al Código Penal. p. 213

22. Cfr. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p.18

23. Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo V, p.392

24. MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal. Tomo I, p. 576

general de delinquir, cuando el delito tipo no exige una determinada dirección de la voluntad.

**Dolo específico:** Intención especial con que el autor orienta su conducta para llevarla a cabo sobre determinada persona o cosa, o con cierto ánimo especial. Hay en él representación genérica y específica. Edmundo Mezguer lo ha definido como una determinada dirección subjetiva de la voluntad.<sup>25</sup>

Esta forma culpable posee elementos propios que la constituyen y que son:

A) Intelectual o cognoscitivo (conocimiento), que comprende tres momentos: a) Conocimiento de que se realizan conductas o hechos que revisten carácter delictuoso y que se encuentran previstos en un delito tipo. b) Conocimiento de la realidad fáctica y jurídico-penal o extrapenal, y c) Conocimiento de que la conducta o hecho son antijurídicos.

Alejandro Ruz García, señala: "Se designan elementos intelectuales del dolo a la conciencia de violar el deber y al conocimiento de que el hecho se halla descrito en la ley. No con el conocimiento de un estudioso del derecho, si no de aquél que nos brinda el sentimiento común, el de tener la conciencia de que nuestro acto es contra el derecho."<sup>26</sup>

B) Volitivo o emocional (voluntad), se traduce en querer ejecutar - una acción u omisión típicas. Tiene al igual que el elemento intelectual un carácter subjetivo, puesto que se refiere a la intención del sujeto. El elemento volitivo es la base de toda la construcción del psicologismo, que requiere para que exista la culpabilidad una relación de carácter psíquico entre el sujeto y su conducta.

26. Ruz García, Alejandro. Culpabilidad e Inculpabilidad en los Delitos con Contra de la Vida y la Salud Personal en el Código de Guanajuato. p. 66

Por lo que se refiere a su intensidad, el dolo puede ser de mayor o menor grado, aún cuando se aduce que si el delito es cometido con intención - ésta debe de ser plena. La forma más grave del dolo lo será el dolo premeditado o simplemente premeditación. La más leve lo es el dolo de ímpetu. Entre ambos se dan distintas medidas.

El dolo es consecuencia de la voluntad; por lo tanto, el momento volitivo debe ser sometido a una intensa valoración. También debe comprenderse que si al dolo se le clasifica, es posible hacer una graduación de él porque no todos suponen igual grado de intención.<sup>27</sup>

Como segunda especie de la culpabilidad se habló de la culpa. Cabe hacer notar que para referirnos al género (culpabilidad), el adjetivo a emplear es "culpable", y que al hablar de su segunda especie se utilizará el término "culposo".

La culpa ocupa un segundo plano respecto al dolo, aunque no por - ésto el dolo es más importante que la culpa, puesto que tanto el uno como la otra juegan idéntico papel en la teoría psicológica, al menos por cuanto hace a su estudio. De entrada, para mostrar que no ha habido culpa, debe demostrarse la "no intención de producir el resultado". En un tiempo llegó a confundirse a la culpa con la falta de voluntad; así Enrique Ferri denominó, a los delitos provocados por culpa, "involuntarios".<sup>28</sup>

Estimamos que la culpa conlleva la voluntad dirigida a la realización de la conducta, lo que no se quiere es el resultado, que ocurre a consecuencia de la violación de un deber general de cuidado que personalmente le incumbe al autor.<sup>29</sup>

27. Cfr. ANTOLISEI, FRANCESCO. Manuali DI Diritto Penale. Parte Generale. pp. 256-258

28. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. pp. 305-307

29. El CPF de 1931, Introduce en las reformas del 13 de enero de 1984 esta posición. Cfr. Art. 9°

La culpa es la falta más o menos grave, cometidas a sabiendas y voluntariamente. Es la parte que se toma en una determinación y el modo en que ésta se ejecuta. Da motivo a exigir legalmente una responsabilidad.

No debe confundirse los términos "culpa" y "culpabilidad"; la primera es la especie del género, que es la segunda. La esencia de la culpa recae en la violación de un deber general de cuidado, que le incumbe al agente de acuerdo con las circunstancias y sus características personales.

La elaboración del concepto de la culpa se inicia en el derecho Romano, pasa por el canónico y finaliza en la Italia de la Edad Media. La culpa se basa en la previsibilidad que el agente debe tener de los resultados que puede producir con su acción u omisión voluntarias. Es cierto que la culpa necesita para su configuración de la previsibilidad, aunque ésta debe de ser posible; si no se podría hablar de esta forma culpable.

En los casos en que no es posible que se realice el acto de previsión por intervenir las fuerzas naturales o animales la doctrina ha hablado del caso fortuito.<sup>30</sup> La actitud que se pena es aquélla que subestima la posibilidad de que el daño ocurra, o la previsión del mismo que no se evita.

Esta especie de culpabilidad se clasifica en:

I. Culpa con representación, previsión, consciente o luxuria. Consiste en que el agente ejecute una conducta voluntaria, previendo el resultado, y que su impulso de actuar se deba a la esperanza de que aquél no se producirá. En ella se subestima la posibilidad de que el resultado se produzca o se cree que

30. NOTAS DE CATEDRA DE DERECHO PENAL I, DEL DR. PORTE PETIT.

que podrá evitarse. Conlleva un vicio de la voluntad: Un error de apreciación, que hace que el sujeto considere que no ha de presentarse el resultado.

II. Culpa sin representación, inconsciente, sin previsión o negligencia. El autor realiza una conducta voluntaria, más no prevé el resultado que ella puede acarrear, cuando éste es fácilmente previsible. Este acto de - previsión debe estar al alcance del común de la gente, el resultado debe ser potencial. El autor no prevé el resultado porque no se esfuerza para ello, su voluntad se encuentra viciada por un error de atención.

Las dos formas de la culpa encuentran su fundamento en la previsibilidad de las consecuencias que se producirán como efecto causal del comportamiento humano. En ambas el ejecutor de la conducta puede y debe obrar de otra manera, adecuando su acción y omisión a los requerimientos del Derecho. La Ley penal le impone a todos los individuos el deber de actuar con el debido cuidado; es requisito indispensable para hablar de la culpa, que este deber no sea atendido.

Estas especies tienen su delimitación; la de la culpa consciente la marca el dolo eventual, en el cual el resultado posible no era requerido aunque sí se le previó y, al producirse se le aceptó; la de la culpa inconsciente - nos la da el caso fortuito, donde no se prevé lo que es imprevisible.<sup>31</sup>

A su vez, la culpa como especie de la culpabilidad tiene sus formas. Los modos en que puede manifestarse la culpa lo son: la impericia y la ineptitud, deficiencias, una de carácter técnico y otra de origen natural.

31. NOTAS DE CATEDRA DE DERECHO PENAL I, DEL DR. PORTE PETIT.

Para que pueda hablarse de la impericia debe existir esa falta de cuidado por parte del agente, quien se comporta sin sabiduría, práctica, experiencia o habilidad. A falta de precaución se deberá abstener de actuar. En la última instancia a la ineptitud se la comprende dentro de la impericia, dado que - significa que se realiza la conducta cuando se sabe que se es inhábil, inepto o incapaz.

La culpa puede referirse tanto a la conducta activa como a la omisiva, siempre que se las realice violando un deber de cuidado de carácter general (erga omnes), que le incumbe en forma personal al agente.

La preterintención, es la tercera especie de la culpabilidad que había sido y sigue siendo aceptada nada más por los psicólogos.

Se la ha llamado "dolo preterintencional", praeter dolo, "delito con resultado preterintencional", "culpa determinada por el dolo", colpa informata al dolo, colpa mista a dolo, "ultraintención", "delito con exceso en el fin", y hasta se la ha considerado "delito calificado por el resultado".<sup>32</sup>

La estimamos con una mezcla de dolo y culpa, como lo hace Porte Petit<sup>33</sup>. En ella concurren el dolo dirigido al resultado menor y la culpa con respecto al resultado mayor que se produce como consecuencia de violar un deber de cuidado.

Al resultado mayor que se obtuvo, no se le quiso; se le previó, - con la esperanza de que no se realizaría, o no se le previó aún cuando por su -

32. Cfr. CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios al Código Penal. p. 222

33. NOTAS DE CATEDRA DE DERECHO PENAL I, del Dr. PORTE PETIT.

esencia era fácilmente previsible. La raíz praeter le da su significación: "Más allá"; así resulta que la ultraintencionalidad quiere decir: ir más allá de la intención.

Los delitos dolosos son compatibles por cuanto hace a la intención y al resultado; en los culposos hay contrariedad entre el daño y la intención y en los preterintencionales se excede el resultado respecto a la intención.

Dentro del psicologismo se pretende que la preterintencionalidad sea sancionada en los mismos términos que el dolo, porque se considera que es igual a él.<sup>34</sup> Otra opinión estima que en el delito con exceso en el fin concurren tanto el dolo como la culpa, y por tal motivo la ultraintención debe recibir un tratamiento propio.

El resultado menor se quiso causar, se obró con dolo para lograrlo; al mayor nunca se le quiso ni se le aceptó, aunque se le previó con la esperanza de que no se realizaría o bien no se le previó siendo fácilmente previsible. Se pretende atacar esta posición, al decir que en un mismo resultado no pueden concurrir dos hipótesis de culpabilidad; es decir, que nunca pueden darse al mismo tiempo el dolo y la culpa.

Es obvio, el dolo y la culpa no pueden coexistir en un mismo resultado, aunque hablamos por todos los que defienden esta postura y anotamos que nadie ha dicho que sea cierta tal cosa; correctamente afirmamos que el dolo va dirigido al resultado menor y que el mayor se produce por culpa. Ocurren en este supuesto el dolo directo y la culpa con sus modalidades.

34. NOTAS DE CATEDRA DE DERECHO PENAL I, del Dr. PORTE PETIT.

## II. Concepción Normativa Culpabilidad (Normativismo).

El normativismo no se opone en forma abierta al psicologismo; toma de él sus bases, añadiéndole a la culpabilidad el juicio de reproche, de evidente carácter normativo, del cual toma su nombre la teoría en estudio. Al dolo y a la culpa sigue considerándolos dentro de la culpabilidad y a ésta la enmarca en la reprochabilidad que se puede hacer al sujeto imputable autor de una conducta típica y antijurídica.

Se considera que entre el sujeto y el resultado delictuoso, - que puede revestir un carácter jurídico o jurídico y material, debe existir un nexo con tintes psicológicos, la intención, relación que será valorada con base en elementos normativos o éticos, para determinar si al sujeto podría reprochársele su actuar y exigirle una conducta acorde con los postulados de Derecho.

Vela Treviño, nos dice "La culpabilidad está plenamente imbuida de un contenido psicológico, puesto que constituye el elemento de naturaleza subjetiva del delito, por el cual se establece la vinculación entre un resultado típico y antijurídico y una conducta que como tal, tiene la manifestación de voluntad especial del sujeto. Sin embargo, la culpabilidad no agota su concepto por esta simple vinculación de orden psicológico sino que requiere, además que entren en juego elementos normativos que serán debidamente valorados para determinar si, en cada caso particular, puede reprocharse al sujeto de haber guiado su conducta en forma diferente y, sobre todo, si legalmente le era exigible un comportamiento distinto al que realizó".<sup>35</sup>



Concretamente, la culpabilidad normativa es un juicio de valoración que se refiere al hecho psíquico; es un juicio de referencia que se hace con basamento en elementos normativos o éticos. Por medio de este juicio se le atribuye al autor una motivación reprochable, que se formula cuando el agente - está en la posibilidad concreta de que se le pueda exigir una conducta de acuerdo con lo que se estipula en las normas de derecho.

Como ya se dijo, fue Reinhart Frank<sup>36</sup> quien en el año de 1907 inició la teoría normativa de la culpabilidad. Lo más relevante de su pensamiento, consiste en que la culpabilidad surge como la responsabilidad que tiene el autor por las acciones u omisiones antijurídicas que ha realizado. No es solamente la relación que existe entre la conducta y el ordenamiento jurídico; es además el reproche personal contra agente, al actuar, debió haber acatado las exigencias de la norma jurídica. Cuando el sujeto en el momento de su acción - podía haberse motivado de acuerdo con los postulados del derecho, se le reprochará su actuar; en esto radica la esencia de la culpabilidad normativa.

La culpabilidad se encuentra en la voluntad, esto es cuando el hombre tiene conciencia y quiere desplegar la conducta, y fundamenta el juicio - de reproche personal contra el agente. La esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad: Es el poder de la motivación del autor de acuerdo con las normas de Derecho.

El propio Frank, con el transcurso de los años, haría modificaciones a su pensamiento; así, en el texto de 1907 hablaba de la culpabilidad como "reprochabilidad" y tomaba como sus presupuestos a la imputabilidad, al dolo

36. Cfr. REINHART FRANK. La Estructura del Concepto de Culpabilidad.

y a la culpa y al estado de normalidad de las circunstancias "concomitantes" bajo las cuales el autor obra. Para 1911 sustituye las circunstancias normales - concomitantes con la "motivación normal". En 1924-1926 habla de la "libertad" o del "dominio del hecho". En fin, hacia 1929 la culpabilidad es, para Reinhart Frank, "reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible".<sup>37</sup>

En el pensamiento de Frank expuesto en 1907, al hablar de las circunstancias concomitantes, nos dice que sirven para agravar o atenuar la culpabilidad.

Las circunstancias concomitantes y los motivos determinantes sirven para fundamentar la reprochabilidad y la exigibilidad y también para graduar la pena. Asimismo, dice que las legislaciones establecen un patrón para medir la culpabilidad; la culpabilidad es igual a la reprochabilidad; esto a su vez es síntesis de: I. Imputabilidad; II. Dolo o culpa y III. Circunstancias concomitantes. Frank nos dice: "Un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido".<sup>38</sup>

Para fundamentar el reproche muestra tres aspectos: A) Actitud espiritual normal del autor (imputabilidad); B) Posible o concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión (culpa y dolo) y C) Normalidad de las circunstancias del hecho que pertenecen al tatbestand legal o que agravan la penalidad, concomitantes a la actuación voluntaria".<sup>39</sup>

37. CITADO POR JAMES GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. p.4

38. REINHART FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. p. 25

39. REINHART FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. p. 21

En el aspecto negativo de la culpabilidad habla del error de hecho como causa de exclusión, porque ésta es una circunstancia negativa del tatbestand. Y dice que "el dolo queda excluido y cuando mucho podrá plantearse la cuestión de la imprudencia".<sup>40</sup> Hay imprudencia cuando con la debida diligencia del autor podría haberse evitado el error.

Entre los autores normativistas descuellan, además de Reinhart Frank ("Sobre la estructura del concepto de culpabilidad"): James Goldschmidt ("Culpabilidad Normativa"): Bertheld Freudenthal ("Culpa y Reproche"), Edmundo Mezguer ("Tratado de Derecho Penal") y Schmidt ("Lehrbruch"), quienes con sus pensamientos tratan de perfeccionar la teoría de la culpabilidad normativa.

Para Goldschmidt<sup>41</sup> la culpabilidad se construye con la imputabilidad, el dolo o la culpa y la motivación normal, que no son elementos de la culpabilidad como creyó el psicologismo, sino que ocupan el sitio de sus presupuestos. El dolo y la culpa son los grados de la culpabilidad y no especies de la misma. La culpabilidad no es otra cosa que el reproche de una conducta típica y antijurídica. Distingue entre la norma de derecho y la norma de deber. Esta última es la que fundamenta a la culpabilidad.

Las normas de deber son aportadas a la ciencia juríco-penal - por Goldschmidt, representante de los normativistas. Constituyen el sustento de la causa de inculpabilidad denominada "no exigibilidad de otra conducta". "A toda norma de derecho (Imperativo categórico), sea prohibitiva o prescriptiva, le corresponde una norma de deber que viene a formar un imperativo hipotético. Se diferencian de los otros tipos de normas en que éstas funcionan con base en una hipótesis de la realidad fáctica (circunstancias concurrentes)"<sup>42</sup>

40. REINHART FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. p. 43

41. ESTO SOSTIENE JAMES GOLDSCHMIDT. En su Obra la Concepción Normativa de la Culpabilidad

42. FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital de Derecho. p. 10

Freudenthal, cuando nos habla de la culpabilidad, considera a la imputabilidad, al dolo, a la culpa y a la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad, tal y como lo hacen Goldschmidt y Frank.<sup>43</sup> Este autor, nos dice Olga Islas y Elpidio Ramirez, "no se limita, sin embargo, a reproducir las tesis de Frank y Goldschmidt, sino que procura unificar todos los casos en los que, a pesar de la existencia del dolo o de la culpa, se suprime el reproche de la culpabilidad".<sup>44</sup> Completa la noción de la exigibilidad, cuando habla de la "no exigibilidad del actuar adecuado a derecho."

Mezger piensa que "la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente".<sup>45</sup>

El conjunto de los presupuestos a que se refiere Edmundo Mezger son los presupuestos para que la acción típica y antijurídica sea penada como culpable, y a la vez fundamentan a la culpabilidad. El total de dichos presupuestos se forman por: 1) Una determinada situación de hecho, que siempre aparece como psicológica y 2) Un juicio de valoración sobre la situación fáctica de la culpabilidad (reproche).

En la teoría general de la culpabilidad, Mezger suele hacer el estudio de los siguientes temas: 1) Nociones Generales de la culpabilidad Jurídico-Penal; 2) La Imputabilidad; a) imputabilidad y b) inimputabilidad; 3) De la culpabilidad y de sus formas, y 4) De las causas que excluyen a la culpabilidad. Los psicólogos declaran que el delito como ente jurídico es una infracción; por ello los normativistas, en especial Mezger, sienten la necesidad de de

43. CITADO POR OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. pp.28-29

44. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 29

45. EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p. 10

sarrollar los elementos del delito, considerado como una infracción a la Ley.

Este autor estima que la culpabilidad es una situación de hecho, a la que se valora sobre reglas morales. Tiene como punto de partida esa situación que en su origen es psicológica y vive en el interior del sujeto. La situación de hecho se eleva a la categoría de culpabilidad, mediante el proceso que se sigue en el juicio de valoración a que la somete el juzgador, quien al final la considerará como una motivación reprochable al autor.

Concluye Mezguer que "el juicio de culpabilidad, es, ciertamente, un juicio de referencia, como se la ha denominado en la bibliografía, - pero tal referencia a una determinada situación de hecho no agota aún su naturaleza esencial propia, y sólo en virtud de una valoración de cierta índole se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabilidad no es, - por tanto, sólo una situación de hecho de la culpabilidad, sino esa situación de hecho como objeto del reproche de culpabilidad. En una palabra culpabilidad es reprochabilidad".<sup>46</sup>

Para el mismo autor el juicio de reproche se apoya en una norma "subjetiva de determinación", que a su vez se deriva de la norma derecho. Entonces la norma de derecho tiene dos aspectos: Es una norma de "valoración" de la conducta de todos los hombres y servirá para determinar lo que es injusto. Y como norma "de deber", "norma subjetiva de determinación" que implica la culpabilidad y se dirige en especial a un autor.

También nos habla de la referencia que existe en el juicio de culpabilidad y el acto de voluntad del sujeto, sus motivos y toda su personalidad. Así le da a la culpabilidad como elementos: El acto de voluntad del agente,

46. Mezguer, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p.12

"dolo malo". Su esencia es la intención de cometer el delito (voluntad), una vez que se ha previsto las consecuencias de la conducta. Reclama la voluntad en concierto con la intención. Se afirma que no basta con querer la acción o la omisión, sino que este querer precisa la intención dirigida a un resultado.

La segunda teoría hace que el dolo se apoye en la representación, - en el conocimiento y en la previsión de los efectos. El dolo tiene como base el elemento intelectual (representación); es decir, que se quiere efectuar la acción o la omisión y se prevé y se quiere o acepta el resultado que ha de producirse. - La previsión que se pena es aquella que habría tenido como consecuencia la abstención de la conducta. Si se definiera al dolo con apoyo solamente en la voluntad de producir el resultado quedaría fuera el dolo eventual.

El dolo ha sido clasificado en:

I. Dolo directo: El autor tiene el propósito de realizar un delito y quiere las consecuencias que prevé y han de producirse.

II. Dolo eventual: El agente tiene la intención de efectuar una - conducta , más no quiere los resultados; empero, los acepta en caso de que se produzcan.

III. Dolo de consecuencias necesarias: Se actúa con el fin de llevar a cabo una conducta típica y se quiere el resultado previsto; empero, forzosamente se han de producir otro u otros, que escaparon a la previsión.

IV. Dolo genérico: Es la intención de realizar una infracción a la norma penal, queriendo o aceptando las consecuencias previstas. Es la intención

dolo, o culpa; la imputabilidad y la no existencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Más con todos los postulados de Mezger no se llega a probar que la culpabilidad solamente sea "reprochabilidad" y así nos muestra que sólo se da un pequeño paso al normativismo. Para que la culpabilidad sea nada más reprochabilidad se necesita, al decir de Ricardo C. Nuñez, despojarla de sus elementos (imputabilidad, dolo o culpa). "Los elementos de hecho de la culpabilidad, porque sobre ellos descansa el 'poder' (de actuar de conformidad al deber jurídico), que presupone la exigibilidad".<sup>47</sup>

De lo anterior se concluye que los elementos que integran la culpabilidad normativa causalista son:

1. Imputabilidad
2. Dolo o Culpa
3. Exigibilidad

Como ya dijimos, Freudenthal, distinguido exponente de la teoría normativa causalista de la culpabilidad, engloba también dentro de ellos a la "ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad", punto de vista que fue aceptado por los doctrinarios posteriores a él.

Edmundo Mezger, cuyo único mérito a nuestro juicio fue el de crear todos los pensamientos de los normativistas, nos dice que la estructura del concepto de la culpabilidad según el derecho positivo se compone de:

47. RICARDO C. NUÑEZ. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. p. 13

- a) Imputabilidad
- b) Dolo o Culpa
- c) Ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad en

favor del autor.<sup>48</sup>

James Goldschmidt considera que en los casos de inimputabilidad - no se dan las causas de exculpación, "pues la imputabilidad es a la culpabilidad. lo que: la voluntariedad es para la antijuridicidad". Estima que los sujetos imputables no pueden ser destinatarios de la ley penal, tal y como no lo son el cuerpo humano y los animales. Esto dista mucho de ser cierto, dado que las - normas que integran al derecho en términos generales, han sido elaboradas para - todos los sujetos imputables o no, y únicamente se distingue por cuanto hace a su aplicación.<sup>49</sup>

El dolo o culpa consisten en el querer o la intención con que el autor orienta su conducta hacia la producción de un hecho típico y antijurídico y se conciben igual que en la teoría psicológica.

La exigibilidad se basa en la potencialidad de exigirle al autor una conducta que sea acorde con los postulados del Derecho. De la suma de la - exigibilidad, el dolo o la culpa y la imputabilidad ha de resultar la reprochabilidad (culpabilidad). En el reproche suelen estudiarse el acto psicológico, los motivos (motivación normal) y las características del agente.

La culpabilidad basada en el normativismo, incluye el deber ser; sobre éste descansan la exigibilidad y el reproche y la exigibilidad nacen concomitantemente; en la medida que la conducta es exigible, se le reprocha al sujeto

<sup>48</sup>. HEZGER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 13

<sup>49</sup>. GOLDSCHMIDT, JAMES. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. p.24



su actuar. En el juicio de reproche serán analizadas la imputabilidad, el dolo o la culpa y la reprochabilidad.

