

214



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ZED

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ARAGON"

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN EL DELITO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: CLAUDIA REBECA INZUNZA HERNANDEZ

FALLA DE ORIGEN



SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO

1995



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.

Agradezco a Dios el haberme brindado la oportunidad de llegar a este momento tan importante en mi vida, la de mi familia y por todo lo que me has dado.

A mi madre, la Profesora Lilia Adelaida Hernández Pérez de Lara por darme la vida, por su cariño, amor, apoyo, comprensión y paciencia guiando mis pasos en el recorrido de la vida. No te voy a defraudar. Gracias por todo mamá.

A mi padre el Profesor Porfirio Inzunza Cruz, porque gracias a tus conocimientos, experiencia, sabios consejos, a tu amor y apoyo, has dirigido mi experiencia a la culminación de una de mis metas. Por siempre, gracias papá.

A mi asesora Licenciada
Martha Rodriguez Ortiz
agradeciéndole su atina-
da orientación y sus con-
sejos profesionales, ase-
sorándome esta tesis para
alcanzar la meta de todo-
estudiante.

A todos mis queridos maes-
tros, gracias por contribuir
a mi formación profesional.

A nuestra máxima casa
de estudios por ser la
fuente donde brotan los
estudiantes, por darme
la oportunidad de estu-
diar y realizarme como
profesionista.

A los honorables Miem-
bros del Jurado con -
respeto y admiración.

I N D I C E

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN EL DELITO

INTRODUCCION

CAPITULO I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.1 Derecho Penal.....	1
1.2 Delito.....	3
1.3 Circunstancia.....	9
1.4 Exclusión.....	10
1.5 Responsabilidad.....	10

CAPITULO II

ANTECEDENTES DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN EL DELITO

2.1 Decreto de 8 de abril de 1835.....	15
2.2 Código de Veracruz del 5 de mayo de 1869.....	17
2.3 Código del 71 o "Código de Martínez De Castro" o "Código Juárez".....	18
2.4 Código de 1929 o "Código Almaraz".....	20
2.5 Código de 1931.....	22

CAPITULO III

ELEMENTOS DEL DELITO

3.1 La conducta y ausencia de conducta.....	27
3.2 La tipicidad y la atipicidad.....	40
3.3 La antijuridicidad y las excluyentes del delito....	53
3.4 La imputabilidad y la inimputabilidad.....	58
3.5 La culpabilidad e inculpabilidad.....	71
3.6 Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia. 83	
3.7 La punibilidad y excusas absolutorias.....	83

CAPITULO IV

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN AL DELITO

4.1	Legítima defensa.....	93
4.2	Estado de necesidad.....	104
4.3	Cumplimiento de un deber.....	109
4.4	Ejercicio de un derecho.....	112

CAPITULO V

RAZONES JURIDICAS

5.1	Concepto de caso fortuito.....	115
5.2	Los caracteres del caso fortuito.....	117
5.3	El dolo.....	118
5.4	La culpa.....	123
5.5	El caso fortuito como circunstancia que excluye el delito.....	128

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

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

El tema del que nos ocuparemos en nuestro trabajo de investigación como lo es la Tesis, es el de Circunstancias que Excluyen al Delito, el cual no puede pasar por desapercibido debido a su importancia en el Derecho Penal, siendo el tema principal, el conjunto de situaciones en las que por hallarse ausente uno de los elementos de la infracción penal, no puede surgir para el que obra una responsabilidad de ésta índole; de ahí la necesidad de hablar de ellas en los Códigos Penales en el orden sistemático en que se ocupan de los elementos del tipo penal.

Asimismo estudiaremos en cada uno de los capítulos los conceptos fundamentales para la comprensión de nuestro tema de investigación; el significado del delito, así como de sus elementos; cada una de las circunstancias que excluyen al delito y en nuestra opinión las razones jurídicas del porqué del caso fortuito como excluyente del delito.

En el Derecho Penal el caso fortuito es considerado como una circunstancia excluyente del delito, previsto en el artículo 15 fracción X del Código Penal, siendo éste en la doctrina un acontecimiento o suceso que se presenta de manera inesperada e imprevisible, cuando el agente que lo sufre está

efectuando un obrar legitimo con todas las precauciones y diligencias debidas; teniendo como resultado un accidente, que penalmente podria traer como consecuencia una responsabilidad penal.

Al comprender lo anterior; somos de la opinion que deberia de seguir considerandose al caso fortuito como una circunstancia que excluye al delito, y proponer que se establezca una definicion del mismo en el Código Penal para comprender su significado, características especiales de procedencia y elementos, puesto que favorece a quien ejecuta un hecho ilícito sin intención, es decir, sin dolo, y con la debida diligencia, esto es, sin culpa, ya que sin embargo causa un daño, es decir, un resultado típico por mero accidente, que trae aparejada una responsabilidad penal.

C A P I T U L O I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

En el presente capítulo vamos a analizar los conceptos necesarios que nos van a servir de base para la comprensión de lo que va a ser nuestro tema de investigación.

1.1 DERECHO PENAL

CONCEPTO

El criminalista español Eugenio Cuello Calón define al Derecho Penal como "el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que él mismo establece para la prevención de la criminalidad". 1

El Doctor Fernando Castellanos señala que el Derecho Penal " es la rama del Derecho Público interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social". 2

Se considera que el Derecho Penal es público porque sólo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, así imponerlas y ejecutarlas, asimismo porque al cometerse un ilícito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquél y el particular ofendido, considerando que el Derecho Público es

(1) Cit por CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, vigésimo novena Edición, Ed. Porrúa, México 1991, Pág. 19.

(2) *Ibidem*, Pág. 19.

el conjunto de normas que regulan el ejercicio de la autoridad estatal, determinando y creando al órgano competente para ejercitarla, el contenido posible de sus actos de autoridad estatal y el procedimiento mediante el cual dichos actos deberán realizarse.

Por otra parte Raúl Carrancá y Trujillo considera que el Derecho Penal "es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de los mismos a los casos de incriminación". 3

En conclusión podemos decir que el Derecho Penal es la rama del Derecho Público relativo al conjunto de normas jurídicas mediante las cuales el Estado determina los delitos y las penas que deben ser impuestas a los delincuentes, así como las medidas de seguridad que él mismo establece para regular, crear y conservar el orden social y asimismo prevenir la criminalidad.

El Derecho Penal reposa en grado mayor que ninguna otra rama del derecho, en el Principio de Legalidad consagrado constitucionalmente, y conforme al cual sólo puede castigarse por un hecho ya previsto como punible por la ley, situación que por una parte excluye la retroactividad de la ley penal y por otra, proscribe totalmente la

(3) -----, Derecho Penal Mexicano, décimo séptima edición Ed. Porrúa, México 1991, Pág. 17.

incriminación de un hecho por analogía con otro legalmente previstos como delito.

1.2 DELITO

ETIMOLOGIA

"La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley". 4

Nuestro código Penal de 1931, en su artículo 7o., nos da una definición de delito diciendo que es El acto u omisión que sancionan las leyes penales. "La posición anterior se critica por estimar que existen figuras delictivas, que aún reuniendo todos los elementos para considerarias ilícitas, no se sancionan por estar amparadas por una excusa absolutoria. Al respecto, el maestro Raúl Carranca y Trujillo dice: "El concepto legal del delito fijado por el artículo 7o., se completa con el que el Juez valora conductas y no entes jurídicos". 5

Históricamente encontramos que fue en el Código Penal de 1871 cuando por primera vez, en su artículo 4o., se adoptó la definición de delito como una infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe y dejando de hacer lo que manda.

Como antecedente de lo anterior, encontramos su

(4) CASTELLANOS TENA, *Ob cit*, Pág. 125.

(5) -----, *Código Penal Anotado*, décimo sexta edición, - Ed. Porrúa, México 1991, Pág. 34.

fundamento en el Código Español de 1870, ordenamiento que en su artículo 10o. establecía que los delitos eran las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley. Por otra parte, nuestro Código Penal de 1929 estableció en su artículo 11o. que: "Delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".

Ahora bien, como antes lo hemos manifestado, nuestro Código Penal de 1931 siguiendo al de 1871, establece en su artículo 7o. que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; esta disposición, a diferencia de la contenida en el referido código de 1871, excluyó el término infracción voluntaria, pues con esta excepción se dejaba fuera a los delitos cometidos culposamente o preterintencionalmente

EL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA

La Escuela Clásica fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el Derecho Penal representaba; procuró la humanización por medio del respeto a la ley, para el reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado.

Para muchos autores la Escuela Clásica principia con Beccaria, y es el "divino marqués" el que sienta los principios unificadores de esta gran corriente, otros iniciadores serían Bentham en su "Teoría de las Penas y de

las Recompensas" (1840) y Romagnosi (Giandoménico) en su "Génesis del diritto penale" (1837).

El primer gran clásico reconocido por todos es Pellegrino Rossi (1787-1848), profesor de Bolonia, Ginebra y París, que escribe sus obras en el exilio (Traité de Droit Penal, 1824), y muere asesinado por sus ideas políticas.

