



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN EL
DERECHO PENAL MEXICANO.

**TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TITULO DE**

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARIA YOLANDA CORTES LOPEZ

MEXICO, D.F. 1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

192
2EJ

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.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por ser la tierra fértil que sin pedir nada a cambio recibe en su entraña todas las, semillas que acuden a ella.

A la Facultad de Derecho, por ser la pieza fundamental de mis objetivos como mujer universitaria y profesionista.

A ti, Iván, porque desde que sentí tu vida
en mí te convertiste en el motor que me ha
impulsado a superarme cada día.
Gracias, hijo.

A esa mujer que con la satisfacción del dolor y
el orgullo de las lágrimas, tuvo la sabiduría de
formar una gran familia. Gracias por todas tus
enseñanzas y tu ejemplo. Sólo Dios sabe cuánto
me han servido. Te amaré por siempre, mamita.

A ustedes que han formado la energía
fundamental, el medio, que sin ningún interés
me han sabido aconsejar, orientar y formar.
José Luis, Alfredo, Graciela, Héctor, Mary y
Mario. Gracias, hermanos.

A mi Director de tesis, con mi más grande admiración y respeto, por ser un ejemplo como profesionalista y catedrático, ya que al transmitir sus conocimientos y experiencia crea en sus alumnos el deseo de aprender.
Gracias, por ser mi mentor.

A todos los que confiaron en mí y que con su apoyo forjaron el camino que hoy se convierte en mi destino.

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN EL DERECHO MEXICANO.

INTRODUCCION

CAPITULO I.

1. MARCO HISTORICO EN MEXICO

- 1.1 EPOCA PRECOLOMBINA**
- 1.2 EPOCA COLONIAL**
- 1.3 EPOCA INDEPENDIENTE**
- 1.4 EPOCA CONSTITUCIONALISTA**
- 1.5 EPOCA MODERNA Y CONTEMPORANEA**

CAPITULO II

2. MARCO CONCEPTUAL

- 2.1 CONCEPTO DEL DELITO**
- 2.2 ELEMENTOS DEL DELITO**
 - 2.2.1 LA CONDUCTA**
 - 2.2.2 LA TIPICIDAD**
 - 2.2.3 LA ANTIJURIDICIDAD**
 - 2.2.4 LA CULPABILIDAD**

CAPITULO III

3. LA CULPABILIDAD (MARCO DE REFERENCIA)

- 3.1 NATURALEZA JURIDICA**
 - 3.1.1 TEORIA PSICOLOGICA**
 - 3.1.2 TEORIA NORMATIVA**
 - 3.1.3 MI POSTURA**

- 3.1.4 TEORIA FINALISTA
- 3.1.5 MI OPINION
- 3.1.6 ASPECTO POSITIVO

- 3.2 EL DOLO
 - 3.2.1 TEORIA DE LA VOLUNTAD
 - 3.2.2 TEORIA DE LA REPRESENTACION
 - 3.2.3 MI POSICION
- 3.3 ELEMENTOS
 - 3.3.1 ELEMENTO INTELECTUAL
 - 3.3.2 ELEMENTO VOLUTIVO
- 3.4 CLASES
 - 3.4.1 LA CULPA: SU NATURALEZA JURIDICA
 - 3.4.2 LA TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD
 - 3.4.3 LA TEORIA DEL DEFECTO DE ATENCION
- 3.5 MI OPINION
- 3.6 CLASES
 - 3.6.1 LA PRETERINTENCIONALIDAD
 - 3.6.2 SU ASPECTO NEGATIVO
 - 3.6.3 EL ERROR
- 3.7 CLASES
 - 3.7.1 LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

CAPITULO IV

4. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

- 4.1 ANTECEDENTES
- 4.2 ORIGEN Y EVOLUCION
- 4.3 CORRECTA UBICACION
- 4.4 NATURALEZA JURIDICA
- 4.5 APLICACION EN LOS DELITOS DOLOSOS Y CULPOSOS, DE ACCION Y DE OMISION
- 4.6 LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN GENERO Y ESPECIE
- 4.7 PROYECCION EN LAS LEGISLACIONES

CAPITULO V

5. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

- 5.1 LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN NUESTRO
CODIGO PENAL VIGENTE**
- 5.2 CASOS LEGISLADOS**
 - 5.2.1 TEMOR FUNDADO Y MIEDO GRAVE
(SIN INCONSCIENCIA)**
 - 5.2.2 ESTADO DE NECESIDAD**
 - 5.2.3 OBEDIENCIA JERARQUICA LEGITIMA**
 - 5.2.4 EVASION DE PRESOS**
 - 5.2.5 INHUMACION ILEGAL**
 - 5.2.6 ABORTO POR VIOLACION**
 - 5.2.7 ENCUBRIMIENTO POR PARIENTES O PERSONAS
LIGADAS POR SENTIMIENTOS NOBLES**
 - 5.2.8 CRITERIO SUSTENTADO POR LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION**

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

**LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA
CONDUCTA EN EL DERECHO PENAL
MEXICANO**

INTRODUCCION

La no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho es, sin duda alguna, uno de los temas más apasionantes y debatidos de la problemática jurídico penal.

Nacida de la concepción normativa de la culpabilidad, se proyecta como uno de los instrumentos máspreciados con que cuenta el jurista, para aquilatar en todo su valor la conducta del infractor del Derecho, al determinar la improcedencia del juicio de reproche por parte del Estado en contra del autor del evento dañoso, cuando al sujeto no le sea exigible adecuar su conducta a las normas del deber.

En el presente trabajo no pretendo, ni está a mí alcance hacerlo, realizar una exploración exhaustiva de esta importante institución jurídica, sino que me limitare a plantear, en sus rasgos fundamentales, los problemas que esta figura del Derecho Penal presenta, para a continuación dejar asentadas las soluciones, que de acuerdo con mi modesta opinión, considero que debe tomarse como las más acertadas.

Por razones metodológicas me ha parecido conveniente iniciar esta labor con un bosquejo sobre los elementos del delito; en seguida analizaremos con mayor detenimiento la culpabilidad, puesto que, como tendremos oportunidad de demostrar más adelante, la no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho se encuentra enclavada dentro del aspecto negativo de este elemento, constituyendo una causa general de inculpabilidad; posteriormente, orientare este esfuerzo a estudiar esta exigente desde un punto de vista general, fijando atención sobre sus antecedentes, su origen y evolución, su correcta ubicación dentro de los elementos del delito, su naturaleza jurídica, su campo de aplicación y su proyección en las legislaciones;

por último, me referire al criterio sustentado en esta materia por la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, para después pasar al examen de las distintas hipótesis legales contenidas en nuestro Código Penal vigente que a nuestro juicio, encuentran su fundamento en la no exigibilidad de otra conducta.

CAPITULO I

1.1 EPOCA PRECOLOMBINA.

Es inegable la importancia de los datos históricos del derecho mexicano en materia penal, como narración sistemática y ordenada de los hechos del desarrollo de la civilización que a través de las diferentes etapas han desarrollado una legislación, que se ha ido adecuando conforme fueron creciendo las necesidades sociales, a fin de establecer una representación jurídica administrativa en todos los rincones de nuestra nación mexicana y de sus instituciones, aprovechando las experiencias del pasado y solucionar los problemas vigentes y de las generaciones venideras.

El Doctor Fernando Castellanos Tena, opinó que en " el derecho precortesiano existen pocos datos sobre la legislación penal anterior a la llegada de los conquistadores; al no darse una unidad política entre los diversos grupos maya, tarasco, azteca se le denominó derecho precortesiano."

En el pueblo maya las leyes penales, al igual que en otros reinos y demás señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los caciques tenían la función de juzgar y aplicar las penas principales entre ellas la pena de muerte y la esclavitud. La primera se reservaba a los adúlteros y a los homicidas, la segunda para los ladrones. En el pueblo maya fue demasiado severa la justicia aplicada a los delinquentes, antes de la llegada de los conquistadores.

PUEBLO TARASCO.- Se tienen noticias de la crueldad de responsabilidad penal, la acumulación de sanciones, las reincidencias, el indulto y la amnistía personal, aplicando en el sistema de justicia del pueblo tarasco .

PUEBLO AZTECA.- Entre este pueblo se aplicaron las penas del destierro, las penas infamantes, la pérdida de la nobleza, suspensión y distinción de empleo, esclavitud, arresto, prisión y por último la demolición de la casa del infractor, sin excluir la pena de muerte. En este periodo no está reglamentado el delito de cohecho.

En mi modesta opinión, en esta época no estaba reglamentado el delito de cohecho porque las penas fueron severas y hasta con infracciones menores se pagaba por si fueran mayores y de mucha trascendencia, tanto en el pueblo azteca, tarasco, maya y olmeca, tal y como lo senala el profesor Castellanos Tena..."(1)

El maestro Carrancá y Rivas, supone que en " el derecho precortesiano no existía la materia penal. Si algo tenían sobre la misma, fue eliminado con la conquista española. Afirma categóricamente que la historia de México empieza con la conquista del pueblo indígena."

Se da por cierta la existencia del código penal de Nezahualcóyotl, para Texcoco, en el que estima que el juez tenía amplias facultades sobre la aplicación de las penas, entre las que tenemos, principalmente. la pena de muerte, esclavitud, confiscación de bienes, destierro, suspensión de empleo, así como la prisión con privativa de libertad. Los adúlteros sorprendidos en flagrante delito eran lapidados o estrangulados. No obstante que se precisaron los delitos intencionales, las penas para el caso del adulterio habido con alguna mujer del soberano se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino que trascendía a toda su familia y los bienes del culpable eran confiscados, por otra parte. Un familiar del monarca que llevaba una vida escandalosa se le mataba junto con su servidumbre.

Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas empalándolo posterior-

(1)Castellanos Tena Fernando, Lineamientos de Derecho Penal Mexicano, Segunda Edición, México, 1980.p.p.14-43

mente hasta hacerlo morir. Al que robaba por primera vez se le perdonaba y al reincidente se la hacía desempeñar trabajos forzados y dejar su cuerpo fuese comido por las aves.

El derecho azteca influyó las prácticas jurídicas de aquellos núcleos independientes que dominó militarmente en sus conquistas territoriales, en la mayor parte de la altiplanicie mexicana. Según estudios recientes realizados por el Instituto Indigenista Interamericano, la etapa citada fue antes de la llegada de los conquistadores españoles al territorio nacional.

El mismo instituto afirma que los nahoas alcanzaron metas importantes en materia penal, al igual que los aztecas, pero la sociedad azteca se mantenía unida para conservar su origen social. Esta sociedad influía en la vida de los individuos y la autoridad civil estaba unida. Esto sucedió en la sociedad azteca antes de la llegada de la conquista española.

Por otra parte, los aztecas también conocieron los delitos culposos y dolosos, las circunstancias atenuantes y agravantes de las penas, las excluyentes de los culposos, el homicida intencional era castigado con la pena de muerte." En los delitos culposos al infractor se aplicaba la esclavitud, este mismo ordenamiento reguló la excluyente de responsabilidad penal. También existían atenuantes para la embriaguez completa y excusas absolutorias para los menores infractores, se presume también el robo famélico" igualmente existía, cuya causa era el hambre. Tal y como lo señala el excelente exponente de la materia Dr. Carranca y Trujillo"(2).

(2) Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General,9a. Edición,México,1970.p.p.112-116.

1.2 EPOCA COLONIAL

Respecto de la época colonial el doctor Fernando Castellanos Tena expresa que al ponerse en contacto los españoles con grupos aborígenes como fueron los siervos, amos y añoses se formó la legislación escrita para los indios, que declaraba abierto el camino a la elevación social de estos indígenas por medio del trabajo, el estudio y la virtud, asimismo la libertad personal para su superación, pero estas legislaciones escritas no consideraron a los indígenas en el nuevo estado, a pesar de la legislación legal expedida por el emperador Carlos V, quien ordenó conservar las leyes y demás costumbres de los aborígenes, aunque reinaba la confusión en cuanto a su aplicación en materia jurídica, por el alto número de disposiciones que expidió la corona española, como fueron el fuero real, las partidas, las ordenanzas reales de Castilla, las de Bilbao, los autos acordados, la novísima recopilación y la de minería.

Posteriormente se establecieron las bases del gobierno. Las leyes coloniales complementadas con los autos acordados de Carlos III dieron principio a una legislación especial más sistemática, originando las ordenanzas de intendente y las de minería. Esta recopilación constaba de IX títulos divididos en un solo código, que fue un caos por las disposiciones de todo género, así que estaba desparramada la materia penal en toda la Nueva España, por lo que fue imposible su aplicación.

No obstante ello, el séptimo libro trataba más del sistema policíaco y del derecho penal, las leyes de la colonia se regían supletoriamente, ambas fueron comunes y tuvieron relevancia en su aplicación; como el fuero real, las partidas, los ordenamientos de Alcalá, las ordenanzas reales de Castilla, las leyes de toro y la nueva

recopilación. Las dos últimas fueron las que más se aplicaron. Es posible que en esta época colonial no se encontrara reglamentando el delito de cohecho pero sí existía , pues los conquistadores españoles ya sabían organizarse para los cobros del servicio público. Había cuerpos de seguridad de policías, con penas rigurosas y una gran discrepancia por la desigualdad de clases en toda Nueva España..."(3)

El jurista Ignacio Villalobos opina que " en la época colonial la organización del Consejo de Indias se tomó como ejemplo de consulta, pues el español a su llegada ambicionó toda clase de superioridad contra el pueblo indígena en todos los sentidos. La copiosa legislación de indias no era aplicada sino que contaba las costumbres y algunas prácticas encomenderas para los conquistadores hacia los conquistadores, esto es, se impusieron otras costumbres a pesar de la explotación desmedida aunque existiera una defensa teórica expedida por la corona española, los conquistadores se mostraron débiles ante el aniquilamiento del invasor..." (4)

1.3 EPOCA INDEPENDIENTE

En el México independiente la abolición de la esclavitud ordenada por José María Morelos y Pavón, confirmada por el decreto de Valladolid , que inicia Miguel Hidalgo y Costilla, y la existencia de la crisis en diversos órdenes fueron motivos de pronunciamientos legales para remediar la difícil situación, como la primera reorganización de la policía, la reglamentación de la portación de armas, el consumo de bebidas embriagantes y otras para combatir la vagancia, el robo y el asalto en despoblado.

En esta época independiente surgió la primera codificación penal, con el código del estado de Veracruz, posteriormente siguió el código del estado de México, y con el Presidente Emilio Portes Gil se expidió el Código Penal de 1929, participando en su

(3) Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pp. 118 120, 9a. Edición, México 1970.

(4) Villalobos, Ignacio, Concepto de Derecho Penal Mexicano pp. 151-152, 4a. Edición, México 1983.

redacción el licenciado José Almaraz, que al parecer contó con elementos de la doctrina positiva y con pensadores de la escuela clásica.

Esta codificación tuvo grandes aciertos, como la supresión de la pena capital, asimismo estableció penas mínimas y máximas para cada delito, pero por defectos técnicos y prácticos casi no duro. Estuvo vigente hasta el 16 de septiembre de 1911. Posteriormente, en ese mismo año, rigió un nuevo código penal promulgado por el Presidente de la República, Pascual Ortiz Rubio, el 13 de agosto de 1931 denominado Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales.

En esta época también se reglamentó lo relativo a los cuerpos de seguridad especializados de manera permanente se reforma el procedimiento penal, en contra los salteadores de caminos y ladrones en despoblado que eran juzgados militarmente en consejos de guerras, los ladrones eran condenados a trabajos en obras públicas y fortificaciones militares, en principio por la escasa legislación para ordenar a los delinquentes, ocasionalmente se aplicaban textos legales herados de la corona española en materia penal en el México independiente.

Al adoptar México el sistema federal, en 1824, se sumaron nuevos problemas legislativos que amparaban las legislaciones locales de los estados a la par que el federal. Veracruz tomó como modelo el Código Penal español de 1822, que fue el primero y único en todo el territorio nacional del México independiente..."(5).