Los fundamentos de la exigibilidad emanan del espíritu de protección que rige a todo el ordenamiento jurídico. La exigibilidad lo mismo puede estar contenida en una norma de derecho penal, que en la disposición de cualquier otra norma de derecho. La exigibilidad es deber, la reprochabilidad se trduce en poder. La conducta es exigible cuando se debe obrar en determinada forma y se la reprocha cuando además de que se debía actuar así también se podía. Con base en la exigibilidad se fundamenta la reprochabilidad.

Una conducta es reprochable cuando el sujeto pudo y debió actuar conforme al espíritu que orienta las normas de Derecho. La posibilidad de agtuar acatando las disposiciones del ordenamiento jurídico, va en relación con la capacidad de comprensión que tiene cada sujeto. Así, no podría fundamentarse un juicio de reproche de igual magnitud a un autor imputable que a otro con imputabilidad disminuida.

Cuando se comprueba que al agente le era exigible un actuar adecuado a las normas legales, se procede a fundarle un juicio de reproche.

Existe exigibilidad, cuando al autor de una conducta típica y antijurídica le era posible actuar conforme al derecho en atención a las circunstancias concurrentes o concomitantes al delito. La exigibilidad tiene como presupuesto una norma de derecho, la cual se encarga de tutelar el valor jurídico - reprobando las acciones u omisiones que pongan en peligro o lesionen el bien protegido.

La exigibilidad tiene dos elementos: El deber ser y el poder actuar. Existen dos formas de exigibilidad: La general, que es el deber y el poder que tenemos todos de respetar las normas jurídicas y la especial, que viene a ser la que tiene el sujeto en el caso concreto; con base en esta última deberá hacersele el reproche. Para fundamentar la reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica a una persona, no deben de tomarse en cuenta las características personales sino que éstas deben servir al Juez para graduar el reproche y proceder a hacer la punición del delito.

La reprochabilidad es el borché que cierra el juicio de la culpabilidad normativa, con ella el juzgador determina y comprueba el grado de intensidad de la exigibilidad al delincuente. Al analizar el juez el caso concreto para verificar si hay exigibilidad y poder reprocharle su conducta al agente y como corolario declararlo culpable, la culpabilidad deja de ser un proceso subjetivo y se la calificará con un procedimiento objetivo.

Al decir que la culpabilidad normativa se refiere al deber ser, se ha pretendido expresar que esta teoría tiene un carácter ético.

Los aspectos fundamentales del normativismo causalista son: La culpabilidad como un juicio de referencia, se avoca al hecho psicológico; es este proceso se atribuye a una motivación reprochable del autor. La reprochabilidad existirá si se dió la exigibilidad de otra conducta diferente. La culpabilidad será entonces nexa psicológico, exigibilidad y reprochabilidad.

III. Concepción Normativa Finalista de la Culpabilidad (Finalismo.)

Olga Islas y Elpidio Ramírez, comenta: con respecto al finalismo: "La teoría finalista ha venido a modificar el sistema del delito elaborado por los autores causalistas. La nueva tesis representa no una simple afijación de detalles de la teoría del delito, sino un cambio radical en su estructura. Ello dió lugar a un replanteamiento de conceptos".<sup>50</sup>

El finalismo, ha elaborado una estructura diferente para el delito, y descansa sobre dos raíces: La filosófica y psicológica y la dogmática jurídico-penal (que se estructura sobre la teoría del tipo de Ernesto Beling)<sup>51</sup>

La raíz filosófica y psicológica, a su vez, se bifurca para - dar un tratamiento distinto al delito doloso y al culposo.

En el delito doloso la acción es igual a la voluntad más manifestación de voluntad más resultado típico. La acción es la Dirección final del suceso causal: Acción es actividad final humana. La finalidad de la acción está en el hombre, en su saber causal: Puede prever los efectos de su acción y encauzar la actividad hacia una meta determinada. La acción es un elemento básico del tipo (objetivo). En el delito doloso el hombre debe conseguir precisamente el resultado que desea producir.<sup>52</sup>

En el delito culposo; Acción es igual a voluntad más manifestación de voluntad más resultado típico, o bien: Acción es igual a voluntad, más manifestación de voluntad. En la culpa se requiere de la acción, de los medios, de un insuficiente conocimiento de la causalidad y sus leyes, que consigue sin que medie la voluntad del autor, un resultado típico. El delito culposo se produce por descuido.

50. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMÍREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 43

51. Cfr. ERNESTO BELING. El Hecor de los Tipos de Delito. p. 13

52. Cfr. WELZEL, HANS. La Teoría de la Acción Finalista. pp. 18 y ss.

La raíz dogmática jurídico-penal se desarrolla con base en el tipo. En la teoría moderna del tipo se sostiene la necesidad de incluir la voluntad de acción en el elemento objetivo o material y eliminar de ella el resultado. El tipo es la descripción de la acción antijurídica. La tipicidad nos proporciona un indicio de antijuridicidad, motiva la existencia objetiva de un indicio punible, a menos que haya causas de justificación que amparen al sujeto que llevó a cabo la acción o la omisión.

Ernesto Beling consideraba que todo lo objetivo pertenecía al tipo y lo subjetivo a la culpabilidad (dolo, culpa, intenciones, motivos, impulsos y tendencias).<sup>53</sup> En el finalismo, el tipo abarca todo lo que constituye el concepto de delito, incluye tanto elementos subjetivos como objetivos. Entre los subjetivos especiales se encuentran las tendencias, los impulsos, los deseos, etc.

El tipo contiene una parte subjetiva y otra objetiva, lo subjetivo pertenece a la finalidad; lo objetivo se deja para la causalidad. A la causalidad la dirige y la domina la finalidad del autor.<sup>54</sup>

El dolo es una característica del tipo; es la voluntad de acción en los delitos dolosos, es un hecho psicológico y se llama "dolo natural". Toda persona lo tiene en potencia, inclusive los inimputables y los niños. Por el dolo toda persona que comete un delito es responsable (vemos rasgos de positivismo), porque puede actuar con conocimiento y voluntad.

Se extiende y se limita el dolo al tipo objetivo delito.

53. BELING, ERNESTO. El Rector de los Tipos del Delito. p.12

54. Cfr. WELZEL, HANS. La Teoría de la Acción Finalista. pp. 18 y ss.

Para que surja el dolo el autor debe conocer las tipicidades, no requiere la conciencia del carácter antijurídico de la acción u omisión. El dolo, por lo tanto, no abarca lo que en la doctrina se ha conocido con el nombre de "conciencia de la antijuridicidad".

En el finalismo se requiere de un simple conocimiento del carácter injusto del hacer u omitir, no de su presencia positiva y actual. Existe la culpabilidad si el sujeto tiene la posibilidad concreta de conocer la característica ilícita de su conducta, sin que importe que esa posibilidad se concrete.

La corriente Welzeliana<sup>55</sup> da al Derecho Penal el carácter de medio para la consecución de los fines de la ética. El Estado se encarga de formar un juicio ético-social a sus ciudadanos. La pena es el castigo justo a las acciones reprochables. El Derecho Penal tiene una doble función: La principal, la ético social que rige para las grandes masas capaces de ese compromiso; la preventiva, excepción a la primera, que se aplica a los incapaces y al delincuente habitual.

La culpabilidad fundamenta la función principal del Derecho Penal y la medida de la pena. La base de la excepción es la aplicación de medidas de seguridad a los incapaces, en el caso de que sean necesarias. La teoría finalista de la acción se sustenta en la función principal (la ético social), según la cual la pena será aplicada teniendo siempre como presupuesto a la culpabilidad, que a su vez se basa en los modos ético socialmente reprochables del comportamiento del hombre. El centro del interés de la sociedad lo es la naturaleza de la acción reprochable.

55. ANALIZAREMOS EL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL DADO EN SU OBRA LA TEORIA DE LA ACCION FINALISTA.

Welzel hace diferencia entre la finalidad y la causalidad; la primera es el producto de la voluntad del hombre que lo determina a la acción, la cual dividida en actos precisos lleva hacia el logro de los objetivos, de los que el ser humano pudo y debió prever sus consecuencias. La causalidad es sólo el producto de los componentes causales que circunstancialmente concurren en los resultados.

Toda acción humana es producto de una actividad finalista, El hombre, con un conocimiento causal exterior, puede dirigir cada uno de los actos de su acción y determinar el suceder causal exterior hacia el objetivo al cual se pretende llegar. Este es el modo finalista de determinación. "Causalidad es producir ciego finalidad producir vidente."<sup>56</sup>

La voluntad finalista comprende: a) los objetivos; b) los medios y c) las consecuencias secundarias vinculadas al empleo de los medios. Acción finalista es la construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en el cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias ligadas a ello. La voluntad final abarca las consecuencias secundarias que se producirán necesariamente al realizar el objetivo y las que para alcanzarlo se requiere producir.

La acción es finalista, respecto al resultado propuesto por la voluntad de concreción y a los resultados no propuestos en la voluntad del hombre, es de naturaleza causal. Welzel dice que no hay acciones finalistas en sí, sino que siempre se darán en relación estrecha con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción.<sup>57</sup>

56. Cfr. WELZEL, HANS. La Teoría de la Acción Finalista. pp. 18 y ss.

57. WELZEL, HANS. La Teoría de la Acción Finalista. pp. 18 y ss.

El ser humano dirige el acontecer causal, teniendo plena conciencia de la finalidad, hacia el logro de sus objetivos, es decir, no obstante que conoce los resultados secundarios derivados del logro de su alcance a un objetivo, hace todo lo posible por llegar a él.

No todas las acciones finalistas son reprochables por el Derecho Penal; la culpabilidad en la acción finalista se encuentra en el mismo comportamiento. La culpabilidad es el juicio que se hace a la dirección que le da el hombre al acontecer causal, encaminada hacia el logro de un objetivo, que es socialmente reprochable y que el Derecho Penal ha considerado como una forma de conducta negativa, con el fin de garantizar la permanencia de la sociedad y la conservación del orden público.

El Derecho Penal realiza su función ético-social tipificando los objetivos socialmente negativos. No tomará en cuenta los resultados conseguidos sólo mediante el dolo; establecerá también una protección para amparar bienes jurídicos, exigiendo una determinada dirección finalista en la culpa. Se considera asimismo a las acciones que desde el punto de vista de las consecuencias finalistas no son antijurídicas; empero, en su consecuencia causal no aportan el mínimo objetivamente necesario para evitar las consecuencias en su actividad finalística (culposas).

En el campo de la antijuridicidad nos encontramos con que en los delitos que no contienen elementos subjetivos del injusto, el mismo injusto depende de factores subjetivos a los que hasta determinado momento se comprendía solamente dentro de la culpa. Asimismo se ve en la tentativa un dolo que integra un elemento de la acción y en el tipo del injusto, cuando no se sabe la intención concreta de la acción.

Contar el dolo en la acción y en el tipo del injusto, significa retener para la culpabilidad solamente el elemento normativo: Reprochabilidad. La culpabilidad es un juicio de valoración objetivo sobre un tipo psicofísico que existe o que falta. El juicio de valoración de la culpabilidad tiene un carácter dual: Tú deberías haber actuado conforme a la norma, porque podías hacerlo. En la antijuridicidad el juicio de reproche es solamente uno: Tú actuaste contrariamente a la norma.

El finalismo establece una relación psíquica del autor con el hecho (dolo), con la acción y con el tipo de injusto; a la culpabilidad le deja solamente el elemento normativo reprochabilidad, por un hacer doloso o una causalidad no dolosa. Con esto se pretende lograr un concepto unitario de nuestro elemento. Hans Welzel dice que la teoría finalista de la acción nada nuevo -- aporta a la Ciencia Penal, solamente colocó la piedra angular que le faltaba al psicologismo, que desde siempre buscaba, al sacar de la culpabilidad los elementos psíquicos.<sup>58</sup>

En esencia, la culpabilidad finalista es semejante a aquella de la que nos habló el normativismo causalista. Podríamos decir que el sistema finalista es una corrección del método normativo. La culpabilidad normativista, desde el punto de vista de la finalidad, conlleva a la imputabilidad, a la posibilidad concreta de conocer la antijuridicidad de la conducta y a la exigibilidad.

Es un juicio de valoración que el juzgador materializa sobre el agente. Tanto para los delitos dolosos como para los culposos, se hacen tres juicios de valoración normativa que deben encontrar su apoyo en las tres características que mencionamos con antelación.

58. WELZEL; HANS. La Teoría de la Acción Finalista. pp. 18 y ss.



Reinhart Maurach sostiene que en esencia la culpabilidad desde el punto de vista del sistema finalista, es simplemente reprochabilidad "Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al actor que no haya actuado conforme a Derecho, el que se haya decidido en favor del injusto, aún cuando podía decidirse en favor del Derecho."<sup>59</sup>

El mayor mérito del sistema de la finalidad aplicada a la culpabilidad, lo ha sido el de dar un concepto normativo muy depurado a nuestro elemento. En el finalismo aparece por vez primera una concepción pura de la culpabilidad. Olga Islas y Elpidio Ramírez explican: "Es la primera estructuración normativa porque el dolo ha sido trasladado al tipo, lo cual trae como consecuencia que, ya en el ámbito del tipo, los delitos dolosos se diferenciaron de los culposos. Esto permite elaborar la culpabilidad de los delitos dolosos de modo distinto a la de los delitos culposos".<sup>60</sup>

El concepto de la culpabilidad finalista, ha quedado muy alejado de todas aquellas influencias psicológicas y es solamente la valoración del proceso de los motivos. Raúl E. Zaffaroni dice que "la culpabilidad es el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no - antijurídico, 'en el hacer en lugar de ... (dafür können)."<sup>61</sup>

Reinhart Maurach, importante expositor de las tesis finalistas, señala: "Contrariamente a la opinión sostenida hasta hoy, la culpabilidad ya no sigue siendo un proceso psicológico, tampoco constituye un mixtum-compositum oscuro entre tipo y juicio valorativo, sino que es un puro juicio de valor sobre el autor: Obra de modo culpable el autor imputable que ha tenido la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho".<sup>62</sup>

59. REINHART, MAURACH. Tres Conferencias. p. 342

60. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMÍREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 46

61. ZAFFARONI, RAÚL E. Acerca del Concepto Finalista de la Conducta en la Teoría de Delito.

62. MAURACH, REINHART. Tres Conferencias. p. 325

Conde Pumpido, al hacer la crítica de la doctrina finalista de la acción en el ámbito de la culpabilidad, ha dicho "Dado lo inseguro de las bases sobre las que la culpabilidad se asentaba (psicologismo y normativismo), no era difícil introducir en la polémica un nuevo punto de vista sustrayendo de su campo al dolo y reduciendo a la culpabilidad al mero juicio de disvalor del sujeto, desprovisto de contenido psicológico, centrado en una fórmula que podía ser reducida a obrar en forma distinta a como se debía haber obrado".<sup>63</sup>

Despojar a la culpabilidad de las influencias psicológicas de las que había estado imbuido en el psicologismo y en el normativismo causalista, significaba dejar para nuestro elemento un concepto normativo puro, otorgándole al mismo tiempo una esencia propia, acorde con las necesidades penales del momento.

El mismo autor concreta: "En definitiva, se le reprocha al sujeto no haber omitido la acción antijurídica. La culpabilidad adquiere así el más puro concepto normativo: Disvalor de la conducta por su desviación del patrón normativo tipo y sin referencias al contenido subjetivo del objeto valorado". (64)

La culpabilidad está compuesta por tres elementos que son:

- 1) Imputabilidad
- 2) Posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta.
- 3) Exigibilidad de una conducta acorde con las normas jurídicas.

63. CONDE PUMPIDO. Exposición Crítica de la Doctrina Finalista de la Acción p. 293

64. CONDE PUMPIDO. Exposición Crítica de la Doctrina Finalista de la Acción. p. 293

Estos tres elementos de la culpabilidad nos llevarán sin remedio a un juicio sumamente depurado de valoración normativa, que recaerá en el agente en forma individual. Según eso, la culpabilidad es un juicio depurado de valoración que se traduce en la reprochabilidad.

Reinhart Maurach concluye: "Las tres características por las que según nuestro criterio está --integrada la culpabilidad, no son-- realidades psicológicas, sino puros juicios valorativos, a saber: Imputabilidad, exigibilidad de una conducta adecuada a la norma y posibilidad de conocimiento de lo injusto. Y --esto es de especial importancia!-- estos componentes son los mismos en los hechos punibles dolosos culposos".<sup>65</sup>

A la imputabilidad podríamos definirla como la posibilidad de discernimiento o la capacidad de control o dirección de la conducta. Imputabilidad y responsabilidad se identifican en el finalismo. A la imputabilidad se le finca un juicio de valoración normativa que tiene sustento en la general capacidad que tiene el autor de motivarse de acuerdo con las necesidades que le impone el derecho.

Nos dice Reinhart Maurach, "se excluye a la imputabilidad y con ella la culpabilidad se descarta si el autor, al tiempo de cometer su delito, a consecuencia de entorpecimiento mental, de alienación o de debilidad del mismo orden, era incapaz de reconocer la ilicitud de su acto o controlarla de acuerdo con su discernimiento."<sup>66</sup>

La imputabilidad penal en el finalismo tiene dos ángulos: Discernimiento y capacidad de dirección o control, que se identifican con el deber

65. MAURACH, REINHART. Tres Conferencias. p. 334

66. MAURACH, REINHART. Tres Conferencias, p. 350 Cfr. Parágrafos 51 y 55 del C.P.A.

de actuar y el poder de hacerlo. Cuando resulta que el sujeto es inimputable, no se debe aplicar la punibilidad establecida en el tipo. Más ésto no quiere decir que no deba ser sometido a una medida de seguridad, en el caso de que sea necesario.

Como consecuencia de su no imputabilidad el agente será absuelto en el juicio de reproche, que es la esencia de la culpabilidad en el finalismo.

La posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito de la conducta realizada se concibe como el conocimiento actual y real de la ilicitud es un hecho psicológico, se exige solamente la posibilidad de que exista ese conocimiento para que se dé la culpabilidad. Maurach define este elemento así. "La conciencia de la ilicitud del hecho es la posibilidad de que el autor se dé cuenta del carácter ilícito de su acción".<sup>67</sup>

Esta conciencia de ilicitud de la conducta, tal como la imputabilidad y la exigibilidad, es valorada de acuerdo con los cánones de un juicio de apreciación puro. Debemos hacer resaltar el hecho de que el conocimiento de la ilicitud de la conducta, no significa tener al mismo tiempo conciencia de que la conducta se halla sancionada y cuál es la pena que para ella se establece.

Reinhart Maurach explica: "La conciencia de la ilicitud del hecho no se hace extensiva a la pena establecida por el Código Penal para el respectivo delito; ella tiene que ver con la norma prohibitiva u ordenadora, que siempre constituye el fundamento de la ley penal, y que lógicamente precede a la amenaza de la pena que contiene aquella."<sup>68</sup>

<sup>67</sup>. MAURACH, REINHART. Tres Conferencias p. 335

<sup>68</sup>. MAURACH, REINHART. Tres Conferencias p. 335

Respecto a este elemento de la culpabilidad, descansan en la moderna dogmática del delito tres posturas, las cuales analizaremos al finalizar el estudio de los elementos constitutivos de la culpabilidad.

La exigibilidad de una conducta en el finalismo, se da sobre consideraciones legales. Como elemento de la culpabilidad normativa finalista, es un juicio de valoración ética puro; es el poder pedirle y hasta exigirle al autor que obre conforme a los postulados legales.

Maurach ha dicho: "El tercero y último elemento de la misma se configura también por un juicio de apreciación: Es la exigibilidad de una conducta conforme a la norma, que es elemento necesario de la culpabilidad; por lo tanto, la no exigibilidad constituye el factor que descarta la culpabilidad de acuerdo con el aforismo ultra posse nemo obligatur"<sup>69</sup> (Nadie está obligado a lo imposible).

En esencia la exigibilidad de otra conducta es semejante a los postulados que nos dio Reinhard Franckjen el normativismo causalista. Hay determinadas situaciones de peligro en las cuales la vigencia de la norma no es eficaz y por tal motivo surge la imposibilidad de exigirle al autor que actúe atendiendo a las prescripciones legales.

En síntesis, según Reinhart Maurach: "La imputabilidad contiene el juicio sobre la general capacidad de motivación del autor; de la posibilidad del conocimiento de lo injusto, se deriva también que en el caso concreto, podía el autor conocer el carácter antisocial de su hacer; por último, la exigibilidad de una conducta adecuada priva al autor del pretexto de invocar una situación de

necesidad excluyente de todo reproche. Cada una de estas componentes contiene un juicio desaprobatorio de distinta naturaleza: Su concurrencia da constancia a un no responder del autor a las exigencias del Derecho, que le debe ser atribuido"<sup>70</sup>

La inculpabilidad es el reverso de la medalla de la culpabilidad.

A la inculpabilidad le toca ocupar el lugar del aspecto negativo de la culpabilidad y según Porte Petit "Cuando estamos frente a una hipótesis de la inculpabilidad, concurren la conducta o el hecho, la tipicidad, antijuridicidad, no así la culpabilidad"<sup>71</sup>

Las causas en cuestión han recibido diferentes denominaciones - en la doctrina: se las reconoce como hipótesis de exclusión de la pena por falta de conciencia de la antijuridicidad (eximentes putativas y error) las llaman causas de inculpabilidad o de exculpación.<sup>72</sup> Según Jiménez de Asúa son causas de - exculpación, de exclusión o de ausencia de culpabilidad, o bien motivos que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.<sup>73</sup> También se las conoce con el nombre de causas que borran la culpabilidad del elemento objetivo material y más comúnmente como causas de inculpabilidad.

El concepto de la inculpabilidad varía en atención a la teoría de la culpabilidad aceptada, así habrá una concepción psicológica, otra normativa causalista y una más normativa finalista. Por ejemplo Jiménez de Asúa considera que "La definición más usual consiste en decir que tales causas de exculpación son las que excluyen a la culpabilidad, evidente tautología, que sin superaría del todo podríamos decir que son las causas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche."<sup>74</sup>

70. MAURACH, REINHART. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. pp. 24-25

71. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. p.285

72. Cfr. JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 388-389

73. JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 389

74. JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p.389

Un concepto de inculpabilidad genérico no es fácil de encontrar. Sin embargo cada una de las tres posturas doctrinarias (psicologismo, normativismo y finalismo) han tratado de encontrar tal concepto.

Así en la teoría psicológica de la culpabilidad se habla de un nexo de carácter psíquico que une al sujeto con los resultados que son producto de su conducta por lo tanto habrá inculpabilidad cuando al juzgador le sea imposible llegar a establecer esa relación.

Las causas por las que desaparecería el elemento volitivo del dolo, jamás fueron explicadas en forma amplia por los psicólogos y únicamente se habló de la coacción.

En cambio sí se expuso en forma exhaustiva lo relativo al error como hipótesis de la exculpación, al faltar el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo.

La inculpabilidad por error se funda en el hecho de que un individuo perfectamente capaz para responderle al Derecho en calidad de culpable (imputable), actúa en contra de sus prescripciones, pero su conducta se encuentra exculpada en virtud de un falso conocimiento o total desconocimiento de que realiza elementos propios de la descripción típica; de la realidad fáctica que se da en el momento de la comisión de su conducta; de la realidad jurídico-penal o extrapenal que regula ese comportamiento, o del significado antijurídico de la conducta que se realiza.