"Para Rossi existe un orden moral que es obligatorio para todos los seres libres e inteligentes. Este orden debe ser aplicado también en la sociedad, en la que estos seres son obligados a vivir por su naturaleza surgiendo de esta manera un orden social igualmente obligatorio, y del que se derivan todos los derechos y obligaciones.

Otro representante ilustre es Giovanni Carmignani (1768-1847), profesor de Pisa, que en sus Elementos iuris criminalis hace de la utilidad social o necesidad de conservación del orden social, la fuente, y de la ley moral el límite: el objeto de la imputación civil al castigar al delincuente no es el de tomar venganza del delito cometido, sino el de esforzarse para que en el porvenir no se realicen otros delitos semejantes.

Antonio Rosmini con su Filosofía del Diritto (1839) sienta las bases filosóficas de la Escuela Clásica, para este autor el fundamento del derecho de castigar es un "eterno principio de justicia".⁶

(6) Cit por RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, octava edición, Ed. Porrúa, México 1993, Pág. 235 y 236.

El máximo escritor clásico es Fernando Carrara (1805 - 1888) Criminale (1859), lleva al Derecho Penal a su verdadera esencia jurídica, y se ha dicho que cuando se hace referencia a la Escuela Clásica, son las doctrinas de Carrara las que se someten a prueba.

Carrara define al delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgado para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un hecho externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".⁷

El delito no es un simple hecho, sino un "ente jurídico", dice Carrara que "la idea de delito no es más que una idea de relación; la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico al cual se da el nombre de delito".

Uno de los postulados aceptados por la generalidad de la Escuela Clásica es: El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico. El punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo y no el delincuente, hecho subjetivo, el delito no es una acción, sino una infracción.

Las posturas de la Escuela Clásica son:

- a) Principio de legalidad total.
- b) Delito como ente jurídico.
- c) Libre albedrío.

 (7) *Idem.*

- d) Responsabilidad de carácter moral.
- e) Excluidos del derecho y por lo tanto de la pena los niños y locos ya que carecen de libre albedrío.
- f) Pena retribución.
- g) Pena proporcional al delito y al daño.
- h) Pena determinada.
- i) La finalidad de la pena es restablecer el orden jurídico.
- j) El derecho de castigar pertenece al Estado a título de tutela jurídica.
- k) Clasificación del delito.
- l) Como base principios dados a priori.
- m) Método lógico abstracto, silogístico y deductivo.

EL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA

La Escuela Positiva nace como una reacción a los excesos jurídicos de la Escuela Clásica, a sus excesos formalistas, al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente y a su creencia de haber agotado la problemática jurídico-penal.

"La Escuela Positiva tuvo una existencia real, como "un grupo de hombres (médicos, juristas, sociólogos); que se agrupan en un haz compacto frente a los demás. Intelectuales que hacen de Lombroso un jefe y de sus conocimientos e intuiciones una doctrina". 8

(8) *Ibidem*, Pag. 239.

"Para Enrico Ferri: "La Escuela Positiva consiste en lo siguiente: Estudiar el delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adoptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces".

Garófalo expone que el elemento necesario para que un acto perjudicial se considere criminal por la opinión pública, es la lesión de aquella parte de sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales; la piedad y la probidad. Además la lesión ha de ser no en la parte superior y más delicada de estos sentimientos, sino en la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Esto es lo que llama crimen o delito natural."?

Uno de los postulados fundamentales de la Escuela Positiva es: El delito es un hecho de la naturaleza y como tal debe estudiarse. No estudiarlo como un ente abstracto, ni jurídico, sino como un ente real, actual, existente.

El delito abstracto no existe, es un hecho humano resultado de factores intrínsecos y extrínsecos. es la expresión de una antisocialidad subjetiva, contra la cual debe actuarse.

Postulados de la Escuela Positiva:

- a) Excepción en medida de seguridad.
- b) Delito como hecho natural y social.

(9) *Idem.*

- c) Determinismo, "El libre albedrío no existe".
- d) Responsabilidad social.
- e) Si no hay responsabilidad moral, nadie queda excluido del derecho.
- f) El concepto de retribución es substituido por el de sanción con un tratamiento para educar y adaptar al delincuente.
- g) Sanción proporcional a la peligrosidad del antisocial.
- h) Pena indeterminada.
- i) Medida protege el orden social.
- j) Estado defiende socialmente substitutivos penales y prevención.
- k) Tipos y clasificación de criminales.
- l) Como base estudios antrosociales a posteriori.
- m) Método inductivo experimental.

1.3 CIRCUNSTANCIA

Circunstancia en el derecho penal es la figura jurídica modificativa de la responsabilidad criminal.

Podemos encontrar diferentes tipos de circunstancias, entre las que consideramos:

- 1) Circunstancias agravantes, las que se encuentran en el principio general de que la medida de la sanción destinada a un obrar delictivo, deriva de la gravedad del hecho, la que

se valora conforme a la tendencia del daño social y al deber violado.

2) Circunstancias atenuantes son aquellas que contienen una pequeña dosis de peligrosidad en el agente del delito, lo que mide su responsabilidad penal y origina a su vez una disminución en la pena con respecto al delito simple, así el arbitrio judicial entra en acción para valorar tales circunstancias y a virtud de ello, se impone la sanción más apegada a la realidad de la conducta.

3) Circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, son el conjunto de situaciones en que, por hallarse ausente uno de los elementos de la infracción penal, no puede surgir para el que obra, una responsabilidad de esta índole.

1.4 EXCLUSION

Las excluyentes conciernen, a la esencia misma del hecho punible e impiden su aparición, de ahí que los Códigos Penales más modernos suelen tratar de ellas en el orden sistemático en que se ocupan de los elementos de la infracción, criterio adoptado en México por el Código Penal para el estado de Guanajuato.

1.5 RESPONSABILIDAD

La voz responsabilidad proviene de responder que significa inter alia: prometer, merecer, pagar. Así responsabilidad significa el que responde. En un sentido más

restringido responsum (responsable) significa el obligado a responder de algo o de alguien. Responder se encuentra estrechamente relacionado con responderé, la expresión solemne en la forma de la stipulatio, por la cual alguien asumía una obligación (Gayo) así como spondio, palabra que designa la forma más antigua de obligación.

Existen dos formas de aplicar la responsabilidad: la llamada responsabilidad por culpa y la conocida como responsabilidad objetiva o absoluta. En el caso de la primera, la aplicación de sanciones al individuo considerado responsable supone "culpa" por parte del autor del hecho ilícito. Esto es, las consecuencias de sanción se aplican al responsable sólo cuando el autor del hecho ilícito tuvo la intención de cometerlo.

A la responsabilidad objetiva, por el contrario, no le importa la culpa del autor; basta que el hecho ilícito se realice para que se apliquen las consecuencias de sanción al individuo considerado responsable.

En un sentido de la dogmática jurídica un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado, en este sentido la responsabilidad presupone un deber por parte del individuo, sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir, quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado, la responsabilidad presupone

esta obligación. La responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación.

De esto que es responsable de un hecho ilícito aquel individuo que debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan.

Responsabilidad Penal es el deber jurídico de sufrir una pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

Durante largo tiempo la expresión responsabilidad fue también utilizada en el sentido hoy acordado en derecho penal a la expresión "imputabilidad" y se tuvo por responsable a quien era capaz de responder de sus actos por haber alcanzado madurez mental y gozar de salud mental. Es manifiesto; sin embargo, que esa capacidad es sólo uno de los extremos en que reposa la responsabilidad penal por el acto típico y antijurídico cometido.

La responsabilidad penal nace exclusivamente para quien ha cometido el delito, atendiendo por tal a quien ha cabido en alguna de las formas de intervención punible previstas por la ley.

De lo analizado en este capítulo nos podemos dar cuenta de la importancia que tiene y siempre ha tenido nuestro Derecho Penal dentro de nuestra sociedad, por lo cual surge la necesidad de utilizar diferentes conceptos fundamentales que son los que van a ayudar a dar una pauta para llevar una

buena organización, así como sus restricciones y beneficios que van a presentar, como es el caso de las circunstancias que excluyen el delito, tema principal de nuestro trabajo de investigación, que analizaremos en su oportunidad.

C A P I T U L O I I

ANTECEDENTES DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN EL DELITO

Son pocos los datos que podemos obtener del Derecho Penal antes del Descubrimiento de América, ya se que puede observar que no existía una unidad política entre los diversos pueblos aborígenes debido a la falta de Nación a lo cual llamamos Derecho Precortesiano, pero se hace mención a los tres principales núcleos descubiertos por los europeos después de la conquista que son el maya, tarasco y el azteca.

"En el pueblo maya se caracterizaba el Derecho Penal por su severidad, teniendo como principales penas la muerte y la esclavitud; la primera de ellas se aplicaba a los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas, el segundo era aplicado a los ladrones, y sus sentencias penales eran inapelables." 10

Del pueblo tarasco se conoce poco acerca del Derecho Penal pero sus penas se caracterizaban por su crueldad.