Posteriormente, el Gobierno Federal reconoció la vigencia de la legislación colonial. Este dato consta en la circular del ministerio del interior con fecha 20 de septiembre de 1838. El Consejo aprobó las leyes de los Estados no contraviniendo el sistema en vigor y se estableció en esa nueva Comisión redactora para un código penal, presidida por el Licenciado Antonio Martínez de Castro. Se suspendió por la inter-

(5) Villalobos, Ignacio, Op.cit. p.p. 47-50

vención francesa. Al término de ésta se inició de nueva cuenta y fue aprobada el 7 de diciembre de 1871.

El jurista Ignacio Villalobos sigue opinando que al consumarse la Independencia las primeras legislaciones fueron de emergencia, por la necesidad de organización, así como de armas de fuego. Este autor se apoya en las obras del jurista Raúl Carrancá y Trujillo..."(6).

El historiador Breamauntz Alberto opina que " es de apreciarse que la independencia nacional surge por la desmedida situación provocada por el colonialismo; la mala distribución de la riqueza y de la tierra provocaron que la dominación española disfrutara de toda clase de propiedad es, hechos que provocaron el levantamiento del pueblo en contra de la opresión el 16 de septiembre de 1810, iniciado por el cura de Dolores, Miguel Hidalgo y Costilla."

La movilización revolucionaria por la independencia nacional fue principio fundamental para suprimir la esclavitud los tributos y contribuciones, sancionando con pena capital a los saqueadores de la riqueza nacional. Este movimiento también repercutió para beneficio del campo. Así se contestó a los ataques de la santa inquisición: se dictaron leyes benéficas para el pueblo mexicano, con la finalidad de abolir la pobreza y se avivó la industria y otras de las producciones nacionales.

El historiador Alberto Breamauntz manifiesta que la segunda etapa de la Independencia, posterior a la muerte de Miguel Hidalgo y Costilla, fue encabezada por José María Morelos y Pavón. Sus principales aspiraciones fueron atender las demandas del pueblo, para independizar a México, rechazando a todo extranjero que tomara parte en el Gobierno de la República, que debería estar siempre conformado por mexicanos. Morelos conoció profundamente la causa de la

(6) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, p.p. 121-125, 4a. Edición, México 1980.

Independencia que afrontó el pueblo azteca. Intentó hacer una profunda transformación social, fue el precursor del agrarismo en México, expresó que la soberanía emana directamente del pueblo dando la auténtica libertad de independencia de México, pronunció nuevas leyes, aumentó el jornal para los trabajadores. En esta etapa es donde aparece la primera Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conteniendo bases importantes en la organización política y social, consagrando el derecho del pueblo mexicano para darse el Gobierno que más le convenga para velar por los intereses nacionales. En este mismo orden consagró al sufragio universal como el principio de la soberanía del pueblo, el carácter contractual de la sociedad civil, la división de poderes, la representación política a las principales garantías y libertades del hombre, condenando la opresión y el Estado feudal. Estas ideas inspiradas en la doctrina de la Revolución Francesa, son principios que hasta esta fecha siguen imperando en los pensamientos de los pueblos que tienen el sistema democrático, con instituciones debidamente constitucionales..." (7).

1.4 EPOCA CONSTITUCIONALISTA

En esta época los fines de las legislaciones anteriores estaban aún incumplidos. Posteriormente, con las reformas penales que se realizaron a los Códigos de 1929 y 1931 se permitió tomar medidas más adecuadas relacionadas con la política criminal, con rumbos extraordinarios y verdaderos hacia la justicia social de manera general que interesaba al derecho penal, así como en la debida aplicación y cumplimiento en cuanto a la regulación del orden jurídico en todos sus fines.

Con este importante fenómeno sociológico, económico y político que conocemos con el nombre de la Revolución Mexicana no sólo obtuvo una mejor distribución de la riqueza sino que también la independencia económica, así como la concien-

(7) Breamauntz, Alberto, Panorama Social de la Revolución en México. p.p. 80-31, 1a. Edición México 1968.

tización del nacionalismo, adaptándose a las leyes y a las condiciones de la realidad del país. La reforma liberal trajo normas sencillas al campo legislativo, las leyes penales recibieron este flujo de bienestar, ya que las legislaciones anteriores no cubrían las demandas de la sociedad en general. La reforma penal en México es obra de la revolución, que impuso grandes ideas y principios brillantes para la época.

El Código de 1929 captó las inquietudes de su tiempo, proyectó la reforma penal en México, derogando desde luego el vulnerable texto de Martínez de Castro, abriendo causa legal a las corrientes modernas, en donde posiblemente esté tipificada la perniciosa figura delictiva del delito de cohecho, en su penalidad adecuada. El licenciado Portes Gil fue el precursor de la nueva comisión revisora para elaborar el Código Penal vigente para el Distrito Federal del Fuero Común y para toda la República en materia del fuero federal.

La Revolución Mexicana dio nuevas bases para el derecho público en todo el país, asimismo con el Plan de Iguala y el tratado de Córdoba se da la capitulación militar creándose el partido conservador, teniendo como opositor al partido liberal; se restableció la Constitución de 1812 siendo uno de los más grandes movimientos políticos y jurídicos, que registra la historia mexicana. La revolución fue un derecho inalienable del pueblo para lograr mejores condiciones sociales de vida, su más profunda transformación radical para su régimen económico y social. La revolución fue totalmente violenta y transformó la vida colectiva, se lograron cambios políticos y jurídicos, mejorar en todos los poderes, desde luego un nuevo derecho subjetivo con respaldo de una mayoría popular, que da nuevos nacimientos de una forma suprema de rango constitucional, tal y como lo comenta el maestro Carranca. (8).

Alberto Bremauntz manifiesta que el movimiento revolucionario se dio por la

(8) Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General. p.p. 130-142, 9a. Edición México 1970.

situación social que vivían las clases oprimidas, especialmente los indígenas, mestizos, criollos y castas. La finalidad de este movimiento era liberarse de los conquistadores que impusieron sus libertades sobre el pueblo dominado, la injusta explotación desmedida de los españoles. La lucha fue para el mejoramiento económico, esto sucede en la colonia, la inconformidad en que vivían aquellas masas populares y de los malos tratos recibidos desde el año 1538 a 1542 para alcanzar su anhelos condenaron la esclavitud, el pueblo sufría hambre por la terrible explotación sin la justa distribución de la riqueza. En esta etapa no sólo se luchó por la distribución de la riqueza sino también por el establecimiento del sistema de igualdad y respeto que fue la razón del movimiento armado a nivel nacional. (9).

1.5 EPOCA MODERNA Y CONTEMPORANEA

En esta época los fenómenos más importantes se dieron respecto al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a la necesidad de reformar el enjuiciamiento penal en México, mismo con el que estuvo de acuerdo la mayoría de la comisión. La exposición de motivos al sistema procesal revolucionó completamente, como fue la organización del ministerio público y sus funciones que consagra la ley fundamental.

También fijó la competencia de los jueces, al igual que la del ministerio público como único ente facultado para perseguir los delitos y su investigación y buscar los elementos de convicción con la policía judicial; con esta medida, el representante social suprime las facultades al presidente municipal y a las demás policías que aprehendían a cualquier persona sospechosa según el criterio que tenían estas autoridades en toda la federación mexicana.

(9) Bremauntz, Alberto, Panorama Social de las Revoluciones en México. p.p. 46-47, Primera Edición México 1960.

"Y es así como el Ministerio Público garantiza la libertad personal de los individuos, que consagra el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que fija los requisitos formales y esenciales ordenados por una autoridad judicial competente." De no ser así, se violarían, en agravio de los individuos, sus garantías y estaríamos frente al abuso de autoridad se prohíbe además de toda detención sin orden de la autoridad debidamente requisitada. También tenemos al Artículo 14 Constitucional que garantiza la vida de las personas, no importando su nacionalidad, así como la propiedad privada, posesiones o derechos, en igual término la libertad personal y que sólo puede hacerse mediante orden girada por autoridad judicial competente o mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las leyes expedidas con anterioridad al hecho. (10).

El distinguido jurista Fernando Castellanos Tena afirma " que el primer antecedente de la legislación penal actual fue el Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, posteriormente siguió el Código Penal para el Distrito Federal de 1872 conocido como el Código de Martínez de Castro, con modelo de tendencia de la escuela clásica. Este ordenamiento señaló varios acuerdos, entre ellos la suspensión definitiva de la pena capital. Estos datos ya fueron explicados con anterioridad pero únicamente el autor los ratifica..." (11).

(10) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 1993, p.p.

(11) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1987.

CAPITULO II

2. MARCO CONCEPTUAL.

BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS.

2.1 CONCEPTO DEL DELITO.

Se han desplegado múltiples esfuerzos para elaborar una noción del delito que tenga valor general, que perdure inalterada ante el transcurso de las distintas etapas históricas de la humanidad. Quienes se han trazado ese noble propósito, a mi juicio, no han tomado en consideración que siendo el delito un producto social, su concepción cambia constantemente y que lo que en épocas pasadas se tuvo como delictivo, es posible que posteriormente se estime carente de toda ilicitud y que incluso es una misma época una conducta pueda ser elevada a la categoría de delito en un lugar determinado, mientras que en otro, ese mismo comportamiento permanezca desprovisto de tal carácter. Estoy segura de que la esencia del delito debe buscarse en la circunstancia de que, quien o quienes lo cometen lesionan o ponen en peligro los bienes, lo cual impone como consecuencia una pena a los infractores de la norma.

Asentado lo anterior es pertinente indicar que, desde el punto de vista jurídico, se han elaborado dos clases de definiciones del delito: las formales y las substanciales. Las primeras se caracterizan porque se limitan a señalar que existe una sanción para quienes se coloquen en el supuesto previsto por la ley penal, sin que se ocupen de investigar el contenido de lo que debe comprenderse dentro de tal concepto; esta clase de definición es la que proporciona nuestro Código Penal en vigor, al establecer en su artículo 7, que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Las segundas, porque penetran a la esencia misma del delito.

Para conocer intrínsecamente al delito se han creado dos diferentes doctrinas: una, la unitaria o totalizadora y, otra, la analítica o atomizadora.

Con relación a la corriente unitaria o totalizadora Francesco Antolisei expresa textualmente: "El delito es un todo orgánico: es una especie de bloque monolítico, que puede presentar ciertamente aspectos diversos, pero que de ninguna manera es fraccionable. Su verdadera esencia y se podría decir también su realidad no está nunca en sus componentes individuales ni tampoco en su adición, sino en el todo y en su intrínseca unidad: sólo mirando el delito desde esta perspectiva, es posible comprender su verdadero significado. Que el delito constituye una unidad inescindible que se demuestra evidentemente, además, por el hecho de que sus notas se encuentran vinculadas entre sí de modo tan indisoluble, que ninguna de ellas puede comprenderse a fondo si no se le pone en contacto con las restantes". (12)

Al referirse a la doctrina analítica o atomizadora, Porte Petit explica que "la concepción analítica estudia al delito descompuesto en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito", y agrega: "Por nuestra parte, reconocemos las importantes consecuencias que se derivan de la atomización del delito sin perder de vista

(12) Francesco Antolisei, Manual de Derecho Penal, parte general, traducción de Juan del Rosal y Angel Toric. Editorial Uthea, Argentina, Buenos Aires, 1960, p.p.153.

su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli , de que el análisis no es la negación de la unidad, sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica". (13)

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos en cada una de estas posturas, me afilio a la corriente que sigue la teoría analítica o atomizadora, toda vez que para el mejor estudio y la cabal comprensión del delito es no sólo recomendable, sino necesario, utilizar el sistema consistente en el análisis de cada uno de los elementos que los constituyen, sin desconocer desde luego, que este institucion jurídica se presenta como una unidad.

2.2. ELEMENTOS DEL DELITO

Al observar las diferentes definiciones de carácter substancial que del delito se han elaborado, encontramos que existe diversidad de opiniones en lo que se refiere a cuáles deben ser los elementos que han de integrarlo, habiéndose originado así definiciones biatómicas, tratómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas y heptatómicas, según el número de elementos que se consideren para su estructuración. Así vemos que Fontan Balestra define al delito diciendo que "es la acción típicamente antijurídica y culpable". (14) Pavón Vasconcelos afirma que el delito debe concebirse como "la conducta o el hecho típico antijurídico, o culpable y punible". (15) Ernesto Beling señala: "es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad". (16) Jiménez de Asúa establece que " es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (17)

(13) Celestino Porte Petit, Programa de la Parte General del Derecho Penal, 1a. Ed., U.N.A.M., 1958, p.p. 135-136.

(14) Fontan Balestra. Manual de Derecho Penal, parte general. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, p.p. 298.

(15) Francisco Pavón Vasconcelos. Nociones de Derecho Penal Mexicano, parte general ,Tomo II, ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo, Zacatecas, Zac, 1964 p.p. 245.

(16) Cfr. por Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, 4a.Ed., Editorial Hermes, México 1963, Buenos Aires p.p. 205-206.

(17) Jiménez de Asúa , Op.. Cit, Pág. 207.

Considero que son únicamente cuatro los elementos esenciales del delito, a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Toda vez que las condiciones objetivas de penalidad son inconstantes, conforme lo establece Franz Von Liszt, al referirse a las condiciones objetivas de punibilidad expresa que "son circunstancias externas, que nada tienen que ver con el acto delictivo mismo, y con sus elementos, debiendo más bien ser consideradas separadamente" , (18) la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad y la punibilidad es consecuencia y no elemento del delito, como anteriormente se conceptualizaba.

2.2.1 LA CONDUCTA

Para designar al primer elemento del delito dentro de la prelación lógica, mismo que sirve de base y sostén de los restantes, se han utilizado diferentes vocablos, tales como acción, acto, acontecimiento hecho, conducta actividad, etc. El maestro Jiménez de Asúa dice: "Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción, lato sensu) y no de hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano al hombre que del mundo de la naturaleza . En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta" . (19)

El catedrático Castellanos Tena expresa: "Nosotros preferimos el término conducta, porque dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo ... dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión, es decir, el hacer positivo y el negativo ; el actuar y el abstenerse de obrar".(20)

Considera Porte Petit que los términos mas apropiados son tanto conducta como hecho, al establecer que "si elemento objetivo del delito en general puede estar con-

(18) Frans Von Liszt, Tratado de Derecho Penal ,Tomo II, traducido de la 20a., edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, 2a. Ed.,Editorial Reus, S.A., 1927 POEG-446.

(19)Jimenez de Asua, La Ley y el Delito. Op.Cit.,p.p. 210.

(20) Castellanos Tena, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, parte general, 1o. Ed., Editorial Juridica Mexicana, México, 1959, p.p. 145-146.

stituido por una conducta, si se trata 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 puede en general adoptarse dichos términos. Si se aceptara el de conducta, sería reducido y no abarcaría los casos en que hubiera un resultado material, y si hecho, resultaría excesivo porque comprendería, además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquella". (21)

Pienso que los razonamientos apuntados por este jurista son del todo convincentes, ya que efectivamente existen tipos que precisan de un resultado material para su integración y otros que se perfeccionan con la sola manifestación de la voluntad.

Define la conducta Castellanos Tena diciendo que "es un comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a la producción de resultado". (22)

Por su parte Porte Petit al referirse al hecho establece: "es la mutación en el mundo exterior, abarcando la conducta, el resultado y el nexo de causalidad". (23)

Ahora bien, según la forma en que se exteriorice la conducta, existen delitos de acción o de omisión. En los de acción, el agente realiza una conducta positiva; en los de omisión, el comportamiento del autor consiste en una abstención. En los primeros se infringe una ley prohibitiva, en tanto que en los segundos una dispositiva. Al respecto expresa Jiménez de Asúa: "La omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma. Si esta es prohibitiva; no matarás, su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa: socorrerás, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión". (24)

(21) Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Tomo I p.p. 155.

(22) Castellanos Tena, Op. Cit. p.p. 146.