Cabe hacer notar la diferencia entre el falso conocimiento (conocimiento viciado) y el desconocimiento total (ignorancia) el error es el falso

conocimiento que se tiene de una situación, que posee un matiz positivo y objetivo; presupone el conocimiento de la situación sobre la cual recae la falsedad -- mientras que la ignorancia, es el total desconocimiento y es otra forma de error; tiene un tinte negativo y subjetivo, no requiere del conocimiento, sino de la ausencia de éste.

En las legislaciones el conocimiento y el falso conocimiento se unen en una sola expresión: Error.

Von Savigni<sup>75</sup> manifiesta que en todo caso el error encuentra su origen en la ignorancia y que por tal motivo, no debe estudiarse el falso conocimiento o el desconocimiento; porque los dos son idénticos, sino tan sólo el error. Carlos Binding<sup>76</sup> nos dice que todo conocimiento falso significa un no conocimiento y todo no conocimiento se expresa en un conocimiento erróneo. En el error, en algunos casos, si bien es cierto que hay conocimiento, también lo es que éste no concuerda con la verdad.

El error, en la doctrina psicológica de la culpabilidad, se dividió en: a) Error de hecho; b) Error de derecho y c) Error de licitud.<sup>77</sup>

El error deberá referirse a la esencia del delito y ser de naturaleza invencible, para poder afectar el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta.

Porque si el error pudo haber sido vencido al poner un poco más de diligencia al actuar, (atendiendo siempre a las peculiaridades del sujeto), o

75. CITADO POR JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 396

76. CITADO POR JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 391

77. CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II p. 126. Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 338-339. Porte Petit. Programa de la Parte General del Derecho Penal. pp. 697-698.



que la conducta que se está realizando es delictuosa, mientras que en el error de derecho se piensa que la conducta no está considerada como delito en la Ley. El error iuris implica que la norma jurídico penal tiene plena validez y vigencia; en el delito putativo, en cambio, simplemente no existe delito-tipo al cual referir el comportamiento. Pese a ello se dice que el error de derecho o ignorancia de la ley no excluye de su cumplimiento. Castigar el error de derecho resulta un tanto ilógico y estricto.

Si el error de derecho es esencial e invencible, debe como todas las demás clases de error anular la culpabilidad, al hacer imposible que se configure el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo. En el caso de que el error pueda ser vencido o recaiga en lo accidental, entonces sí que el sujeto responda a título de un delito cometido en forma culposa.

El error que recae sobre la significación antijurídica de la conducta no implica que el sujeto sepa o no que su conducta está sancionada con una pena determinada, simplemente se refiere a saber que el delito está o no previsto en las normas, tal conocimiento de la ley de la cual debe penarse su ausencia, será aquél que pueda tener la persona común y corriente y no el de un perito en leyes.

El error inesencial o accidental no tiene relevancia alguna para destruir el carácter doloso de un comportamiento humano, aunque en algunas veces en determinados delitos origina una calificación distinta (variación o traslación de tipo)

Se pueden presentar los siguientes supuestos: A) Error de golpe o aberratio ictus que se produce por desviación, B) Error en la persona o

aberratio in delicti. El yerro ocurre sobre el delito, aunque no en su esencia, con él se ataca un bien jurídico distinto al que se pretendió lesionar, D) Error en los medios que origina una tentativa imposible o delito imposible, al emplear se los medios que no son los adecuados para la comisión del ilícito.

Jiménez de Asúa afirma que el error no tiene efecto alguno en la culpabilidad cuando es "a) Accidental, como en el caso de que se afecte la variación del cuerpo de la cadena de antecedentes y causas; pero sin ser esencial el cambio para la producción del resultado, problema que nos llevaría lejssimos y que entronca con el asunto de la causalidad, de que nos hemos ocupado reiteradamente.."78

El error en el golpe, en la persona y en el delito, deja subsistente la culpabilidad del sujeto por el hecho de aparecer la desviación y la confusión; como estas pueden ser vencidas y no recaen sobre la esencia del delito, no adquieren la fuerza necesaria para destruir al dolo.

Para que exista el dolo en el campo de lo jurídico, debe efectuarse la conducta por una voluntad humana consciente y libre (querer, intención y entender). Ahora bien los psicólogos pensaron que la coacción era también un vicio de la voluntad y que al anular el elemento volitivo del dolo, daba lugar a una causa de inculpabilidad.

Por vis compulsiva o coacción debemos entender aquella fuerza o violencia de carácter moral que se hace en una persona para precisarla a que diga o haga alguna cosa que no tiene intención de hacer o decir.

bien sea de carácter accidental, el resultado se le imputará al autor a título de culpa, en el supuesto de que el delito-tipo acepte esa forma de culpabilidad en su comisión.

El error en la disciplina penal tiene pues los efectos de eximir a la culpabilidad y con ello a la responsabilidad, porque deja al dolo sin esencia al faltar en él el elemento intelectual o cognoscitivo (conocer) que abarca lo que en la doctrina se ha denominado "conciencia de la antijuridicidad", el error deberá ser de naturaleza esencial e invencible, porque si es accidental o vencible, la acción u omisión se debe a culpa, siempre que el delito acepte esa forma de culpabilidad para su comisión.

El error de hecho antes fue llamado en la doctrina "error de hecho esencial e invencible", quizá para diferenciarlo del error accidental y vencible.

Este tipo de error se traduce en el hecho de que el sujeto tiene un falso conocimiento o total desconocimiento de que está realizando elementos típicos esenciales del delito-tipo o de las circunstancias calificativas o modificativas que puedan afectarlo. Recae sobre la descripción del tipo de delito.

Hay error de hecho anulatorio de la culpabilidad, cuando el sujeto tiene un falso conocimiento o un desconocimiento total de algunos de los elementos típicos (Presupuestos del delito: el verbo rector del tipo (la conducta), las modalidades de la conducta, la calidad del sujeto activo o pasivo, el objeto material, las circunstancias calificativas o modificativas del delito-tipo).

La denominación de error de hecho no es muy acertada para nombrar a este tipo de error, el término no abarca solamente situaciones de hecho. Graf Zu Dohna propone que el término acertado para denominar al desconocimiento o al falso conocimiento de las situaciones descritas en la norma es el de "error de tipo".

El error de hecho, se da sobre la base de una falsa apreciación que interviene en el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo.

El error de licitud viene a ser el falso conocimiento o el desconocimiento invencible que, afectando la esencia del delito, incide sobre la licidud de la conducta. Es decir, que el sujeto yerra, por una falsa apreciación de la realidad jurídico-penal o extrapenal o de la realidad fáctica, en la lici tud de su conducta. Se da cuando el individuo estima que su comportamiento está permitido por las circunstancias en las cuales lo despliega, o cree que esa lici tud proviene de las normas del Derecho Penal o de cualquier otro orden legal.

Da lugar a las "eximentes putativas" o "falsas causas de justificación".

La hipótesis de error de licitud que pueden presentarse son: defensa putativa, estado de necesidad putativo, (cuando se sacrifique un bien de menor entidad), ejercicio de un derecho putativo, cumplimiento de un deber putativo, impedimento legal putativo.

Existe una "eximente putativa", cuando el sujeto por error esencial e invencible cree que su conducta se encuentra justificada en el orden pe-

nal o extrapenal, o porque estima que en vista de las circunstancias en que ella se presenta (realidad fáctica), su comportamiento está justificado por el Derecho.

La condición para que operen las eximentes putativas es que el hecho sobre el cual recae el error reúna los mismos requisitos legales que se describen en los códigos cuando se enuncian verdaderas causas de justificación, al menos en la creencia del agente.

Cuando se provoca la circunstancia que hace necesario el motivo de la justificación en forma dolosa, el sujeto es culpable en esta modalidad de la culpabilidad. Cuando se hace por culpa, algunos opinan que responderá a título de autor culposo y otros estiman que debe hacerse responsable de un delito doloso.

Error de derecho es el error invencible que afecta el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta; también lo hay vencible, aunque éste en ningún caso puede dar lugar a la inculpabilidad. Pueden presentarse dos hipótesis: La ignorancia de la Ley y su falso conocimiento.

Cuando el error de derecho aparece, se afecta uno de los requisitos del elemento intelectual del dolo.

El error de derecho pesa sobre la significación antijurídica de la conducta, que en suma con otros conocimientos viene a integrar el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo (conocer). A esta clase de error no debemos confundirlo con el delito putativo: En el segundo hay igualmente error, se cree

En la teoría psicológica de la culpabilidad se considera que la coacción afecta en forma directa al dolo, ya que vicia la voluntad consciente y libre.<sup>79</sup>

Porte Petit sostiene que la vis compulsiva es una fuerza humana exterior, de carácter moral, aunque a diferencia de la vis absoluta, se la puede resistir ya que el sujeto que la sufre puede elegir entre la realización o no de la conducta"<sup>80</sup> y concluye que "la vis absoluta constituye un aspecto negativo de la conducta, en tanto que la vis moral puede ser una causa de inculpabilidad o bien una causa de inimputabilidad según los casos".<sup>81</sup>

Esta hipótesis de inculpabilidad psicológica se bifurca en: Miedo grave y temor fundado; el primero es presente y el segundo se da a futuro; en ambos casos la voluntad del sujeto que actúa está viciada, el individuo no tiene la intención de cometer el delito; es decir, quiere la realización de la conducta y la ejecuta, porque se ve amenazado por una fuerza de origen moral que pone en peligro su persona, sus bienes o de las personas o bienes de sus allegados. La vis moral determina al sujeto a realizar la conducta, falta la intención de llegar al resultado.

La amenaza que recibe el sujeto debe tener la posibilidad de realizarse, puede ser actual o inminente y por su naturaleza obligar a cualquier individuo a la realización de la conducta.

Otras causas de exculpación que fueron aceptadas por algunos autores en la teoría psicológica de la culpabilidad, fueron la obediencia jerárquica y el estado de necesidad.

79. Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. p. 38 Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 337-338

80. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 405 ss.

81. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 415

Para la teoría normativa causalista de la culpabilidad, los elementos que la estructuran son: a) Imputabilidad, b) Dolo o culpa, c) Exigibilidad. Estos tres componentes deben existir en el caso concreto, para formular el juicio de reproche por medio del cual se hace responder al sujeto imputable de su conducta.

Básicamente, las hipótesis de exclusión de la culpabilidad en el pensamiento normativo son las mismas que ha reconocido el psicologismo; pero se acepta que hay otros motivos que anulan a la culpabilidad: la imputabilidad y la no exigibilidad.

La imputabilidad en el normativismo es considerada como uno de los componentes de la culpabilidad, por tanto necesariamente tendremos que reconocer que en el caso de que no llegue a darse, habrá inculpabilidad.

Tradicionalmente concebida a la imputabilidad como la capacidad de querer y de entender. La primera se precisa que vaya dirigida a la realización de la conducta; la segunda se avoca a los resultados dañosos, que son producto del comportamiento humano voluntario.

Se distingue el elemento volitivo de la imputabilidad, de aquellos de que se precisa en la conducta y en la culpabilidad, en que en estos últimos casos el querer es un acto y en el primero en potencia o capacidad de actuar. El sujeto imputable, capaz de querer y de entender, quiere desplegar la acción u omisión y entiende las consecuencias necesarias que de ellas se derivarán. Según la concepción normativista sólo el imputable es capaz de realizar acciones dolosas, habida cuenta de que el dolo se integra con un elemento intelectual o cognos-

citivo (entender) y con otro volitivo o emocional (querer). A la imputabilidad le corresponde en el aspecto negativo del delito la inimputabilidad, que en relación con lo que hemos expuesto en líneas anteriores vendría a significar la incapacidad de querer y entender del sujeto.

En la teoría normativa se exige que el sujeto que actúe lo haga con una voluntad libre de vicios. Requieren que el autor tenga una motivación normal, que sería aquella capacidad de querer de la que hemos hablado.

La inculpabilidad radica en la reprochabilidad de la conducta, por tal motivo habrá inculpabilidad como exculpante, cuando no pueda reprochársele su actuar al sujeto. Cuando carezca de capacidad para responder en el juicio de reproche.

James Goldschmidt nos dice "Y desde el punto de vista de ésta (la Ley), ya la inimputabilidad y en todo caso la 'motivación normal', constituyen siempre una excepción de reprochabilidad de una conducta dolosa o culposa - conminada con pena"<sup>82</sup>

En el normativismo existen pensamientos dispares en relación con la imputabilidad, se la reconoce y se la niega como causa de inculpabilidad.

El mismo Goldschmidt le niega ese carácter, al asentar: "Y así como el ser empujado por una fuerza física irresistible no constituye una causa de justificación, la inimputabilidad no es causa de exculpación. El inimputable no es desde un principio, el destinatario de las normas de deber ser, así como los animales o el cuerpo humano no son destinatarios de las normas jurídicas".<sup>83</sup>

82. GOLDSCHMIDT JAMES. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. p. 54

83. GOLDSCHMIDT JAMES. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. p. 54



Doctrinariamente se ha reconocido que son inimputables: Los menores, los sordomudos de nacimiento, los locos, los idiotas, los imbeciles, - los enajenados, los trastornados mentales transitorios y permanentes y en general todos los anómalos mentales, cuando la incapacidad no se debe a dolo ni a culpa del agente.<sup>84</sup>

Cuando el trastorno en el cual se quiere amparar la exculpante lo provoque el mismo sujeto por dolo o culpa, la conducta inicial es reprochable y no adquiere fuerza suficiente para anular a la culpabilidad. Es decir, cuando existe una conducta libre en su causa (conducta liberae in causa intencional o imprudencial), habrá culpabilidad dolosa, o culposa en su caso.

Vincenzo Cavallo expresa: "Según nosotros la teoría de las acciones liberae in causa tiene su fundamento en la consideración de que la ejecución de la acción comienza en el momento en que el agente se coloca en estado de incapacidad de entender y querer, con el fin de cometer el delito o de procurarse una excusa y por lo tanto anteriormente al nacimiento de tal incapacidad, en que después ejecuta el delito"<sup>85</sup>

La imputabilidad atenuada no es propiamente un motivo de exculpación. En todos aquellos casos en los que el individuo tenga disminuida su capacidad de querer y entender (o de ser culpable), habrá una base para aminorar la pena. La magnitud del reproche y de la culpabilidad, depende de la capacidad que tenga el autor para lograr la libre determinación de su voluntad en el momento de actuar.

84. A ESTE RESPECTO PUEDE CONSULTARSE EL PENSAMIENTO DE JAMES GOLOSCHMIDT LA CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD. P. 41

85. CAVALLO, VINCENZO. Derecho Penal. Tomo II. p. 103

Reinhard Frank reconoció: "La gravedad de la culpabilidad depende de la medida de la libertad interior del autor".<sup>85</sup>

El error, la Teoría normativa de la culpabilidad reconoce que el error es una de las causas de exculpación; acepta, asimismo, que puede haber error de hecho, sobre la licitud y sobre el Derecho. El error es el segundo motivo de inculpabilidad, en virtud de que en el momento en que hace su aparición la conducta no puede serle reprochada al sujeto.

Edmundo Mezger puntualiza respecto al error: "El conocimiento del dolo exige (el llamado elemento intelectual del dolo) el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la significación de estos hechos".<sup>87</sup>

Olga Islas y Elpidio Ramírez comentan respecto a este pensamiento: "Procediendo metódicamente, en seguida se ocupa Mezger de delimitar los hechos que pueden ser abarcados por el conocimiento, a la vez que apunta algunas ideas sobre el conocimiento de la significación y sobre los efectos que se derivan de la ausencia del conocimiento."<sup>88</sup>

La teoría del error tal y como la explicamos en la inculpabilidad psicológica funciona para el normativismo, desde luego aunada a la situación de que en virtud del error no puede reprochársele al sujeto su conducta típica y antijurídica.

El error de tipo que se refiere al desconocimiento o al falso conocimiento de que se están realizando elementos constitutivos de una figura típica de determinado delito.

86. Cfr. GOLDSCHMIDT, JAMES. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. p.54

87. MEZGER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 103

88. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMÍREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 31

Existe, desde el punto de vista normativo, cuando el sujeto en atención a una falsa creencia que afecta a uno de los elementos esenciales del tipo de la figura delictiva en cuestión, actúa desplegando una conducta típica y antijurídica.

Ese error debe ser racionalmente invencible, de modo que se ponga un poco más de atención en el momento de actuar, para evitar que el reproche sea hecho a título de culpa.

En el error de hecho resulta que para que no pueda serle reprochado al sujeto su comportamiento debe existir un desconocimiento o un falso conocimiento sobre la realidad de hecho que se relaciona con las normas de derecho. El sujeto ignora, por un error esencial e invencible, la realidad fáctica que se encuentra ligada a las normas jurídicas. A diferencia del error de tipo que versa sobre las normas del deber ser, el error de hecho se refiere a las reglas del ser.

Existe un error de licitud como exculpante, en la teoría normativa de la culpabilidad, cuando el sujeto erre invenciblemente sobre un aspecto de la realidad jurídica penal o extrapenal debido a ese error, el agente está en la creencia de que su conducta es amparada por una causa de licitud de las que reconoce el orden penal o extrapenal, o bien piensa que su conducta está permitida.

El sujeto estima que está obrando conforme al deber ser expresado en las normas jurídicas penales o de otra rama del Derecho, o bien cree que su conducta no está prevista en las normas legales.

No puede motivarse de acuerdo con lo que expresa el Derecho e irremediamente deberá absolverse en el juicio de reprochabilidad de la conducta. El error de licitud tiene el poder de anular el conocimiento de la realidad jurídico-penal o extrapenal, reconocido como parte integrante del elemento intelectual o cognoscitivo del dolo y que origina una causa de inculpabilidad.

Cuando exista un error sobre la significación antijurídica de la conducta, podríamos hablar del error de derecho como causa de inculpabilidad en el normativismo causalista. Será motivo de inculpabilidad el falso conocimiento o el desconocimiento del significado antijurídico de la conducta, que tienen las características de ser esencial e invencible.

En el normativismo se hizo una distinción entre el error de derecho penal y extrapenal, a partir de la década de los cuarentas, con el fin de darle efectos relevantes al error de derecho extrapenal. Antes de los normativistas causalistas se le negaba la calidad de exculpante a todos los errores de derecho, bien fueran penales o extrapenales, en virtud del principio: Error juris nocet (el error de derecho no aprovecha).

Este error afecta al elemento intelectual del dolo, que se refiere al conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, por el cual el sujeto ignora que su conducta tiene un carácter delictivo.

El error inesencial o accidental, en la teoría de los normativistas, recibió un idéntico tratamiento que en el psicologismo: Se dice que no tiene la fuerza suficiente para anular la culpabilidad y por lo tanto no llega a hacer la menor mella en el dolo.

Como ya dijimos, se divide en: a) Error en la persona (aberratio in persona), b) Error en el golpe (aberratio ictus). c) Error en el delito (aberratio delicti). d) Error de medios.

Se presenta como una de las causas de exculpación en la teoría normativa causalista de la culpabilidad, la vis moral o coacción.

Dentro del psicologismo, al tratar las causas de inculpabilidad se mencionó que en ellas se incluía a la coacción, como un motivo anulatorio del elemento volitivo del dolo; lo mismo ocurre en el normativismo causalista.

En el psicologismo se reconoció que la ausencia del delito por inculpabilidad podría originarse como consecuencia de ser impulsado por una fuerza exterior de carácter moral, que obligaba al sujeto a la acción o a la omisión, amenazándolo con un mal grave en su persona, en sus bienes o en las personas o bienes de sus allegados. Se hizo asimismo una distinción entre el miedo grave y el temor fundado, aunque únicamente se relacionó a esta exculpante con el dolo.<sup>89</sup>

Desde el punto de vista psicológico y normativo causalista, la coacción debe tener como fin anular al elemento volitivo o emocional del dolo o de la culpa.

Desde el punto de vista del normativismo puro, la coacción es supuesto de "no exigibilidad" que afecta la libertad del sujeto al actuar. En el momento en que se ejerce sobre el agente una presión moral para obligarlo a decidir o a hacer algo que tal vez no haría ni diría en otras circunstancias, evidentemente nos encontramos ante una causa de exculpación por no exigibilidad que nos llevará a la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

89. Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. TOMO II. p. 250

La coacción afecta tanto al delito doloso como al culposo; en la teoría normativa-causalista de la culpabilidad se reconoce que hay causas de inculpabilidad en ambas especies culpables.

La causa decisiva de la inculpabilidad en la teoría normativa es la no exigibilidad de otra conducta o inexigibilidad y consiste en que el momento de actuar no pueda habersele exigido al sujeto un comportamiento adecuado a las normas de Derecho, como normas de deber ser. Hay inexigibilidad en la teoría normativa causalista, cuando al autor de una conducta no se puede exigir que obre conforme a Derecho, en virtud de las circunstancias que se le presentan, aún cuando se actúe con dolo o con culpa, si hay imposibilidad de que al agente le sea exigible una conducta diversa a la que desplegó, evidentemente llegaremos a la irreprochabilidad.

Así para Goldschmidt, la culpabilidad debería ser solamente reprochabilidad y el dolo, la culpa y la imputabilidad, sus presupuestos.

La única causa de exclusión de culpabilidad lo sería la no exigibilidad, que conlleva a la irreprochabilidad de la conducta y por ende la absolución del sujeto en el juicio de culpabilidad. Para el mismo tratadista la culpabilidad es un juicio normativo de reproche, que se bifurca en exigibilidad y motivación normal. El dolo, la culpa y la imputabilidad sólo son el basamento para poder exigirle al autor que actúe conforme a la norma de derecho que describe el deber ser.

Para Ricardo C. Núñez: "El sentido íntimo de la no 'exigibilidad' es el autorizar al agente a obrar contra la valoración de la norma objetiva

de derecho, porque en el ámbito de ésta no encuentra la solución justa".<sup>90</sup> y explica: "Una acción tiene frente a la ley penal dos aspectos: Por un lado el de su legalidad (la conformidad o no conformidad de la norma de acción que la manda o la prohíbe objetivamente); por el otro lado el de su exigibilidad, si la norma de deber obliga o no obliga al individuo a que se motive por la representación del deber jurídico"<sup>91</sup>

A su vez, Edmundo Mezger expresa: "No procede culpablemente el autor si se admite, conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular no se le puede exigir otra forma de actuar".<sup>92</sup>

La inculpabilidad en el normativismo causalista (Finalismo). En el pensamiento de la teoría finalista del Derecho Penal, que resulta ser un normativismo puro, la culpabilidad tiene tres componentes, a saber: 1) Imputabilidad. 2) Posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta. 3) La exigibilidad de un comportamiento acorde a derecho aunque en puridad se la concibe como "reprochabilidad". Dichos elementos deben concurrir en forma simultánea y cronológica, para que inevitablemente nos conduzcan al reproche en el juicio valorativo de la culpabilidad.

Primero que la persona sea imputable, capaz de culpabilidad, - al poseer potencialidad de discernimiento y de control; después si tenía la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta, conocimiento y conciencia de la antijuridicidad y, por último, se atiende a la posibilidad de exigirle un comportamiento adecuado a los patrones legales.

91. NUÑEZ RICARDO C. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de James Goldschmidt. p. XXXI.

92. MEZGER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p. 194

Hay por lo tanto culpabilidad en el finalismo cuando a un sujeto imputable, que ha tenido la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta, le es exigible un actuar que se conforme a derecho; como consecuencia, en el juicio de culpabilidad el comportamiento le será reprochado y deberá ser declarado culpable.