"El imperio que tuvo más relieve en el momento de la conquista fue el azteca, aunque su derecho no tuvo gran influencia posterior, en ese entonces tuvo gran influencia militar e impuso ideas jurídicas en aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles." 11

El Derecho Penal azteca revela excesiva severidad

(10) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, vigésimo novena Edición, Ed. Porrúa, México 1991, Pág. 40.

(11) *ibidem*, Pág. 42.

principalmente en relación a los delitos considerados capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del Soberano. Es nota importante saber que los aztecas conocieron la distinción entre los delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

"En la época de la Colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias, siendo que en el año de 1596 se realizó la recopilación de estas Leyes. En materia jurídica reinaba la confusión y eran aplicados el Fuero Real, Las Partidas, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las de Bilbao, Los Autos Acordados, La Nueva y la Novísima Recopilación, y algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios." 12

En el México Independiente continuaron en vigor las principales leyes de uso en España, como la Novísima Recopilación (1805) y las Siete Partidas (1265) cuerpos legales que se utilizaban para decir la mayor parte de los conflictos jurídicos, igualmente estaba en vigor el Fuero Juzgo.

Ricardo Abarca asienta que: "En la época Independiente queda una legislación fragmentada y dispersa motivada por los

(12) CASTELLANOS TENA, *ob cit*, Pág. 44.

tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formar un orden jurídico total; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la Legislación penal." 13

Los constituyentes de 1857 son los que establecieron en forma sistemática las bases del Derecho Penal Mexicano, los que fueron ampliadas por las Leyes del 4 de diciembre de 1860 y del 14 de diciembre de 1864. La necesidad urgente de emprender la tarea codificadora principalmente en materia penal es señala continuamente por los Ministerios de Justicia y por la Suprema Corte.

2.1 DECRETO DE 8 DE ABRIL DE 1835

"La primera codificación de la República en materia penal, fué expedida en el Estado de Veracruz, por Decreto de 8 de abril de 1835; el proyecto tenía antecedentes de haber sido elaborado desde 1832; se constituía por 759 artículos, y estaba compuesto de tres partes, la primera de ellas trataba de las penas y los delitos en general, la segunda sobre los delitos contra la sociedad y la tercera era la relativa a los delitos contra particulares, ésto demuestra que el Estado de Veracruz fue la primera entidad que contó con un Código Penal local, pues si bien en el Estado de México se había hecho un

(13) *idem*

Bosquejo General del Código Penal en el año de 1831, no llegó a tener vigencia." 14

En sí la importancia de este Decreto es que aparece por primera vez un Código Penal local para un Estado de la República y aunque se intentó uno para el Estado de México, éste no llegó a tener vigencia, significando esto el avance en el Derecho Penal y en nuestro Código Penal, teniendo en consideración que fué el primero que alcanzó el carácter de ley.

2.2 CODIGO DE VERACRUZ DEL 5 DE MAYO DE 1869

Mientras terminaba de integrarse el Derecho Penal Nacional, subsistieron muchos de los mandamientos vigentes de la época colonial. El siguiente Código del Estado de Veracruz fué obra de Fernando J. Corona, en 1868, y con él desaparecieron la pena de muerte y los delitos contra la religión.

"Es común la opinión en el sentido de que el primer código represivo es el de Veracruz del 5 de mayo de 1869, pero como se ha visto, lo fue el de 1835. En la capital del país había sido designada una comisión, desde 1862, para la redacción de un proyecto de Código Penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa durante el Imperio de Maximiliano (Don Luis Garrido indica que en esta

(14) BERNARDO DE QUIROS, Constanancio. Derecho Penal, parte general, Ed. Porrúa, México 1985, Pág. 35.

época el Emperador mandó poner en vigor en México el Código Penal Francés)". 15

2.3 CODIGO DEL 71 o "CODIGO DE MARTINEZ DE CASTRO" o "CODIGO JUAREZ"

"Vencida la intervención francesa, el Presidente Juárez, al ocupar la capital de la República y organizar su Gobierno en el año 1867; tras la terrible lucha armada, llevó a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública formar en el año de 1868 una Comisión integrada por los Licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona; trabajando e inspirándose en el Código español de 1870, siendo que al año siguiente (7 de diciembre de 1871) fué aprobado el proyecto por el Poder Legislativo y comenzó a regir para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California en materia común y para toda la República en el fuero federal; el día 10 de abril de 1872, este Ordenamiento se conoce como "Código del 71" o "Código de Martínez de Castro" y siguió las tendencias de la Escuela Clásica, estuvo vigente hasta 1929." 16

"Martínez de Castro señala como principal punto en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1871 la necesidad de una codificación, para no continuar con el arbitrio de los

 (15) CASTELLANOS TENA, Fernando, *Derecho Penal Mexicano*, -
 duodécima edición, Ed. Porrúa, México 1978, Pág. 32.

(16) -----, *ibidem*, Pág. 46

encargados de la administración de justicia que a veces se consideraba prudente y en otras caprichoso; este código estuvo integrado por 1150 artículos, encabezaban la parte especial los delitos contra la propiedad, y con él aparece de nuevo la pena de muerte, fundamentada por el autor de ese texto en que "la Constitución exigía para su abolición un verdadero sistema penitenciario", y que éste lo exigía." 17

Así Martínez de Castro junto con sus colaboradores no podían dejar de inspirarse en la Escuela del Derecho Penal que alentaba a las legislaciones penales vigentes, acabando de dar vida al Código Español de 1870, teniendo como consecuencia esto que el Código mexicano se informara en la teoría de la justicia absoluta y de la utilidad social, mirando al delito como entidad propia y aceptando doctrinariamente el libre albedrío, siendo esto que la Escuela Clásica fué la inspiración de este Código.

Se reglamentó la participación en el delito conforme a los categorías de autor, cómplice o encubridor, igualmente reglamentó los grados del delito intencional, por lo que se refiere a la métrica penal aplicable a los diferentes delitos; el Código las estableció rigurosamente, a base de la enumeración de circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad.

"El Código de 1871 significó un positivo adelanto en las

(17) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, décima edición, Ed. Porrúa, México 1992.- Pág. 18.

instituciones jurídicas mexicanas, anticipándose en ésto el Señor Castro a tratadistas posteriores como en los casos de libertad preparatoria o dispensa condicional de una parte del tiempo de prisión a los prisioneros de buena conducta y la retención por una cuarta parte más del tiempo de prisión para los de mala conducta, instituciones que se anticiparon a la pena indeterminada y a la condena condicional." 18

"El cambio ocasionado en el país desde la promulgación del Código de 1871, hizo necesario proceder a su revisión, para lo cual se nombró una Comisión, presidida por el Licenciado Don Miguel S. Macedo que elaboró un proyecto de reformas, respetando las principios generales del Código del 71, conservando su sistema y disposiciones, limitándose a incorporar en él los nuevos preceptos, como son la condena condicional, protección a la propiedad de la energía eléctrica, protección a los teléfonos y su uso." 19

2.4 CODIGO DE 1929 o "CODIGO ALMARAZ"

En el año de 1903 el Presidente General Porfirio Díaz, designó una Comisión presidida por el Licenciado Miguel S. Macedo, para llevar a cabo una revisión de la Legislación Penal, los trabajos se terminaron hasta el año de 1912, sin que el Proyecto de Reformas pudiera plasmar debido a que el

(18) *ibidem*, Pág. 19.

(19) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *ob cit*, Pág. 20.

pais se encontraba en plena Revolución.

"Al considerar que los trabajos de revisión de la Comisión no tenían los nuevos puntos de la sociología, la filosofía, la penología, ni las necesidades sociales exigentes, ni las medidas aplicables a los menores delincuentes, excluyendo también combatir vicios y tráfico de enervantes no recibieron consagración legislativa." 20

Según los principales redactores del Código de 1929 se adaptó el principio de responsabilidad de acuerdo con la Escuela Positiva; como consecuencia se señalan como delincuentes a los locos, menores, alcohólicos y toxicómanos.

Se ha censurado este cuerpo de leyes por pretender basarse en las orientaciones del positivismo, de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica, y fue criticado y sancionado sin exposición de motivos.