(23) Porte Petit, Op. Cit. p.p. 181.

(24) Jiménez de Asúa, Op. Cit. p.p. 216.

La omisión se ascende a su vez en omisión simple y comisión por omisión. Los delitos de omisión propiamente dicha se integran cuando el sujeto deja de realizar una conducta jurídicamente ordenada, con independencia del resultado que se produzca; en cambio, en los delitos comisivos por omisión es necesario que el actuar traiga como consecuencia la aparición de un resultado material. En la simple omisión se produce únicamente un resultado jurídico, mientras que en la omisión impropia, uno jurídico y material. Al referirse a este último aspecto de la omisión, Edmundo Mezger expresa; " la circunstancia de que no se actúa, debe producir un resultado; además de la norma perceptiva queda también infringida una norma prohibitiva (el autor no hace lo que debe hacer y produce por ello un resultado que no debe producir". (25).

Por lo que toca a los elementos integrantes de la conducta podemos decir que tres son esenciales para su existencia: uno interno, constituido por la voluntad del agente; otro externo, consistente en la manifestación de esa voluntad, y un tercer elemento de carácter finalístico representado por la meta hacia la que éste se dirige.

La voluntad (sólo el hombre tiene facultades volitivas que deben radicar en la psique del autor; por tanto no existe este elemento cuando el sujeto obra impedido por una fuerza exterior irresistible (vis absoluta), por una fuerza mayor (vis maior), ya que en estos casos sólo es instrumento de una voluntad ajena o de la naturaleza. También existe ausencia de voluntad en los llamados actos reflejos, en virtud de que éstos son movimientos corporales producidos por excitaciones fisiológicas, independientes del querer humano). Además, esta voluntad debe manifestarse en el mundo externo, bien sea por medio de una actividad (cuando se está frente a una norma prohibitiva), o bien, por medio de una actitud pasiva (cuando se trate de una norma imperativa). Los actos que se desenvuelven en el ámbito de la consciencia sin externarse, carecen de relevancia para el Derecho Penal.

(25) Edmundo Mezger. Derecho Penal, parte general, traducción de la 6a. Ed. Alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, p.p. 105.

Con respecto al tercer elemento de la conducta expresa Mezger: "El que actúa debe siempre querer algo, y el que omite, no querer algo. De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza ontológica, un carácter final. Está siempre dirigida a una meta determinada. (26)

2.2.2 LA TIPICIDAD

La tipicidad es el encuadramiento de la conducta al tipo; "presupone un juicio lógico, en el que se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función".(27) Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa". (28)

Al dejar establecido que la tipicidad es el amoldamiento de una conducta a un tipo surge la interrogante: ¿qué es el tipo. Entendemos por tipo la descripción de una conducta prevista en la ley penal. Es la fórmula que el legislador ha plasmado en la ley para precisar cuáles comportamientos han sido elevados por el Estado a la categoría de delictuosos.

Fundamos nuestra opinión en las siguientes concepciones del tipo. Jiménez de Asúa nos dice que: "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". (29) Castellanos Tena estima que "es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales". (30) Jiménez Huerta expresa que "es el injusto recogido y descrito en ley penal". (31)

(26) Edmundo Mezger. Op.Cit. p.p. 88

(27) Jiménez Huerta. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A., México, 1955, p.p. 207.

(28) Castellanos Tena. Op. Cit. p.p. 167-168.

(29) Jiménez de Asua. Op. Cit. p.p. 235.

(30) Castellanos Tena. Op. Cit. p.p. 167.

(31) Jiménez Huerta, Op.Cit., p.p.42.

La tipicidad es garantía de libertad; una conducta podrá ser considerada por todos como antisocial, mas si no se encuentra comprendida en un tipo penal, no podrá ser sancionada como delictiva, no obstante su meritoria temibilidad. Lo anterior se desprende claramente de lo previsto en nuestra Carta Magna en su artículo 14, que establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Se puede observar fácilmente que dentro del precepto aludido se encuentra implícito el principio universalmente reconocido en los regímenes de Derecho : " *nullum crimen sin lege* ", lo que equi vale a decir: no hay delito sin tipo que lo configure.

Opina Jiménez de Asúa que la tipicidad tiene una "función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal y tiene, además, funcionamiento indiciario de su existencia". (32) En este mismo sentido se pronuncia Cuello Calon al exponer que "la tipicidad es el indicio más importante de la antijuridicidad". (33) No debemos confundir estos conceptos, ya que cada uno de los elementos citados tiene características y funciones propias, dándose el caso de conductas típicas que no son antijurídicas.

La tipicidad es el medio más eficaz para presuponer la existencia de la antijuridicidad, y ésta, a su vez, es el fundamento real y de validez, la razón de ser de la tipicidad. Efectivamente, el legislador, protector de valores del Estado, ante la imposibilidad de prever las peculiaridades de las conductas antisociales que atentan en contra del Derecho, opta por crear tipos, considerando a priori como antijurídicas las conductas en éstos descritas. Sin embargo, cuando una conducta típica se encuentre respaldada por una causa eliminadora de la antijuridicidad, tal comportamiento será

(32) Jiménez de Asúa ,Ob.Cit.,p.p.252.

(33) Cuello Calon. Derecho Penal, Parte General,Tomo I, 9o. Edit.,Editorial Nacional,S.A., México,1951,p.CEG.312.

lícito. Hemos ilustrado criterio profundo del pensamiento de Ricardo Franco Guzmán, quien expresa textualmente: "la antijuridicidad es *ratio essendi*, de la tipicidad en el desarrollo histórico del delito, aunque no en el proceso mental que recorre desde que un hecho se da en la realidad hasta que es calificado de delito, pues entonces la tipicidad es mera, *ratio cognoscendi*, de la antijuridicidad de la acción". (34)

Por último cabe señalar que cuando una conducta no encuadra dentro de un tipo legal, cuando el comportamiento no contiene todos los elementos previstos en la figura legal, nos encontraremos ante la ausencia de tipicidad o atipicidad y, en consecuencia, la conducta del agente no se hará merecedora a una sanción penal.

2.2.3 LA ANTIJURIDICIDAD

Al referirse a la antijuridicidad Porte Petit establece que, "al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación". (35) La anterior afirmación nos parece correcta, ya que es verdad que cuando una conducta típica no se encuentre protegida por una causa de justificación, se reputará contraria al Derecho, lo que viene a demostrar que las causas eliminatorias de la antijuridicidad operan por vía de excepción.

Si meditamos sobre la forma en que este elemento se manifiesta, observaremos que generalmente cuando una conducta típica es antijurídica, ésta viola al Derecho, mas no a la ley, ya que al perpetrarse el hecho delictivo, la conducta del agente coincide con la plasmada en el tipo, esto es, en la antijuridicidad existe encuadramiento a la ley y contradicción a la norma. La norma valoriza, en tanto que la ley describe. Robustece nuestro punto de vista el de Sebastián Soler, al expre-

(34) Franco Guzmán, Delito e Injusto, México, 1950, p.p.53-54.

(35) Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal, Ed. Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954, p.p. 41.

sar: El derecho es sobre todo valoración. El externo encuadramiento de una acción a su figura no es más que el primer paso dado en el sentido de esa valoración. Pero siendo la figura delictiva ordinariamente tan sólo una descripción, es necesario en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. La acción tiene que ser valorada no sólo ante la ley que ordinariamente se limita a describirla, sino ante la norma que esa ley presupone. Cuando el resultado de ese examen afirma la existencia de un conflicto entre el fin que el derecho persigue y el hecho, decimos que éste es un hecho ilícito, antijurídico. Para que haya delito es preciso que exista una relación de contradicción entre el hecho del hombre y el derecho. Nadie ha expresado con más elegancia que Carrará este doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al derecho, cuando dice " que delito es una "disonancia armónica", pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora". (36)

Para explicar la naturaleza intrínseca de la antijuridicidad existen dos diferentes tendencias : la objetiva y la subjetiva. Pasaremos de inmediato a la exposición de éstas. **TEORIA OBJETIVA.** La antijurídica se concibe, de acuerdo con esta corriente, como la mera oposición entre el hecho realizado y el Derecho; como una contradicción de carácter objetivo entre el acto y omisión y la norma. Basta con que exista una conducta y que ésta sea contraria al Derecho para que se califique tal comportamiento como antijurídico. Para esta doctrina el juicio de valoración entre el hecho y el Derecho ha de ser puramente objetivo dejando al margen, en consecuencia, el proceso psicológico causal del agente. Podemos citar como defensor de esta postura al Dr. Franco Guzmán. (37)

TEORIA SUBJETIVA. Quienes defienden esta posición afirman que la antijuridicidad

(36) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo 1, 3o. reimpresión, Editorial Tea, Argentina, Buenos Aires, 19556. p.p.343-344.

(37) Castellanos Tena, Franco Guzmán. La subjetividad en la Ilícitud, 1o. Edd., 1959, Editorial José M. Cajica Jr., S.A. Puebla, Pue., México, p.p. 28 y SS., Delito e Injusto, it., p.p. 87-88. Giuseppe Maggiores Derecho Penal, Vol. 1, 5o. Ed., Traducción por el Padre José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1954, p.p. 383. Mezger, Tratado de Derecho Penal, Vol. I, traducción de la 2a. edición alemana (1932) por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p.p. 339 y ss.

consiste en el incumplimiento, por parte del sujeto, de las obligaciones que el Derecho le impone. Lo que significa que para catalogar una conducta como anti-jurídica no es suficiente con que ésta se encuentre objetivamente en contradicción con el Derecho, sino que es necesario además penetrar al ámbito subjetivo del agente, a efecto de determinar si la realización del evento fue producto de su voluntad. Por lo que la antijuridicidad existirá únicamente cuando el individuo haya desatendido en forma voluntaria las obligaciones que el Derecho le ha impuesto, cuando exista una contraposición entre la voluntad del autor y la norma del deber. Entre quienes sostienen esta posición se encuentran Blagio Petrocelli (38)

2.2.4 LA CULPABILIDAD

Hemos reservado un capítulo especial para ocuparnos del cuarto elemento del delito: la culpabilidad. Baste por ahora dejar apuntado que la culpabilidad se presenta cuando el Estado dirige un juicio de reproche al autor de una conducta típica y anti-jurídica, por haber violado las normas del deber habiendo tenido la posibilidad de conducirse conforme a Derecho .

Para que una conducta típica y antijurídica pueda ser sometida a un juicio de valoración subjetivo se requiere que antes, el autor de dicha conducta, sea imputable. Consideramos que la imputabilidad es un presupuesto lógico de la culpabilidad, toda vez que tiene carácter general y abstracto, consistente en la capacidad intelectual y volitiva, que la ley exige, para que a una persona se le pueda considerar en un momento dado como sujeto activo del delito; o al decir de Carrancá y Trujillo : "será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (39)

(38) Fontan Balestra, Carlos, Op.Cit., p.p. 146-147.

(39) Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Tomo 1, 5a.Ed., Antigua Librería Robredo, México, 1958, p.p. 222.

CAPITULO III

3. LA CULPABILIDAD

3.1 SU NATURALEZA JURIDICA

En el capítulo que antecede se dió una noción general de lo que debe entenderse por culpabilidad. El alcance de este trabajo nos impide seguir insistiendo en ese aspecto, ya que es menester enfocar nuestra atención hacia un nuevo problema que consideramos de mayor relevancia: determinar la naturaleza jurídica de este instituto. La bibliografía sobre el tema es abundante, lo que significa que la mayor parte de los penalistas han sentido la apasionante inquietud de penetrar a la esencia misma de este elemento; sin embargo, como en casi toda la problemática jurídica, existe falta de unidad de pensamiento. Podemos decir que tres corrientes fundamentalmente ocupan en la actualidad el campo de la polémica sobre el asunto, a saber: Las teorías causalistas en la teoría psicológica, la normativa y la teoría finlista.

Trataremos de exponer brevemente los conceptos básicos de cada una de estas corrientes para fundamentar a continuación nuestra postura.

3.1.1 TEORIA PSICOLOGICA

La teoría psicológica limita la culpabilidad a la relación subjetiva que liga al autor con el hecho perpetrado, al vínculo de carácter anímico existente entre el sujeto y el

resultado producido, pudiéndose manifestar el estado subjetivo del agente en forma de dolo o culpa, de tal manera que para que a una persona se le pueda atribuir la calidad de culpable es suficiente con que haya realizado una conducta típica y anti-jurídica, en forma dolosa o culposa, sin tomar en cuenta los motivos que le impulsaron a obrar de tal manera. Como exponente de esta teoría podemos citar a Franz Von Liszt. (40)

3.1.2 TEORIA NORMATIVA

En la corriente normativa se afirma que la esencia de la culpabilidad radica en la reprochabilidad. Para esta concepción no basta con que el autor haya realizado una conducta típica y antijurídica con dolo o culpa, sino que establece la necesidad de penetrar al análisis de los motivos que impulsaron al sujeto a obrar en tal forma, a fin de que, previo un juicio de valoración, se determine si le era exigible conducirse de manera distinta, esto es, si le era exigible que se comportara conforme a las normas del deber. Para esta doctrina, además de la relación causal de carácter subjetivo entre el agente y su acto es necesario que exista una violación de la norma causada por la voluntad del sujeto, una relación de contradicción entre la voluntad individual y la norma del deber; por tanto, una conducta será reprochable y, en consecuencia, culpable, cuando se haya realizado en contraposición con la norma, pudiéndose obrar de diverso modo. Podemos mencionar como sustentante de esta corriente a Jiménez de Asúa, quien en su tratado cita como principales representantes del normativismo, entre otros, a: R.Frank (fundador de esta teoría), James Goldschmidt, Freudental, Hegler y Mezger. (41)

(40) Von Liszt Franz, Op. Cit.

(41) Giuseppe Bettioli, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1956, p.p. 163 y ss. Giuseppe Bettioli, Derecho Penal, Parte General, 4a. Ed., versión castellana del Dr. José León Pagano, Editorial Temis, Bogotá, 1965, p.p. 316 y ss. CUELLO CALON, Derecho penal, parte general, Tomo I, 9a. Editorial Nacional, S.A., México, 1961, p.p. 357-358, Reinhasrt Maurach, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, traducción por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p.p. 77 y ss. Franco Guzmán N, La Culpabilidad y su Aspecto Negativo, Criminología, año XXII, No. 7, México, julio de 1956, p.p. 456. Antolisei, Manual de Derecho Penal, Parte General, traducción de Juan de Rosal y Angel Torio, Editorial Uthea, Argentina, Buenos Aires, 1960, p.p. 240 y ss.

3.1.3 Mi postura

Consideramos que las dos teorías en pugna antes apuntadas no se excluyen entre sí, sino que más bien la normativa viene a completar a la psicológica. En efecto, no podemos negar que para que la culpabilidad exista es necesario, en principio, la presencia de dolo o culpa en la conducta del agente, pero esto no es suficiente, ya que además, y esto debe subrayarse, es indispensable que la voluntad del sujeto se encuentre en contradicción con la norma del deber, de tal manera que si no se da esa contradicción el autor no será culpable, aun cuando haya obrado dolosa o culposamente, en atención a que no podrá dirigirse en su contra ningún juicio de reproche. Debemos ver únicamente en el dolo o la culpa un indicio de culpabilidad, pero si además la voluntad del agente fue violar la norma podremos afirmar que nos encontramos frente a una conducta culpable.

Es de observarse asimismo que para el psicologismo la pena no es graduable: se es o no se es culpable; en cambio, para el normativismo sí existen gradaciones, por lo que la pena será proporcional a la mayor o menor reprochabilidad que se dirija en contra del autor del hecho delictivo.

Por otra parte, la no exigibilidad de otra conducta, cuyo valor es innegable, resulta incompatible con la reducida estructura del psicologismo, teniendo su perfecto acomodo esta institución jurídica dentro del aspecto negativo de la culpabilidad normativamente concebida.