Ahora bien en las causas de inculpabilidad en la posición finalista no deja de reconocer que existen el error de hecho, el de licitud y el de derecho y la coacción como hipótesis del aspecto negativo del delito, aunque al trasladar el dolo y la culpa a los elementos del tipo las convierte en causas de atipicidad.

Los motivos de exculpación en el finalismo se cuentan en número de tres, a saber: 1) Inimputabilidad 2) Error de prohibición. 3) Inexigibilidad. Cada uno de ellos sirve para dejar insubsistente a su respectivo elemento de la culpabilidad y en forma indubitable nos conducirán a la reprochabilidad. Así se dice que hay inculpabilidad desde el punto de vista de la teoría finalista cuando: A) El sujeto es inimputable. B) Cuando no tuvo la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta, al encontrarse ante un error sobre la prohibición. C) Cuando no se podía exigirle una conducta diversa a la que desplegó.

Por lo que hace a la inimputabilidad, son inimputables, de acuerdo con la teoría finalista de la acción, todas aquellas personas incapaces de culpabilidad debido a que les falta capacidad de discernimiento, lo que les impide conocer el carácter ilícito de su conducta y dirigirlo de acuerdo con ese conocimiento. La imputabilidad tiene dos elementos: a) Discernimiento. b) Capacidad de control. La ausencia de uno de ellos dará origen a la inimputabilidad -



al faltar en el sujeto el discernimiento o el control.<sup>93</sup>

Las personas que no tienen capacidad de culpabilidad al ser inimputables, también pueden actuar dolosamente, aunque su dolo no puede ser castigado con pena. Su conducta dolosa es natural; inclusive los menores, los trastornos mentales y los sujetos que se encuentran en estado de embriaguez, puede desplegar hechos dolosos.

Los inimputables son inculpables, más no quedan exentos de responsabilidad social; no se les sanciona con pena sino con una medida educativa o asegurativa, que tienda a rehabilitarlos. Reinhart Maurach considera que el inimputable actúa dolosamente, cuando expresa: "Todos estos autores (inimputables), pueden actuar dolosamente o sea con conocimiento y voluntad".<sup>94</sup>

El dolo es ubicado dentro de los elementos del tipo, en los que tienen carácter subjetivo y es idéntico a la voluntad de acción que habían señalado los psicólogos y los normativistas al nivel de la culpabilidad.

En caso de que exista la inimputabilidad ya no será necesario atender a si existió la posibilidad de conocer la ilicitud y si había exigibilidad. El sujeto inimputable tendrá que ser declarado inculpable, porque no tiene capacidad para responder en el juicio de reproche.

En el marco de los componentes de la culpabilidad finalista - que se incluye a la conciencia de la ilicitud de la conducta que se está realizando. Esta conciencia se la exige en potencia más no en acto, es decir, que en el momento en que la acción u omisión son desplegadas el sujeto debe tener la pp

93. Cfr. REINHART, MAURACH. Tres Conferencias. p. 350

94. REINHART, MAURACH. Tres Conferencias. p. 359

sibilidad de darse cuenta de que el comportamiento que está realizando es contrario a derecho.

La conciencia que se exige no se hace extensivo a la punibilidad; no se requiere que el individuo sepa que la conducta que realiza está sancionada con pena, simplemente se alude a la posibilidad de conocimiento de que una norma prohíbe u ordena ese actuar.

El falso conocimiento o la ignorancia de la norma, anula la posibilidad de la conciencia de la ilicitud y da lugar a lo que en la doctrina de la acción finalista se denomina como "error de prohibición".

El error de prohibición recae sobre la conciencia de la anti-juridicidad, que en el finalismo es reconocida como uno de los elementos de la culpabilidad y por él se excluye el reproche. Cuando se da un error de prohibición existe una conducta dolosa o culposa, ya tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad (como componente de la culpabilidad), más como por ese error el autor no puede tener la conciencia de la ilicitud, se le absuelve en el juicio normativo de valoración de la culpabilidad.

También esta clase de error debe tener la naturaleza de ser esencial e invencible, para que sus efectos trasciendan en el ámbito de la culpabilidad; en el caso de que el error sea vencible, la conducta podrá serle reprochada al sujeto si es que no aparece la exigibilidad.

Olga Islas y Elpidio Ramírez dicen: "Se distingue, por parte de los finalistas, diversas categorías de error; a) El error que no tiene rele-

vancia alguna. b) El error que solamente produce atenuación de la culpabilidad. c) El error que excluye la culpabilidad. d) El error que elimina al tipo doloso: Estas cuatro variedades se sintetizan, en última instancia, en dos categorías: El error de tipo y el error de prohibición".<sup>95</sup>

La exigibilidad de una conducta que se conforme al derecho, es el tercer elemento que la teoría finalista del Derecho Penal reconoce para la culpabilidad; constituye también un juicio normativo de valoración. La inexigibilidad de ese comportamiento dará lugar a la inculpabilidad, porque impide la reprochabilidad.

La no exigibilidad encuentra su basamento en las circunstancias anormales que concurren en el momento en que el sujeto despliega la acción u omisión que contraría a las normas jurídicas. Reinhard Frank, iniciador del pensamiento normativo asentó: "Hay situaciones de peligro, de apuro o de compulsión, en las cuales la vigencia imperiosa de la norma no resulta ni puede resultar eficaz, si además se tiene en cuenta que la ley ha sido dictada para el hombre medio, no para el héroe". Hay exigibilidad cuando no es posible exigirle al sujeto que actúe conformándose al derecho, en virtud de que las circunstancias concurrentes o concomitantes al delito harían que cualquier persona, en semejante situación, actuará de la misma manera. Sin lugar a dudas la acción u omisión que se asume en estas condiciones es típica y antijurídica, aunque el sujeto no es culpable en virtud de que no se puede reprocharle una conducta que no es exigible. En el juicio normativo de valoración de la culpabilidad se ha llenado los requisitos de imputabilidad y posibilidad concreta de conocimiento de la ilicitud de la conducta, más esta misma no es reprochable porque falta la exigibilidad que es el broche que cierra la culpabilidad finalista entendida como reproche.

95. CITADO POR REINHART, MAURACH. Tres Conferencias. p. 366

**CULPABILIDAD EN EL EJERCICIO INDEBIDO  
DEL PROPIO DERECHO**

Como se puede ver de las consideraciones que anteceden, el problema de dilucidar con precisión, teóricamente lo que por culpabilidad deberemos entender, es una cuestión debatida y aún por debatirse.

Sin embargo, la necesidad de tomar partido, aún cuando nos parezca una audacia que quisiéramos soslayar de buen talante, nos es absolutamente indispensable; al efecto de concluir en que consiste la culpabilidad en el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho.

Diremos pues que para nosotros habrá culpabilidad en el delito de Ejercicio Indebido del propio Derecho cuando el agente despliegue la conducta descrita en el artículo 226 del Código Penal Federal vigente, no exista causa de justificación que lo ampare; haya obrado con dolo y además exista reprochabilidad jurídico-penal.

Deliberadamente hemos omitido aludir a la culpa, toda vez que tal forma o especie de culpabilidad no es compatible con el delito a estudio. En efecto, el Ejercicio Indebido del propio Derecho se afilia a aquellos delitos que, con respecto a la culpabilidad sólo admiten su consumación en forma dolosa, Delitos dolosos se les ha llamado. A este respecto basta pensar que en tanto - que nuestro tipo de análisis, exige que la conducta sea desplegada con violencia, esto necesariamente hace de tal figura delictiva un delito eminentemente - doloso.

Por otro lado, sería inconsecuente hablar de culpa en este delito, atento a que el tipo diga textualmente "para hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho" lo cual nos hace concluir que tal frase está aludiendo expresamente

samente al dolo que la figura requiere de modo esencial.

La preterintencionalidad no se puede dar en el Ejercicio Indebido del propio Derecho. Esto es evidente porque como hemos expuesto la preterintencionalidad es una suma de dolo y culpa y al no darse cualquiera de ellas, resulta imposible la configuración de tal figura jurídico-penal.

La reprochabilidad se dará cuando el sujeto que lleve a cabo el delito de ejercicio indebido del propio derecho, lo haga con plena capacidad (imputabilidad), su comportamiento sea doloso y exista normalidad de las circunstancias concomitantes bajo las cuales el autor obre.

Por lo que hace a la inculpabilidad hemos de decir que en nuestro delito se puede dar el error de tipo cuando el agente activo desconozca circunstancia que constituyen elementos del tipo descrito en el artículo 226 del Código Penal vigente.

Se dará también el error de licitud cuando el sujeto que pretenda hacer efectivo un derecho o pretendido derecho con violencia, crea erróneamente que su comportamiento es conforme a la ley o ignore que su actuar es contrario a la norma, es decir que no posea la conciencia de la antijuridicidad de la conducta.

Creemos que es posible que no exista responsabilidad penal en el delito de ejercicio indebido del propio derecho, cuando al sujeto, dadas las circunstancias, no se le pueda exigir una conducta conforme a derecho.

**CONDICIONES OBJETIVAS**

**DE PUNIBILIDAD Y PUNIBILIDAD**

Las Condiciones Objetivas de Punibilidad han sido motivo de controversia y contradicciones en el campo del Derecho Penal por los Autores que tratan de dilucidar su naturaleza. Múltiples opiniones circundan su comprensión. Se ha llegado incluso a afirmar su inexistencia. Escribe Carlos Martínez Pérez: ("No existen condiciones objetivas de punibilidad". Así concluía Benmann una monografía publicada en la década de los cincuenta, enteramente destinada al estudio de ésta categoría dogmática. La tésis negadora de la existencia de las -mayoritariamente así denominadas- condiciones objetivas de punibilidad no ha obtenido, -ciertamente, respaldo doctrinal, pero permite poner de relieve aquí el hecho de que el instituto jurídico que se examina constituye una de las categorías más controvertidas en la Ciencia Penal, pudiendo afirmarse con Cobo y Vives que todo es discutido acerca de ellas: su conceptualización, fundamento, función, criterios de individuación, relación con otras categorías dogmáticas, naturaleza jurídica, ubicación sistemática, tratamiento y -como se acaba de exponer- hasta su propia existencia))<sup>1</sup>

1. MARTINEZ PEREZ CARLOS. Las condiciones Objetivas de Punibilidad. p. 19



La mayoría de los autores coincide en que su presencia exige de terminados requisitos, sin los cuales no es dable la pena cuando se ha cometido el delito. A este respecto cabe decir que desempeñan un papel accidental porque no en todos los delitos existen; no forman parte constitutiva del ilícito. Belling afirma: "Son ciertas circunstancias exigidas por la ley para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de los elementos del delito ocupan el sexto lugar; según se dice, las 'sextas condiciones de punibilidad' y, sin embargo, se las suele denominar más comúnmente como 'segundas condiciones de punibilidad'... Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo..., por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se las suele denominar frecuentemente condiciones objetivas o extrínsecas".<sup>2</sup> No obstante los esfuerzos realizados por los estudiosos del Derecho Penal aún no se ha dilucidado la esencia de esta categoría. Jiménez de Asúa expresa: "Las condiciones objetivas de penalidad surgen como excepción del parágrafo 59 del Código Penal alemán. Veremos cuan inconstante es su esencia y qué diversas son las opiniones de los autores, que están en radical desacuerdo al explorar su naturaleza y al clasificarlas".<sup>3</sup> Por su parte y de modo coincidente Maurach hace alusión a las condiciones objetivas expresando que se trata de un concepto "poco estable".<sup>4</sup>

En este tenor Edmundo Mezguer considera a las condiciones aludidas como "meros anexos al tipo" definiéndolas del siguiente modo: "circunstancias

2. Cfr. JIMENEZ DE ASUA LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomo VII p. 19

3. JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. p. 417

4. MAURACH REINHART. Tratado de Derecho Penal, Vol. II, p. 298

exteriores especialmente previstas por la ley, que conforme a su naturaleza propia yacen fuera de la culpabilidad del agente" y agregando: "las condiciones objetivas de punibilidad ejercen lo mismo que las propias y verdaderas características típicas, un influjo en el tiempo de la consumación del delito, en el lugar y tiempo de la acción, en la posibilidad de que una determinada conducta se califique aún como participación en el delito, en vez de considerársele como una simple acción subsiguiente. Y si el plazo de prescripción puede comenzar sin que se hayan producido dichas condiciones objetivas, ello es sólo consecuencia de la regulación legal"<sup>5</sup>

Franz Von Liszt piensa, que las condiciones objetivas de punibilidad son extrañas al delito y por lo mismo deben tratarse de una manera especial, porque si bien es cierto que son externas e independientes, también lo es que resultan "añadidas al acto punible", en virtud de que ha hecho depender de las mismas la eficacia de la sanción, como podría ser, que las lesiones o privación de la vida a una persona, se produzca en riña.<sup>6</sup>

Según Welzel, en su forma más amplia las condiciones objetivas de punibilidad podrían presentarse al analizar cualquier presupuesto o elemento del delito, pero deben separarse para su estudio, colocando en primer término lo que se oriente a los elementos del injusto, y en segundo lugar las verdaderas condiciones objetivas de punibilidad, concurrentes en pocos delitos (los elementos del delito generalmente regulan todas las hipótesis), como sucede en la garantía de reciprocidad entre los estados extranjeros, porque si las más de las veces el tipo proporciona la base de la punibilidad, excepcionalmente ésta depende de otras circunstancias exteriores a la "acción culpable antijurídica".<sup>7</sup>

5. MEZGUER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal. p. 369

6. LISZT FRANZ VON, Tratado de Derecho Penal, Vol. II, p. 455

7. Cfr. WELZEL HANS, Derecho Penal, pp. 62-63

Por su parte Maurach estima que las condiciones a que nos venimos refiriendo, son características del delito que se dan fuera del tipo, necesarias - para que del actuar típicamente antijurídico se desprendan efectos penales, porque si bien son partes integrantes del suceso el del hecho en el que se da la acción, también no pertenecen a esta misma. No es admisible la opinión de que las condiciones objetivas de punibilidad son propias del tipo, porque ello conduce a una in deseable extensión del concepto o función de la figura, que por su calidad de cuer pos extraños deben tener una vigencia limitada. La consideración de que son "me ros anexos al tipo", olvida que existen características de éste, "que no abarca el dolo", por otro lado; sostener el punto, llevaría a la conclusión de que las conse cuencias de los delitos cualificados por el resultado, constituirían condiciones - de punibilidad agravada, pasándose por alto, que las graves consecuencias, si bien no son elementos de la acción, sí constituyen por razón del nexo causal y de la - culpa exigida, resultados atribuibles y por ende características del tipo, las que en ningún caso estarían fuera de él. Son ejemplo, de condiciones objetivas, la su presión de pagos o la apertura del concurso, el duelo, la declaración de insolvencia fraudulenta y otras más. Por último concluye Maurach, nuestra figura se entien de como las "características no del tipo, sino del delito, pertenecientes como tales al derecho material, pero si faltan, la absolución debe ser pronunciada... la apreciación de las condiciones objetivas de punibilidad es cuestión propia de la - culpabilidad<sup>8</sup>.

Zimmerl parte de la idea de que el grado de la pena depende siempre de la gravedad de lo injusto objetivo del hecho o de la culpabilidad subjetiva del autor, pero algunas veces depende de otros factores como razones de prevención, como en la legislación de Austria, que la pena de muerte puede cambiarse por priva tiva de libertad, siempre que se hubiese cumplido con el fin de la intimidación; o

8. Cfr. MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, Vol. II, p. 298

bien razones extrapenales que pueden obedecer a motivos políticos, cuando estamos frente a la reciprocidad en orden a una legislación extranjera, que como se puede advertir no están en relación con la antijuridicidad o la culpabilidad, que propiamente las condiciones objetivas de punibilidad, porque hay otras hipótesis a las que se pretende otorgar dicha categoría, no obstante que son "verdaderos y - directos elementos del tipo de delito", cuando además del resultado de la acción, se da un segundo resultado que abarca al anterior, como en las lesiones que originan imbecilidad, impotencia, ceguera, o bien la condición en la violencia o resistencia a la autoridad de que ésta se encuentre en el cumplimiento de sus deberes oficiales.<sup>9</sup>

Sebastián Soler afirma que existen contados casos dentro de la teoría del delito, en los que habiéndose dado el ilícito penal, éste no es punible por depender ello de ciertos motivos, en atención a que la ley se niega expresamente a sancionar la infracción por razones externas a ella; en la primera hipótesis existe una limitación al tipo o la imposición de mayores exigencias; en la segunda, la ley determina que no se aplique sanción. El primer caso se ejemplifica dentro de la legislación argentina, con la instigación al suicidio siempre y cuando éste se consume o por lo menos se intente, lo que también acontece con respecto al duelo y el protesto como condición indispensable para castigar la emisión de cheques sin fondos. Las condiciones reguladas conforme a éstos ejemplos se entienden positivas, ya que son negativas cuando nos llevan al renglón de las excusas absolutorias, como en la impunidad de las injurias cuando éstas son reciprocas, el hurto entre parientes, el encubrimiento entre allegados, etc. Son pues, razones de utilidad las que justifican éstas condiciones, toda vez que la antijuridicidad, la culpabilidad de la conducta o hecho permanecen inalterables.<sup>10</sup>

9. Cfr. JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. pp. 419 y ss.  
10. SOLER SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. pp. 200-204

Luis Jiménez de Asúa apunta, como antes hemos indicado, que el primer problema que presentan las condiciones objetivas de punibilidad, es lo inconstante de su esencia, estimando que no es posible que las condiciones extrínsecas de penalidad constituyan uno de los caracteres del delito. Estas condiciones se diferencian de los tipos de delito, en que aquéllas no pertenecen al tipo, por lo que el dolo del agente, bastando que se presenten en el mundo externo y objetivo, manifestándose como circunstancias que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción. El primer punto de conclusión de nuestra figura a estudio, surge en su propia denominación, en virtud de que condiciones de punibilidad son todos los elementos del delito. Generalmente no existen éstas, ya que todas ellas son elementos normativos, modalidades y relaciones de la tipicidad; en síntesis, son hipótesis de las que el legislador hace depender la eficacia de la pena y que por ser extrínsecas e independientes del acto punible, no son abarcadas por la culpabilidad del activo. Como ejemplo se puede señalar la garantía de reciprocidad pactada entre algunos países para castigar ciertos delitos.<sup>11</sup>

Estima Cuello Calón, que las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias ajenas o exteriores al delito, independientes de la voluntad del agente y no frecuentes dentro de la legislación española, como acontece con la insolvencia fraudulenta y en los delitos cometidos en el extranjero cuando el nacional se encuentra en su país de origen.<sup>12</sup>

Carlos Fontan Balestra asevera que no encuentra diferencia cualitativa entre los elementos objetivos del delito y las condiciones objetivas de punibilidad; ambos están dentro del tipo, no siendo aplicable también la pena en los dos casos, por ausencia de tipo. Si la construcción del delito presupone el

11. JIMENEZ DE ASUA LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, pp. 18-22

12. CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal, pp. 522-523

principio "nulla poena sine lege", único posible dentro del régimen constitucional (se refiere a la Argentina), las leyes deben contener tipos descriptivos - precisos, que delimiten las únicas conductas punibles.<sup>13</sup>

Las condiciones objetivas de punibilidad al decir de Faustino - Ballvé Pallise, si bien no constituyen verdaderas causas de imputabilidad como la prescripción o la inviolabilidad del soberano, tampoco son falta de acción, de culpabilidad, de antijuridicidad, ni forman parte de la descripción "del delito" en sí mismo, por lo que cualquiera puede ser condición objetiva de penalidad para algunos delitos, mientras que en otros, "elemento del tipo o de la culpa". Así vemos, que la muerte de un sujeto es elemento típico del homicidio y condición objetiva en las lesiones, de ahí que su "determinación y su clasificación como características de delito en sí o como condiciones objetivas de penalidad y su distinción de las causas de impunidad, de justificación, etc., es materia de interpretación jurídica"<sup>14</sup>

Juan del Rosal refiere, que las condiciones objetivas de punibilidad son excepcionales y extrañas al tipo de delito, pero vinculadas a la propia punibilidad.<sup>15</sup>

Vicenzo Manzini deriva el estudio de las condiciones objetivas de punibilidad, del contenido del artículo 44 del código Penal Italiano, que establece para la punición de determinados delitos, la verificación de una condición, aunque ésta no sea querida por el agente, como la territorialidad del hecho, la reciprocidad, la querella, la declaración de quiebra, el escándalo público, determinado lugar, la flagrancia, etc.

13. FONTAN BALESTRA CARLOS. Derecho Penal. pp. 419-420

14. BALLVE PALLISE FAUSTINO. Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito. pp. 15-16

15. DEL ROSAL JUAN. Derecho Penal. pp. 326-329

Continúa dicho autor, estas condiciones son elementos extrínsecos al hecho previsto en la ley como delito, lo que significa que en algunos casos no es punible el ilícito, por ser incompleto en su manifestación objetiva, y que - aún siendo en otros casos, no es posible castigarlo por la no concurrencia de las condiciones objetivas de punibilidad. La razón de ser de éstas obedece a la política criminal desarrollada por el estado, por lo que la punición sólo se justifica - cuando es necesaria, debiendo existir expresamente reguladas por la ley para su correcto funcionamiento porque de lo contrario y en todos los casos que no contienen esta excepción, se entenderá que el hecho es punible incondicionalmente.<sup>16</sup>

Señala Antolisei, que las condiciones objetivas de punibilidad - cumplen la función de hacer posible la aplicación de la pena. Una extensa corriente concluye que constituye un acontecimiento futuro e incierto cuya verificación se requiere para la integración jurídica del delito, pero que debe ser tratado como un acontecer independiente al comportamiento del culpable; pero otra, con la que está de acuerdo Antolisei, supone primeramente un delito perfecto, pues - las condiciones que estudiamos no integran al delito, sino hacen aplicable la pena, ya que éstas son requeridas por la ley a fin de que pueda ejercitarse el poder estatal de castigar, la que se presenta excepcionalmente. La anterior situación no es inatendible, porque al ser la punibilidad una consecuencia normal del delito, no excluye que el ordenamiento jurídico la subordine a la verificación de una condición que se funda en algunos supuestos o conveniencias de carácter práctico, como es el caso de la declaración de quiebra en los delitos de bancarrota, la anulación del matrimonio realizado por engaño, la sorpresa infraganti, la presencia del reo en el territorio del estado, etc.<sup>17</sup>

16. MANZINI VICENZO. Tratado de Derecho Penal. Vol. II. pp. 40-44

17. ANTOLISEI FRANCESCO. Manual de Derecho Penal. Parte General. pp. 533-535

Fernando Castellanos Tena dice que las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos esenciales del delito pues basta la existencia de un sólo delito sin las mismas, para demostrar que no son requisitos de su esencia.<sup>18</sup>

Para Matos Escobedo, las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos del delito, aún cuando su no realización nos lleva a la inexistencia del delito, asimilando la naturaleza de las mismas a la función que desempeña la tipicidad, que también se debe considerar como mera condición, más no como elemento de la infracción penal.<sup>19</sup>

Al colocarnos dentro de la comprensión de las condiciones objetivas de punibilidad refiere Villalobos, hay que partir de la idea de que son de punibilidad y no de criminalidad, pues así se evitan confusiones. En principio deben dividirse en las condiciones que hacen efectiva la punibilidad y aquellas que forman parte de la descripción objetiva del ilícito, y por tanto incluidas - en el tipo; muy distinto es el caso cuando se exigen los elementos del delito y éstos precisan de algunas condiciones, a aquél en el que la ley establece requisitos especiales para que la pena se aplique, como en la figura que estudiamos, en los requisitos de procedibilidad y en las cuestiones prejudiciales.