"La Revolución, con su bandera de reivindicaciones populares, de libertades efectivas para todos, de igualdad social, hubo de luchar cruentamente con las clases privilegiadas hasta dominarlas e imponerles el estatuto de 1917. Al ir paulatinamente recuperándose la paz pública, la inquietud reformadora volvió a tomar cuerpo hasta que en 1925 el C. Presidente de la República designó las Comisiones Revisoras de Códigos, que en 1929, traduciendo el anhelo de reforma penal sustentado por todos los sectores cultos del

(20) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, - décimo séptima edición, Ed. Porrúa, México 1991, Pág. 14.

país, concluyendo sus trabajos. Entonces el C. Presidente Portes Gil promulgó el Código Penal de 1929, derogatorio del de 1871". 21

Se puede señalar como situaciones que destacaron en el Código la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito, algunos defectos hicieron de difícil la aplicación de este Código, el cual tuvo poca vigencia, ya que sólo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

2.5 CODIGO DE 1931

"El 17 de septiembre de 1931 entró en vigor el Código Penal que rige en la actualidad, siendo formulado por el Presidente Ortiz Rubio el día 13 de agosto de 1931, y publicado en el Diario Oficial al día siguiente, con el nombre de "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal". La Comisión redactora la integraron los Licenciados Alfonso Tena Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles." 22

(21) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *ob cit*, Pág. 20.

(22) CASTELLANOS TENA, Fernando, *ob cit*, Pág. 46.

En los años de 1949, 1958 y 1963 se hizo el intento de realizar unos Anteproyectos en relación al Código Penal, pero ninguno de los tres trabajos legislativos fué ni ha sido aprobado, y por consiguiente sigue vigente el Código del 31.

Por decreto de 20 de diciembre de 1971, promulgado por el Poder Ejecutivo, al día siguiente y publicado en el Diario Oficial del 23 del mismo mes y año, se reforma el nombre del Código y diversos preceptos. Se indica que el nombre quedará como sigue "Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la república en Materia de Fuero Federal".

"En cuanto a los Estados de la República, en función del sistema federal, cada uno de ellos dicta su Ley Penal, y muchos de ellos han aceptado el Ordenamiento del 31, en algunos en forma íntegra y en otras con modificaciones; en algunas otras entidades se nota su tendencia a seguir modelos más modernos como el Código de Defensa Social Veracruzano y los Anteproyectos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, 1958 y 1963." 23

En este Código podemos encontrar como directrices importantes las siguientes: la amplitud del arbitrio judicial mediante mínimos y máximos para la individualización de las sanciones, en los artículos 51 y 52; la tentativa, en el

artículo 12; algunas variaciones en las excluyentes de responsabilidad en el 16; etc.

El Código del 31 ha recibido, desde su inicio, una serie de elogios de propios y extraños. así como diversas censuras, entre las críticas que podemos encontrar tenemos por ejemplo:

Francisco González de la Vega expresa: "Que a pesar de algunos errores, el Código del 31 es una obra que se puede calificar de "bastante buena" por las muchas cualidades que posee. En él, por primera vez en nuestra Historia, se pugna como un auténtico realismo en el Derecho, eliminándose concepciones abstractas y valores ficticios. Añade que es un Código original en donde existe la conjunción del conocimiento de la disciplina con el conocimiento de la realidad." 24

"Ignacio Villalobos censura diversos aspectos del Código del 31, especialmente por lo que se refiere a la idea de reducir el articulado, ocasionando con ello serios trastornos en la práctica, se pronuncia contra la exagerada ampliación del arbitrio judicial y la supresión de atenuantes y agravantes, que podían servir de orientación a los juzgadores para la individualización de las sanciones; expresa finalmente, que sin embargo algunos elogios hechos son merecidos." 25

(24) -----, México y la Cultura, Edición de la SEP, México-1946, Pág. 828.

(25) -----, Derecho Penal Mexicano, quinta edición, Ed. - Porrúa, México 1990, Pág. 115.

Es de importancia señalar que por decreto de 21 de diciembre de 1993 (Diario Oficial de enero de 1994), fue modificado el Título del Capítulo IV y se reformó totalmente el artículo 15 del Código Penal, las cuales veremos más adelante.

"En opinión del Legislador el cambio de nomenclatura de las llamadas "circunstancia excluyentes de responsabilidad", por la de "causas de exclusión del delito", obedece por tratarse de una expresión más técnica, y más adecuada para explicar los contenidos del artículo 15.

Se consideró pertinente la sustitución del rubro en virtud de que la función de cada una de las causas que prevé el artículo 15, es precisamente la exclusión de alguno de los elementos del delito; es decir, la presencia de alguna de esas causas trae como consecuencia la no afirmación de alguno de los elementos del delito, y por lo tanto la no existencia de éste." 24

Desgraciadamente la decadencia jurídica de España se tradujo, en México, en un grave retardo en la labor codificadora, por lo que las leyes citadas estuvieron en vigor prácticamente hasta el segundo tercio del siglo XIX. Llevando consigo el estancamiento de las Instituciones jurídicas lo cual también corroboró al atraso de la evolución del Derecho Patrio Mexicano.

(26) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *ob cit*, Pág. 33

FALLA DE ORIGEN

Sin embargo gracias a nuestro juristas mexicanos, teniendo buenas bases y los conocimientos necesarios, se logró tener un Código Penal Mexicano, con el cual se cubrían las necesidades que exigía la sociedad en un estado de derecho.

Por otra parte nos podemos dar cuenta de la importancia y trascendencia que tuvieron las circunstancias que excluyen al delito, siendo que en la etapa del Derecho Penal de los aztecas ya se hablaba de esto e inclusive se hacía diferencia con otras figuras que iniciaron en esa época.

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS DEL DELITO

En el presente capítulo explicaremos cada uno de los elementos por los cuales está constituido el delito, así como sus aspectos negativos, comprendiendo sus características por las cuales se distinguen, fundamento legal, sus elementos y conceptos.

3.1 LA CONDUCTA Y LA AUSENCIA DE CONDUCTA

LA CONDUCTA

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

"Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad, este principio en la actualidad careció de validez en otras épocas. De acuerdo a la historia, se señaló a los animales como delincuentes, en las cuales se pueden distinguir tres periodos o etapas: 1) fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); 2) simbolismo (se entendía que los animales no delinquían pero se les castigaba para impresionar); y, por último, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso." 27

Es unánime el pensamiento en el sentido de que sólo las

(27) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob cit, Pág. 149.

personas físicas pueden delinquir, mas estaba en pie el problema de si las personas morales o jurídicas son o no responsables ante el Derecho Penal.

Mientras algunos autores están convencidos de la responsabilidad de las personas morales, otros lo niegan, estimando que las personas morales no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaria el elemento conducta, que es básico para la existencia del hecho delictivo.

El artículo 11 del Código Penal para el Distrito Federal establece que cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las Instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Del propio precepto se desprende que quien comete el delito es un miembro o representante, es decir, una persona física y no la moral. Por otra parte, si varios o todos los socios convienen en ejecutar el delito o intervinieron en él

de alguna forma, se estará en presencia de un caso de participación o co-delincuencia de personas reales.

Ignacio Villalobos señala que: "Se ha llegado a pretender, con apariencia lógica, que supuesto que la ley autoriza la imposición de penas a la persona jurídica, es claro que considera a ésta como responsable. La verdad es que, tomando en conjunto los términos de la disposición y si se admitiera que se impone la sanción a la sociedad, lo único que resultaría sería un precepto absurdo y anticonstitucional, pues en resumen se prevendría en él que, cuando delinca una persona (el miembro o representante de una sociedad) se sancione a otra (la corporación)." 28

Somos de la opinión de que no se acepta el principio de la responsabilidad penal de las personas morales.

Conforme a las normas generales que presiden nuestro Derecho Penal sustantivo, sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito, cualquiera que sea la especie de éste, esta conclusión la podemos encontrar con fundamento en los artículos 13 y 14 del Código Penal ya que en éstos la responsabilidad penal se liga a una actividad humana, tales como son la concepción, preparación o ejecución del delito o el auxilio previa o posterior.

Para darle más fundamento a este criterio, con el cual estamos de acuerdo, se puede observar que al describir en el Libro Segundo del Código Penal los distintos tipos de delitos

(28) -----, *Derecho Penal Mexicano*, quinta edición, Ed.-
Porrúa, México 1990, Pág. 273.

en particular, el legislador siempre hace referencia a una acción u omisión que es realizada por la actividad de un hombre.

Es cierto que el artículo 11 de nuestro Ordenamiento legal citado señala facultad judicial de suspensión o disolución de ciertas personas morales, estas sanciones, más que de penas, tienen el carácter de medidas de seguridad, para prevenir actividades criminales. Los casos expresos en que se autoriza la medida están mencionadas en los artículos 195 (relativo a delitos contra la salud), 253 (delitos contra el comercio y la industria) y 258 (delito de juegos prohibidos) del Código Penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al referirse a la responsabilidad penal de los representantes de las personas morales, ha sostenido el criterio de que: "No puede admitirse que carezcan de responsabilidad, quienes actúan a nombre de personas morales, pues de aceptar tal argumento, los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales, lo cual es un absurdo, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan, es por esto que los Directores, Gerentes, Administradores y demás Representantes Legales de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio, o bajo, el amparo, de la representación corporativa." Séptima Época, Vols, 151-

156, Segunda Parte. Julio, Diciembre 1981, Primera Sala, Pag 74, del Semanario Judicial de la Federación.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal, generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo u el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes, como lo podemos apreciar en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

La conducta se puede clasificar de la siguiente forma:

a) Acción.

b) Omisión:

1) Omisión simple.