3.1.4 TEORIA FINALISTA

El concepto normativo de la culpabilidad es llevado a su última expresión por la

teoría finalista de la acción, que partiendo de un concepto de acción distinto al elaborado por la corriente causalista le da una estructura diferente a la culpabilidad en base al concepto final de acción. Para ella, dolo y culpa no son elementos integrantes de la culpabilidad sino del tipo. De ello resultan consecuencias que se manifiestan en toda la estructura del delito, pero específicamente se advierte que el derecho, para esta corriente, entraña la aceptación de un orden de valores. En particular el derecho penal tutela la permanencia de situaciones estimadas como deseables; cuando el particular altera el estado de paz que significa la juridicidad se produce una reacción cualitativamente violenta que se actualiza en la institución conocida con el nombre de pena. La expresión que el derecho penal utiliza para revelar los valores que considera básicos y cuya alteración trae aparejada la pena es la que se conoce dentro de la técnica con el nombre de tipo. Ahora bien, si el tipo entraña una prohibición, se le atribuye responsabilidad a quien ha contravenido el orden de valores que el derecho ha establecido; si contradice el deber de abstención puramente objetivo pero no el subjetivo la conducta será culpable, en la inteligencia de que no podrá afirmarse contradicción de carácter subjetivo (culpabilidad) si no la hubo en el aspecto objetivo, porque no será reprochable haberse comportado anímicamente en forma tal que se haya producido un resultado si éste no es reprochable.

En síntesis, para los finalistas la culpabilidad al ser liberada del dolo y de la culpa, por ser contenido del tipo, deja de ser un concepto complejo y se convierte, ahora sí, en un juicio de reproche cuyos elementos son: la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento del injusto y la exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma. Maurach explica estos conceptos de la siguiente forma. La imputabilidad contiene el juicio sobre la general capacidad de motivación del autor, de la posibilidad del conocimiento del injusto se deriva también en caso concreto, el imputado podría conocer el carácter antisocial de su hacer; por último, la exigibilidad de la conducta

adecuada a la norma priva al autor del pretexto de invocar una situación de necesidad excluyente de todo reproche.

El error que produce inculpabilidad es exclusivamente el error de prohibición (no de tipo), que nada tiene que ver con el dolo. Ante un error de prohibición la acción sigue siendo dolosa, pues lo que se desplaza es tan sólo la reprochabilidad.

La primera cuestión planteada en relación al error de prohibición es la inevitabilidad o evitabilidad de éste. El error de prohibición inevitable destruye la culpabilidad y conduce necesariamente a la absolución. El error evitable deja subsistente la imagen de un hecho punible doloso, pero permite atenuar la pena por culpabilidad disminuida. El error de prohibición puede presentarse en tres formas distintas: a) como desconocimiento del general mandato normativo: abstracto error de prohibición; b) como error sobre el ceder de la norma; concreto error de prohibición; c) como viciosa representación de la eficacia determinante de la norma; suposición errónea de que no es exigible la observancia de la norma. (42)

3.1.5 Mi Opinión

La teoría finalista es objeto de diversas críticas, incluso de parte de sus propios afiliados, porque se dice por ejemplo, que el concepto normativo de culpabilidad aún no ha logrado constituir un reproche que alcance en lo personal al autor, o sea, como individualidad. Este reproche se formulará sólo cuando el autor sucumba al estímulo criminal, pese a que podría, en su concreta situación, ofrecer resistencia en la medida que le podía ser exigida a él personalmente considerando sus cualidades y capacidades.

De igual manera, Maurach critica que el concepto normativo de culpabilidad no es

(42) Cfr. Islas de González Mariscal Olga y Elpidio Ramírez Hernández. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. U. N. A. M. México, D. F., Junio, 1970. Págs 13-68

correcto porque la pena no es el único recurso del juez penal. La pena alcanza al sujeto al que es posible y necesario formular un juicio personal de reproche, mas no al que sin cumplir los presupuestos de la culpabilidad ha exhibido, por la comisión del injusto típico, su peligrosidad objetiva. Contra éste último sólo procede una medida de seguridad. Nada impide, sin embargo, exigir también para este sujeto un determinado grado de responsabilidad. Tal atribución subjetiva no es equiparable a la culpabilidad. (43)

Por lo expuesto, pudo decir que para mi la teoría psicológica es insuficiente para resolver en forma adecuada los innumerables casos que sobre la culpabilidad gravitan en la dinámica de la vida. En cambio, la teoría normativa satisface de mejor manera las exigencias que impone un recto criterio de justicia. La teoría finalista presenta algunas fallas de coherencia, como la falta de unidad respecto de la significación que debe atribuirse al concepto normativo de la culpabilidad, así como a las llamadas causas de inculpabilidad, acusándosele de dejar vacío el elemento de la culpabilidad. Aunado a lo anterior, si atendemos al contenido de la ley penal mexicana, en orden a la culpabilidad, no resulta compatible con dicha teoría, pues si la acción finalista dolosa va siempre encaminada a la concreción del tipo y en la ley mexicana, se establece que no se destruye la presunción legal de un delito, entonces es intencional, aunque se pruebe que no hubo intención de causar daño, por lo que a pesar de no haber una voluntad encaminada a la concreción del tipo el resultado sobre venido sigue siendo legamente reprochable como doloso, lo que hace inaplicable un concepto sustancial del finalismo. Por ello, nos adherimos a la postura que establece que dicha teoría no es la adecuada para resolver la problemática de la culpabilidad en el sistema positivo mexicano. (44)

(43) Reinharst Maurach, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Traducción por Juan Córdoba. Roda Ediciones, Ariel, Barcelona, 1962.p.p.77

(44)Cfr. Sergio Vela Treviño, Culpabilidad e inculpabilidad, Teoría del Delito, 2a. Edición, Editorial Trillas, México, 1990.

3.1.6 Aspecto Positivo

La culpabilidad, como todos los elementos del delito, presenta un aspecto positivo y otro negativo. Su aspecto positivo se encuentra integrado por el dolo y la culpa; el dolo representa la especie de la culpabilidad de mayor gravedad, mientras que en la culpa existe una disminución de reprochabilidad por parte del Estado en contra del agente, en atención a que si bien, éste causó con su conducta el mismo resultado que en los delitos dolosos, lo hizo sin la intención deliberada de ejecutar el hecho, al haber obrado con imprudencia, negligencia, impericia, imprevisión, falta de reflexión o de cuidado. Nuestro Código Penal se refiere a estas dos formas de la culpabilidad en su artículo 8, que establece: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales y II. No intencionales o de imprudencia".

3.2 EL DOLO

Para determinar la naturaleza jurídica del dolo, se han elaborado diferentes teorías, disputándose la primacía, tanto la teoría de la voluntad, como la de la representación. Pasemos de inmediato al examen de cada una de estas corrientes.

3.2.1 TEORIA DE LA VOLUNTAD

Del análisis del pensamiento de los principales autores que explican la naturaleza jurídica del dolo, con base en la teoría de la voluntad, misma que puede calificarse de clásica o tradicional, se desprende que admiten como componentes de esta especie de esta especie de la culpabilidad, tanto un elemento volitivo, como uno intelectual. Quines defienden dicha teoría, ven en el elemento primeramente citado, la esencia y fundamento del dolo.

Carrará , uno de los más genuinos representantes de esta postura nos dice: "No se trata, pues, de la cuestión de si para formar el dolo deban simultáneamente concurrir la voluntad y la conciencia, en lo que estamos todos de acuerdo. La discrepancia nace al determinar cuál de las dos deba considerarse como principal y cuál como complemento; cuál de las dos deba, en una palabra, representar la parte sustantiva en la definición del dolo. Ahora bien, esta función debe atribuirse solamente a aquella parte en la que tuvo impulso la acción que luego se califica de dolo, puesto que semejante impulso proviene de la voluntad, mientras que la conciencia (aunque perdure eternamente) jamás podrá *in eternum* ser causa de los movimientos; y por tanto la parte sustantiva de la definición del dolo debe provenir del elemento de la voluntad, y no del intelecto". (45) En este mismo sentido, Merkel escribe: "Concebir algo como 'doloso' es más que representarse puramente este algo; y cuando decimos de alguien que ha causado intencionada o dolosamente la muerte de un hombre, no queremos indicar con la palabra 'dolosamente' algo que quede fuera de la correspondiente actividad del agente, sino que señalamos esta última como la afirmación o posición de un factor determinado, que es la voluntad consciente del hombre". (46)

Por su parte, Mezger afirma: "El conocimiento que el dolo exige debe ser contenido de la voluntad de la acción (el denominado elemento emocional del dolo). El simple conocimiento no constituye aún el dolo . Es preciso que aparezca en referencia a la voluntad de la acción del autor ".(47)

Podemos decir, en suma, que para la teoría de la voluntad el requisito fundamental del dolo es el elemento volitivo, quedando relegada la representación del hecho a un simple punto de referencia, de tal manera que para que exista el dolo, según esta tendencia, es suficiente con que el agente dirija su conducta a la realización del evento.

45) Cfr. por Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit., p.p. 391.

(46) Cfr. por Jiménez de Asúa, Ob. Cit., p.p. 393.

(47) Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, traducción de la 2a. Ed., alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p.p. 91

3.2.2 TEORIA DE LA REPRESENTACION

La teoría de representación admite también como integrantes del dolo, tanto al elemento volitivo como al intelectual, pero se perfila con caracteres propios, al otorgarle a este último la calidad de básico o primordial. Quienes siguen esta corriente estiman que lo esencial en el dolo radica en la representación en el conocimiento y previsión del autor. Para que el dolo exista es imprescindible que el sujeto se haya representado previamente el resultado de su conducta, de tal manera que quien ha querido la acción u omisión, habiendo previsto las consecuencias de su comportamiento, ha aceptado también la realización del hecho. Bekker, fundador de esta teoría, establece: "Quien quiere una acción y prevé su resultado, aprueba, en todo caso, también el resultado; si no lo aprobase, no querría la acción, que él ve condicionada al resultado; como a pesar de ello obra, expresa realmente su aprobación". (48) Franz Von Liszt se manifiesta como uno de los más decididos representantes de esta doctrina al definir el dolo diciendo que "es el comportamiento que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley". (49)

3.2.3 Mi Posición

Por lo que se observa, no existe una contradicción tajante entre estas dos tendencias, pudiéndose apreciar que en ambas posturas se deja traslucir la posibilidad de una conciliación, lo que a mi juicio es lo mejor.

Tanto al elemento volitivo como al intelectual se les debe reconocer la misma jerar-

(48) Cfr.Op. Cit. por Jiménez de Asúa, . p.p. 399.

(49) Franz Von Liszt. cita obra Tratado de Derecho Penal, Cit., p.p. 397.

quía, en virtud de uno y otro son esenciales en la formación del dolo, toda vez que faltando cualesquiera de los elementos citados no será posible integrar esta especie de la culpabilidad. Con todo acierto Guisepppe Maggiore ha dicho: "pueden darse casos de representación sin voluntad (como escribir, bajo amenaza, una carta que sea delictuosa en su contenido) y de voluntad sin representación (como unirse carnalmente con una persona casada, ignorando su estado); en ambos casos debe decirse que falta el dolo". (50) Por otra parte, al realizarse un hecho delictivo en forma dolosa primero existirá, por razón lógica, la representación del resultado de la conducta y acto seguido la manifestación de la voluntad.

Con base en los razonamientos que he dejado apuntados, me afilio a la definición que nos proporciona Franco Guzmán, quien expresa textualmente: "Dolo es la representación y la voluntariedad de una conducta y su resultado, estimado por la ley como ilícito". (51)

3.3 ELEMENTOS.

He dejado asentado que dos son los elementos del dolo: el elemento intelectual y el elemento volitivo. Pasemos ahora al análisis de tales elementos.

3.3.1 Elemento intelectual

El elemento intelectual se da cuando existe en la mente del agente la representación, el conocimiento previo, la visión anticipada del hecho delictivo, o sea, cuando el sujeto prevé las consecuencias de su acción u omisión. A esta primera fase del dolo se le denomina también momento cognoscitivo, puesto que consiste en un proceso que se desarrolla en la psique del autor. Este elemento supone a su vez: la representación del hecho y la representación del resultado.

(50) Guisepppe Maggiore, Derecho Penal, Vol. 1, 5a. Ed., traducción por el Padre José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1954, p.p. 575-576.

(51) Franco Guzmán, La Culpabilidad y su Aspecto Negativo, Criminalla, año XXII, No. 7, México, julio de 1956, p.p. 458.

La representación del hecho se basa en el conocimiento por parte del agente de los elementos objetivos que estructuran al tipo, se deberá conocer en el robo que la cosa mueble es ajena; que la mujer con la que se yace es casada, etc. Se deberá tener también conocimiento de las circunstancias que determinan la agravación del hecho; por ejemplo, en el parricidio el sujeto deberá saber que a quien priva de la vida es su padre.

La representación del resultado consiste en la previsión por parte del autor de las consecuencias que sobrevendrán a causa de su comportamiento ilícito, pero no es necesario que el agente se represente el resultado de su conducta con minuciosa precisión, sino que es suficiente con que prevea que su obrar lesionará o pondrá en peligro un bien jurídicamente tutelado.

3.3.2 Elemento volutivo

El dolo no es sólo representación del hecho, sino también intencionalidad de realizarlo. No basta con que el sujeto se haya representado su conducta y el resultado de ésta, sino que, además, es necesario que el autor dirija su voluntad en forma intencional a la ejecución del hecho. La finalidad que el agente se propuso no es requisito esencial, por lo que el dolo quedará configurado aún en el supuesto de que se produzca o no el resultado querido.

3.4 CLASES

Pasemos ahora a señalar brevemente las principales clases de dolo:

DIRECTO. En éste existe coincidencia entre la voluntad del agente y el resultado.

INDIRECTO. Es indirecto cuando el resultado es diferente al que el autor se propuso, pero previamente se lo representó como posible y aceptó su realización.

EVENTUAL. Se presenta cuando el sujeto prevé, como consecuencia de su conducta, la posibilidad de causar un evento dañoso, no lo quiere, pero lo acepta en caso de que se produzca. El dolo eventual y la culpa consciente marcan el límite inferior y superior de la esfera del dolo y de la culpa, respectivamente. En ambas figuras existe la previsión y la representación de la posibilidad del resultado; aunque mientras que en el dolo eventual el sujeto no desea la realización del evento dañoso, pero lo acepta en caso de que éste se produzca; en la culpa consciente, el agente no sólo no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no acontezca.

DETERMINADO. Se da cuando el agente dirige su intención en forma exclusiva a la realización de un hecho.

INDETERMINADO. Aparece cuando se tuvo la intención general de delinquir, aunque sin precisar el resultado.

ALTERNATIVO. Surge cuando ante la posibilidad de dos o más resultados, la intención del autor se encamina, sin predilección, a uno o a otro de éstos.

DE DAÑO. Lo encontramos cuando la voluntad del autor es lesionar un bien jurídicamente protegido.

DE PELIGRO. Se perfila, a diferencia del anterior, cuando la intención consiste únicamente en amenazar el bien jurídicamente tutelado.

3.4.1 La Culpa (su naturaleza jurídica)

La determinación de la naturaleza jurídica de la culpa es una de las cuestiones que han suscitado mayores debates entre los estudiosos del Derecho, a tal extremo que se ha llegado a decir que "no hay opinión de escritor, por eminente que parezca, que sea acogida por otro escritor", ni hay definición de juez (por autorizado que se estime) que sea seguida por otro juez". (52)

El presente trabajo no pretende realizar un estudio detallado de tan variadas y dispares posturas, lo que además no estaría de acuerdo con el carácter de este ensayo, por lo que solo se exponen sus rasgos fundamentales. Dos de las principales tendencias que se encuentran en franca oposición, o sea, la teoría de la previsibilidad y la teoría del defecto de atención. Después de analizarlas con juicio crítico, se externa una opinión en relación a lo que consideramos que debe representar la base sobre la cual ha de descansar la esencia de la culpa.