Asimismo comenta nuestro autor citado, el hecho de que la culpabilidad se considere referida a los elementos objetivos del tipo, lo que no es una realidad absoluta, no nos impide ver que en algunas legislaciones vigentes - en la actualidad, se encuentran verdaderos delitos cualificados por el resultado, en los que por definición, la pena sólo se conecta con el daño o efecto producido; pero la realidad es que, aún en esa clase de infracciones, la sanción no

18. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 248

19. Cfr. EN EL PROLOGO A LA OBRA DE PORTE PETIT CELESTINO. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal p.18



prescinde en absoluto del factor subjetivo de culpabilidad, aún cuando sea en sus formas indirectas de dolo indeterminado, de dolo eventual o de culpa, ya que puede concurrir la previsión y el consentimiento del agente respecto de los posibles resultados, al poner en movimiento la cadena causal que los produce. En la misma forma indirecta, cuando menos, resultan incluidas en la culpabilidad las condiciones de punibilidad que lo son realmente y que se han identificado como elementos o anexos al tipo. Se mencionan por parte de algunos autores, con los que no se comparte este punto, los siguientes ejemplos: La apología de un delito que es regulado por el artículo 209 del Código Penal; el escándalo en el adulterio; la reciprocidad; y el extremo previsto en la fracción III del artículo 4º del Código Penal.<sup>20</sup>

El maestro Celestino Porte Petit asevera que las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos esenciales del delito porque no se requiere de su existencia. Por otra parte, "La punibilidad por ser una característica que va unida a la realización de los elementos de la figura delictiva, surge cuando se verifica ésta, pero la ley hace depender su eficacia de la verificación de la condición. Por tanto, el delito es perfecto y solamente se suspende la actualidad del castigo y por eso la condición objetiva de punibilidad no forma parte de la estructura del delito. Y precisamente, porque el delito es ontológicamente perfecto, las condiciones objetivas de punibilidad son extrínsecas al mismo, a más de estar fuera de sus elementos constitutivos. Si falta uno de sus supuestos o elementos esenciales, el delito no surge, en cambio si se presentan aquellas y no se verifica la condición objetiva el delito es perfecto y solamente su punibilidad está subordinada a la verificación de tal condición".<sup>21</sup>

20. VILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. pp. 208 y ss.

21. PORTE PETIT CELESTINO. Programa de la Parte General de Derecho Penal. pp. 564

No obstante la confusión reinante en torno al tema que estamos tratando, consideramos como características esenciales de las condiciones objetivas de punibilidad el hecho de ser de naturaleza objetiva, en oposición a las subjetivas que son aquellas que van referidas a la culpabilidad del autor; además de ser objetivas, deben ser extrínsecas a la conducta o al hecho, a diferencia de las que tienen carácter intrínseco y recaen sobre la constitución del delito mismo y por último, tienen que ser referidas a la actualización de la amenaza penal.

Hemos de tratar aquí de la punibilidad y en este sentido, estamos tocando el último elemento del delito. Su importancia reviste para algunos autores una trascendencia esencial. Para Jiménez de Asúa: "Hemos llegado a la última de las características del delito. Al definirlo dijimos que es un acto que, además de reunir otros caracteres, ya enunciados y que estudiamos minuciosamente en los volúmenes anteriores, tenía que estar sancionado o conminado con una pena. Y al enumerar esas características denominamos a esta última: punibilidad. Aunque todos nos entendemos en cuanto a lo que se quiere decir con -- esa expresión, nos aqueja el deseo de ser más precisos, sobre todo en una materia en que buena parte de la opinión autorizada duda en cuanto a mantener ese carácter como propio de la noción del delito"<sup>1</sup>

De entrada se discute si en verdad la punibilidad es elemento constitutivo del delito. Para algunos autores viene a ser más bien una consecuencia del ilícito, quienes están por esta concepción o bien se afilian a la concepción de Carrara que excluye la punibilidad como carácter del delito o bien consideran que esta categoría formal se refiere más bien a todos los elementos del delito y por tanto es su consecuencia. Para Bettiol: "aparte de lo impropio

1. JIMENEZ DE ASUA LUIS. Tratado de Derecho Penal, Vol. VII. p. 107

de la falta de distinción entre hecho y antijuridicidad por el temor de que así surja la teoría del tatbestand - considerada en general por nosotros como una especie de 'espantapajaros' -, la ubicación de la punibilidad entre los elementos del delito, con función autónoma, no parece que marque un progreso, porque o la punibilidad se refiere a las consecuencias jurídicas del delito -pena-, y entonces está fuera del conjunto de los presupuestos de la pena, o es considerada como una característica formal del delito, en cuyo caso no puede incidir sobre un único elemento, sino que debe caracterizarlos a todos. El delito es un hecho punible en cuanto es un hecho típico, antijurídico y culpable. La punibilidad es, pues, una categoría formal que se refiere a todos los elementos del delito.<sup>2</sup>

Alfonso Arroyo de las Heras pone en claro la cuestión en los siguientes términos: "Parte de la doctrina entiende que la punibilidad no debe ser considerada como elemento integrante de la infracción criminal. M. E. Mayer considera que la inclusión de la punibilidad entre los elementos integrantes del delito no deja de ser un pleonismo, ya que encuadra de este modo la punibilidad y no, según el criterio que considera acertado, como consecuencia legal del mismo, no resulta fácilmente discriminable de la propia tipicidad o antijuridicidad tipificada con la que viene a confundirse. Ciertamente, afirma De Miguel, resulta difícil concebir la existencia de conductas típicamente antijurídicas que, no obstante, carezcan de sanción en los textos legales, fuera, naturalmente, de los casos de condiciones objetivas de punibilidad o existencia de alguna excusa absoluta. Tales supuestos de impunidad sin atipicidad únicamente pueden deberse a descuido omisivos del legislador que definió y no penó. Aquellos que consideran la punibilidad como consecuencia legal del delito y no como elemento integrante del mismo, parecen olvidar que no todas las conductas típicamente antijurídicas son, necesariamente, delito. Que fuera del ordenamiento penal existen

descritas conductas propiamente antijurídicas y que no alcanzan categoría delictiva, precisamente porque no se hallan sancionadas con una pena, aún cuando lo estén con medidas o sanciones de otra naturaleza. Cabe, pues, afirmar que sin punibilidad no habrá delito, aunque concurren todos los demás caracteres que integran la definición del ente delictual. En tal sentido se pronuncia gran parte de la doctrina, así Bebing sitúa la punibilidad entre los caracteres del delito, y tanto Von Liszt como Mezger la consideran como nota integrante del mismo, aún cuando el segundo establezca entre ella y la antijuridicidad tipificada una estrecha dependencia".<sup>3</sup>

Algunos autores han definido la punibilidad. A este respecto: Francisco Pavon Vasconcelos: "Por punibilidad entendemos, en consecuencia, la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social".<sup>4</sup> Gonzalo Quintero Olivares: "La punibilidad podría definirse como el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado. Esos presupuestos en realidad se contraen a la eventual ausencia de excusas absolutorias y al cumplimiento, si las exige la ley, de las condiciones objetivas de punibilidad".<sup>5</sup> Juan del Rosal: "Una facultad asumida por el Estado, en razón a su soberanía, por virtud de la cual determinan los tribunales de Justicia el quantum de la pena imponible. En una palabra, la punibilidad nos da a entender la posibilidad de imponer una sanción en la forma preceptual determinada".<sup>6</sup>

Se preguntan los estudiosos acerca de la cuestión de ¿cuándo y en qué medida es una conducta humana punible?, lo que es materia de la teoría de la pena.<sup>7</sup>

3. ARROYO DE LAS HERAS ALFONSO. Manual de Derecho Penal. Vol. II. p. 229

4. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Nociones de Derecho Penal Mexicano, Tomo II, p. 244

5. QUINTERO OLIVARES GONZALO. Derecho Penal, Parte General. p. 421

6. DEL ROSAL JUAN. Tratado de Derecho Penal Español, Vol. II. p. 260

7. Cfr. SAVER GUILLERMO. Derecho Penal, Parte General. pp. 35 y ss.

Cabe destacar que terminológicamente debemos distinguir dos vocablos que con frecuencia se confunden: punibilidad y pena.

La punibilidad vendrá a ser el conjunto de presupuestos que deben ser realizados a fin de satisfacer las exigencias normativas de la ley, mientras que la pena es el conjunto de presupuestos positivos que contiene una ley o una sentencia de modo concreto. En otras palabras; al hablar de punibilidad nos estamos refiriendo a una consideración abstracta: el último carácter conceptual - del delito, en tanto que al referirnos a la pena es la puesta en práctica o en concreto de la amenaza establecida en la figura delictiva.

La anterior distinción es del todo importante tanto en el tratamiento doctrinario de la punibilidad, por cuanto delimita su concepto del de la pena. A este respecto apunta Candido Conde - Pumpido Ferreiro: "La punibilidad no debe confundirse con la pena. Esta puede quedar excluida por varias razones (prescripción del delito, p. ej.) y una de ellas puede ser la ausencia de punibilidad. En otras palabras, un injusto típico, culpable y punible puede quedar sin pena, sin dejar de ser delito, cuando la responsabilidad personal se extingue por la muerte del reo o el indulto; pero sin punibilidad no puede imponerse pena a un injusto típico, porque no sería delito. La esencia de la punibilidad guarda conexión con la llamada relación jurídica punitiva: de un lado, el Estado tiene el poder de infligir pena y de otro, el penado tiene la obligación de someterse a ella... Poder estatal de castigar y sometimiento del reo a la pena (no derecho de castigar y obligación de sufrir la pena) representan, como dice ANTOLISEI, los efectos en que se concreta la punibilidad, efectos que están estrechamente entrelazados, aunque son independientes, porque constituyen como el anverso y reverso de una medalla".<sup>8</sup>

8. CANDIDO CONDE \_ PUMPIDO FERREIRO. Derecho Penal, Parte General. p. 323

A continuación trataremos del aspecto negativo de la punibilidad y aún cuando a este apartado algunos autores lo titulan "excusas absolutorias", - diremos que no se consideran como las únicas causas que obstaculizan o impiden la inmediata imposición de la pena. No obstante creemos que el aspecto negativo de la punibilidad deberá estar referido en forma preponderante a las excusas absolutorias por considerar que como aspecto negativo del delito es el que incide en la punibilidad.

La razón de ser de las excusas absolutorias a nuestro modo de ver se encuentra en la decisión del legislador de suspender la imposición de la pena en atención a cuestiones de carácter práctico y en aras de una conveniencia para el Estado y para la correcta impartición de la justicia. Es decir, surge en razón de la Política Criminal que sirve de directriz al Estado en su lucha contra el crimen. En este sentido Puig Peña expresa: "Constituyen, ciertamente - estas excusas otro de los extravíos legales de la propia relación de punibilidad. Pero aquí no se trata de una condición objetiva adscrita al tipo que es preciso - se produzca en la realidad -aunque no esté captada por la mente del autor- para - que pueda llegarse a la punición del hecho; ni un obstáculo procesal que se precisa salvar para que el hecho pueda entrar en sanción. Aquí existe el delito, existe el autor, se produce íntegramente la figura descrita por el legislador, no hay - ningún obstáculo procesal para perseguir; pero, sin embargo, a pesar de todo, el hecho no se castiga por razones de política penal. Estas excusas son pues, circunstancias totalmente extrínsecas a la infracción que determinan la no punición de la misma por diversas razones, singularmente la afección parental o conveniencia pública".<sup>1</sup>

Así pues, las excusas absolutorias confluyen con los restantes

1. PUIG PEÑA FEDERICO. Derecho Penal, Parte General, p. 507

elementos del delito, paralizando la imposición de la pena.

Estas excusas han sido colocadas al lado de las causas de inimputabilidad o de justificación y han sido conceptuadas como aquellas que impiden la pena, situando su estudio más bien dentro de la Teoría de la Pena.

Las razones de política criminal que dan lugar a las excusas absolutorias son variadas pudiendo ser concomitantes, precedentes o subsiguientes - al acto.

Algunos autores las sistematizan entre las causas de atenuación o agravación de la pena lo cual nos parece incorrecto ya que las agrupan bajo el signo de la utilidad.

Para Rodríguez Muñoz, las causas a las que venimos aludiendo -- constituyen supuestos de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta o manifestaciones del principio de arrepentimiento.<sup>2</sup>

Hemos de estar de acuerdo en que esta figura penal tiene una singular importancia por cuanto en el terreno de la sistemática de los caracteres - esenciales del delito, su existencia es el principal obstáculo para que en la dogmática se elimine a la punibilidad como elemento del delito. Esto es así por cuanto las excusas absolutorias, al eximir de responsabilidad lo hacen por razón de - que excluyen al propio elemento de la punibilidad.

2. Cfr. CANDIDO CONDE - PUMPIDO FERREIRO. Derecho Penal, Parte General. p. 328

Entre otras se suele citar como excusas absolutorias: el encubrimiento entre parientes, la revelación útil de la rebelión o sedición, las sus-tracciones entre parientes, el pago ulterior de cheques sin fondos y la revelación de secreto por autorizado.<sup>3</sup>

3. *Ibd.* p. 332-334



**CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y  
PUNIBILIDAD EN EL EJERCICIO INDEBIDO  
DEL PROPIO DERECHO**

Por lo que hace a las llamadas Condiciones Objetivas de Punibilidad que hemos tratado en esta parte de nuestro trabajo, hemos de concluir que su existencia no afecta al Ejercicio Indebido del Propio Derecho. En efecto, - esta figura Jurídico-Penal no es necesaria para la configuración de nuestro delito a estudio. No se requiere pues, de ninguna de tales condiciones para la actualización de la pena.

De acuerdo con el artículo 226 del Código Penal vigente la punibilidad se actualizará cuando el sujeto activo realice todos los elementos del tipo y además se compruebe que se han configurado los elementos esenciales del delito. La pena correspondiente será de tres meses a un año de prisión, no dándose en este delito ninguna causa que excluya la pena.

## FORMAS DE APARICION DEL DELITO

La ley penal al describir delitos lo hace tomando sólo en cuenta su consumación. Es decir, al imponer pena a determinada conducta la supone consumada. Sin embargo, ocurre con frecuencia que por determinadas circunstancias el resultado ilícito no llegue a consumarse o bien se exceda en dicha consumación - (preterintencionalidad). En el primer caso surge la cuestión de si esa actividad deberá castigarse aún cuando ha sido truncada y hasta donde puede castigarse. Se plantea así el tema del Iter Criminis o vida del delito.

Para los estudiosos el delito es dinámico es decir, inicia en la mente del sujeto, recorriendo un largo camino (iter criminis) que concluye generalmente con la consumación pudiendo ir más allá, hasta el agotamiento del delito. Así pues, se ha puesto en claro que el delito presenta dos fases al respecto: fase interna y fase externa.

La fase interna comprende los actos internos que preceden a la exteriorización de la intención criminal, mientras que la fase externa supone los actos preparatorios y los actos ejecutivos o ejecución que pueden dar lugar a la tentativa o a la consumación. A este respecto Cuello Calón: "En el desarrollo -

del delito hay que distinguir momentos de diversa índole, unos de índole interna (como la deliberación, la voluntad, la resolución de cometer el delito), otros - de índole externa. Aquellos están fuera del campo del derecho penal, pues todo cuanto no sale de la intimidad del individuo no tiene trascendencia jurídica, éstos, por el contrario, están dentro de su esfera. Los momentos externos de la vida o desarrollo del delito son: la preparación, la tentativa (dentro de la que puede distinguirse el momento de frustración) y la consumación<sup>1</sup>

En efecto, los actos internos o esfera subjetiva de la vida del delito en la que comunmente se agrupa la deliberación y la resolución del sujeto, no es punible por cuanto no rebasa la esfera mental del agente, en atención a la máxima jurídica de que "el pensamiento no delinque".

Cuando la idea criminal es rebasada surge la fase externa del delito, emergen los llamados actos preparatorios cuya naturaleza nos la explica Rodríguez Devesa de la siguiente manera: "Las teorías subjetivas no permiten diferenciar entre principio de ejecución y actos preparatorios, pues la acción se toma como tentativa cuando es inequívocamente reveladora de la intención del sujeto, lo que conduce a extender el ámbito de la tentativa desmesuradamente a costa de los actos preparatorios, desplazando en realidad el problema a la esfera procesal. Llevan también a resultados insatisfactorios, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, puesto que uno y el mismo acto será punible o no según las circunstancias. Las teorías subjetivo-objetivas pretenden extender - los actos que objetivamente constituyen un principio de ejecución, incluyendo en ellos los que proceden inmediatamente a la fase ejecutoria. Operan aquí confusas ideas tomadas de una jurisprudencia del sentimiento basada en la 'impresión' de favorable que produce en la comunidad una acción absolutamente inmediata en el -

1. CUELLO CALÓN EUGENIO. Derecho Penal. p. 526

tiempo al momento en que comienza la ejecución del delito, reveladora de la peligrosidad del sujeto. Pero mientras esa 'impresión' no halle acogida en las fórmulas legales, no basta con la peligrosidad manifestada por la proximidad del acto para que pueda hablarse de un principio de ejecución. El que apunta con el arma de fuego, sin apretar todavía el gatillo, no ha comenzado aún a 'matar'. El problema político criminal de si conviene incluir esos actos próximos al comienzo de la ejecución ha de decidir sobre argumentos opuestos, porque, aunque la peligrosidad del sujeto sea manifiesta, se opone a la incriminación el ofrecimiento hasta el último instante de la posibilidad de desistir sin haber incurrido todavía - en ninguna pena, desistimiento que se dificulta si es indiferente que prosiga (en nuestro ejemplo, que apriete el gatillo) o no".<sup>2</sup>

En este sentido el principal problema que se plantea con respecto a los actos preparatorios es su delimitación con respecto a los actos de ejecución. Expresa Sánchez Canales: "Problema difícil en extremo para la doctrina es aquel que se presenta respecto a la delimitación entre los actos preparatorios y los ejecutivos, llegando al extremo de afirmarse que no se ha establecido un criterio adecuado para la solución de tal problema. Las tesis al respecto han proliferado, y ante un determinado punto de vista, se ha presentado el contrario, después la posición ecléctica y luego las complementaciones de unas y otras tesis; - pero se concluye que debe quedar a criterio del juzgador el determinar la preparatoriedad o ejecutividad de los actos realizados en el caso concreto."<sup>3</sup> La delimitación a la que se alude no es pues nítida y representa una dificultad de primer orden en la doctrina Penal. La sutil y endeble frontera entre actos preparatorios y ejecutivos ha hecho que no se llegue a una definitiva solución.

2. RODRIGUEZ DEVESA JOSE MARIA. Derecho Penal Español. p. 785

3. SANCHEZ CANALES JOSE TRISTAN. Los Actos Preparatorios, en Derecho Penal Contemporáneo Núm. 23 p. 48

Ha sido casi unánime la opinión de los estudiosos, en el sentido de que los actos preparatorios deben estar exentos de pena. Algunas opiniones se basan en su equivocidad mientras que otros autores opinan que su no punibilidad - permite que el agente tenga la oportunidad de arrepentirse. A este respecto -- Sainz Cantero escribe: "En principio los actos preparatorios son impunes. Las razones que se alegan para justificar la impunidad son de diversa índole. De técnica probatoria, en cuanto que en abstracto se trata de actos indiferentes desde el punto de vista del Derecho Penal (la compra de una navaja por ejemplo), adquiriendo relevancia sólo cuando se llevan a cabo para (dirigirlos a) la comisión de un delito. Las dificultades de probar esa intención, aconseja su impunidad. De Política Criminal, porque no conviene que el Derecho Penal intervenga en la actividad meramente preparatoria, ya que la experiencia enseña que, con frecuencia, - auténticas acciones preparatorias no desembocan en actos ejecutivos. En atención al principio del bien jurídico pues, por regla general, los actos preparatorios - no crean un peligro inmediato para el bien jurídicamente protegido"<sup>4</sup>

En tanto así las cosas, los actos preparatorios han sido definidos de la siguiente manera; Maurach: "forma de actuar que crea las condiciones - previas adecuadas para la realización de un delito planeado"<sup>5</sup> "Sigue la fase en que el agente busca en el mundo exterior los medios necesarios, se proporciona - cómplices, observa el lugar, la víctima y demás circunstancias de su plan, dispone los instrumentos de ejecución, etc. Estos son los actos preparatorios, los - cuales no entran todavía en la esfera de ejecución del delito, o sea, no están -- comprendidos en los descritos por la Ley en la concreta definición de la infracción criminal"<sup>6</sup> "Los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren al mismo en la intención del agente, que tiende a - preparar su realización".<sup>7</sup>

4. SAINZ CANTERO JOSE A. Lecciones de Derecho Penal. p. 774

5. MAURACH REINHART. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 297

6. ANTON ONECA JOSE. Derecho Penal. p. 436

7. PUIG PEÑA FEDERICO. Derecho Penal, Parte General. p. 515

No obstante, podemos decir que el primer escalón de la fase ex terna lo constituye la tentativa. Esta etapa en la vida del delito se caracteriza por la existencia de actos de ejecución que se interrumpen no dejando que se produzca el delito. Sauer escribe: "Tentativa en sentido amplio es el peligro objetivo o también sólo querido (representado) de un bien especial merecedor de protección por la activación correspondiente de la decisión de la voluntad (esto es, el principio de la ejecución) con la ausencia objetiva del resultado (esto es, con la falta de la causalidad objetiva y esperada por el autor)".<sup>8</sup>

En este sentido se deberán distinguir los siguientes dos supuestos:

A) El sujeto principia la ejecución del delito, pero no llega a cabo todos los actos de ejecución que deben producirlo ya sea por causa o accidente que no sea su desistimiento.

B) El sujeto realiza todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, pero éste no se produce, por causas ajenas a su voluntad, sin que lo haya evitado por su voluntad.