2) Omisión impropia o comisión por omisión.

LA ACCION.

Cuello Calón considera a la acción, en sentido amplio, como "la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado, comprendiendo en su opinión tanto la conducta activa, hacer positivo o acción en sentido estricto como la conducta pasiva negativa u omisión." 29

Consideramos a la acción como el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria.

(29) -----, Derecho Penal I, Décimosegunda Edición - Barcelona, 1956, Pag. 319.

El término genérico, como elemento del hecho, es la conducta, comprensiva tanto de la acción como de la omisión, las cuales constituyen sus formas de expresión.

La mayoría de los autores coinciden en indicar que la acción consta de tres elementos: a) Una actividad o movimiento corporal, b) La voluntad o el querer realizar dicha actividad, a su vez, este segundo elemento se integra por las siguientes fases: 1) La concepción, que supone el nacimiento de la idea de actuar mediante el fenómeno de la representación, 2) La deliberación que consiste en el debate que se desarrolla en la conciencia del agente, 3) La decisión es el término de dicho debate con la determinación de actuar y 4) La ejecución, siendo la voluntad que acompaña la actividad misma, dándole a ésta su contenido psíquico.

LA OMISION.

La omisión es la forma de conducta en su aspecto negativo, siendo ésta la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.

La omisión puede presentar dos formas: a) La omisión simple o propia, originante de los delitos de simple omisión, y b) La omisión impropia, que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión.

Para el derecho es omisión toda inercia de la voluntad, consistente en alguna abstención, dolosa o culposa, de la acción material, contraria a la obligación de obrar y que produce alguna mutación en el mundo exterior.

Los elementos de la omisión son: inactividad, inacción, o el no hacer esperado y exigido por el mandato de obrar y voluntad de omitir el deber de actuar, sea en forma dolosa o culposa. En relación al deber jurídico de obrar, que da contenido a la omisión, no puede encontrarse mas que en una norma penal, por ser de los delitos de omisión simple, incumplimiento a mandatos de hacer contenidos en los tipos penales.

La esencia de la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. En la omisión simple o propia no existe mutación del mundo fenomenológico, por ser el resultado puramente atípico.

Encontramos como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión las siguientes:

a) En la omisión simple se viola únicamente una norma preceptiva penal, en tanto en los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal;

b) En los delitos de omisión simple sólo se da un resultado jurídico; en los de comisión por omisión, se produce un resultado tanto jurídico como material, y

c) En la omisión simple, es la omisión la que integra el delito, mientras en la comisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo punible.

La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva.

La omisión es un conducta negativa, es inactividad voluntario con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).

Delitos de acción es cuando la conducta se manifiesta a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios, son los que se consuman haciendo algo, el elemento querido por el autor se realiza a través de un acto positivo. Delitos de omisión son aquellos en los cuales la conducta consiste en una inactividad, en un no hacer de carácter voluntario.

LOS COEFICIENTES FISICO Y PSIQUICO DE LA CONDUCTA

Analizando el concepto de las formas de expresión de la conducta como son la acción y la omisión,, se dice que en la primera se observa una actividad, en la que se encuentra un factor físico, consistente en el movimiento corporal, al que se suma uno de naturaleza psíquica identificado con la voluntad del sujeto de realizar dicha actividad que es voluntaria, mientras que en la omisión el agente permanece

inactivo omitiendo voluntariamente un actuar esperado y exigido por el Derecho.

AUSENCIA DE CONDUCTA

"Ausencia de conducta es cuando la acción u omisión son involuntarias o cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyas" por faltar en ella la voluntad.

Se considera que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, no habrá por lo tanto delito. Es, entonces, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o el impedimento de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base del delito como en toda controversia jurídica.

La dogmática moderna del delito ha precisado como casos de ausencia de conducta las siguientes:

I. La vis absoluta, llamada igualmente violencia, constreñimiento físico o fuerza irresistible; y,

II. La fuerza mayor.

Jiménez de Asúa, hace la siguiente clasificación:

a) El sueño y el sonambulismo, no debiéndose incluir ni la embriaguez del sueño ni el estado crepúsculo hipnótico,

b) La sugestión, la hipnosis y la narcosis,

c) La inconsciencia y los actos reflejos, y,

d) La fuerza irresistible." 30

(30) -----, Tratado de Derecho Penal III, Ed. Buenos Aires, Argentina 1990, Pág. 606

LA FUERZA IRRESISTIBLE.

El artículo 15, fracción I del Código Penal señala: "el delito se excluye cuando: I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente". Texto del que inferimos de acuerdo a la doctrina lo que se conoce como la vis absoluta, teniendo como requisitos: a) Una actuación consistente en una actividad o inactividad involuntaria, b) Motivada por una fuerza física exterior e irresistible, c) Proveniente de otra sujeta que es su causa.

En la doctrina la vis absoluta o fuerza irresistible supone, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevante para el derecho, quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñimiento no ha podido materialmente oponerse.

Reconociendo a la fuerza física una ausencia de conducta se señala que el que por virtud de la violencia física que sufre sobre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, sino sólo física; no ha querido el resultado, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; non agit, sed agitur, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejercita sobre él la fuerza física. Así, mirando a los criterios clásicos falta la moralidad de la acción; y a los

positivistas, es nula la temibilidad del sujeto medio, mientras patente la del sujeto causa. Por ello la acción no existe.

Al comprobarse los extremos de la fuerza física exterior irresistible, en que el agente no tiene espontaneidad, ni motivación, ni culpa, nos encontramos en presencia de un caso de inexistencia del delito, ausencia del elemento moral o subjetivo (intencionalidad o imprudencia).

Existiendo en nuestros textos legales por separado las exigentes de miedo grave y temor irresistible, vis compulsiva, debe entenderse que la fracción I del artículo 15 del Código Penal se constriñe a la fuerza irresistible, o sea aquella violencia hecha al cuerpo del agente que da por resultado que éste ejecute inmediatamente lo que se ha querido ejecutar.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ubica a la fuerza física como aspecto negativo de la conducta en la siguiente tesis: "FUERZA FISICA IRRESISTIBLE, COMO EXCLUYENTE. La fuerza física irresistible suprime la conducta como elemento del delito y por lo tanto éste es inexistente, aquí el sujeto obra, produciendo un resultado ilícito, sin voluntad, sirviendo de simple instrumento a la actuación de una fuerza extraña que le ha servido de impulso y cuyo poder no ha sido vencido." (Semanao Judicial de la Federación, página 70 del Tomo XXI, Sexta Epoca).

LA FUERZA MAYOR

FALLA DE ORIGEN

La fuerza mayor es una actividad o inactividad involuntaria, por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. Esta se diferencia de la vis absoluta en que la primera es originada por una energía distinta, ya sea natural o subhumana; y la segunda proviene del hombre.

La involuntariedad del actuar del impulso de esa fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta y por ellos la fuerza mayor (vis maior), conforma casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta. Si el hacer o el no hacer son inatribuibles al sujeto por ausencia de voluntad, no puede integrarse la conducta y tampoco el hecho, siendo imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano físico.

EL SUEÑO

El sueño es el estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente la cual puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos, pero al no integrarse la conducta, por falta de voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito.

EL SONAMBULISMO

El estado sonambólico es similar al sueño, distinguiéndose de éste, en que el sujeto deambula dormido, es decir, hay movimientos corporales inconscientes y por ello

involuntarios. Es decir son automáticos, estando en ellos abolida tanto la conciencia como la voluntad.

Cuestión diferente es pretender la inexistencia de la conducta cuando el sujeto conoce su estado; en este caso el resultado puede serle imputado a título de culpa, por no haber tomado las precauciones necesarias a efecto de que aquél no se produjera.

En general, algunos consideran al sonambulismo comprendido, como causa excluyente del delito, dentro del artículo 15 fracción VII del Código Penal estimándolo como un trastorno mental transitorio, aún cuando la ausencia de voluntariedad de los movimientos corporales impiden el nacimiento de la conducta.

EL HIPNOTISMO

El hipnotismo consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. tales manifestaciones, pueden ir desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, el cual se identifica por la ausencia del dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico, cuando se despierta de él.

El hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia, a través de la sugestión, lo que establece una correspondencia psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador. La exclusión del delito se apoya en la ausencia de conducta (acción) y en la hipótesis de causación de daños por el hipnotizador, la responsabilidad

de éste surge como autor mediato, por no ser aquél sino un instrumento de éste, a través de la sugestión hipnótica.

LOS ACTOS REFLEJOS

Los actos reflejos son los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento. En estos casos sucede algo semejante a los otros, existen los movimientos corporales mas no la voluntad necesaria para integrar la conducta.

3.2 LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD

LA TIPICIDAD

Para entrar al estudio de la tipicidad es necesario hacer el análisis del tipo para precisar su concepto y su contenido.