3.4.2 La Teoría de la Previsibilidad

La teoría de la previsibilidad toma este nombre en virtud de que quienes la defienden (53) afirman que la esencia de la culpa reside en la previsibilidad del resultado no querido. Para esta concepción, la culpa aparece al acaecer un hecho delictivo a consecuencia de que el autor de la conducta que le dio origen no obró con la suficiente diligencia, violando un deber de previsión. El agente no quiso la realización

(52). Oofeo Cecchi, Cfr. por Jiménez de Asúa, Op. Cit., p.p. 738.

(53) Siguen esta corriente Francesco Carrara, Programa del Corso di Diritto Criminale, parte generale, Vol. I, settima edizione, Tipografia di G. Canoretti, 1889, p.p.12 y ss Maggiore Derecho Penal, Cit. p.p. 600 y ss. Enrico Altavilla. La Culpa, traducción por el Padre José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1956, p.p. 48 Franz Von Liszt tratado de Derecho Penal, Op.Cit., p.p. 48 y ss. Eusebio Gómez Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, p.p. 450 y ss.

del evento, pero tampoco obró con la cordura necesaria para evitarlo.

Dentro de esta doctrina es clásica la definición que nos proporciona Carrará, al decir que la culpa es "la voluntaria omisión de la diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho", (54) lo que significa que para que la culpa exista es necesario: la voluntariedad de una acción o de una omisión dirigida a un fin lícito, la falta de previsión de la realización de un resultado delictivo y la posibilidad de prever tal resultado. Entendiéndose por el término "prever", de acuerdo con la comprensión de Maggiore, el "anticipar con la inteligencia lo que pueda suceder racional y comúnmente y pueda evitarse con la atención debida". (55)

3.4.3 La Teoría del Defecto de Atención

Los partidarios de la teoría del defecto de atención (56) estiman que el fundamento de la culpa debe buscarse en la falta de atención por parte del sujeto que causó con su conducta el hecho delictivo, al establecer que existen deberes de atención impuestos por la ley, cuya violación trae como consecuencia una responsabilidad penal por culpa, cuando al sujeto con su obrar negligente ocasiona un evento dañoso. El autor no quiso cometer el hecho delictuoso, pero tampoco puso toda su atención para lograr que éste no se realizara. Impallomeni, de acuerdo con esta concepción, define la culpa diciendo que es: "una voluntad dirigida a un fin no antijurídico, y que da un resultado antijurídico y delictuoso, por el defecto de atención sobre los efectos nocivos que la vacían". (57)

En resumen, el autor será responsable a título de culpa, cuando al conducirse intrin-

(54) Op. Cit. Carrará, . Pág.123

(55) Op Cit. Maggiore, Pág. 123

(56) Podemos señalar como partidarios de esta doctrina a Angliolini, citado por Castellanos Tena, Lineamientos Elementos del Derecho Penal, parte General, 1ª Ed, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, Pág. 25. Bettiol, Derecho Penal, Parte General, 4ª Ed, versión castellana del Dr. José León Pagano, editorial Temis, Bogotá, 1965, Págs. 398 y ss. Feuerbch, Berner, Impallomeni y Pessina, citadas por Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Cit. Págs. 787-788.

(57) Pallomeni, Cfr. por Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Op. Cit. Pág. 788.

ja un deber de atención, lesionando un bien jurídicamente tutelado por el Derecho Penal.

3.5 MI OPINION

Creemos que las ideas más acertadas sobre la naturaleza jurídica de la culpa son las que proporciona Antolisei, al decir que: "la esencia de la culpa debe encontrarse en la inobservancia de normas sancionadas por los usos o expresamente prescritas por las autoridades con el fin de prevenir resultados dañosos". (58) Ciertamente, ante la aparición de una conducta culposa, siempre encontraremos que su autor se comportó imprudente o negligentemente, violando una ley, un reglamento, la indicación de una autoridad, un uso o una costumbre al no observar las precauciones debidas que en tales disposiciones se le exigían.

3.6 CLASES

Dentro de las diversas clases de culpa destacan principalmente: la culpa con representación y la sin representación.

CULPA CON REPRESENTACION. Se le llama también culpa consciente o con previsión; se caracteriza porque en ésta el sujeto se ha representado como posible el acaecimiento de un resultado delictuoso, como consecuencia de su obrar negligente, imperito o descuidado y, no obstante, sigue actuando en tal forma, con la esperanza de que el evento no se producirá. El agente prevé el resultado, mas no lo quiere y si éste, en último término se realiza, se debe a que el autor violó un deber de precaución. (59)

CULPA SIN REPRESENTACION. Se le denomina también culpa inconsciente

(58) Antolisei, Manual de Derecho Penal, Op. Cit., p.p. 273.

(59) Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, 1963, Págs. 37-38, Antolisei Manual de Derecho Penal, Op. Cit. Págs. 146-147.

o sin previsión; se presenta cuando el sujeto no anticipó lo que era previsible y como consecuencia de su obrar negligente, imperito, irreflexivo o descuidado, ocasionó, sin quererlo, un hecho delictivo. En esta forma de la culpa existe falta de previsión y de representación del resultado.

3.6.1 La Preterintencionalidad

Nos encontramos ante el delito preterintencional, cuando el sujeto ha ocasionado con su conducta un resultado más grave que el querido. El agente tuvo, ciertamente, la intención de cometer un hecho ilícito, pero el que se efectuó fue de mayor gravedad que el propuesto; (verbigracia: el autor queriendo solamente lesionar a una persona, la priva de la vida, en virtud de que ésta, al caer, se golpea en una parte vital del organismo. En esta figura no existe identidad entre el evento deseado y el que realmente se produjo.

El delito preterintencional está formado por las dos especies de la culpabilidad: dolo en lo que se refiere al propósito, a la intención del sujeto, y culpa por lo que toca al resultado acaecido.

Ante la afirmación anterior, se han levantado opiniones en contrario. Se ha dicho que el delito preterintencional debe ser calificado entre los delitos dolosos, puesto que el agente, al cometerlo, tuvo la intención de causar un daño. (60) Se ha sostenido también que debe comprenderse al delito preterintencional, dentro de los delitos calificados por su resultado. (61)

Estos criterios, a mi modo de ver, resultan inadmisibles, puesto que si aceptáremos que el delito preterintencional es doloso tendríamos que admitir que el dolo existe fuera de la intención del autor, lo cual es del todo erróneo, y si comprendiera el delito preterintencional dentro de los delitos calificados por su resultado tendríamos que situarnos en un campo puramente objetivo, por lo que resulta opuesto a la esencia misma de la culpabilidad.

(60) En este sentido desenvuelve sus ideas Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, p.p. 443 y ss., y Tomo II, p.p. 95 y ss. Antolisei, Manual de Derecho Penal, Op. Cit., p.p. 285-286.

(61) Es de esta opinión Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Op. Cit., p.p. 128 y ss.

3.6.2 Su Aspecto Negativo

Al referirme anteriormente a la culpabilidad, quedo asentado que este elemento aparece cuando el Estado dirige un juicio de reproche en contra del autor de un hecho, a causa de no haberse comportado de acuerdo con las normas del deber estando a su alcance hacerlo. Siendo la inculpabilidad la cara opuesta de este elemento advertí que ésta surge por motivos primordialmente subjetivos. Si el inculpa-do actuó dentro de un término de ilicitud, pero lo hizo sin violar su deber de comportamiento anímico, su conducta no será reprochable si es que no se apartó del deber de comportamiento psicológico que exige el derecho. Fácilmente podemos comprender la imposibilidad de reprochar un proceso psicológico que por sí mismo no hubiera producido un resultado delictivo y que si lo produjo fue en virtud de una situación de orden material que concurrió con la conducta en la llamada "fase objetiva" para la producción de dicho resultado, es decir, cuando la fase psicológica del sujeto va encaminada hacia una finalidad ilícita y se produce un resultado formal delictivo, tan sólo porque viene una concausa y desvía el curso de la acción, es claro que no deberá reprocharse tal comportamiento, ni a título de dolo (al no existir la voluntad de realizar el contenido típico) ni de culpa (porque la concausa resulta imprevisible, teniendo en cuenta que el deber de previsión lo tiene el sujeto en relación con los resultados de su propia conducta y no de la conducta ajena). El límite objetivo de la culpabilidad exige una conducta del sujeto. También es sabido que la culpabilidad es el reproche por haberse apartado el sujeto del deber de comportamiento psicológico, que sus formas son dolo y culpa, que el primero es la voluntad con un contenido delictivo y la segunda ausencia de voluntad del resultado. Cuando éste se produce por falta de previsión o impericia, o cuando se prevé, pero media en el sujeto la confianza de que no se produjera, habrá de sostenerse que si la representación del sujeto no coincide con la realidad y creyendo el sujeto que no

habrá producción de resultado penal, se produce uno que sí es delictivo, dicho individuo no se ha apartado del deber de comportamiento psicológico, puesto que su valor no tenía contenido delictivo doloso y tampoco culposo, si ese error era insuperable.

Existe otro planteamiento en relación a la inculpabilidad, que se refiere a que cuando se encuentran en conflicto bienes y la preservación de uno, entraña necesariamente la afectación de otro, y es el particular el que tiene que resolver el conflicto, resulta explicable que, no obstante la voluntad de afectación de uno de los bienes, no se le reprocha su proceso anímico si es que respetó la jerarquía de valores. Esto es conocido como la teoría normativista de Frank Reinhard, la cual parte de que siendo el derecho un orden de valores, el particular está obligado a comportarse en forma tal que no los afecte; sin embargo, como corolario de la afirmación básica del normativismo puede afirmarse que cuando los valores que el derecho protege están en conflicto y es el particular quien debe resolverlo y tal conflicto significa la ineludible afectación de uno para que el otro sea preservado, el individuo está en la obligación de respetar la jerarquía, y si por preservar un bien menor de una entidad afecta otro que la tiene mayor, el derecho le reprochará no haber respetado la jerarquía, esta es la base de la no exigibilidad de otra conducta.

Los límites anteriormente referidos se pueden ejemplificar de la siguiente manera. Al hablar de límite objetivo nos referimos al caso fortuito, en el límite subjetivo a las causas de exclusión de responsabilidad por ausencia de reproche al proceso subjetivo y al error esencial insuperable (previsto en la fracción XI del artículo 15 del Código Penal). En el normativo se procuró explicar el caso del conflicto de bienes que el particular debe resolver afectando el bien de menor o igual jerarquía que el salvado, como el miedo grave (cuando no provoca automatismo), el temor fundado, el estado de necesidad y el encubrimiento entre parientes o por motivos afectivos.

En tal virtud, se puede afirmar que se presenta el aspecto negativo del elemento, cuando el propio Estado no dirige en contra del agente el citado juicio de reproche.

Resulta evidente que el análisis del aspecto negativo de la culpabilidad sólo debe hacerse ante la presencia de una conducta típica y antijurídica proveniente de un sujeto imputable, en consideración a la prelación lógica existente entre los elementos del delito.

La inculpabilidad, de acuerdo con mi concepción normativista, queda integrada por el error y la no exigibilidad de otra conducta.

3.6.3 El Error

Al estudiar el error debemos mencionar también a la ignorancia. Tanto ésta como aquél constituyen fases del proceso cognoscitivo. Podemos decir que el error es el conocimiento equivocado de la realidad, mientras que la ignorancia consiste en la ausencia total de conocimiento. La diferencia existente entre estas dos figuras no debe tener trascendencia para el Derecho Penal. Los casos deben producir las mismas consecuencias jurídicas, por lo que siguiendo la tendencia unificadora, creemos que se les debe reconocer el mismo valor.

3.7 CLASES

La doctrina del error se apoya en que aun cuando desde el punto de vista objetivo el sujeto produce un resultado delictivo, su comportamiento anímico no es reprochable porque en las circunstancias que actuó le era imposible representarse

siquiera como posible el resultado reprochable. Existe error de hecho y de derecho. El de hecho se divide, a su vez, en esencial y accidental; es esencial el que "recae sobre circunstancias que necesariamente han de ser representadas en la mente del autor para afirmar la existencia del dolo; y no esencial cuando el error recae sobre circunstancias cuya representación no es decisiva para la configuración del mismo". (62) El primero, cuando es invencible hace desaparecer la culpabilidad; en tanto que en el segundo deja subsistir este elemento y solamente modifica en algunos casos la responsabilidad penal. Por último, nos encontramos ante el error de derecho, cuando la ignorancia o el conocimiento equivocado recaen sobre una norma jurídico penal. Esta clase de error es irrelevante para constituir la culpabilidad en nuestra ley penal, aunque sí para la reducción de la pena a imponer, toda vez que a pesar de que el artículo 21 del Código Civil establece que la "ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento", esta premisa de carácter civil no debe tener una igual aplicación en derecho penal, pues son distintas las finalidades de cada materia. El artículo 59 bis del Código Penal establece una reducción sustancial de la pena (hasta a una cuarta parte de la sanción a imponer normalmente o el tratamiento en libertad, para el sujeto activo de un delito realizado bajo error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o el alcance de ésta, siempre que concurra en el responsable un extremo atraso cultural y asilamiento social del sujeto.

El error esencial de hecho, cuando es invencible, borra la culpabilidad. Para demostrar la veracidad de la anterior afirmación es necesario recordar algunos de los conceptos expuestos referentes al dolo. Se dijo que esta especie de la culpabilidad está constituida por dos elementos, uno intelectual y otro volitivo, y que el primero comprendía, a su vez, la representación del hecho y del resultado. El error esencial de hecho puede considerarse como el aspecto negativo del elemento intelectual, puesto que al tenerse un conocimiento equivocado del hecho o de su resultado, se impide que este elemento nazca. Al consistir la representación del

(62) Federico Puig Pena, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, 4a. Ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p.p. 303.

hecho en el conocimiento de los elementos del tipo, tal desconocimiento, hará surgir un error esencial de hecho y cuando éste además sea invencible, traerá como consecuencia la inculpabilidad del agente. Se puede citar, a manera de ejemplo, el caso de penetrar a un domicilio ajeno creyéndolo propio. Si la representación del resultado estriba en el conocimiento de las consecuencias, dará también origen a un error esencial de hecho, y cuando éste sea invencible a una inculpabilidad. Es el caso de la persona que le da de beber a otra un vaso de agua, sin saber quién lo suministra que éste líquido se encuentra envenenado.

Se ha reiterado que el error esencial de hecho para que produzca efectos de eximente, debe ser invencible. A esto se debe agregar, de acuerdo con Porte Petit, que en caso contrario queda subsistente la culpa. Al referirse Puig Peña a la clasificación del error en vencible e invencible escribe: "Será vencible cuando sea previsible a invencible en el supuesto contrario".

Al tratar al error esencial de hecho, deben estudiarse también las eximentes putativas, las cuales son causas de inculpabilidad que aunque no se encuentren expresamente reglamentadas dentro de la ley, se desprenden dogmáticamente de ésta. El Código Penal Mexicano establece en su artículo 8 que: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales, y II. No intencionales o de imprudencia". En otras palabras, dolosos o culposos, figuras que quedan destruidas ante un error de hecho esencial e invencible.

OBEDIENCIA JERARQUICA LEGITIMA. Constituye una causa de inculpabilidad por error de hecho, cuando el que obedece a su superior jerárquico cree fundadamente en virtud de un error de hecho esencial e invencible, que el mandato es legal y que se encuentra dentro de las facultades de quien lo ordena.

DEFENSA PUTATIVA. Se presenta cuando el sujeto dirige un ataque, considerando que obra en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro y que está repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulta un peligro inminente; cuando en realidad se haya ante una simulación, por lo que con toda justeza se le llama también a esta figura legítima defensa imaginaria; cuando el actuar del agente se base en un error de hecho esencialmente e invencible dicha conducta será inculpable.

ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO. Surge cuando el individuo actúa violando bienes jurídicos ajenos, creyendo fundadamente por error de hecho esencial e invencible que se encuentra ante una situación que reúne todas las características del estado de necesidad reglamentando en la ley. Al estado de necesidad putativo también favorece, como en los casos anteriores, una inculpabilidad por error de hecho.