Estos dos supuestos dan lugar a la clasificación de la tentativa en Tentativa Acabada y Tentativa Inacabada. Maño Camacho nos indica: "Se presenta la tentativa propia, comunmente referida como tentativa inacabada cuando los actos ejecutados a la comisión de un delito no llegan a su total realización por la intervención de una acción externa que impida su continuación. La tentativa impropia, conocida también como tentativa acabada o como delito frustrado, se observa cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la comi-

8. SAUER GUILLERMO. Derecho Penal. Parte General. p. 160



sión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes de su voluntad. La división se observa expresada en gran parte de las legislaciones penales actualmente vigentes en otros países... Expresa Romagnosi que la distinción exacta entre los casos de verdadero delito tentado y delito frustrado, se observa cuando el individuo utiliza todos los medios que la experiencia ha demostrado adecuados para producir el efecto dañoso, teniendo la certeza y previsión física, de que el efecto habrá de verificarse. Si quiere el resultado y realiza cuanto - considera necesario a su plena consumación, por lo cual aún no presentándose el - resultado previsto pero no consumado por el obstáculo imprevisto, debería ser pu - nido por la conducta realizada. Por su parte, en torno a la tentativa inacabada observa que cualquiera que haya sido la causa que detuvo la mano del culpable a la mitad de la ejecución del delito, o en los límites del último acto, es siempre cierto que le faltó realizar los otros varios actos físicos o uno último, que, - sin embargo, eran necesarios. En realidad, aún cuando algunas legislaciones no indican expresamente la división, ello no hace venir a menos una distinción que se localiza en la naturaleza misma de la figura y no en la voluntad del legisla - dor".<sup>9</sup>

Así pues, existirá tentativa inacabada cuando se den los siguientes elementos a) Intención de cometer el delito b) Principio de ejecución c) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

No obstante, cuando la ejecución no se completa por causas que - dependen de la voluntad del sujeto se habla de la figura del desistimiento. A este respecto Puig Peña define la figura que nos ocupa del siguiente modo: "Se entiende por desistimiento en la tentativa la interrupción que el autor realiza por obra de su espontánea y propia voluntad en el proceso del delito, evitando -

así su perfección."<sup>10</sup> Para este mismo autor los elementos constitutivos del desistimiento, son A) Que el autor interrumpa el proceso delictivo, B) Que la interrupción sea debida a la propia y espontánea voluntad del autor. Para algunos autores como Mezguer la figura del desistimiento es tomada en cuenta en el Derecho Penal - en virtud de razones de Política Criminal, ya que se considera que el efecto que acarrea el desistimiento en el proceso delictivo es el de dejar impune la conducta delictuosa del sujeto. A este respecto transcribimos lo escrito por Cándido Conde -Pumpido Ferreiro: "El desistimiento y el arrepentimiento se han considerado en la doctrina como causas que deben excluir la penalidad del delito imperfecto, aunque no siempre se ha fundamentado ese efecto en idénticas razones: La teoría según la cual el desistimiento dejaba el acto fuera del Derecho Penal, no se mantiene ya en la actualidad, sino que se alegan consideraciones político-criminales, - siendo el criterio defendido por la doctrina dominante estimar que al autor arrepentido debe construirse un puente de plata para el retorno a la orilla de la legalidad (FEUERBACH). MUÑOZ CONDE, está en esta línea al alegar razones de prevención especial: la pena es innecesaria, pues el sujeto demuestra su reinserción, al desistir el delito. Frente a ese fundamento de pura política criminal se alega la irrelevancia de estas consideraciones para el autor que desiste. Por ello se da un mayor realce al aspecto de la menor peligrosidad del sujeto insitiéndose en la idea del premio, en base a compensar el aspecto positivo del desistimiento con el negativo de una acción sin resultado dañoso, idea que se combina con la menor peligrosidad demostrada por el sujeto que desiste. En cuanto a la motivación del desistimiento discuten los que exigen un móvil ético (CARMIGNANI, GAROFALO y, hoy BOCKELMAN), con quienes creen que basta la voluntariedad, aunque el motivo sea egoísta o interesado (BECCARIA, CARRARA, ALIMENA, ANTON ONECA). Una postura más actual es la mantenida por ROXIN, para quien es la 'racionalidad del delincuente', lo que debe valorar el desistimiento. Si éste se produce porque la razón le dicta

10. PUIG PERA FEDERICO. Derecho Penal, p. 541

al autor inconvenientes graves de la acción (ve aproximarse un policía, por ejemplo) no debe estimarse el abandono. En cambio, si son motivaciones provenientes de obstáculos mínimos o el miedo a la pena, debe considerarse voluntario. FRANK intentó otra fórmula más psicológica distinguiendo si el sujeto no quiere, aunque puede, de cuando no quiere porque no puede."<sup>11</sup>

Por lo que respecta a la tentativa acabada, también denominada - frustración, ésta se dará cuando se vean cumplidos los siguientes requisitos: A) Resolución de cometer el delito B) Ejecución completa C) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Se ha considerado que el elemento diferenciador entre la Tentativa inacabada y la acabada o frustración, lo constituye la parcial o total ejecución de los actos tendientes a la realización del ilícito. A este respecto Alfonso Arroyo escribe: "¿Pero cómo o cuándo podemos afirmar que se han realizado todos los actos de ejecución? Los criterios seguidos al respecto, que constituyen otros tantos conceptos de frustración, son dos: El criterio subjetivo, según el cual ha de entenderse que la ejecución ha sido completa cuando el agente ha realizado todos aquéllos actos que a su juicio eran precisos para que se produjera el resultado delictivo o, con otras palabras, cuando el agente ha realizado todo cuanto de su parte estaba para que tal resultado se produjera, y el criterio objetivo, según el cual la ejecución es completa cuando realmente se han ejecutado todos los actos necesarios para la producción del resultado delictivo. Ferrer Sama, siguiendo a Mezguer, se inclina por el criterio subjetivo, considerando, por tanto, completa la ejecución de la conducta delictiva 'cuando el sujeto da ésta por terminada, en la creencia de que los actos por él realizados son de por sí suficientes para lograr el resultado propuesto. Este mismo criterio subjetivo, fue el seguido

11. CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Derecho Penal, Parte General. pp. 413-414

por el Código Penal de 1848, según el cual, existía delito frustrado 'cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte...'. La adopción del criterio subjetivo, abandonado por el legislador a partir del Código de 1850, - presenta graves inconvenientes. El mismo Ferrer Sama admite que la tesis subjetivista debe tener siempre como límite la teoría de la tentativa inidónea, la del delito imposible y la del delito putativo. Efectivamente, el alcance, como hace notar Oneca, de adoptar uno u otro sistema se evidencia en aquéllos casos en que el culpable dispone las cosas (por ejemplo el veneno) para que una persona inocente (la propia víctima, por ejemplo) realice los actos consumativos. Según el criterio subjetivo existirá, en tales casos, delito frustrado, no así se sigue el criterio objetivo, según el cual estaremos ante un supuesto de tentativa. A nuestro juicio, el criterio más acertado es el objetivo acorde con toda la doctrina de las formas imperfectas de ejecución e independiente de la peligrosidad del sujeto, siendo, por otra parte, el único criterio compatible con la fórmula legal de la frustración".<sup>12</sup>

Por otra parte, en Derecho Penal se habla de la tentativa inidónea o delito imposible, que es aquella que aparece cuando el resultado no llega a producirse porque la conducta del sujeto es totalmente inadecuada para ejecutarlo. No obstante Elena Farré afirma: "En la actualidad se afirma generalmente que existe una tentativa inidónea cuando la consumación del delito que se intenta es imposible debido a la inidoneidad del objeto sobre el que se actúa, de los medios que se utilizan o de ambos. En opinión de un amplio sector doctrinal, la inidoneidad también puede fundarse en el sujeto que lleva a cabo la acción. Sin embargo el hecho mismo de hablar de tentativa inidónea puede inducir a confusión. ¿No demostraría en realidad toda acción intentada, cuya esencia consiste precisamente en la falta de resultado, su imposibilidad para produ

cirlo y, por lo tanto, debería considerarse, inidónea? La determinación del concepto de tentativa inidónea, así como los límites de la misma, ha ocupado durante generaciones un lugar predominante entre los problemas del Derecho Penal. Ya en el año 1908 afirmaba Frank: 'Apenas si existe una cuestión jurídica y, desde luego, ninguna cuestión criminal sobre la cual se halla escrito tanto como sobre la penalidad de la tentativa inidónea'".<sup>13</sup>

Como quiera que fuere, se está de acuerdo en considerar a la tentativa inidónea como figura jurídico-penal. A este respecto el Maestro Jiménez - Huerta: "No obstante haberse producido el inicio de un comportamiento finalísticamente encaminado a la realización de un delito, puede acontecer que dicho comportamiento devenga atípico por ser inadecuado para alcanzar el resultado propuesto, ora debido a la inconcurrencia fáctica de alguno de los elementos que conforman - la figura típica, ora debido a la imposibilidad causal de la acción."<sup>14</sup>

Así pues, las formas en que se puede manifestar el delito imposible son dos: por inidoneidad en el medio o por falta de aptitud en el objeto.

Existirá inidóneidad en el medio cuando éste, por su propia naturaleza, no sea adecuado para producir el resultado querido por el agente.

Existe delito imposible también cuando, aún siendo idóneo el medio, el delito no puede producirse por falta del objeto o del sujeto pasivo del - delito.

Por último, cuando el sujeto activo alcanza la meta deseada el - delito se consuma. La consumación del delito se dará cuando se configuren todos

13. FARRE TREPAT ELENA. La Tentativa de Delito. p. 277

14. JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, p. 252

los caracteres constitutivos de un determinado tipo delictivo. Así, José Antón indica: "Al delito imperfecto se opone el perfecto o consumado. La consumación consiste en la realización de todos los elementos comprendidos en la figura de delito, en la coincidencia entre los hechos y el tipo delictivo. O -con palabras de Carrara- en haber alcanzado el hecho la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito determinado. Esta realización lleva consigo de ordinario la lesión del bien jurídico protegido por el precepto penal. Pero no siempre, pues hay figuras delictivas completas con la producción del peligro (según la conocida distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro) y otras en que se comprenden cualesquiera actos de ejecución dirigidos a atacar el bien jurídico: delitos de consumación anticipada, en que basta comprender una conducta con determinado fin antijurídico, aunque este no se alcance. En estas figuras la tentativa y la frustración quedan absorbidas en el delito consumado".<sup>15</sup>

15. ANTON ONECA JOSE. Derecho Penal, p. 452

**FORMAS DE APARICION DEL DELITO EN  
EL EJERCICIO INDEBIDO DEL  
PROPIO DERECHO**

Consideramos posible que en el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, puedan darse tanto la tentativa acabada, la Tentativa inacabada o frustración y la Tentativa inidónea o delito imposible.

Atentos a las consideraciones que anteceden, en nuestro delito a estudio aparecerá la tentativa inacabada cuando exista un comienzo de ejecución; es decir, cuando el activo realice un comienzo de actos ejecutivos que se dirijan a hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho, no logrando consumar el delito por causas ajenas a su voluntad. Asimismo, si el activo lleva a cabo la total ejecución de los actos tendientes al logro de la configuración - del tipo, es decir, si realiza los actos necesarios para hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho y el delito no se consuma por causas ajenas a su voluntad, nos encontramos ante una tentativa acabada del ilícito en cuestión. Por otra parte, si el medio de que se vale no es idóneo o falta el objeto jurídico o el material sobre los que recaiga la conducta descrita en el artículo 226 del Código Penal vigente, estaremos ante la Tentativa inidónea o imposible. Cree



mos que bien puede darse el desistimiento y el arrepentimiento cuando el activo no obstante un principio o total ejecución impida la realización del Ejercicio indebido del Propio Derecho.

En fin, el delito se consumará cuando se realicen los elementos del tipo contenidos en el artículo 226 del Código Penal Federal.

## CONCURSO DE DELITOS

Es evidente que la forma más sencilla de manifestación del acto punible resulta cuando acaece un hecho consumado de un sólo autor que se adecúa directamente a una figura legal. Sin embargo, en la vida real, las cosas no suceden, muchas veces, con tal facilidad, y es así que en algunos casos la conducta del autor puede infringir diversas normas, Puig Peña lo explica así: "El delito no se presenta siempre en la realidad con el simplicismo de un sólo acto - que produce un solo resultado; en ocasiones el venir a la vida una infracción - supone un proceso múltiple anímico y de acciones y de consecuencias que es necesario valorar para obtener las deducciones más certeras. Por otra parte, pueden entrar en colisión preceptos penales que tipifiquen en sus descripciones los hechos realizados. Todo esto da lugar a lo que pudiéramos denominar en sentido - amplio Teoría del concurso, con una rúbrica general exactamente igual que la que se ha denominado 'Teoría de la participación' o, más adelante, 'Teoría de la pena'".<sup>1</sup> En tal virtud hemos de tratar aquí la que en doctrina penal ha sido denominado concurso de delitos o unidad y pluralidad de hechos delictivos.

Por definición habrá concurso de delitos cuando un sujeto median te una o varias acciones, comete varias infracciones de la Ley Penal que son juz gadas en un mismo proceso. Antolisei define: "Existe concurso de delitos cuando un individuo viola varias veces la Ley Penal y debe responder, por ello de varios de

1. PUIG PEÑA, FEDERICO. Derecho Penal, Parte General. p. 579

tos".<sup>2</sup> y Castellanos Tena comenta: "En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas."<sup>3</sup> No obstante, debemos considerar que el concurso de delitos es diverso a la concurrencia de normas. A este respecto es ilustrativo lo escrito por Enrique Bacigalupo, en el sentido de que: "La cuestión de la aplicación de la ley penal a un hecho delictivo requiere con frecuencia resolver en primer lugar el problema de la relación existente entre los posibles tipos penales aplicables (concurrencia aparente de leyes) y, en segundo lugar, la determinación de la unidad o pluralidad de acciones ejecutadas por el autor (concurso de delitos). Es claro que estas problemáticas son esencialmente distintas. La cuestión de la concurrencia aparente de leyes (es decir, de tipos penales aplicables) se desenvuelve en un plano en el que sólo entra en consideración una relación de tipos penales entre sí; por ejemplo: se trata de saber si el uso de documento falsificado... en una estafa... debe juzgarse sólo como estafa porque ésta excluye al otro o si, por el contrario, es posible aplicar ambos tipos penales a un mismo hecho; si el robo excluye la aplicación del hurto o si pueden aplicarse al mismo hecho en razón de que la acción de robo realiza también todos los elementos del hurto. El problema del concurso de delitos presupone, por el contrario, que ya se ha resuelto la relación de los tipos entre sí. De lo que se trata es de saber si la acción se subsume bajo un tipo penal o bajo varios (concurso ideal) y, además, si el autor ha realizado varias acciones y varias lesiones de la ley penal (concurso real). En otras palabras: si una acción se adecúa a más de un tipo penal (por ejemplo: la acción de robo con violencia en las personas produce también lesiones corporales: ¿debe aplicarse sólo la pena del robo o es posible también aplicar la de las lesiones?) o si el autor ha realizado varias acciones que independientemente unas de otras se adecúan a más de un tipo penal (por ejemplo: el autor mata al

2. ANTOLISEI, FRANCESCO. Manual de Derecho Penal, Parte General. p. 371

3. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 295

guardia y luego realiza las acciones de un robo), ¿qué pena es aplicable? En el primer caso se habla de concurrencia ideal, mientras que en el segundo se habla de concurrencia real o material".<sup>4</sup>

Por otra parte, se discute en doctrina la colocación sistemática de la teoría del concurso de delitos, siendo el sentir de algunos penalistas que el estudio de este interesante tema debería tratarse en la teoría de la pena más que en el delito en aras de adoptar una concepción correcta en cuanto a la configuración del ilícito penal. Así Tomás Salvador Vives Antón nos muestra lo esencial de tal cuestión en la siguiente forma: "La pertenencia del concurso a la teoría del delito es mantenida, explícita o implícitamente, por un importante sector de la doctrina, del que pueden estimarse representativas las opiniones de Moro y R. Schmitt. Para Moro no puede negarse que la teoría del concurso afecta en puntos esenciales a la propia teoría del delito. Sin discutir que en su ámbito sea predominante el interés político-criminal en la más justa medida de la pena, llama la atención sobre el hecho de que el cúmulo de penas reclama como precedente lógico, la existencia de un cúmulo de delitos referidos a un mismo sujeto, referencia que comporta una cierta modificación estructural respecto a la imputación aislada de un delito. Y, por otra parte, subraya que la determinación de lo que sea unidad - y, correlativamente, pluralidad - aboca a una problemática del mayor interés para la captación de la esencia misma del delito, concluyendo que el concurso representa una específica 'forma de manifestación del delito'. También para R. Schmitt son las cuestiones penológicas las que presentan un mayor interés práctico, hasta el punto de que llega a proponer que la regulación del concurso se incluya entre los preceptos que determinan las consecuencias jurídicas del delito. Pero piensa que el entendimiento del concurso ha de partir de los tipos realizados, y que las distinciones básicas de la teoría ( la distinción entre unidad y

4. BACIGALUPO, ENRIQUE. Principios de Derecho Penal, Parte General, p.273

pluralidad de acción o entre concurso propio e impropio) pertenecen a la esfera del delito. Quienes, por el contrario, mantienen que el concurso pertenece a la teoría de la pena, parten de la idea de que en él convergen una serie de infracciones respecto de las cuales ya se han cumplido todos los requisitos de los juicios de desvalor y reproche, constitutivos de la infracción: son, afirma Hirschberg, consideraciones político-criminales orientadas a la evitación de las indeseables consecuencias de la aplicación del principio "quot crimina tot poenae", y fundadas en criterios de orden social y psicológico, las que presiden la ordenación de la materia. En el mismo sentido afirma Geerds que la teoría del delito es solamente el correlato de nuestro sistema de tipificaciones, y tiene por objeto el análisis de su formulación legal. El concurso aparece con la realización de diversas infracciones previstas en los tipos correspondientes: versa, por lo tanto, en torno a consecuencias de la técnica legislativa empleada, tratando de regular la penalidad aplicable en los casos en que las infracciones cometidas sean varias. Sólo desde el punto de vista de un inadmisibles derecho penal de autor -dice Baumann -, puede aceptarse que el concurso pertenezca a la teoría del delito: porque cuando las distintas infracciones concurren, cada uno de los actos está ya plenamente valorado. Afirmar que la unidad de la referencia subjetiva comporta una 'modificación estructural' de esa valoración -como hace Moro- implica admitir que entre los elementos constitutivos de la infracción se halla también un juicio acerca de la persona. Pero la adscripción del concurso a la teoría de la pena no se defiende exclusivamente en base a razones materiales de la índole de las expuestas. También se esgrimen argumentos de orden formal. Así, v.g., Rodríguez Muñoz -afirma que el concurso pertenece a la teoría de la pena por el hecho de que nuestro Código incluye los preceptos que lo regulan entre las reglas para la aplicación de las penas. Junto a las posiciones expuestas, que pudieramos denominar monistas, existen también posiciones dualistas, que adscriben el concurso tanto a la teoría del delito como a la de la

pena, por entender, como hace H. Mayer, que en él se dilucida, de una parte, la valoración de un complejo de acción y, de otra, se atiende a evitar las indeseables consecuencias político-criminales de la aplicación del principio "quot delicta tot poenae". Desde un punto de vista semejante, afirma Schmidhäuser que, dado que en el concurso se trata tanto de la configuración de un determinado presupuesto cuanto de la fijación de sus consecuencias jurídicas, debe concluirse que pertenece, por un lado, a la teoría del delito y, por otro, a la de la pena. Una serie de autores -v.g. Maurach, Mezguer, etc. - sitúan la teoría del concurso entre la doctrina del hecho punible y la de los efectos penales, como una especie de Lazo de Unión entre ambas. Con razón ha destacado R. Schmitt que esta concepción del concurso como puente entre la teoría del delito y la de la pena, más que una solución del problema planteado, representa una evasiva. Cabe, no obstante destacar que Mezguer va más allá de esa conclusión superficial, entendiendo que el concurso ideal pertenece a la teoría del tipo, y el real a la de la pena."<sup>5</sup>

Así las cosas, hemos también de diferenciar el concurso de delitos de los supuestos de reincidencia, ello se logra tomando en cuenta que para que - haya concurso de infracciones es preciso que todas ellas sean juzgadas en un mismo proceso criminal. En la reincidencia, un mismo sujeto realiza también varios ilícitos, pero algunos de ellos han sido juzgados y sentenciados en procesos diversos.

De acuerdo con la definición dada ya de lo que debemos entender por concurso de delitos son tres los requisitos necesarios para que se pueda hablar de tal figura: 1) Pluralidad de infracciones (varios delitos o varias veces el mismo delito); 2) Que las distintas infracciones sean realizadas por el mismo

sujeto, ya mediante una sola acción, ya por varias; 3) Las diversas infracciones deben ser enjuiciadas en un mismo proceso.

Es costumbre en el estudio de este tema referirse a diversas hipótesis que se presentan con respecto a la conducta y la lesión jurídica o más -- propiamente unidad y pluralidad de delitos. Suelen pues incluirse en este caso los supuestos del delito continuado, el delito masa, el delito permanente, el delito habitual y el delito complejo, ya que como dice Antón Oneca: "En este lugar se acostumbra también a tratar materias afines, necesarias para mejor comprender tanto ellas mismas como el concurso de delitos. Son éstas: el supuesto de varias acciones que dan lugar a una infracción única (delito continuado, etc.) y el concurso de disposiciones penales, cuyo más lógico lugar estaría en el estudio de la Ley Penal, pero que conviene examinar aquí por su línea fronteriza con el concurso formal de delitos. Por esta razón, los penalistas alemanes han sustituido la clásica denominación 'concurso de delitos' por la de unidad y pluralidad de delitos. Cuatro hipótesis se nos ofrecen: unidad de acción y de delitos, unidad de acción y pluralidad de delitos, pluralidad de acciones y unidad de delitos, pluralidad de acciones y pluralidad de delitos".<sup>6</sup> En concordancia Jiménez de Asúa enumera las cuestiones a estudiar en la siguiente forma: "a) - Unidad de acción y unidad delictiva (delito instantáneo, delito complejo, delito permanente, etc.). b) Pluralidad de hechos, considerados jurídicamente como una sola acción y unidad de delito (delito continuado). c) Unidad de acción y pluralidad de lesión jurídica (concurso ideal). d) Pluralidad de acciones y -- pluralidad de delitos (concurso real)."<sup>7</sup>

Propiamente dentro de lo que podemos llamar concurso de delitos pueden distinguirse varias clases, que son: el concurso ideal, el concurso real y el concurso medial.