Tipo, en sentido amplio, se considera al delito mismo, así como al conjunto de todos sus elementos constitutivos. En sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo es considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una figura de delito.

"Se ha considerado, por diversos autores de la materia que el antecedente del tipo se encuentra en el concepto del

Corpus delicti, posteriormente utilizado por Ernesto Von Belling, usado en leyes y códigos de ascendencia latina; aunque inicialmente la evolución del concepto no se apartó del ámbito procesal, el cual se identificó con la prueba material del delito, posteriormente se le dió otro significado, confundiéndolo con el objeto material del mismo o con el hecho descrito en la ley, llegándose, a fundir tal concepto con el de tipicidad." 31

"Dentro del sistema jurídico mexicano el concepto del corpus delicti ha sido esencial y se le invoca constantemente en las sentencias de los Tribunales, constituyendo la base del enjuiciamiento penal. La terminología de este punto ha variado de manera formal y no en cuanto a su contenido, como se aprecia de la lectura de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que por decisión de la Comisión Permanente del Congreso General y previa la aprobación de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión." 32

El artículo 16 contiene importantes modificaciones en relación a su texto anterior; en su segundo párrafo declara que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como

(31) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano Décimaprimer edición, Ed. Porrúa, México 1994, Pág. 288.

(32) *Idem.*

delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado"; es claro que ahora son mayores las exigencias que la Ley Suprema requiere para que se justifique legalmente la orden de aprehensión que dicta la autoridad judicial, siendo que anteriormente bastaba la precedencia de denuncia, acusación o querrela "de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal", apoyadas "por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito..."

La principal diferencia es que el texto vigente exige que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado y no la sola denuncia, acusación o querrela de un hecho delictuoso sancionado con "pena corporal", bajo protesta, de persona digna de fe, etc., como señalaba el texto anterior. Dicho de otra manera, la Carta Magna condiciona el libramiento de una orden de aprehensión, por autoridad judicial, a la comprobación del cuerpo del delito, ya que ello equivale al acreditamiento de los elementos integrantes del tipo penal.

El artículo 16 en su párrafo quinto de nuestra Ley Suprema le concede al Ministerio Público la facultad para ordenar detenciones en los casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo de que el indiciado se

sustraiga a la acción de la justicia, el citado artículo señala: "Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundado y expresando los indicios que motiven su proceder."

La detención ordenada por el Ministerio Público no podrá traducirse en retención que se prolongue más de 48 horas, salvo que se trate de delincuencia organizada, en cuyo caso el plazo podrá duplicarse. El 7o párrafo del artículo 16 señala: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal."

El anterior texto del artículo 19 de la Constitución establecía el límite de la detención (ante el órgano jurisdiccional) en las 72 horas (3 días) y que su prolongación debería justificarse con un auto de formal prisión, en el que se expresaría tanto el delito imputado al acusado y los elementos que lo constituían como el lugar,

tiempo y circunstancias de ejecución, al igual que los datos suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer la probable responsabilidad del acusado. El nuevo texto del citado artículo expresa: "Ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este ..". Como se puede apreciar ya no se habla de cuerpo del delito sino de los elementos del tipo penal del delito, que ha nuestra opinión expresan lo mismo, si se tiene en cuenta que por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos constitutivos de una particular figura delictiva.

"En 1930 Beling desarrolla, en su *Die Lehre vom tatbestand*, publicado en 1906, una ampliación de su doctrina sobre la Teoría del Tipo, introduciendo términos como *Deliktstypus* (tipo del delito), *Typizität* (tipicidad), *tatbestandsmäßigkeit* (adecuación típica), etc. El esfuerzo de Beling estuvo orientado a establecer una relación entre el tipo del injusto y el tipo de culpabilidad con el *tatbestand* legal o *leitbild*, el cual constituye una figura rectora que no es el conjunto de las notas del delito sino la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, es decir la suma de

los elementos materiales atribuibles al agente; esta idea anterior a su teoría." 33

"Jiménez de Asúa hace ver el imperativo, de acuerdo con el Derecho positivo alemán, de ser sólo punible la conducta antijurídica y culpable amenazada de pena, de manera que únicamente los tipos de conducta (typen), captados por las fórmulas de amenaza pena, son objeto de sanción penal y cada conducta en tal sentido típica (typischen) sólo es punible en adecuación precisamente a aquella pena abstracta que va unida al Typus en cuestión. La Typizität es una característica esencial del delito." 34

"Dentro de la estructura beligniana se debe distinguir:

1) El deliktstypus (tipo del delito) o sea la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera.

2) El tatbestand legal o leitbild, constituyen la figura rectora, cuya naturaleza es descriptiva y objetiva, haciendo reunir la ilicitud y la culpabilidad.

3) El unrechtstypus o tipo de ilicitud, que se identifica con el hecho antijurídico referido a una determinada figura.

4) El tipo de culpabilidad, el cual es la culpabilidad típica, el dolo concreto exigido por una determinada figura y que con unión con el tipo de ilicitud va a llenar el leitbild o tatbestand legal.

(33) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob cit, Pág. 291.

(34) -----, La Ley y el Delito, Segunda edición, Ed. - Buenos Aires, Argentina 1954, Pág. 259.

5) El *tatbestandsmässigkeit* o adecuación típica constitutivo de la relación entre el hecho concreto y real y el tipo del delito; es la acción que da contenido real al *tatbestand* legal.

6) La *typicitat* o tipicidad, que expresa la necesidad de acuñar los delitos del tipo y no en definiciones genéricas y vagas." 35

"Jiménez Huerta precisa que en la nueva construcción de 1930 el tipo es la imagen rectora, cuadro dominante o tipo *regens* que norma y preside cada especie delictiva; de esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una representación conceptual, que no debe ser confundida con su realización exterior." 36

Concepto de Tipo. Mezger dice: "El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal. para Ignacio Villalobos, el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo." 37

En nuestra opinión el tipo legal es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la cual se agrega un resultado, que es considerada delictuosa a ser inseparable

(35) PAVON VASCONCELOS, Francisco, *ob cit*, Pág. 292

(36) -----, *La Tipicidad*, trigésima sexta edición, Ed. -- Porrúa, México 1965, Pág. 27.

(37) *Ibidem*, Pág 296.

de una sanción penal.

El concepto de *tatbestand* con *Beling* se limita, surgiendo con él la primera fase en la evolución del concepto del tipo, llamado por *Jiménez de Asúa* fase de la independencia en la cual precisa que si la acción típica es injusta y su autor culpable son cuestiones ajenas, al tipo, correspondientes a la valoración de la acción, ello cae en el ámbito de lo antijurídico y lo culpable, por tanto, tipicidad y antijuridicidad son elementos independientes del delito, aún cuando su concurrencia sea necesaria para su integración.

El tipo penal se presenta, de forma ordinaria como una descripción de la conducta humana, en otras el tipo describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión, de ahí la necesidad de estudiar por separado los elementos que integran los tipos, lo cual será de utilidad para precisar los efectos de que ausencia, elementos que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o subjetiva.

1) Elementos objetivos: Se debe entender aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.

Son igualmente elementos del tipo todos los procesos, referencias, etc, conectadas a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forma parte de la descripción legal. Estas modalidades son:

a) Calidades referidas al sujeto activo: En ocasiones el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada la punibilidad de la acción bajo un tipo delictivo, ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta por cualquier sujeto y por tal razón se les ha denominado delitos propios, particulares o exclusivos. En nuestro Código se tienen como ejemplos: el artículo 123, sobre el delito de traición a la patria que exige en el sujeto la calidad de mexicano por nacimiento o naturalización; el artículo 212 que sanciona el ejercicio indebido de servicio público en el cual se requiere que el sujeto activo tenga la calidad de servidor público; en el aborto procurado con móviles de honor (artículo 332) en el que sólo la mujer embarazada puede ejecutar la acción típica; en el delito de abandono de atropellados (artículo 341) lo son los autores del atropellamiento.

b) Calidades referidas al sujeto pasivo: En otros casos la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, presentándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por lo tanto la impunidad de la conducta o del hecho en el ámbito del tipo, como ejemplo tenemos que es necesaria la calidad de hijo o cónyuge en el delito de abandono de deberes de asistencia familiar (artículo 336); ser menor de 7 años en el delito de exposición de infantes (artículo 342), etc.

c) Referencias temporales y espaciales: La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión, por ejemplo en el caso del artículo 329 que señala "en cualquier tiempo de la preñez"; artículo 285: "departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada"; artículo 381 "cuando el delito se comete en un lugar cerrado", etc.

d) Referencia a los medios de comisión: En ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravante en la pena. Tenemos como ejemplos: artículo 81: "coacción a la autoridad pública por medio de la violencia física o moral"; artículo 265: "cópula obtenida mediante la violencia física o moral"; artículo 372: "robo con violencia"; etc.

e) Referencias al objeto material: Las referencias al objeto en los tipos penales son frecuentes como: sellos, marcas, punzones, cuños, títulos al portador y documentos de crédito (artículos 239 y 241); monedas, billetes de banco (artículo 234 y 238); cosa ajena mueble (artículo 367).