El error de hecho no esencial o accidental, como se apuntó anteriormente, se caracteriza porque deja subsistente la culpabilidad, pudiendo en algunas ocasiones modificar la responsabilidad penal. Dentro de esta figura se comprenden: el error en el golpe, el error en la persona, el error en el delito y el error en la relación causal.

ERROR EN EL GOLPE. También llamado *aberratio ictus*, aparece cuando se causa un daño, pero no en la persona que se quería sino en una distinta. Estimo que junto a esta clase de *aberratio*, se puede estudiar también al error en la persona, ya que a mi modo de ver no existe una distinción substancial entre estas dos figuras; en la primera, el error no está en la mente del sujeto sino en el golpe; en tanto que en la

segunda, el autor confunde con otra a la persona a quien quería dañar, por lo que el error se localiza en la mente del agente. En el primer supuesto, A, queriendo matar B, priva de la vida a C, en virtud de que al descargar la puñalada letal, C se coloca inesperadamente frente a B. En la segunda hipótesis, A, queriendo aniquilar a B, confunde a éste en la obscuridad con C, quitándole la vida.

ERROR DEL DELITO. También denominado *aberratio delicti*, acaece cuando se ocasiona un hecho delictuoso diferente del querido: A, queriendo romper el cristal de una ventana, arroja una piedra, lesionando a B, quien en esos momentos se asoma. La culpabilidad permanece.

ERROR EN LA RELACION CAUSAL. Se presenta cuando el agente logra causar el daño pretendido sobre la persona deseada, pero lo realiza por medios diferentes a los previstos: A, quien viaja en una lancha con B, toma un remo para golpearle en la cabeza con la finalidad de matarlo; B, ante lo sorpresivo del ataque cae al agua y trata de subir al bote nuevamente, impidiéndoselo A, al permanecer amenazante con el remo, trayendo por consecuencia que B perezca ahogado. Esta figura da margen para conocer mejor la peligrosidad del delincuente.

3.7.1 La no Exigibilidad de otra Conducta

La no exigibilidad de otra conducta, de acuerdo con la postura normativa que se ha sostenido, constituye una causa general de inculpabilidad; para este instituto jurídico no es suficiente para calificar a una determinada conducta como culpable, con que

ésta, siendo típica y antijurídica, se haya realizado en forma dolosa o culposa, sino que es necesario, además, que se le haya podido exigir a su autor un comportamiento acorde con el derecho, ya que de no ser así no se dirigirá en su contra el juicio de reproche. Sobre el estudio de esta interesante figura se orientará al esfuerzo en los siguientes capítulos.

CAPITULO IV

4. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

4.1 ANTECEDENTES

Se puede afirmar que los antecedentes de la no exigibilidad de otra conducta datan de muchos siglos atrás, a no dudarlo. El antiquísimo ejemplo de la "tabula unius capax" constituye un claro precedente de esta institución, campeando ya en el pensamiento jurídico filosófico de la antigüedad la idea de la ausencia de reproche, al no podersele exigir una conducta distinta al náufrago que lanza a las aguas y a la muerte al compañero de infortunio, para evitar que el madero que lo sostiene se hunda con el peso de ambos, salvando así su propia vida.

4.2 ORIGEN Y EVOLUCION

La no exigibilidad de otra conducta no se engendró como una consecuencia del pensamiento teórico de los estudiosos del Derecho, como ocurre generalmente con las nuevas instituciones jurídicas, sino que surge en el foro de las propias exigencias de la vida práctica. Toma este nombre de las decisiones del Reichgericht, el más alto tribunal de Alemania, al invocarla en sus sentencias como causa excluyente de culpabilidad. En esas decisiones se le reconoció un carácter supralegal, toda vez que no se contaba con una legislación adecuada para fundamentarla, lo cual no fue impedimento para decretar la absolución del acusado, valiéndose del procedimiento analógico, aduciendo que en tales casos no se le podía exigir al

infractor de la norma un comportamiento conforme a Derecho. Para ilustrar esta exposición se menciona a dos de los más famosos casos resueltos por ese alto tribunal en los que se le reconoce validez a la no exigibilidad de otra conducta en las esferas de la culpa y el dolo.

En primer término se cita el caso que los alemanes designan con el nombre de Leinenfanger, fallado en el año de 1897 y que empieza el reconocimiento de la no exigibilidad en el ámbito de la culpa, mismo que ha sido llamado en nuestra lengua como el caso del caballo resabiado o desbocado. El dueño de varios carruajes de alquiler había dado órdenes terminantes al cochero para que enganchase un determinado caballo a uno de esos vehículos con la finalidad de salir a prestar el diario servicio. El cochero, ante tal imperativo, le hizo saber a su patrón que era peligroso utilizar el animal señalado pues tendía a desbocarse, no obstante, el patrón le reiteró la orden amenazándolo con quitarle el trabajo si no obedecía. Los fundados temores del auriga se concretaron al desbocarse el caballo en el camino, ocasionándole lesiones a un viandante. El caso llegó hasta el Supremo Tribunal de Alemania, que dictó sentencia absolutoria. Sostuvo que en tales circunstancias no le era exigible al sujeto otro comportamiento, ya que de haber desobedecido a su patrón hubiera perdido su empleo y sustento.

El segundo caso es conocido comúnmente con el nombre de la cigüeña. Ante los jurados fue fallado en el año de 1898. Al igual que en el anterior se le reconoce a la no exigibilidad de otra conducta un carácter supralegal como causa excluyente de culpabilidad, pero ahora en la esfera del dolo. Se trataba de una explotación minera en donde se les permitía a los trabajadores no presentarse a sus ocupaciones el día en que sus mujeres alumbraran, sin que se les hiciera ninguna deducción en su salario por tal inasistencia. Los trabajadores amenazaron a la matrona con dejar de utilizar sus servicios si se negaba a hacer aparecer como nacidos en día hábil a

todos aquellos niños que sus mujeres hubiesen dado a luz en días de descanso obligatorio en la citada empresa, con la finalidad de poder faltar a sus labores en estos casos, percibiendo su salario íntegro. La partera, quien se encontraba en difícil situación económica, accedió ante el temor de quedarse sin trabajo, efectuándose un gran número de inscripciones falsas en el Registro Civil. Los hechos fueron del conocimiento del Reich, quien absolvió a la comadrona al considerar que en el caso concreto no se le podía exigir que renunciara, en aras a la verdad , a su medio de subsistencia.

Junto al desarrollo histórico de la no exigibilidad de otra conducta, se fue desarrollando el estudio dogmático jurídico de esta institución inspirándose en los casos citados y en otros relativos que les sucedieron. Se hizo descansar esta causa de inculpabilidad sobre la motivación anormal que impulsó al agente a cometer el hecho, o sea, sobre las causas excepcionales que lo empujaron a realizar el evento dañoso. En tal sentido James Goldschmidt escribe: "la motivación anormal constituye...el único presupuesto de la no exigibilidad". Bajo este punto de vista, la "no exigibilidad del cumplimiento de un precepto de precaución" puede constituir, por consiguiente, una causa de exculpación que excluya la culpa, y, en cuanto que el precepto de precaución exija la obtención de conocimientos jurídicos, puede constituir una causa de exculpación que excluya el dolo, agregando "el reconocimiento de causas de exculpación supraleales estriba en el concepto básico de que hay motivos que el ordenamiento jurídico debe reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio". (63) Otro de los más destacados penalistas alemanes, Edmundo Mezger, condensa en una sola fórmula esta eximente al expresar: "No actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta de la realizada", (64) y se proyecta como un franco partidario de la no exigibilidad de otra conducta como causa supraleal de inculpabilidad al exponer: "El pensamiento jurídico-penal es siempre, en último extremo, pensamiento individual-

(63) James Goldschmidt , La Concepción Normativa de la Culpabilidad, traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943, p.p. 31 y 38.

(64) Mezger , Tratado de Derecho Penal, Tomo II, traducción de la 2a. edición alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid ,p.p.181.

izador. En verdad exige, como parte integrante del ordenamiento jurídico, criterios reguladores firmes, legales, en los que se apoya para desenvolverse y que le garantizan la seguridad propia del Derecho. Pero en sus últimas y más complicadas ramificaciones se substraen a estos moldes rígidos y demanda formas que hagan posible una adaptación a las múltiples configuraciones de la vida concreta. Por ello no debe extrañar que la vida práctica del Derecho, en la que toca al capítulo más fino y de más ricas formas del sistema jurídico-penal, esto es, en la teoría de la culpabilidad jurídico-penal, haya exigido de modo imperioso tal coronamiento individualizador". (65) Esta concepción de la no exigibilidad de otra conducta como causa suprallegal de inculpabilidad, ha sido criticada incluso por tratadistas del propio país que le dio origen. Reinhart Maurach la tilda de incorrecta e intrascendente al decir que la no exigibilidad de otra conducta se desarrolló con sorprendente rapidez encontrando un "apoyo" indirecto en ciertas equívocas sentencias del Reichsgericht, de las que la ciencia extrajo incorrectamente el reconocimiento de la no exigibilidad como un principio general de todos los hechos punibles, pero que en la actualidad esta "teoría de la exclusión suprallegal de la culpabilidad ofrece un puro interés histórico". (66)

Como quiera que sea, se puede afirmar que esta eximente nació en Alemania como una causa suprallegal de inculpabilidad, convirtiéndose posteriormente en uno de los temas más debatidos del Derecho Penal.

4.3 CORRECTA UBICACION

La gran mayoría de los tratadistas que se ocupan del estudio de la no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho está de acuerdo en que constituye una causa de inculpabilidad. No obstante, en contra de la opinión general, se ha dicho que este instituto jurídico debe ubicarse dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad, o

(65) Mezger, Op Cit., P.P. 181, 182.

(66) Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, traducción de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p.p. 51.

sea, que se le considera como una causa de justificación. En este sentido Petrocelli expresa: "la denominada inexigibilidad debería situarse sistemáticamente entre las causas de exclusión de la antijuridicidad y no entre las de exclusión de la culpabilidad, en cuanto determinaría la decadencia de la norma en su aspecto imperativo". (67)

Por otra parte, se ha sostenido que la no exigibilidad de otra conducta representa una causa de impunidad. Al respecto Villalobos manifiesta: "cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial". (68)

Estoy en completo desacuerdo con el pensamiento de estos penalistas, por lo que no puedo aceptar en ninguna forma los argumentos a que recurren. Para mí, la no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho, queda enclavada dentro del aspecto negativo de la culpabilidad, no pudiéndola considerar jamás como una causa de justificación, toda vez que éstas se fundamentan teóricamente en la concepción del interés preponderante, mientras que en la no exigibilidad de otra conducta, los intereses en conflicto pueden ser de igual valor, sin que esto impida que se exima al autor de responsabilidad penal al no podersele exigir una conducta acorde con el Derecho. De la misma manera, no se le puede calificar como causa de impunidad, en virtud de que es innegable que la esencia misma de la culpabili-

(67) Cfr. por Antolisei, Manual de Derecho Penal, parte general, traducción de Juan del Rosal y Angel Torio, Editorial Ulhea, Argentina, Buenos Aires, 1960, p.p.310.

(68) Villalobos, Dinámica del Delito, Editorial Jus., México, 1955, p.p. 146.

dad es la exigibilidad, por lo que al no poder exigir el Estado un comportamiento distinto del realizado, tal comportamiento será inculpable, y al desaparecer este elemento, no será posible penetrar al examen de la punibilidad, toda vez que ésta descansa sobre el presupuesto de la existencia de la culpabilidad.

4.4 NATURALEZA JURIDICA

La naturaleza intrínseca de la no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho reside en la ausencia de reprochabilidad por parte del Estado en contra del autor del hecho, en virtud de no serle exigible, el conformar su conducta de acuerdo a las normas del deber, dadas las circunstancias especiales que lo impulsaron a cometer el evento dañoso. El mismo nombre con que ha sido designado este importante instituto jurídico nos proporciona una clara visión sobre su alcance y contenido, ya que su fundamento y su misma esencia radican en que en todos aquellos casos en los que no se le pueda exigir al agente un comportamiento en armonía con el Derecho, no se dirigirá en su contra el juicio de reproche.

En la no exigibilidad de otra conducta el sujeto sabe que al resolver el conflicto afectará un bien que se encuentra en las mismas condiciones de licitud que el preservado, y no le reprocha esa afectación voluntaria porque no le era exigible sacrificar uno a cambio de otro, si es que tenían entidad o si el bien afectado es de menor entidad que el preservado. El porqué de la ausencia de reproche radica en que no le era jurídicamente exigible otra conducta. El problema de la no exigibilidad se plantea originalmente en la tesis normativista, aunque posteriormente también en la finalista, en la primera se hace conforme a que el sujeto tiene la obligación de motivarse psicológicamente respetando la jerarquía de valores. Si se rechaza el planteamiento normativista, conforme al psicologismo, la no exigibilidad se conver-

tirá en excusa absoluta y se llegara a excesos inaceptables como la afirmación de que ampara esta necesidad a quien por preservar un bien de mínima entidad afecta a uno de máxima entidad. La no exigibilidad de otra conducta es un problema que entraña un conflicto entre dos bienes cuya entidad se determina por el derecho y no por el interés particular. Si no fuera el derecho quien calificara la entidad de los bienes sino que el particular decidiera al respecto, perdería el orden jurídico una de sus características esenciales: la tendencia igualitaria o mejor dicho el valor permanente que se atribuye a los bienes jurídicos, y resultaría que el derecho estaría aceptando la destrucción de un bien de mayor importancia en aras de la preservación de otro que la tiene inferior, todo porque a juicio del particular importaba la preservación de un bien inferior por serle propio, que la afectación de uno superior por ser ajeno. La no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpatibilidad presupone ineludiblemente la aceptación de que haya una jerarquía de valores, que éstos están en conflicto y es el particular quien debe resolverlo. Si el particular no respeta la jerarquía, su proceso anímico será reprochable. No será exigible otra conducta cuando la jerarquía se respeta y si tal jerarquía se viola no podrá amparar el derecho a quien ha procedido en esa forma puesto que en ese caso lo exigible era una conducta distinta a la ejecutada. La no exigibilidad opera cuando los bienes en conflicto se encuentran en un plano de atipicidad material, porque si uno de ellos está en un marco de ilicitud delictiva, la solución del conflicto se desplaza técnicamente hacia el terreno de las justificantes y no de las inculpatibilidades.

4.5 APLICACION EN LOS DELITOS DOLOSOS Y CULPOSOS, DE ACCION Y DE OMISION

Creemos que la no exigibilidad de otra conducta tiene perfecta aplicación, tanto en los delitos dolosos como en los culposos, ya que en ambas figuras se parte del supuesto, para decretar la responsabilidad penal, de que al agente le era exigible obrar de conformidad con la norma del deber, por lo que en el supuesto contrario, al no podersele exigir un comportamiento adecuado a Derecho, no podrá dirigirse en su contra el juicio de reproche aun cuando haya procedido dolosa o culposamente. Asimismo, se puede aplicar también esta eximente en los delitos de acción y de omisión, puesto que en todos aquellos casos en los que no le sea exigible al autor del evento dañoso ajustar su conducta al ordenamiento normativo, no se le podrá reprochar su comportamiento.

4.6 LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN GENERO Y ESPECIE

La no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho puede ser entocada desde dos puntos de vista: como una causa genérica y como una causa específica de inculpabilidad. En el primer supuesto no es necesario que el ordenamiento punitivo se refiera expresamente a ella, sino que basta con que esta eximente se desprenda del espíritu de la ley, por lo que tocaría al juez determinar si en el caso concreto le era exigible al autor un comportamiento conforme a Derecho. La segunda hipótesis comprende todos aquellos casos previstos expresamente por el legislador.