6. ANTON ONECA, JOSE. Derecho Penal. p. 488

7. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito. 6ta. Edición. pp. 527-528



Entendemos por concurso ideal la producción de dos o más delitos por un solo hecho. Bettiol: "En doctrina se admite, de manera unánime, que puede darse el caso en que con una sola acción u omisión se realicen varios delitos. El esquema en este caso, estaría dado por la unicidad de la acción con pluralidad de resultados".<sup>8</sup> Jescheck: "Concurso ideal significa que una acción realiza varios tipos penales. Las distintas infracciones legales no precisan, sin embargo, coincidir, sino que para la apreciación del concurso ideal basta que, por lo menos, coincidan parcialmente. Según el grado y especie de la coincidencia cabe distinguir distintas formas de aparición de concurso ideal."<sup>9</sup> y Wessels: "Se da el concurso ideal (unidad de hecho) cuando la misma acción lesiona varias leyes penales o varias veces la misma ley penal."<sup>10</sup>

Lo que distingue a la figura del concurso ideal de las otras dos clases de concurso es la llamada unidad de acción. Es elocuente lo escrito por Jiménez de Asúa con relación a este punto: "La tajante diferencia entre el concurso ideal y el concurso real fundado en la unidad de acción del primero de ellos, está muy controvertida. Ciertamente, la más grande de las confusiones reina en el llamado concurso de delitos, y por ello, José Peco quiere que desaparezca la distinción entre concurso ideal y real... acaso se hiciese en el tema la claridad definitiva si, al contrario de lo que se ha hecho en Italia, se diera un más exacto significado a la palabra acto y al vocablo hecho.. En síntesis, nosotros coincidimos con la tesis de los intérpretes italianos, si bien llamamos acto a lo que ellos llaman hecho. Y como acto debe interpretarse el vocablo hecho que varios de esos Códigos usan. En efecto; de acuerdo con Carrará y Manjo consideramos esta exigencia como la obra del agente, o sea, el hecho (ellos dicen la 'acción') y sus consecuencias; es decir, que no se debe referir el acto al mero hecho que

8. BETTIOL, GIUSEPPE. Derecho Penal, Parte General. p. 542

9. JESCHECK, HANS-HEINRICH. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. II, p. 1012

10. WESSELS, JOHANNES. Derecho Penal, Parte General. p. 233

el sujeto realiza, desde su propio punto de vista, sino que abarca el resultado, la modificación real en el mundo exterior. Por eso no debe ser designado como hecho sino como acción o acto, puesto que sabemos que éste comprende dos elementos, a más de la relación de causalidad: manifestación de voluntad y resultado. Hecho es el disparo o los disparos; acto o acción, el disparo o los disparos y el resultado de muerte o lesiones."<sup>11</sup>

Para Sauer existe una unidad natural de acción y una unidad jurídica de acción. La primera vendría definida como una pluralidad de actos aislados que tienden a realizar una acción. Su nexa y continuidad deviene de una unidad natural. La segunda debe ser entendida como un conjunto de acciones naturales que tienden a un delito, en sus propias palabras: "Unidad jurídica (normativa) de acción; es la unidad de delito en una pluralidad de acciones naturales." Esta última sería la unidad de acción que como requisito es menester en el concurso.<sup>12</sup> De manera aleccionadora, si bien identificando la unidad de acción con lo que él denomina unidad de conducta, las siguientes, importantes, aclaraciones: "Es evidente que hay un mínimo de unidad de conducta, es decir, algo que no puede ser más que una conducta, y es la unidad biológica o fisiológica: un solo movimiento, una sola inervación muscular, no puede ser sino sólo una conducta. Pero ese criterio fisiológico no puede servirnos para saber cuándo hay una conducta y cuándo varias, porque resultaría infantil creer que cada movimiento es una conducta. Es evidente que hay tipos que requieren una gran pluralidad de movimientos, como la estafa por ejemplo. Si bien la unidad fisiológica (un solo movimiento) no puede ser más que una conducta, varios movimientos también pueden ser una conducta. Ello es consecuencia de que podemos considerar una conducta a un período más o menos largo de la vida de un sujeto o a un momento, a unos pocos movimientos o a una gran multiplicidad de movimientos. Así, se dice, 'su conducta de vida fue ejem-

11. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito. 6ta. Edición. p. 532

12. Cfr; SAUER, GUILLERMO. Derecho Penal, Parte General, p. 339

plar' o 'su acción de gobierno fue positiva' y con ello se está señalando un conjunto muy grande de movimientos conforme a un sentido final. Pero también se puede señalar con un verbo una conducta compuesta de unos pocos movimientos conforme a sentido: el apoderarse, el tener acceso carnal, no necesitan muchos movimientos. Consecuentemente, cuando hay un sólo movimiento hay una conducta: el que arroja una bomba aunque hiera o mate a varios, realiza una sola conducta; el que descarga un puñetazo realiza una sola conducta aunque lesione a dos personas. El problema surge cuando - en la mayoría de los casos - hay varios movimientos - exteriores voluntarios. Para que esos varios movimientos exteriores puedan ser considerados como una conducta única, requieren necesariamente que haya un plan común, es decir, una unidad de resolución. No obstante, la unidad de resolución, el plan común, es necesario para que se considere a todos los movimientos voluntarios como una conducta, pero no es suficiente. Un sujeto puede resolver simultáneamente asaltar diez comercios diferentes en diez meses sucesivos y también cometer dos homicidios, sin que por ello deba considerarse todo como una conducta. El plan común constituye el factor final indispensable para considerar a una pluralidad de movimientos voluntarios como una conducta, pero no es suficiente. Para que consideremos que varios movimientos son una conducta, es necesario que haya un factor final que les dé sentido (el plan unitario) pero también es necesario que halla un factor normativo que la convierta en una unidad de desvalor. Este factor normativo se extrae de la consideración típica por vía de interpretación. Los movimientos que siguen un plan común (factor final) necesitan ser abarcados por un sentido unitario a los efectos de la prohibición (factor normativo), que sólo puede dársele el tipo penal."<sup>13</sup>

Nosotros consideramos que existe unidad de acción cuando exista finalidad en el conjunto de movimientos corporales (unidad de propósito) y se desen-

13. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, Manual de Derecho Penal, pp. 543-544.

vuelvan en un único contexto ( que estén conectados espacio - temporalmente).

Dentro del concurso ideal pueden distinguirse dos clases: el homogéneo y el heterogéneo. Estamos ante el concurso ideal homogéneo cuando el autor con su única acción infringe varias veces la misma ley penal. A este respecto Federico Estrada: "En la doctrina se habla de concurso homogéneo cuando se violan repetidamente intereses jurídicos idénticos, y de concurso heterogéneo cuando la pluralidad de violaciones configura diversos y aún antagónicos tipos penales."<sup>14</sup>

Nos encontramos ante el concurso real cuando un mismo sujeto, mediante dos o más acciones, comete dos o más delitos que son juzgados en un mismo proceso legal. Es en este sentido, una verdadera pluralidad de delitos realizados por un mismo sujeto que, como hemos dicho, son juzgados en un mismo proceso. Para Mariano Jiménez Huerta: "Surge el concurso real cuando, no obstante la cronológica y teleológica independencia de cada una de las conductas con relevancia típica realizadas por un mismo sujeto, se enjuician conjuntamente. En el concurso - formal o ideal - dice Antolisei-, el agente se pone en contradicción con el derecho en un sólo momento, mientras en el concurso real se rebela a la ley varias veces, en tiempos diversos, demostrando sin duda una mayor persistencia en su comportamiento antisocial."<sup>15</sup> Por su parte Fontán Balestra indica: "Existe concurso real cuando varios hechos independientes - varios delitos - son cometidos por una misma persona, sin que medien entre ellos sentencias definitivas, ni haya transcurrido el término para la prescripción - de la acción penal."<sup>16</sup> En este sentido, la diferencia entre el concurso ideal y el concurso real de delitos, surge de la conducta que el sujeto lleve a cabo para consumar el hecho ilícito: Cuando el sujeto activo realiza la pl

14.-ESTRADA VELEZ FEDERICO. Derecho Penal, Parte General, p. 164

15. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, p.213

16. FONTAN BALESTRA, CARLOS. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 93

ralidad de delitos mediante una sola acción, estamos ante un concurso ideal de infracciones punibles, en cambio, cuando realiza varias acciones nos encontramos ante el concurso real.

En el concurso real, los delitos cometidos pueden ser de la misma naturaleza y pueden estar penados con pena igual o distinta. Ninguno de ellos, no obstante, deberá haberse juzgado con anterioridad. En esto se diferencia el concurso real de la reincidencia, en la que también un sólo sujeto realiza mediante varias acciones una pluralidad de delitos, pero su apreciación requiere que el delito o delitos cometidos con anterioridad al que se juzga hayan sido ejecutoriamente sancionados en el momento de cometerse el último.

Para que surja el concurso real son necesarios los siguientes requisitos: a) una pluralidad de acciones cometidas por un mismo sujeto. b) que cada una de las acciones de lugar a un delito. c) Que todos esos delitos se juzguen en un mismo proceso o, al menos exista la posibilidad, por su conexión, de que así sea. d) Que por imperativo de ley, no esté obligado el juzgador a considerar como un único delito la pluralidad de acciones a que da lugar cada una de ellas. Este último requisito por cuanto, en el caso del delito continuado, aún cuando se trata de un verdadero concurso de delitos, por ficción legal, se excluyen las reglas del concurso de delitos; como más adelante apuntaremos.

Para los penalistas es importante destacar dentro de las clases de concurso el llamado concurso medial. Este surge cuando el sujeto realiza dos o más acciones, cada una de las cuales constituye aisladamente un delito, pero uno de ellos es medio necesario para cometer el otro u otros. En este caso nos encontramos con un supuesto que da origen a un concurso real, a saber; dos acciones distintas de un mismo sujeto. La particularidad reside en que las accio-

nes antes dichas se encuentran en una relación de medio a fin. El tratamiento de esta figura penal ha sido confuso y la mayor parte de la doctrina considera que se trata de una modalidad del concurso ideal. Los requisitos necesarios del concurso ideal son: a) Dos o más acciones de un mismo sujeto, cada una de las cuales da lugar a un delito. b) Que uno de esos delitos sea medio necesario para cometer el otro u otros. Esto es: que sea un instrumento absolutamente indispensable para cometer otro delito que aparece como el fin que el sujeto se propone alcanzar.

Como otras hipótesis que suelen tratarse en este tema, como casos de pluralidad de acciones y unidad de delito tenemos al delito habitual que es aquél para cuya configuración se exige la reiteración de dos o más conductas idénticas que constituyen un hábito del sujeto. Asimismo, se habla del delito complejo que se forma de dos o más acciones, las cuales son por sí mismas constitutivas de infracción penal, y se encuentran tipificadas por separado en distintos lugares del Código, pero el legislador, al integrarlas en un mismo tipo penal las considera un único delito. En este tenor y para considerar la diferenciación con el concurso, suele hablarse del delito permanente que es aquél que se consuma en una sola acción pero dicha consumación se prolonga en el tiempo.

Por su importancia, hemos querido tratar al final el llamado delito continuado, por parecernos importante destacar esta hipótesis de concurso en la que existe una pluralidad de acciones y unidad delictiva.

El delito continuado aparece cuando un sujeto ejecuta un plan preconcibido o aprovecha idéntica ocasión, para realizar una pluralidad de acciones homogéneas, en distinto tiempo pero en ocasiones similares, con las que infrin

el mismo o semejante precepto legal.

La naturaleza jurídica del delito continuado ha sido bastante debatida en la doctrina penal. La polémica se centra en dilucidar si esta figura jurídico-penal constituye una ficción jurídica o si se trata de una realidad natural que el Derecho no hace más que reconocer.

La teoría de la ficción jurídica ve en la pluralidad de acciones, - que son la base del delito continuado, una pluralidad de delitos que deberían dar lugar a supuestos de concurso real, pero por determinadas razones, (humanitarias, pragmáticas, político-criminales o de cualquier otra índole) y en virtud de una ficción jurídica, se consideran todas ellas como integrantes de un sólo y único delito. El punto en que la ficción se apoya es el común designio o plan criminal que guía al autor durante la ejecución de las distintas acciones .

La teoría de la realidad natural señala que la pluralidad de acciones, al ser manifestación de una misma resolución criminal y producir una sola lesión jurídica, constituye una unidad real, entológica, prejurídica. El ordenamiento legal, al reconocer al delito continuado, no hace más que reconocer lo que como realidad existe: la unidad del delito.

Los elementos del delito continuado son: a) Existencia de un plan preconcebido b) Pluralidad de acciones que lesionan a varios sujetos pasivos c) La infracción de un mismo o semejantes preceptos penales.

**CONCURSO DE DELITOS EN EL EJERCICIO**

**INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO**



Por nuestra parte consideramos factible que en nuestro delito a estudio pueda darse el concurso de delitos ya sea real o material o bien ideal o formal. En este último caso creemos que el sujeto puede llevar a cabo una sola conducta y darse la configuración subsecuente de el artículo 226 del Código Penal Federal en vigor. Asimismo se puede dar el caso en que el sujeto, con una pluralidad de acciones realice la consumación de varios delitos, incluido el ejercicio indebido del propio derecho. Por lo que hace al delito continuado, también creemos que pueda aparecer como hipótesis de nuestro delito a estudio.

## CONCURSO DE PERSONAS

El concurso de personas o participación criminal es una figura jurídico-penal que se produce cuando varias personas en forma conciente cooperan para ejecutar un hecho delictivo. A este respecto Puig Peña: "Si bien existen algunas infracciones delictivas que, por su naturaleza, suponen pluralidad de sujetos activos, como ocurre, por ejemplo, con la rebelión, sedición, - etc., la mayoría de los delitos pueden ser cometidos por una o por varias personas. En el caso de ser uno sólo el sujeto activo de la infracción, el supuesto se presenta sencillo; el problema surge y se complica, en cambio, cuando son dos o más las personas que intervienen en el hecho criminoso. Entonces se constituye lo que se denomina en la doctrina codelincuencia, coparticipación, concurso - de delincuentes, etc., supuestos que son de extraordinario interés, ya que las estadísticas criminales prueban lo frecuente de la codelincuencia en los delitos - más graves, y que los delincuentes que ordinariamente se asocian con otros para realizar sus empresas criminales son los más temibles, los reincidentes y los profesionales."<sup>1</sup>

La participación criminal como problema a resolver presenta la debatida cuestión de averiguar el porque si dos personas realizan un tipo penal, no res

1. PUIG PEÑA, FEDERICO. Derecho Penal, p. 547

ponden de dos delitos, ya que dos son las conductas típicas. La solución a esta interrogante fue dada clásicamente por el propio Derecho Romano de donde proviene la tesis de la unidad, dicha tesis puede resumirse en la consideración de que apareciendo un ilícito, habrá tantas responsabilidades como partícipes en virtud de la unicidad del delito. En otras palabras, existirá unidad de delito, pluralidad de delinquentes y por tanto pluralidad de responsabilidades. En el desarrollo ulterior de la doctrina, se consideró la causalidad en la participación como eje central en la determinación de la problemática planteada. Es así que se considera que para afirmar que una persona ha participado en un delito es necesario que haya realizado causalmente, una actividad que coadyuve en forma directa o indirecta en la producción del resultado. El nexo causal será pues la medida para aplicar la sanción, toda vez que se deberá aplicar mayor pena a aquellos partícipes que hayan realizado la actividad más causal. En este sentido la causalidad en la participación permite por una parte, determinar en qué conducta hay participación y por otra, que cada partícipe responda en proporción a la causalidad de su actuación. Surge así, la distinción entre partícipes principales y accesorios. Así Sainz Cantero escribe: "Entre las distintas personas que intervienen en un mismo hecho puede haberse dado una distribución de funciones para llevarlo a cabo, de modo que una de ellas actúe como autor principal (lo que se dará cuando el hecho sea suyo, pertenezca a ella o ellas y no a las otras) y las restantes tengan atribuido un papel secundario, de mero auxilio a las anteriores, para que éstas realicen su hecho. De ellas decimos que son partícipes, que toman parte en el hecho de otro."<sup>2</sup>

Una vez hecha la referencia a esta posición que parece ser la más acertada en cuanto a la determinación de la participación, es necesario estudiar dos

grandes áreas: la autoría y la participación.

Suelen los autores incluir dentro de la autoría al autor directo o inmediato, al autor mediato, al coautor y al instigador.

De autor se utilizan dos diversos conceptos uno estricto y otro amplio. De acuerdo al primero, autor será aquél que realiza la conducta típica de modo directo o inmediato en forma mediata; sirviéndose de otra persona a la que utiliza como instrumento. En sentido amplio, serán autores también aquéllos que participan en el hecho aportando al autor principal una contribución importante como puede ser la realización de actos ejecutivos, inducción a la comisión del ilícito, cooperación con un acto necesario, etc. A este respecto, en la parte conducente de su explicación, Candido Conde -Pumido Ferreiro explica: "Posición restrictiva- según la cual tan sólo pueden considerarse autores aquéllos que realizan la conducta descrita en la hipótesis legal. Según esa doctrina todas las demás personas que, sin ejecutar la acción típica, contribuyeron con su actividad consciente a la producción del delito habrían de ser estimados partícipes accesorios y solamente serían punibles por aplicación de las normas reguladoras de la codeincuencia, que extenderían a estos sujetos la responsabilidad que en el tipo de la parte especial tan sólo estaba prevista para el autor ejecutor (teoría objetivo-formal). Se le objeta que deja fuera del concepto de autor tanto al que ejecuta el tipo no por su propia mano sino a través de un instrumento (autoría inmediata), como los casos de coautoría en que el tipo se realiza fraccionadamente por los distintos coautores. Posición extensiva.- que, basada en la doctrina de la equivalencia de las condiciones de Von Buri, considera autor a todo aquél que contribuyó a la producción del resultado punible. Pero como tanto la doctrina como los Códigos establecen diferencias entre los partícipes, se hace necesaria una corrección. Esa limitación al concepto extensivo de autor se está

blece a través de cualquiera de los principios a que antes nos referimos: bien el criterio subjetivo de los ánimos, bien el del dominio del hecho."<sup>3</sup>

Para nosotros, el concepto correcto de autor es el que surge de una concepción estricta. De tal modo por autor debemos entender al sujeto que realiza de modo antijurídico y culpable, por sí mismo o a través de otra persona que obra como su instrumento, el hecho punible tipificado en la ley como tal. En este sentido se ha escrito: "Autor es en primer lugar, el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva"<sup>4</sup> "Autor es aquél que con su acción, completa por el aspecto físico y por el aspecto subjetivo, comete el acto delictuoso. Autor es el agente, el sujeto activo, el reo en sentido primario, a que se refiere la ley cuando establece el modelo del delito. Por regla general se le indica con la expresión 'el que'.<sup>5</sup>

Así pues refiriéndonos al llamado Autor inmediato, directo o principal hemos de decir que es aquél que realiza por sí mismo el delito, es decir esaquél cuya acción física puede subsumirse en el núcleo típico en cuestión. A este respecto Sauer asevera: "Autor es quien ejecuta la acción (también aunque solamente la intente, sobre lo cual en adelante no haremos más aclaraciones, en tanto que la ejecución sea entendida en sentido amplio). Autor es el que imprime a la acción una dirección interna hacia un resultado jurídicamente relevante; es el creador consciente o culposo del peligro."<sup>6</sup>

Por lo que hace al autor mediato, su concepción resulta de considerar que el hombre puede realizar acciones valiéndose de otro como instrumento. Son

3. CANDIDO CONDE - PUMPIDO FERREIRO. Derecho Penal. Parte General. p. 476

4. SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino, Tomo II, p. 258

5. MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal, Vol. II, p. 107

6. SAUER, GUILLERMO. Derecho Penal. Parte General. p. 299

aleccionadoras las palabras de Merkel: "No deja uno, en general, de ser autor de un delito porque la efectuación de los caracteres constitutivos de éste dependa de una intervención posterior de fuerzas ajenas, ora naturales, ora humanas; el número de los miembros intermediarios entre la acción y el resultado - puede ser grande, con tal de que existan las condiciones para la imputabilidad del último ...Sobre todo, no deja uno de ser autor de un delito por haberse - aprovechado de la actividad de una tercera persona para la consecución de un fin, sea que él mismo haya provocado esa actividad, sea que sólo la haya calculado y contado con ella. Tal ocurre en los siguientes casos: a) Cuando el sujeto haya tomado como instrumento de sus propósitos a una tercera persona inimputable. b) Cuando se haya servido como instrumento de una tercera persona que, aún cuando imputable, haya obrado de buena fe, ó también de aquella otra - - - cuya violación tenía prevista. c) cuando se haya servido de una tercera persona que obre de mala fe, pero en quien no concurren cualidades o relaciones que pertenezcan a elementos constitutivos de la respectiva clase de delitos. Tal ocurre, v.g., si un funcionario público se sirve de una tercera persona con la que está en connivencia para cometer un abuso punible del poder inherente a su cargo. En este caso, el tercero no es autor del delito cometido, porque carece de la cualidad del funcionario público."<sup>7</sup>

Además de el autor (inmediato o mediato) puede aparecer en la comisión de un delito el llamado coautor que es aquél que realiza el hecho punible conjuntamente con otros autores. Es decir, nos encontramos en el supuesto de que el hecho ilícito se realiza entre varios sujetos que se reparten distintas funciones a efecto de perpetrarlo. A este respecto Cuello Calón: "Es coautor el que en unión de otros autores responsables ejecuta el delito realizando los elemen-

7. MERKEL, ADOLFO. Derecho Penal, Tomo Primero, pp. 201- 202

tos que integran su figura legal. Los que con ánimo homicida disparan sobre un hombre causándole la muerte, son coautores. Todos los coautores son igualmente punibles."<sup>8</sup> Anton Oneca: "Los autores principales pueden ser varios. Todos responderán del mismo delito cuando haya habido acuerdo de voluntades y todos - realicen actos de ejecución, y entonces se llaman todos ellos coautores... Bata con que ejecuten algunos actos de los constitutivos de la figura delictiva, aunque no sean precisamente los que determinen el resultado... Pero siempre - será preciso el acuerdo de voluntades sobre el delito realmente ejecutado. Si el acuerdo no existe o si uno de los concertados ejecuta acción distinta o más grave de la concertada, los demás ejecutores no deben responder del delito o del exceso."<sup>9</sup>

Se debe aclarar que la coautoría no es participación en el delito. El coautor siente el hecho delictivo como propio y en esto se diferencia del partcipe quien interviene en un hecho que le es ajeno y en cuya realización existe un autor principal.

Para la concurrencia de varias personas en un delito en calidad de coautores se hace necesaria la concurrencia de tres requisitos, a saber: a) Un acuerdo de voluntades en todas las personas (coautores) de ejecutar un mismo delito, b) la ejecución conjunta del mismo hecho delictivo y c) que quien intervenga en la ejecución del delito tenga el hecho como propio y en tal virtud lo realice.

Por otra parte, se habla en doctrina penal, del concurso moral. Esta figura que también ha sido llamada instigación, inducción o autoría intelectual;

9. ANTON ONECA, JOSE. Derecho Penal, p. 468



se da cuando un sujeto determina en otro la resolución de cometer el delito. Con relación a esta figura Carlos Fontán Balestra ha escrito: "Instigador es quien dolosamente y con resultado, determina a otro a cometer un delito doloso. Instigar, en sentido técnico, es siempre un actuar doloso. Instigar es además, determinar a otro a un hecho doloso. Incluimos en el concepto de instigación- la exigencia de que la inducción tenga resultado, porque, conforme con lo que hemos señalado al tratar la accesoriedad de la participación en su aspecto extensivo, ningún partícipe es punible si el autor no ha dado comienzo a la ejecución del delito... Por eso es erróneo decir que instigador es el que ha hecho surgir en otro la determinación de cometer un delito; con eso sólo -con la determinación- no hay aún instigación, jurídicamente hablando; es preciso que el instigado comience los actos destinados a cometer el delito y que esos actos sean, al menos, parte del proceso ejecutivo del delito. El instigador no es autor, sino partícipe, siéndole, por tanto, aplicables los principios comunes a todas las formas punibles de participación. El instigador no es coautor porque no ejecuta la acción típica. No es autor mediato porque no se vale de un inimputable o de un inculpable para que ejecute el delito. No es autor directo o, simplemente autor, porque el instigado ejecuta una acción típica."<sup>10</sup>

Las formas en que se puede determinar a una persona a cometer un delito, han sido comentadas por los tratadistas, no habiendo unanimidad de criterio en cuanto a su aceptación. No obstante, suelen considerarse las siguientes: La Coacción, la Orden, el consejo, el mandato y la provocación.

Ahora bien, después de haber expuesto someramente lo relativo a la autoría, pasaremos a comentar la parte relativa a la participación, propiamente dicha. El término participación puede ser utilizado en dos sentido; el amplio,

10. FONTAN BALESTRA, CARLOS. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 477 - 478

que comprende la totalidad del fenómeno de concurrencia de varias personas en la realización de un mismo delito que abarcaría entonces, a los autores, coautores, inductores y encubridores y el estricto, que se contrapone a la autoría, y que comprende sólo a aquellas personas que, con unidad de voluntad y de acción, intervienen en un hecho del que otra persona es autor principal.

Es en este último sentido en el que nos referimos a la participación en este trabajo.