II) Elementos normativos: Forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos aplicados por la ley,

siendo esta valoración necesaria para poder apreciar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica de acuerdo con el contenido del iurus del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico. En nuestro derecho, como ejemplo de tipos con elementos normativos tenemos: artículo 173, fracción I y II (abrir o interceptar indebidamente una comunicación escrita no dirigida a él); artículo 179 (al que sin excusa legal se negare a comparecer, etc.); artículo 225, fracción I (conocer de negocios para los cuales tengan impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les correspondan, sin tener impedimento legal para ello).

III) Elementos subjetivos: Los tipos contienen frecuentemente elementos subjetivos por cuanto se refiere al motivo y al fin de la conducta descrita, a estos elementos se les ha denominado elementos subjetivos del injusto. Los autores coinciden en señalar a Harold Fischer como el primero en referirse a ciertos momentos subjetivos que intervienen en la relación entre lo ilícito y lo lícito, el autor reconoce la existencia de determinadas conductas o hechos en los cuales sólo es posible precisar su ilicitud cuando se dan algunas referencias subjetivas, éstas quedan en general, incluidas en la culpabilidad, salvo cuando se conectan con la intención o el propósito, en cuyo caso se le relaciona con la antijuridicidad.

"En México se han ocupado de esas referencias subjetivas Ignacio Villalobos, cuando reconoce la existencia, dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad, de elementos subjetivos que constituyen la antijuridicidad de ciertas conductas, por estar incluidas en la valoración objetiva del acto que con ello resulta antisocial o contrario al orden jurídico; y Ricardo Franco Guzmán citado por el primero, reconoce la existencia de elementos subjetivos en el tipo legal objetivo, los cuales sirven en ocasiones para calificar la culpabilidad del autor y en otras para integrar el juicio de ilicitud de la conducta." 38

Por tanto a nuestro juicio, dado el presupuesto del tipo, la tipicidad es la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, como lo podemos ver en primer lugar en nuestra Constitución Federal, en su artículo 14 párrafo tercero que establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, ... pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad, siendo el primero la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales, el antecedente

(38) -----, *ob cit.*, Pág. 251.

del delito y la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, uno de los elementos constitutivos del delito.

ATIPICIDAD

Atipicidad es cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausentes alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad, señalando que éste es la ausencia de adecuación de la conducta del tipo, siendo que la conducta si no es típica, no podrá ser delictuosa.

La diferencia entre ausencia de tipo y de tipicidad, es que la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que debería ser incluida dentro de los delitos y la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

Las causas de atipicidad son las siguientes: a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos; b) Si falta el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos

del injusto legalmente exigidos y f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

3.3 LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS EXCLUYENTES DEL DELITO

LA ANTIJURIDICIDAD

"Algunos autores, han pretendido dar una noción negativa de la antijuridicidad. Porte Petit argumenta que se tendrá como antijurídica una conducta adecuada al tipo cuando no se prueba la existencia de una causa de justificación. En general, los autores se muestran conformes en que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho, agregando que la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general, del orden social jurídico. El objeto que se valora, es una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos)."³⁹

Es antijurídica una acción cuando contradice las normas del Derecho. La doctrina se encuentra acorde en considerar a la objetividad del injusto como un juicio de valor acerca de la relación entre el hecho y la norma del Derecho lesionada.

"Welsel es contundente al afirmar el carácter objetivo de la antijuridicidad, por cuanto recae sobre la conducta o hecho en relación al orden social jurídico y con base a una escala general. Agrega diciendo que el objeto de la voluntad

(39) PORTE PETIT, Celestino, Derecho Penal, Parte General
Ed. Roca, Madrid 1956, Pág. 104.

jurídica ordenadora es la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que le contradice; esta determinación tiene lugar en virtud de las normas del Derecho, que por ello aparecen como normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho. Jiménez de Asúa expresa que lo antijurídico es objetivo al ligar el acto con el Estado, no siendo lo antijurídico lo captado por el dolo, sino el deber de no violar las normas." 40

El criterio objetivo, por tanto, afirma la posibilidad de valorar la conducta (acción u omisión) o el hecho (conducta-resultado), en virtud de su contradicción con el orden jurídico.

"Ignacio Villalobos, se adhiere al criterio objetivo de la antijuridicidad, diciendo la valoración de los actos es netamente objetiva: el homicidio es un desvalor jurídico, por tanto es acertada la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración; nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto, sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, el homicidio es antijurídico." 41

La corriente subjetiva de la antijuridicidad, que tiene en Hold Von Ferneck a uno de sus principales sostenedores,

(40) -----, *ob cit*, Pág. 302

(41) -----, *ob cit*, Pág. 251

pretende encontrar la esencia de lo antijurídico en una especie de contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma.

Petrocelli en Italia se ha opuesto a la antijuridicidad objetiva, considerando la valoración realizada por el Derecho ligada al mandato jurídico, de manera que aquella constituye el contenido de éste; de allí deduce la asociación entre las funciones valorativas e imperativas, resultando de ello inútil pretender construir el concepto de antijuridicidad fuera de términos subjetivos. pregonando la falta de fundamento de la concepción objetiva, en virtud de la imposibilidad de prescindir, en un juicio de antijuridicidad, de la substancia espiritual que la integra, concluyendo en estimar que debe tal juicio considerar el hecho integrado tanto de sus notas objetivas como subjetivas.

"Débese a Franz Von Liszt el desarrollo de una estructura dualista de la antijuridicidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material; para él la acción es contraria al Derecho desde un punto de vista formal en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad." 42

(42) Cit por FAVON VASCONCELOS, Francisco, *Op cit*, Pág. - 325.

Esta concepción dualista ha sido admitida por unos y negada por otros. Petrocelli se opone a ella alegando lo indisoluble de la unidad existente entre la forma y la sustancia de lo antijurídico, expresando que la llamada antijuridicidad material no existe. Sebastián Soler niega la antijuridicidad formal, la cual no resulta sino la adecuación externa desprovista de todo sentido de valoración. Ignacio Villalobos acepta ambas formas de antijuridicidad, argumentando que van unidas, constituyendo una la forma y la otra el contenido de una misma cosa.

En nuestra opinión lo antijurídico es de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho.

LAS EXCLUYENTES DEL DELITO

A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causa que anulan el delito, es decir, impiden su configuración. Suelen denominarse causas excluyentes del delito, causas de incriminación, etc. Nuestro Derecho en el Código Penal utiliza la expresión "circunstancias que excluyen al delito".

Las causas de justificación es el conjunto de situaciones en que, por hallarse ausente uno de los elementos en la infracción penal, no puede surgir para el que obra una responsabilidad de esta índole.

Las causa de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan

cooperando en una actuación perfectamente jurídica acorde con el derecho.

La presencia de alguna de esas causas trae como consecuencia la no afirmación de alguno de los elementos del delito, y por lo tanto la no existencia de éste. Entre ellas a su vez se encuentran las que se refieren específicamente a la culpabilidad, esto a la responsabilidad en sentido estricto. Y si el hecho de que en un caso concreto intervengan diversas personas y respecto de alguna o algunas de ellas le favorezca alguna excluyente, el delito se excluirá con relación a ellas, es decir, ellas no habrán cometido el delito, pero subsiste por lo que toca a otros; pues el delito, en cualquiera de sus niveles, necesariamente se vincula con el sujeto.

Se ha seguido un orden más sistemático de dichas eximentes, en atención a la naturaleza que corresponde a cada una de ellas en la construcción dogmática del delito, este orden viene a facilitar la interpretación y consecuentemente la aplicación de la ley, permitiendo una mayor claridad de las causas que excluyen la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Son circunstancias que excluyen al delito las llamadas causas de justificación, por virtud de las cuales el hecho, aunque típico, es, sin embargo, conforme a derecho. Se encuentran entre ellas la legítima defensa, estado de

necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber. Las que analizaremos en el siguiente capítulo.

3.4 LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD

LA IMPUTABILIDAD

Para ser culpable un sujeto, precisa que sea imputable, si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades, para que un individuo conozca la ilicitud de un acto y tiene el deseo de realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, determinándose en función de lo que conoce, entonces la aptitud constituye un presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad debe considerarse como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, siendo la capacidad de obrar en Derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traiga consigo las consecuencias penales de la infracción.

Podemos definir a la imputabilidad como la capacidad de atender y de querer en el área del Derecho Penal, aceptando sus consecuencias jurídicas incluyendo en esto las condiciones mínimas de salud y desarrollos mentales del autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico,

consistente en la salud mental, son dos aspectos de tipo psicológico: la salud y el desarrollo mental, generalmente el último de estos se relaciona con la edad, el problema de los menores infractores siendo tratado por el aspecto negativo de la imputabilidad.