La no exigibilidad de otra conducta, contemplada como una causa general de incul-

pabilidad, ha sido duramente atacada, tachándosele de elástica e imprecisa en atención a que no se establecen concretamente los extremos que han de llenarse para invocarla, señalándose que al otorgarle al juzgador la facultad de decidir en cada caso si le era exigible al agente observar una conducta distinta de la realizada "el juez se arrogaría poderes de legislador". (69) Efectivamente, para el juzgador re presenta una gran responsabilidad aplicar la no exigibilidad de otra conducta en su carácter genérico, puesto que se deben extremar las precauciones al recurrir a esta exigente, haciendo uso de un fino criterio valorativo para evitar su aplicación inmoderada, pero esto no significa que se desconozca el gran valor que representa esta institución jurídica, toda vez que si la culpabilidad se finca sobre la exigibilidad, cuando no le sea exigible una conducta distinta al sujeto, éste será inculpable aunque no se encuentre previsto el caso concreto expresamente en el ordenamiento punitivo.

Se le ha imputado también a la no exigibilidad de otra conducta genéricamente considerada que trae como consecuencia un reblandecimiento en la estructura del Derecho Penal. Esta impugnación no tiene razón de ser, puesto que la estructura del ordenamiento penal se debilitaría cuando no se aplicara sanción alguna a los autores de un delito sin que mediara una causa de interés público, pero no cuando se exime al sujeto de responsabilidad penal por no serle exigible otra conducta, de la misma manera que no se reblandece el ordenamiento represivo cuando el autor resulta favorecido con una causa de justificación.

69) Alimena , Cfr. por Jiménez de Asúa , Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, p.p. 945.

4.7 PROYECCION EN LAS LEGISLACIONES

La no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho gana cada día una mayor aceptación no sólo entre los teóricos del Derecho, sino también dentro del campo de la vida forense, son numerosos los casos en los que los tribunales de diferentes países le han reconocido validez. La no exigibilidad de otra conducta genéricamente considerada está llamada a ocupar uno de los lugares preferentes dentro del Derecho Penal positivo.

CAPITULO V

5. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

5.1 LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN NUESTRO CODIGO PENAL VIGENTE

En nuestro Código Penal vigente tiene perfecta aplicación la no exigibilidad de otra conducta considerada tanto en género como en especie. En especie, puesto que existen dentro del citado ordenamiento jurídico supuestos que no pueden ser comprendidos satisfactoriamente sino a la luz de esta causa de inculpabilidad, pudiendo dejar anotados, a reserva de penetrar a su estudio posteriormente, los siguientes: Temor fundado (Art. 15, Frac. VI); Miedo grave (que no produce automatismo) (Art. 15, Frac. VI); Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual valor que el bien salvado (Art. 15, Frac. IV); Obediencia jerárquica legítima (Art. 15, Frac. VII); Encubrimiento de parientes y seres queridos (Art. 400); Evasión de presos (Arts. 151 y 154); Inhumación ilegal (Art. 280, Fracc. II) y Aborto por violación (Art. 333).

Al encontrar su fundamento los supuestos señalados en la premisa de que en tales casos no se le podía exigir al sujeto adecuar su conducta conforme a Derecho surge la siguiente pregunta: ¿estas causales son limitativas o simplemente tienen un carácter enunciativo? A las hipótesis referidas se les debe reconocer únicamente un carácter enunciativo, por lo que, la circunstancia ade que el legislador no haya previsto otros supuestos en los cuales le es inexigible al autor una conducta distinta de

la realizada, no será impedimento, a nuestro juicio, para decretar la inculpabilidad del agente haciendo valer en su favor la no exigibilidad de otra conducta, al no poder dirigirse en su contra el juicio de reproche, de lo que se infiere, que esta eximente puede funcionar también genéricamente considerada, en nuestro Código Penal vigente.

En apoyo a lo sostenido en este trabajo se puede citar a Alberto Sánchez Cortés, quien dice que la no exigibilidad de otra conducta tiene "cabida legal en nuestro Código Penal mexicano; pues si bien es cierto que dicha causal no aparece expresamente contemplada en nuestra ley, no está fuera de ella, pues el juez, teleológicamente, debe llegar a la conclusión de que no es culpable el sujeto a quien no se le puede exigir un comportamiento diverso". (70)

5.2 CASOS LEGISLADOS

He dejado enunciadas las hipótesis reguladas en nuestro Código Penal vigente que, de acuerdo con mi opinión, tienen su fundamento en la no exigibilidad de otra conducta. Iniciaremos el estudio de éstas con las contenidas en el artículo 15, mismo que ha sido ubicado bajo el capítulo de las circunstancias excluyentes de responsabilidad. A continuación me ocupare de los supuestos que, fundamentándose en esta eximente, se encuentran comprendidos dentro de la parte especial de dicho Código.

(70) Alberto Sánchez Cortés, Una eximente que no se omitió en la Ley, Criminali, año XXVIII, No. 1, México, Enero de 1962, p.p. 50.

5.2.1 Temor Fundado y Miedo Grave (sin inconsciencia)

Nuestro ordenamiento punitivo establece en su artículo 15, fracción VI, que: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

El miedo grave puede engendrarse como consecuencia de una causa real o imaginaria, en tanto que el temor fundado e irresistible se da únicamente ante la presencia de una causa real. En ambos supuestos se produce una profunda perturbación en la psique del autor, ocasionándose en el miedo grave (cuando se produce automatismo, es decir, cuando el miedo inferido produce un estado de inconsciencia que genera un estado de inimputabilidad, como lo han sostenido atinadamente los maestros Fernando Castellanos Tena y Raúl Carrancá y Trujillo, y la acción o reacción del sujeto se deriva de un "movimiento primario", el cual se coloca dentro del campo psicomotor, haciendo frontera con los movimientos reflejos, por lo que no existe en tal situación el dato psicológico de la imputabilidad) la total inhibición del agente provoca que éste obre instintivamente al quedar anulada su voluntad. Existe otro nivel de miedo grave, el cual no produce la inconsciencia en el sujeto, por lo que su actividad de acción o reacción no se ubica en un estado de inimputabilidad, ya que si quien sufre el miedo ejecuta una acción sobre bienes jurídicos diversos a los de quien lo ha provocado, en lugar de allanarse. No podrá hablarse ni de temor fundado ni de un estado de necesidad, porque en el primero sí hay un allanamiento de quien sufre el miedo o la exigencia de quien lo provoca y dicho allanado realiza una conducta formalmente activa y, en el segundo, porque con la conducta descrita no se encuentran en peligro los bienes jurídicos de quien ha provocado el miedo, por lo que no hay colisión de bienes en peligro. Para que haya el miedo grave la

conducta de quien lo provoca no debe constituir una agresión dentro del supuesto técnico de la defensa legítima. Por otra parte, si el miedo tiene una causa putativa y no produce automatismo, la reacción o la acción deberán manejarse con la técnica del error. En conclusión, se estará en la excluyente de miedo grave si éste tiene una causa real, humana y la conducta de quien lo provoca constituye agresión, y quien lo padece, en vez de reaccionar en contra de quien lo produce, afecta bienes jurídicos de un tercero; de igual forma, si quien padece el miedo grave, y en virtud de su conducta humana que no constituya en sí misma agresión desde el punto de vista técnico reacciona en contra de quien lo produce o ejecuta acción sobre un tercero, afectando un bien jurídico, cuyo titular es extraño al causante y al paciente de este estado.

En el temor fundado e irresistible no se anula por completo la voluntad del sujeto, limitándose su libertad de actuación a optar entre cometer el evento dañoso o aceptar la realización del mal que lo amenaza. Si el estado de zozobra a que viene haciéndose alusión se produce por una causa real, humana y la finalidad de quien lo provoca produce una determinada de acción de quien lo padece y se logra el propósito de quien ha logrado el miedo lo controle, se estará en el supuesto de temor fundado.

Por lo que toca al temor fundado e irresistible estimamos que la exención de pena se basa en una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que al restringirse considerablemente la voluntad del autor, al grado de no tener más que la alternativa de cometer un delito o sufrir el daño grave e inminente, no se le podrá exigir que, por respecto al ordenamiento normativo, se resigne a sufrir dicho mal.

Lo anterior concuerda con lo expresado por Pavón Vasconcelos : "La operancia del

temor fundado e irresistible (vis compulsiva) fundamentase en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, siguiéndose el principio de que el violentado no obra, sino quien violenta.

La voluntad viciada que impone al sujeto la comisión del hecho como consecuencia del mal que amenaza hace desaparecer la culpabilidad, la cual supone la realización de una conducta típica y antijurídica.

"Se trata de una auténtica no exigibilidad, reconocida por el derecho positivo, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio". (71)

Como corolario debe establecerse que para que sea irresistible el temor debe entenderse una situación ante la cual quien la sufre está psicológicamente imposibilitado para superarla, en virtud de la inmediata proximidad de un mal en contra del cual resulta racional oponerse reaccionando en su contra.

5.2.2 Estado de Necesidad

El estado de necesidad se encuentra regulado por nuestro Código Penal en el artículo 15, fracción IV: "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

Por lo que se refiere al fundamento jurídico del estado de necesidad, éste puede enfocarse desde dos ángulos diferentes, pudiendo funcionar como una causa de justificación o como una causa de inculpabilidad .

(71) Pavón Vanconcelos, Nociones de Derecho Penal Mexicano, parte general, Tomo II, Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo, Zacatecas, Zac., 1964, p.p. 236.

Cuando el bien salvado es de mayor jerarquía que el inmolado operará como una causa de justificación con fundamento en el principio del interés preponderante, pues para el Estado es preferible que se pierda el bien de menor valor para salvar el de mayor entidad cuando sólo existe la alternativa entre sacrificar ambos o al menos salvar uno de ellos.

Distinta solución es la que se debe tomar cuando los dos bienes en colisión son de igual valor. En este caso, explica Porte Petit, "nos situamos frente a una causa de inculpabilidad, por la no exigibilidad de otra conducta, y no ante una causa de justificación". (72) Supongamos, por ejemplo, que los bienes en conflicto son dos vidas humanas. Ninguna de ellas tiene en relación con la otra, preponderancia ante el ordenamiento normativo, resultando favorecido el autor del evento dañoso no con una causa de justificación, sino con una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. El Estado no puede dirigir en contra del infractor ningún juicio de reproche cuando éste priva su propia existencia, toda vez que no se le puede exigir que renuncie a su vida para salvar la ajena. "En el supuesto de la colisión de dos intereses iguales sostiene Joaquín Carrillo Petrarca, se presenta el fenómeno de la inexigibilidad de otra conducta. No es posible, racional y humanamente, pedir al agente la observancia de un comportamiento distinto al que tuvo, originado precisamente por el estado de necesidad en que se encontraba". (73)

Es indispensable que el peligro tenga objetividad y no sea puramente imaginario (putativo). Para decidir sobre la gravedad del daño en que se actualizaría el peligro debe recurrirse a un criterio circunstancial y cualitativo, observando siempre que el bien afectado no tenga un mayor valor que el salvado, así como que dicho peligro implique la muy probable actualización inmediata del daño, el cual debe calificarse ante las circunstancias particulares de cada caso.

(72) Porte Petit, *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, 1a. Ed., Editorial Panamericana, México, 1954, p.p. 54.

(73) Joaquín Carrillo Petrarca, *El Fenómeno de la exigibilidad de Otra Conducta*, Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XII, Núms. 1 y 2, Enero a Abril de 1961, Xalapa, Ver. México. Pág. 100.

Algunos autores tienen la muy respetable postura de que en virtud de la redacción de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, la cual no exige una proporcionalidad entre el bien sacrificado y el salvaguardado, dicho precepto ampararía incluso la destrucción de bienes de mayor entidad que el que se preserva, postura débil, pues es claro que la voluntad de la ley ampara un bien, inclusive a costa de otro, siempre que el daño que se produzca sea menos perjudicial, frente al derecho, que el que se procuró evitar, pues sostener lo contrario haría efectivo el adagio popular que dice: "resultó peor el remedio que la enfermedad".

Respecto a la entidad de los bienes apreciamos que si bien es cierto que la propia ley justifica algunas conductas o establece la inculpabilidad del sujeto en ciertas condiciones, a pesar de realizar una conducta típica antijurídica en virtud de que el bien salvado es de mayor o igual jerarquía que el sacrificado, encuentre reprochable que en algunos casos se afirme que el titular del bien jurídico superior o de igual jerarquía tiene derecho a dañar otro bien jurídico, con tal de salvar su propio bien. En lo que estoy de acuerdo es en que el sujeto activo se salve, al igual que tiene derecho el presunto sujeto pasivo a salvar sus bienes jurídicos (pues ambos se encuentran en un estado de juridicidad), pero no que se indique que el titular del bien jurídico de mayor jerarquía tiene derecho a destruir al titular o al bien jurídico de menor jerarquía, pues estaría justificando el añejo refrán de que "el pez grande se come al chico".

Para una mejor comprensión de la entidad de los bienes, se considera que es de mayor o menor valor en la misma medida en que la sanción que se imponga por su destrucción o restricción sea mayor o menor que la que se aplique por la lesión que corresponda al bien salvado. A manera de ejemplo, es claro que la vida tiene una mayor jerarquía que el honor porque a la privación de la vida corresponde una sanción más enérgica que la aplicable a la afectación del honor.

(Esta medición formal atiende a la particular valoración que cada sociedad le otorga a un bien jurídico, lo que desde luego no siempre coincide con la valoración realizada a la luz de la moral o el sentido común).

5.2.3 Obediencia Jerárquica Legítima

La obediencia jerárquica legítima está reglamentada en nuestro Código Penal en el artículo 15, fracción VII, que establece: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía". De la letra del precepto transcrito se desprende que tres son los elementos integrantes de esta eximente: a) la existencia de una relación jerárquica legítima entre el que manda y el que obedece; b) que el mandato tenga cuando menos apariencia de licitud aunque realmente constituya un delito; y, c) que no se pueda probar que el autor conocía el carácter delictivo del hecho, lo que significa que existe una presunción *juris tantum* a favor del acusado, en el sentido de que desconocía tal carácter delictivo.

La excluyente de responsabilidad en estudio tiene su fundamento en la no exigibilidad de otra conducta, puesto que no se le puede exigir al sujeto que desobedezca las órdenes de su superior jerárquico cuando el mandato tiene todas las apariencias de legalidad y el acusado ignoraba su carácter delictivo, por lo que resulta improcedente dirigir en su contra el juicio de reproche.

5.2.4 Evasión de Presos

Dentro de los delitos en contra de la seguridad pública nuestro Código penal con-

templa dos hipótesis de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. El reglamento del delito de evasión de presos establece como regla general en su artículo 150 que dice: "Se aplicarán de seis meses a nueve años de prisión al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado." Si el detenido o procesado estuviese inculpaado por delito o delitos contra la salud, a la persona que favoreciere su evasión se le impondrán de siete a quince años de prisión, o bien, en tratándose de la evasión de un condenado, se aumentarán hasta veinte años de prisión.

Si quien propicie la evasión fuese servidor público se le incrementará la pena en una tercera parte de las penas señaladas en este artículo, según corresponda. Además será destituido de su empleo y se le inhabilitará para obtener otros durante un periodo de ocho a doce años. En el artículo 151 se señala una excepción a esta disposición al preceptuarse: "El artículo anterior no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas". Así pues, cuando la persona o personas que propiciaron la fuga se encuentren dentro de las comprendidas en el artículo citado y logran la evasión sin valerse de los medios que éste prohíbe, no se les aplicará ninguna sanción, por lo que se impone la siguiente pregunta: ¿cuál es el fundamento jurídico de esta excluyente de responsabilidad penal? Se trata de una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, pues el estado no puede reprocharles a quienes encontrándose en el supuesto referido proporcionan la evasión de su pariente impulsados por móviles sentimentales tan profundos e indestructibles que el ordenamiento normativo no puede desconocer.