Por definición la participación en el delito aparece cuando una o varias personas intervienen en un hecho ilícito ajeno. Es decir, donde se destaque claramente un autor principal. En este sentido Zaffaroni indica: "Si en lugar de conceptuarla en general de esta forma positiva, lo quisiéramos hacer por exclusión, participe sería el que concurre en el injusto y es alcanzado por la prohibición típica sin ser autor. La misma expresión 'participación' nos indica que nos hallamos ante un concepto referenciado, es decir, ante un concepto que necesita de otro, porque 'participación', por sí misma, no nos dice nada, si no aclaramos en que se participa. 'Participación' siempre indica una relación, porque siempre se participa en 'algo'. Este carácter referencial o relativo (relacionado con algo) es lo que da a la participación su naturaleza accesoria."<sup>11</sup>

Es casi invariablemente aceptado que la participación delictiva puede consistir en un acto de inducción, que determine a otro a cometer el delito o bien en un acto de cooperación, como una contribución a la realización del hecho. Se distingue asimismo entre el cooperador necesario y el cómplice. El primero es aquél que aporta una condición necesaria sin la que

11. ZAFFARONI, RAUL E. Manual de Derecho Penal, Parte General. p. 509

el hecho típico no pudo haberse realizado mientras que el segundo presta al autor un mero auxilio que le facilita la ejecución del delito. Así, Antón Oneca nos ilustra: "Los cooperadores necesarios y los cómplices no toman parte directa en la ejecución del hecho y son partícipes en el ejecutado por otro; en esto se diferencian de los autores directos. Dentro de la participación se distinguen los inductores en que la participación de aquéllos es material y la de éstos es moral. La separación entre los cooperadores necesarios y los cómplices es empresa ardua y de muy difícil solución. El cooperador necesario pone un acto sin el cual no se hubiera realizado el delito: es, pues, causa, según la teoría de la equivalencia de condiciones. Los cómplices cooperan con actos sin los cuales el resultado se hubiera también realizado: su contribución influye únicamente sobre los accidentes y modalidades de la acción. Empleando la técnica hoy generalmente abandonada, pero que parece mantenida en nuestro Código, diríamos - que los primeros son causa y los segundos solamente condición."<sup>12</sup>

Se distingue también una participación en el hecho que viene a ser posterior a su ejecución y que es encaminada a auxiliar a los delincuentes a fin de conseguir la impunidad. Ello da lugar a que surja la clasificación entre participación propia e impropia; siendo la primera identificada con las figuras de la inducción, cooperación necesaria y complicidad y la segunda con el encubrimiento. Se refiere a ello Maggiore cuando expresa: "Respecto al tiempo, la participación puede ser anterior, concomitante y posterior al delito (*concomitus antecedens, concomitans, subsequens*). Pero debe advertirse que en los dos primeros casos hay concurso propiamente dicho; en el tercero; en cambio, el auxilio no se convierte en participación, si no es prometido antes, aunque se preste después del delito. De otro modo no tendríamos sino un delito autónomo, como el favorecimiento o la receptación."<sup>13</sup>

12. ANTON ONECA, JOSE. Derecho Penal. p. 474

13. MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal. Volumen II. p. 108

Dos son los elementos necesarios para que se dé la participación, uno de carácter objetivo y otro subjetivo. El primero se concreta en lo que se conoce como unidad de acción, es decir la contribución de todos los que intervienen a un mismo hecho. El segundo consiste en el acuerdo de voluntades es decir, en el concierto entre todos los que intervienen en el delito, y que puede ser expreso, tácito, anterior o simultáneo.

Una vez explicada la concepción del instigador como aquél que hace surgir en otro la resolución de cometer el acto delictivo a través de una influencia de carácter psíquico, hemos de aclarar que para muchos autores el inductor se encuentra dentro de la esfera del partícipe, exigiendo para la configuración de tal forma de participación, que el estímulo sea directo y eficaz por cuanto genere una fuerza psíquica capaz de hacer que el sujeto influido, en virtud de esa acción, tome la resolución de cometer el delito. Asimismo es necesario que el inducido haya dado comienzo a la ejecución del delito y que exista una relación causal entre la conducta del inductor y del inducido. En este sentido Luis Enrique Romero Soto escribe: "En efecto, el instigador no obra ánimo auctoris, esto es, no deriva provecho ni pretende dominar el hecho cometido por el instigado, quien lo lleva a cabo en su exclusivo beneficio. En este sentido, la instigación es una verdadera cooperación, que unos autores llaman síquica y otros, más específicamente intelectual. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo en esta afirmación, ya que algunos, como CARRARA, seguido en esto por MAGGIORE y RANIERI, enumeran formas de instigación como el mandato, la orden, la coacción y la asociación para delinquir, en que hay interés directo, a veces único, del instigador. Este, aunque no pueda ser considerado como autor del hecho, debe haber obrado con dolo... Otro requisito de esta figura es el de que el delito a que se ha instigado o determinado, haya tenido, por lo menos, un comienzo de acción...

se exige expresamente que la instigación al delito sea directa, es decir, que haya una relación psicológica inmediata entre el acto del instigador y un hecho delictuoso determinado... La actuación del instigador (o determinador), debe ser causalmente eficaz, ésto es, debe tener algún efecto en el ánimo del instigado."<sup>14</sup>

La cooperación consiste en la contribución de una persona al hecho delictivo de la que otra es autor principal, con la aportación de un acto que lo hace posible o lo facilita. De aquí que existan dos clases de cooperación: La cooperación necesaria que consiste en la contribución con un acto sin el cual el delito no se hubiera realizado, y la complicidad, consistente en una aportación que no resulta completamente indispensable para la realización del hecho pero facilita su ejecución.

Por lo que hace a la cooperación necesaria, se exigen los siguientes requisitos a fin de que se pueda considerar como tal: a) una contribución causal a la realización de un hecho delictivo del que otra persona es autor principal, b) dicha contribución debe consistir en un acto sin el cual el hecho no se hubiera efectuado y c) Que el autor principal haya iniciado la ejecución del hecho.

En cuanto a la complicidad, esta suele definirse como el acto doloso que contribuye a poner una condición para que el delito sea ejecutado sin que, tal acto cumpla por sí sólo la acción típica y sin que el sujeto se valga de otro para ejecutarla. Así, Fontán Balestra: "complicidad es el acto por el que dolosamente se pone una condición del hecho, coincidiendo en la resolución delictuosa, sin cumplir la acción típica, ni valerse de otro para ejecutarla."<sup>15</sup>

14. ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE. Derecho Penal. Parte General. Volumen II pp. 353-354

15. FONTAN BALESTRA, CARLOS. Tratado de Derecho Penal, Tomo II. p. 495.

Así entendido, puede establecerse la diferencia esencial entre el cooperador necesario y el cómplice, ya que es evidente que tal diferencia fundamental surge de la necesidad del acto para la ejecución del delito. En doctrina se exige determinados requisitos para que se pueda hablar de complicidad. Estos son: A) La contribución a la realización de un hecho delictivo del que otra persona es autor principal, B) Dicha contribución debe consistir en un acto que facilite la comisión del delito, sin ser necesario para la misma y C) El autor principal debe de haber iniciado al menos la ejecución del hecho. En este tenor, el acto que el cómplice lleva a cabo es de mero auxilio pero eficaz ya que en caso contrario no habrá complicidad. Por otra parte, la conducta desplegada por el complice ha de ser anterior o simultánea a la ejecución ya que una contribución posterior dará lugar al encubrimiento.

Por último hemos de referirnos al encubrimiento que consiste en la intervención de una persona con posterioridad a la comisión del delito, y con conocimiento del mismo, con el fin de auxiliar a los delincuentes, bien de aprovecharse así mismo de los efectos del delito.

El encubrimiento no es una verdadera forma de participación delictiva y es por ello que la doctrina coincide mayoritariamente en considerarla como una intervención posterior a la ejecución del delito que debe castigarse como una infracción autónoma. A este respecto Cándido Conde - Pumpido Ferreiro explica: "Fue tradicional, entre los prácticos del Derecho criminal, al clasificar la participación accesoria en atención al tiempo, agrupar bajo la genérica rúbrica del encubrimiento una serie de conductas cuyo único nexo de unión era temporal: haberse producido con posterioridad a la consumación del delito, por personas ajenas al mismo. Nace así el encubrimiento como una figura híbrida que comprende

no sólo conductas auténticamente encubridoras (ocultar al delincuente o las huellas y efectos del delito, que constituyen las formas llamadas favorecimiento personal y real, respectivamente) sino otras cuyo fin no es precisamente ocultador (aprovechamiento de efectos de un delito o receptación y auxilio al provecho de los culpables). Tal hibridismo ha sido una de las principales dificultades con que se tropezaron los penalistas al intentar resolver el arduo problema de la naturaleza jurídica del acto encubridor.<sup>16</sup>

Son varias las clases que la doctrina viene distinguiendo de encubrimiento. De ellas tres merecen especial interés: La receptación, el favorecimiento y el complemento.

La receptación es el aprovechamiento propio de los efectos de un delito ajeno (adquisición de bienes robados a bajo precio, con conocimiento de tal circunstancia).

El favorecimiento consiste en la ocultación del cuerpo, instrumentos, efectos o culpables de un delito preexistente, con el ánimo de conseguir su impunidad. El favorecimiento puede ser real o personal. El primero se da cuando con el encubrimiento se ocultan a los culpables del delito para conseguir se escapen a la acción de la justicia. El segundo surge cuando se ocultan el cuerpo, los instrumentos o efectos del delito con ánimo de conseguir la impunidad de los culpables.

El complemento es la ayuda prestada al culpable de un delito para que obtenga las ventajas que se proponía con su acto.

16. CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Derecho Penal. Parte General. p. 485

**CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO DE**

**EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO**



Con respecto a la codeincuencia en nuestro delito a estudio, nosotros consideramos que será autor principal o inmediato aquél que ejecute de forma objetiva los elementos contenidos en el artículo 226 del Código Penal Federal. En este sentido, hemos de considerar que el elemento material de tal ilícito está constituido por la violencia que debe ejercer el sujeto activo a fin de llevar a cabo un derecho o un pretendido derecho; de tal manera que autor material o inmediato lo será aquél que ejecute dicha violencia atento a lo dispuesto por los demás elementos de la figura delictiva en cuestión.

Puede darse asimismo, la figura del autor mediato ya que el delito a estudio no impide que en un momento dado un sujeto se valga de otro, ya sea inimp~~table~~, inculpable o culpable, culposo a fin de lograr ejercitar el derecho o pretendido derecho de que habla la Ley.

No consideramos que exista objeción alguna a efecto de que aparezca como responsable de el ejercicio indebido del propio derecho un sujeto que tenga la calidad de coautor si junto con el autor principal, y previo acuerdo realizan

conductas que determinen la realización de la figura delictiva a la que nos hemos venido refiriendo.

Si un sujeto determina a otro, a fin de que ejercite indebidamente (Esto es, con violencia), un derecho o un pretendido derecho, entonces nos encontraremos con la figura del autor intelectual; lo que puede perfectamente encajar en el tipo contenido en el artículo 226 de nuestro Código Penal Federal, en vigor.

En el delito de ejercicio indebido del propio derecho, se puede dar la complicidad ya que pueden haber sujetos que auxilien al autor inmediato para facilitarle la ejecución del delito.

Por último creemos posible que surja el encubridor como posible participante (si es aceptada la figura en tal virtud) en nuestro delito a estudio.

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

1. La figura delictiva denominada Ejercicio Indebido del Propio Derecho, prevista en el artículo 226 del Código Penal Federal, contiene en su descripción típica la frase "empleare violencia"; lo que constituye, a nuestro modo de ver, el elemento objetivo o material de tal ilícito.
2. En cuanto a la clasificación de los delitos en orden a la conducta, nos encontramos ante un delito de acción y dado que puede consumarse en uno o varios actos, podrá aparecer como unisubsistente o plurisubsistente.
3. Por lo que hace a la clasificación de delitos en orden al resultado, consideramos que se trata de un delito de mera conducta o formal. Podrá aparecer como instantáneo o permanente. Es asimismo un delito de lesión.
4. La ausencia de conducta, como en todo delito, se dará por falta de voluntad en el sujeto activo; de tal manera que en el artículo 226 del Código Penal Federal, dicho aspecto negativo podrá aparecer en la hipótesis de la vis moral.
5. El tipo penal del Ejercicio Indebido del Propio Derecho está previsto en el artículo 226 del Código Penal Federal en los siguientes términos: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare - violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días - multa". La tipicidad en su caso, consistirá en la adecuación de la conducta del activo a lo descrito por dicho artículo.

6. Consideramos que el bien jurídico tutelado por el delito a estudio es el correcto ejercicio de los derechos subjetivos.
7. En el ejercicio indebido del Propio Derecho no se requiere ninguna calidad - en el sujeto activo, por lo que nos encontramos ante un tipo común o indiferente.
8. Asimismo cualquier persona puede ser sujeto pasivo en nuestro delito a estudio en tal virtud, se trata de un tipo impersonal.
9. Será considerado objeto material en el ilícito en cuestión, la persona o cosa sobre la que recaiga la violencia desplegada por el activo.
10. El elemento subjetivo del delito en análisis se traduce en el ánimo del autor para hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho.
11. Son elementos de carácter normativo que aparecen en el tipo, el que alude a "un derecho" y el indicado por la frase "un pretendido derecho"; Todos se refieren, de manera general, a los derechos subjetivos (reales o imaginarios), que el activo puede llevar a cabo por medio de la violencia. Asimismo, elemento normativo se deberá considerar a la frase "que deba ejercitar" que se refiere al deber jurídico correlativo a la potestad del titular del derecho subjetivo a ejercitar.
12. En cuanto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, el artículo - 226 del Código Penal es anormal, fundamental o básico, autónomo o independiente, alternativamente formado en cuanto al elemento normativo, de formulación -

- libre, común o indiferente, impersonal y de lesión.
13. La atipicidad aparecerá cuando la conducta del sujeto activo no se adecúe a lo descrito por la figura delictiva; es decir, cuando falte alguno de los elementos del tipo a estudio.
  14. Se dará la antijuridicidad cuando en el análisis de la conducta presumiblemente violatoria del artículo 226 del Código Penal, dicha conducta siendo atípica, no está amparada por una causa de licitud o justificación.
  15. Consideramos que como causa de justificación en nuestro delito sólo puede aparecer el estado de necesidad.
  16. Habrá culpabilidad en el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho cuando el agente despliegue la conducta descrita en el artículo 226 del Código Penal Federal no exista causa de justificación que lo ampare; haya obrado con dolo y además exista reprochabilidad jurídico-penal.
  17. El delito a estudio es eminentemente doloso por lo que no cabe hablar de la forma o especie culposa o bien de la preterintencionalidad como hipótesis de culpabilidad.
  18. La inculpabilidad puede aparecer en los supuestos del error de tipo, error de licitud y la no exigibilidad de otra conducta.
  19. Consideramos que de la interpretación del tipo penal analizado no se desprende la existencia de alguna condición objetiva de punibilidad.

- 20 La punibilidad surgirá cuando el sujeto activo realice los elementos integrantes del tipo y esenciales de la figura delictiva.
21. En el delito a estudio la pena será de tres meses a un año de prisión o de 30 a 90 días multa.
22. La consumación del ilícito en cuestión se dará cuando se realicen los elementos contenidos en el artículo 226 del Código Penal vigente.
23. Puede aparecer la tentativa acabada, la inacabada y la inidónea. Se puede dar asimismo el desistimiento y el arrepentimiento.
24. Creemos que es posible tanto el concurso ideal como formal de delitos, con relación al delito en análisis.
25. En la participación delictuosa del Ejercicio Indebido del Propio Derecho pueden aparecer las hipótesis del autor inmediato o mediato, coautor, cómplice y encubridor.

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

1. Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires, UTEHA, 1960
2. Antón Oneca, José. Derecho Penal. Madrid, Ed. Akal 1986.
3. Arroyo de las Heras, Alfonso. Manual de Derecho Penal. Paplona, Ed. Aranzadi, 1985.
4. Bacigalupo, Enrique. Principios de Der. Penal, Parte General. 2a. Edición, Madrid, Ed. AKAL, 1990.
5. Ballvé, Faustino. Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito. México, Ed. Jurídica Mexicana, 1951.
6. Barrita López, Fernando A. "Contenido de las Normas Penales" Revista Mexicana de Justicia (México D.F.), enero-marzo de 1983, No. 1 vol. 1.
7. Beling, Ernesto. El Rector de los Tipos de Delito. México, Ed. Reus, 1936.
8. Beling, Ernesto. Esquema de Derecho Penal. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1944.
9. Bettiol, Giuseppe. Derecho Penal, Parte General. 4a. Edición, Bogotá, Ed. Temis, 1965.
10. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. México, Antigua Librería Robledo, 1945.
11. Carrará, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1944.
12. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Ed. Porrúa, 1974.
13. Conde Pumpido Ferreiro Cándido. Derecho Penal. Madrid, Ed. Colex, 1990.
14. Conde Pumpido Ferreiro Cándido. Exposición Crítica de la Doctrina Finalista de la Acción. Madrid, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1955.
15. Cordoba Roda Juan y Gonzalo Rodríguez Mourullo. Comentarios al Código Penal. Barcelona, Ed. Ariel, 1972.
16. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. 9a. Edición, México, Editora Nacional, 1976.
17. Del Rosal, Juan. Derecho Penal. Valladolid, 1954
18. Delitala, Giacomo. "Contribución a la Noción del Delito". Revista Italiana de la Ciencia Jurídica (Italia), 1926.
19. Delitala, Giacomo. El Acto en la Teoría General del Delito. Padova, CEDAM

20. Estrada Velez, Federico. Derecho Penal, Parte General. 2a. Edición, Bogotá Ed. Temis, 1986.
21. Farre Trepas, Elena. La Tentativa de Delito. Barcelona, Ed. Bosch, 1986.
22. Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.
23. Franco Sodi, E. Nociones de Derecho Penal. México, Ed. Jus, 1950.
24. Frank, Reinhard. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Santiago, Ed. Universitaria, 1965.
25. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. México, Ed. Porrúa, 1982.
26. Garófalo, Rafael. Criminología. Madrid, 1912
27. Goldschmidt, James. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1943.
28. Graf Zu Dohna, Alexander. La Ilícitud. México, Ed. Jurídica Mexicana, 1959.
29. Islas de González Mariscal, Olga y Elpidio Ramírez. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. México, Revista de Derecho Penal Contemporáneo, 1970.
30. Jeschek, Hans - Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Barcelona, Bosch.
31. Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1980
32. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Ed. Lozada, 1956
33. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. México, Ed. Porrúa, 1977
34. Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. México, Ed. Porrúa, 1965
35. Landaburu, Laureano. "El Delito como Estructura". Revista Penal, Tomo I, Núm. 1
36. Liszt, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Madrid, Ed. Reus, 1927
37. Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Bogotá, Ed. Temis, 1972.
38. Malo Camacho, Gustavo. Tentativa del Delito. 1a. Edición, México, Ed. UNAM, 1971.
39. Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Ed. UTEHA, 1948.
40. Marsich. "El Elemento Constitutivo y el Presupuesto del Delito". Revista Penal 1927.
41. Martínez Pérez, Carlos. Las Condiciones Objetivas de Punibilidad. Madrid, Ed. Edersa.



42. Massari, Eduardo. La Doctrina General del Derecho Penal. Padova. 1928
43. Maurach Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Barcelona, Ed. Ariel, 1962
44. Maurach Reinhart. Tres Conferencias. Bogotá, Ed. Universidad del Externado de Colombia, 1965
45. Merkel, Adolfo. Derecho Penal, Madrid, Ed. La España Moderna.
46. Mezguer, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Madrid, Ed. de Derecho Privado. 1957.
47. Moreno Hernández, Moises. Consideraciones Dogmáticas y Políticas Criminales en Torno a la Culpabilidad. México, INACIPE, 1981
48. Pavon Vasconcelos, Francisco. Nociones de Derecho Penal. México, Ed. Jurídica Mexicana, 1961.
49. Petrocelli, Biango. La Antijuridicidad. México, UNAM, 1963.
50. Petrocelli, Biango. Principios de Derecho Penal. Napoles, 1955.
51. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. México, Ed. Porrúa, 1978.
52. Porte Petit Candaudap, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. México, Ed. Gráfica Panamericana, 1952.
53. Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de la Parte General de Derecho Penal. México, UNAM, 1968.
54. Puig Peña, Federico. Derecho Penal. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.
55. Ranieri, Silvio. Derecho Penal, Parte General. Milano, 1945.
56. Riccio, Estefano. "Los Presupuestos del Delito, Concepto y Determinación". Revista Jurídica, Tomo XII, 1961
57. Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español, 14a. Edición, Madrid, DYKINSON, 1991.
58. Romero Soto, Luis Enrique. Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Ed. Temis, 1969.
59. Romo Medina, Miguel. Criminología y Derecho. México, UNAM, 1979.
60. Sainz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Barcelona, Ed. Bosch, 1990.
61. Sánchez Canales, José Tristán. "Los Actos Preparatorios". Derecho Penal Contemporáneo. Noviembre-Diciembre 1967. Núm. 23
62. Sánchez Zayas, Pablo. "Estudio de la Norma Penal Reguladora del Fraude Doloso Consumado (consistente en hacerse ilícitamente de una cosa por medio del enga

- ño)". Revista Mexicana de Justicia. (México. D.F.), julio-septiembre 1984. núm. 3
63. Sauer, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Ed. Bosch, 1956.
  64. Soler, Sebastián. "Análisis de la Figura Delictiva". Criminalia (México. D. F.), agosto de 1944, núm. 12.
  65. Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, UTEHA, 1951.
  66. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. México, Ed. Trillas, 1977.
  67. Vidal Riverol, Carlos. "La Función del Tipo en la Teoría del Delito". Revista de la P.G.R. (México. D.F.), núm. 2, 1974
  68. Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. México, Ed. Porrúa, 1960.
  69. Vives Antón, Tomás Salvador. La Estructura de la Teoría del Concurso de Infracciones. Valencia, Ed. Universidad de Valencia, 1981.
  70. Welzel, Hans. La Teoría de la Acción Finalista. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1951.
  71. Welzel, Hans. Derecho Penal. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1956.
  72. Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. 6a. Edición, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980
  73. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, EDIAR, 1977.
  74. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Buenos Aires, Ed. EDIAR, 1963.

## I N D I C E

	PAG.
INTRODUCCION.....	I
 <b>CAPITULO PRIMERO</b>	
Elemento Objetivo o Material.....	1
Elemento Objetivo o Material en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.....	31
 <b>CAPITULO SEGUNDO</b>	
Tipicidad.....	37
Tipicidad en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.....	63
 <b>CAPITULO TERCERO</b>	
Antijuridicidad.....	71
Antijuridicidad en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.....	117
 <b>CAPITULO CUARTO</b>	
Culpabilidad.....	120
Culpabilidad en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.....	182
 <b>CAPITULO QUINTO</b>	
Condiciones Objetivas de Punibilidad y Punibilidad.....	185
Condiciones Objetivas de Punibilidad y Punibilidad en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.....	202
 <b>CAPITULO SEXTO</b>	
Formas de Aparición del Delito.....	203
Formas de Aparición del Delito en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.....	214

<b>CAPITULO SEPTIMO</b>	<b>PAG.</b>
Concurso de Delitos.....	216
Concurso de Delitos en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.....	229
<b>CAPITULO OCTAVO</b>	
Concurso de Personas.....	230
Concurso de Personas en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho.....	243
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>245</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>249</b>