Asimismo, el artículo 154 del propio ordenamiento dispone: "Al preso que se fuge

no se le aplicará sanción alguna, sino cuando obre de concierto en otro u otros presos y se luge alguno de ellos o ejerciere violencia en las personas, en cuyo caso la pena aplicable será de seis meses a tres años de prisión", o sea, que el prófugo resultará beneficiado con una exención de pena cuando no incurra en los supuestos previstos por la ley penal. Resulta indudable que en esta hipótesis también se está en presencia de una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en atención a que no se puede dirigir el juicio de reproche al preso que logra traspasar los umbrales de la prisión para recobrar uno de los más preciados valores del hombre: su libertad.

5.2.5 Inhumación ilegal

Nuestro Código punitivo dispone en su artículo 280, fracción II, que: "Se impondrá prisión de tres días a dos años o de 30 a 90 días de multa. II. Al que oculte, destruya o sin la licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esta circunstancia", haciéndose notar que "en este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio". El último párrafo del citado artículo proporciona, una hipótesis de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, pues no es posible reprocharles a quienes encontrándose en el supuesto previsto por la ley penal ayudan al homicida ocultando, destruyendo o inhumando sin la autorización respectiva el cadáver de la víctima, a fin de dificultar con estas maniobras que el acto delictuoso cometido por su familiar sea descubierto por las autoridades. En este supuesto entran en colisión dos valores opuestos. Por una parte, el respeto que el Estado debe a los vínculos afectivos entre quienes se encuentran unidos por lazos familiares tan estrechos como los que llegan a los ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges entre

sí y, por la otra, el derecho del propio Estado a que los particulares no obstaculicen su labor en la persecución de los delitos.

Al establecerse expresamente la no aplicación de sanción alguna a las personas indicadas, tal exención de pena implica el reconocimiento de la ausencia de reprochabilidad en tales conductas y, en consecuencia, la inexigibilidad de un comportamiento distinto.

5.2.6 Aborto por Violación

El artículo 333 de nuestro Código Penal contempla una hipótesis de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta en materia de aborto, al establecer: "No es punible el aborto... cuando el embarazo sea resultado de una violación". La lectura del precepto transcrito nos podría llevar a pensar que en tal supuesto existe una causa de impunidad, pero basta con meditar un poco para caer en la cuenta de que el fundamento jurídico de esta eximente descansa, no en una exención de pena por causa de utilidad pública, sino en una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta al no podersele reprochar a la mujer grávida la interrupción voluntaria de su embarazo, para evitar el nacimiento de un ser que le haga recordar a cada momento el detestable atropello de que fue víctima. "Esta especie de aborto argumenta Jiménez de Asúa, va transida de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad consciente". (74)

5.2.7 Encubrimiento por Parientes o Personas Ligadas por Sentimientos Nobles

Las fracciones 3a. y 4a. del Artículo 400 del Código Penal establecen diversas con-

(74) Jiménez de Asúa, Libertad de Amar y Derecho a Morir, 6a. Ed., Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1946, p.p. 401.

ductas que son sancionables con prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, consistentes en:

"III Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe:

IV Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes";

El mismo numeral establece lo que en el presente trabajo se considera una excluyente de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, al indicar:

"No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente a ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles."

De acuerdo con lo expuesto son las dos formas de conducta que se amparan, a saber: La ocultación del delincuente y los actos impeditivos de la averiguación. Debe entenderse por ocultación, la conducta, cualquiera que ella sea, que conserva fuera del alcance o del conocimiento de la autoridad a la persona física que la ley denomina responsable de un delito, siempre que dicha conducta la realicen las personas determinadas, pues de lo contrario se cometería el delito. El ocultamiento no

implica destrucción, sino conservación de las personas. La conducta encaminada a la averiguación del delito no debe ser constitutiva en sí misma de un delito, es decir, para impedir la averiguación no debe utilizarse algún medio delictivo. Un ejemplo de impedimento es el alejamiento de los testigos del hecho, pero no lo será el soborno o la eliminación de los mismos.

Desde luego que los titulares de esta excluyente de culpabilidad deben acreditar el entroncamiento o la existencia de relaciones y sentimientos nobles, que ligen al encubridor con el responsable de un delito.

En este caso, es evidente que no se le puede exigir a los parientes o a las personas estrechamente ligadas con el responsable de un delito que entreguen al buscado ni que colaboren en la reunión de los elementos incriminatorios. Ello contraría el núcleo familiar y los más sanos sentimientos de lealtad, por lo que lo que únicamente resta establecer que resulta atinado que dicha excluyente se limite a los casos en que realmente pueda existir ese deber para con el responsable. De lo contrario se atentaría contra la administración de justicia y el interés público de que se conozca la verdad histórica, conciliándose así ambos aspectos.

5.2.8 Criterio Sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido expresamente validez a la no exigibilidad de otra conducta en género, dentro del campo del Derecho Penal Mexicano, al establecer en la ejecutoria que recayó al juicio de amparo 2934, del año de 1958, que: "No puede formularse el juicio de reproche, como elemento normativo de la culpabilidad, imputando a una persona ser la causa eficiente de un evento daños por manejar un vehículo de servicio público que se encontraba en

malas condiciones de la dirección, si se demuestra que el trabajador lo hizo del conocimiento de la empresa de transportes advirtiendo las consecuencias que podía ocasionar su manejo y, a pesar de ello, recibió ordenes terminantes para que lo guiara”.

Como puede observarse fácilmente en la tesis aludida se finca la inculpabilidad en que en el caso concreto no se le podía exigir al autor una conducta distinta de la observada, por lo que no era procedente dirigir en su contra el juicio de reproche, lo que significa que tal caso fue fallado haciendo uso de los principios rectores de la concepción normativa de la culpabilidad, lo que viene a robustecer el criterio sustentado por destacados penalistas mexicanos, en el sentido de que en nuestro Código punitivo no tiene vigencia solamente la teoría psicológica, sino que ésta y la teoría normativa coexisten en el mencionado ordenamiento jurídico; criterio que se acepta en el presente trabajo al considerar que, efectivamente en el citado cuerpo de leyes, convergen tanto la teoría psicológica, al regularse el dolo y la culpa, como la teoría normativa, al deducirse, valiéndose de la interpretación sistemática, que la responsabilidad penal en las conductas dolosas o culposas no puede tener otro fundamento, mas que la exigibilidad de la adecuación de dichas conductas al ordenamiento normativo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En México, es más viable la concepción normativa de la culpabilidad, pues este elemento del delito aparece únicamente cuando el Estado dirige un juicio de reproche en contra del autor del evento dañoso, cuando no obró de conformidad con la norma del deber siéndole exigible hacerlo.

SEGUNDA.- En nuestro Código Penal vigente coexisten tanto la teoría psicológica como la normativa de la culpabilidad; la primera, al regularse el dolo y la culpa y la segunda, al deducirse, valiéndose de la interpretación sistemática, que la responsabilidad penal en las conductas dolosas o culposas encuentra su fundamento, en último término, en la exigibilidad de la adecuación de dichas conductas al ordenamiento normativo.

TERCERA.- No hay concurrencia de varias excluyentes de responsabilidad, pues cada una tiene perfectamente definido sus campos de actuación.

CUARTA.- El aspecto negativo de la culpabilidad queda integrado por el error de hecho esencial e invencible y la no exigibilidad de otra conducta.

QUINTA.- En consecuencia es válida la opinión de los tratadistas que consideran que la no exigibilidad de otra conducta debe ubicarse dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad o de la punibilidad.

SEXTA.- La no exigibilidad de otra conducta se fundamenta en la ausencia de reproche, por parte del Estado, en contra del infractor de la norma, dadas las circunstancias especiales que impulsaron al agente a cometer el hecho.

SEPTIMA.- La no exigibilidad de otra conducta constituye una causa general de inculpabilidad, ya que en todos aquellos casos en los que no le sea exigible al sujeto un comportamiento distinto del realizado, el Estado no podrá dirigir en su contra ningún juicio de reproche; no debiendo ser indispensable para invocar esta eximente que el ordenamiento punitivo se refiera expresamente a ella, sino que basta con que se desprenda del espíritu de la ley.

OCTAVA.- Nuestro Código Penal vigente no excluye la aplicación de la no exigibilidad de otra conducta, pues teleológicamente se llega a la conclusión de que no es culpable el sujeto al que no se le puede exigir un comportamiento diverso.

NOVENA.- En nuestro Código Penal vigente existen supuestos que encuentran su fundamento en la no exigibilidad de otra conducta, pudiendo citarse, entre otros, el miedo grave que no genera automatismo, el temor fundado, el estado de necesidad cuando el bien salvado es de igual valor que el bien sacrificado, la obediencia jerárquica, el encubrimiento de parientes y seres queridos y el aborto por violación.

DECIMA.- La Suprema Corte de Justicia de nuestro país ha reconocido expresamente la aplicación de la no exigibilidad de otra conducta en el campo del Derecho Penal Mexicano, haciendo uso de los principios rectores de la concepción normativa de la culpabilidad.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALTA VILLA, ENRICO, LA CULPA. Editorial Themis, Bogotá, 1956 (traducción del italiano por el Padre José J. Ortega Torres).
- 2.- ANTOLISEI, FRANCESCO, MANUAL DE DERECHO PENAL, parte general. Editorial Uthea, Argentina, Buenos Aires, 1960 (traducción del italiano por Juan del Rosal y Angel Torio).
- 3.- BATTAGLINI, GIULIO, DIRITO PENALE, TEORIE GENERALI, Tomo I. Editore, Bologna, 1937.
- 4.- BETTIOL, GIUSEPPE, DERECHO PENAL, Parte General. Editorial Temis 4a. Edición. Bogotá, 1965 (versión castellana del Dr. José León Pagano).
- 5.- BREMAUNTZ ALBERTO, PANORAMA SOCIAL DE LA REVOLUCIONES EN MÉXICO. Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1971.
- 6.- BREMAUNTZ ALBERTO, PANORAMA SOCIAL DE LA REVOLUCION EN MÉXICO, 1a Edición, México, 1970.

7.- CARRARA, FRANCESCO, DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Góngora, Segunda Edición, México, 1989.

8.- CARRARA, FRANCESCO, PROGRAMA DE CORSO DI DIRITTO CRIMINALE. Parte Generale. Tipografía di G. Canoretti, Vol. I settima edizione, 1889.

9.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, DERECHO PENAL MEXICANO. Antigua Librería Robredo, Parte General, Tomo I, 5a. Edición, México, 1958.

10.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General, 9a Edición, Mex, 1970

11.- CARRILLO PETRACA, JOAQUIN. "EL FENOMENO DE LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA", Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XII, Núms. 1 y 2, Xalapa, Ver., México, Enero a Abril de 1961.

12.- CASTELLANOS TENA FERNANDO, LINEAMIENTO DE DERECHO PENAL MEXICANO. México, 2ª Edición, 1980.

13.-CASTELLANOS TENA, FERNANDO, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Parte General. Editotial Porrúa, 24a. Edición, México, 1987.

14.- CENICEROS, JOSE ANGEL. DERECHO PENAL CONTEMPORANEO Y LA REFORMA PENAL MEXICANA. México 1943, Primera Edición.

15.- C. NUÑEZ, RICARDO, DERECHO PENAL ARGENTINO, Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo II, Buenos Aires, s.f.

- 16.- CUELLO CALON, EUGENIO, DERECHO PENAL, Editorial Nacional, S.A, Parte General. Tomo I, 9a. Edición, México, 1951.
- 17.- EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO DE 1963 PARA LA REPUBLICA MEXICANA, Memoria de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, 1958-1964.
- 18.- FONTAN BALESTRA, CARLOS, MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.
- 19.- FRANCO GUZMAN, RICARDO, DELITO E INJUSTO (Formación del Concepto de Antijuridicidad, México 1950. La Subjetividad en la Ilícitud. Editorial José M. Cajica Jr. S:A: 1a. Edición, 1959, Puebla, Pue.
- 20.-FRANCO GUZMAN, RICARDO, LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO. Criminalia, año XXII, núm 7. México, Julio de 1956.
- 21.- GOLDSCHMIDT, JAMES, LA CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943 (traducción del alemán por Margaretha de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez).
- 22.- GOMEZ, EUSEBIO, TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomos I y 1, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.
- 23.- GUISEPPE BETTIOL, TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General, Editorial Themis, 4a Edición, traducción castellana del Dr. José León Pagano, , Bogotá, 1965.

- 24.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, EL CRIMINALISTA. Editorial La Ley, Tomo II, Buenos Aires, 1942.
- 25.- JIMENEZ DE ASUA, LA LEY Y EL DELITO. Editorial Hermes, 4a. Edición, México, 1963, Buenos Aires.
- 26.- JIMENEZ DE ASUA, LA LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A MORIR. Editorial Losada ,6a. Edición S.A., Buenos Aires, 1946.
- 27.- JIMENEZ DE ASUA, TRATADO DE DERECHO PENAL. Editorial Losada, S.A., Tomo V, Buenos Aires, 1956.
- 28.- JIMENEZ DE ASUA, TRATADO DE DERECHO PENAL. Editorial Losada, S.A., Tomo VI, Buenos Aires, 1962.
- 29.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO, LA TIPICIDAD. Editorial Porrúa, S.A., México, 1955.
- 30.- MAGGIORE, GIUSEPPE, DERECHO PENAL. 5a. Edición, Vol. I.
- 31.- MEZGER, EDMUNDO, DERECHO PENAL. Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958 (traducción de la sexta edición alemana, 1955 por el Dr. Conrado A. Finzi).
- 32.- MEZGER, EDMUNDO, TRATADO DE DERECHO PENAL. Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955 (traducción de la segunda edición alemana (1932) por José Arturo Rodríguez Muñoz).

33.- MEZGER, EDMUNDO, TRATADO DE DERECHO PENAL, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (traducción de la segunda edición alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz).

34.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, NOCIONES DE DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo, Tomo II, Zacatecas, Zac., 1964.

35.- PETROCELLI, BIAGLO, LA ANTIJURIDICIDAD, publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963 (traducción del Italiano por José L. Pérez Hernández)

36.- PORTE PETIT, CELESTINO, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, Tomo I, 3a. Edición. México, 1967.

37.- PORTE PETIT, CELESTINO, "IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL" (Conferencia dictada en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales el día 13 de octubre de 1963), primera edición, Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954.

38.- PORTE PETIT, CELESTINO, PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. Edición, 1954.

39.- PORTE PETIT, CELESTINO, PROYECTOS DE CODIGO PENAL TIPO DE 1963 PARA LA REPUBLICA MEXICANA. Revista Mexicana de Derecho Penal, Núm. 31, Enero, 1964.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

40.- PUIG PEÑA, DERECHO PENAL, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, Parte General. 4a. Edición, Madrid, 1955.

41.- PUIG PEÑA, CONCEPTO DE DERECHO PENAL MEXICANO. 4a edición, México, 1983.

42.- REINHASRT MAURACH, TRATADO DE DERECHO PENAL. Editorial Ariel, Tomo II, traducción por Córdoba Roda, Barcelona, 1962

43.- REYES TABAYAS, JORGE, COMENTARIO A UNA RESOLUCION DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Criminalia, año XXVI, Núm. 4, México, Abril, 1960.

44.- SANCHEZ CORTES; ALBERTO, UNA EXIMIENTE QUE NO SE OMITIO EN LA LEY, Criminalia, año XXVIII, Núm. 1, México, Enero, 1962.

45.- SOLER, SEBASTIAN, DERECHO PENAL ARGENTINO. Editorial Tea, Tomo 1, 3a. Reimpresión, Argentina, Buenos Aires, 1956.

46.- VILLALOBOS, IGNACIO, DINAMICA DEL DELITO, Editorial Jus, México, 1952.

47.- VON LISZT, FRANZ, TRATADO DE DERECHO PENAL. Editorial Reus, S.A., Tomo II, 2a. Edición, ., Madrid, 1927 (traducción de la 20a. Edición alemana por Luis Jiménez de Asúa).

CODIGOS Y LEYES

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Editorial Porrúa, México, 1992.

2.- Código Penal para el Distrito Federal.

Editorial Porrúa, México, 1992.

3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Editorial Porrúa, México, 1992.