"Será imputable dice Carrancá y Trujillo, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstractas 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." 43

Desde hace tiempo se ha tomado en cuenta para la declaratoria de responsabilidad del delincuente, no solamente el resultado objetivo del delito, sino también la causalidad psíquica. Por la influencia del cristianismo en la legislación penal, el libre albedrío se convirtió en el eje central del Derecho represivo. La Escuela Clásica fundamentó tal elemento en la imputabilidad moral y el libre albedrío, distinguiendo entre imputables e inimputables, señalando que sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral; sin embargo la revolución positivista y filosófica intentó cambiar el fundamento de la responsabilidad, negando en primer lugar el libre albedrío y afirmando en segundo término

(43) -----, Derecho Penal Mexicano, décimo séptima edición. Porrúa, México 1991, Pág. 222

el determinismo de la conducta humana, estableciendo que el hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho ejecutado y contrario al Derecho.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado, son imputables aquellos sujetos que tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para querer o entender, pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

Suele existir cierta confusión respecto a lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad, en algunas ocasiones se utiliza como sinónimo de culpabilidad, igualmente a la imputabilidad, en un sentido se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder del hecho ante los tribunales, demostrando según el caso la antijuridicidad o la culpabilidad en su conducta, por otra parte se utiliza el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor en su acto típico contrario a Derecho, si obró culpablemente los fallos suelen concluir así, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito.

En este sentido Villalobos señala que: "La antijuridicidad es una relación del hecho con el orden jurídico; la imputabilidad es calidad o estado de capacidad

del sujeto; la culpabilidad es relación del acto con el sujeto; y la responsabilidad lo es entre el sujeto y el Estado, relación esta última que puede tomarse en tres momentos: el relativo a la imputabilidad que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces significa obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo; y el correspondiente a la culpabilidad que, significa un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquido y el Estado. 44

La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito; como un elemento integral del mismo, o bien como el presupuesto de la culpabilidad. Parte de la doctrina penal se muestra inclinada a considerar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, especialmente los psicoanalistas, al identificar la culpabilidad con la relación psicológica existente entre el hecho y su autor, la cual necesita el carácter de imputable.

Según los libero-arbitristas, para ser el individuo responsable debe poseer, al tiempo de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos y gozar de la facultado de elección entre los diversos motivos de conducta presentados ante su espíritu; ha de poder elegir libremente,

 (44) -----, *ob cit*, Pág. 290.

en forma voluntaria (libre albedrío). En tales condiciones, la responsabilidad penal es consecutiva de la responsabilidad moral.

Para los deterministas, en cambio, como no existe el libre albedrío, la conducta humana está por completo sometida a fuerzas diversas, resultantes de la herencia psicológica, fisiológica, del medio ambiente, etc. La responsabilidad ya no es moral sino social. el hombre es responsable por el hecho de vivir en sociedad.

La responsabilidad es una relación entre el sujeto y el estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley y su conducta.

LA INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es la ausencia de capacidad y como consecuencia la incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Consideramos que las causas de inimputabilidad son todas aquellas que son capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto conoce de aptitud psicológica para actuar ilícitamente.

En la determinación de las causas de inimputabilidad las legislaciones penales emplean los criterios biológico, psicológico y mixto; el primero se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionados con el fenómeno de

la inmadurez mental del sujeto, los códigos apoyados en dicho criterio, señalan determinada edad para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables; el psicológico o psiquiátrico elabora la noción de inimputabilidad en función del trastorno mental, sea éste transitorio o permanente, en cuyo último caso designasele comunmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicósomática permanente, esto desde el punto de vista que merece el sujeto, calificándolo de inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos generales comprende la inmadurez mental, incluyendo toda clase de alteraciones o traumas psíquicos que afectan la esfera intelectual de la personalidad o constriñen su voluntad; el mixto permite el empleo de las anteriores combinaciones, siendo las más comunes la biológica-psiquiátrica, la psicológica-psiquiátrica y biopsicológica.

Se señala la existencia de un criterio más, el jurídico, concretado solamente a la valoración hecha por el Juez respecto a la capacidad del sujeto por comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme dicha comprensión, de manera que la inimputabilidad es una consecuencia de dicha valoración al considerar al sujeto capaz de tal conocimiento o comprensión.

La ley mexicana adopta un sistema biopsicológico-psiquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de

inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológicas (minoría de edad) como psicopsíquicas (estados de inconciencia y enfermedades mentales).

La ley positiva vigente, en el artículo 15, fracción VII comprende a los trastornos mentales tanto de carácter transitorio, como permanente, que nulifican en el sujeto la capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho o le impiden conducirse de acuerdo a esa comprensión, de igual forma de incluyen a los sujetos de desarrollo intelectual retardado, que al igual que los que sufren trastorno mental se encuentran en imposibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho.

La fracción VII del artículo 15 consagra los casos de inimputabilidad, comprendiendo a quienes actúan bajo trastorno mental, sea transitorio o permanente, así como a los sujetos cuyo desarrollo intelectual retardado les impide comprender el carácter ilícito del hecho o bien conducirse de acuerdo con dicha comprensión, con excepción de las señaladas en el mismo precepto.

La fracción II del artículo 15, en su anterior texto expresaba: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad: I. Hallarse el acusado, al cometer la infracción en un estado de inconciencia de sus actos determinada por el empleo accidental o involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes, o estupefacientes o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental

involuntario de carácter patológico y transitorio", el presente precepto únicamente regulaba los trastornos mentales transitorios, comprendiendo los de origen patológico y los no patológicos.

Llamó la atención a los comentaristas del texto de 1931, la expresión "estado de inconsciencia" utilizado por la ley con relación a las situaciones en las que un sujeto se encuentra bajo un trastorno mental transitorio, y como el Código penal alemán de 1871, utilizó una denominación semejante, una jurisprudencia alemana estableció que por el trastorno mental debía entenderse una grave perturbación de la conciencia que coloca al sujeto en la imposibilidad de comprensión de la criminalidad del acto y de su libre autodeterminación, lo que llevó a considerar que la pérdida del conocimiento no era necesariamente un requisito indispensable de la inconsciencia y del todo insuficiente para comprender las variadas hipótesis que pueden presentarse.

Podemos señalar que en los estados de inconsciencia el sujeto se encuentra bajo un trastorno mental transitorio, originado por alguna de las causas fisiológicas y patológicas, en atención a su más estricta naturaleza.

El artículo 68 en su texto original daba tratamiento a quienes se encontraban dentro de un trastorno mental permanente o más o menos permanente y cuya redacción al

referirse a los "locos, idiotas, imbeciles, etc", recibió la influencia de las legislaciones españolas.

"Ante los textos del artículo 15, fracción II y 68, al integrarse las comisiones de estudio para la revisión del Código Penal, para realizar una legislación modelo, se originó el proyecto del Código Penal de 1963, fueron dos las situaciones por las que se preocuparon: la de formular que se sustituyera a la de los "estados de necesidad", así como dar otra expresión a la de "locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales", inclinándose sus integrantes por las de trastorno mental transitorio y enajenados o alienado mental." 45

Las expresiones "trastorno mental" y "desarrollo intelectual retardado" abarcan la primera toda clase de trastorno mental, en tanto la segunda comprende los casos en que, si bien no existe un trastorno mental propiamente, el sujeto por su desarrollo intelectual retardado o incompleto no se encuentra, en posibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, como sucede en algunos casos tratándose de ciegos o sordomudos cuando carecen de instrucciones.

Los sujetos que actúan bajo trastorno mental, pueden ser objeto del tratamiento que en cada caso corresponde lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 69 del Código Penal, pues

(45) PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Ob cit*, Pág. 410.

FALLA DE ORIGEN

si bien y dado su carácter de sujetos inimputables, no son responsables penalmente, pueden sin embargo, estar sujetos a simples medidas de seguridad, cuando ésta se estime procedente a juicio del juzgador.

Con lo que respecta a los menores cuya situación es reconocida por su inmadurez mental, ha quedado al margen de la aplicación de normas penales, pues a partir de la promulgación de la Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 2 de agosto de 1974 y que entró en vigor a los treinta días de su publicación, quedaron derogados los artículos 119 a 122 del Código penal para el Distrito Federal y los Territorio Federales, referentes a la delincuencia de menores.

La ley anterior quedó abrogada, al entrar en vigor la ley para el Tratamiento de Menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, promulgada por el Ejecutivo Federal mediante Decreto del 19 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 24 del mismo mes y año, ordenamiento que tiene como objeto "reglamentar la función del estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquéllos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal y tendrá aplicación en el Distrito Federal en materia común, y en toda la República en materia federal"

(artículo 1). La ley referida creó en su artículo 4, el Consejo de Menores, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, el cual tiene a su cargo la aplicación de las disposiciones de la citada ley para el tratamiento de menores infractores, la resolución inicial, la instrucción y diagnóstico, el dictamen técnico, la resolución definitiva, la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento, la evaluación de la aplicación de las medidas de orientación y tratamiento, la conclusión del tratamiento y el seguimiento técnico posterior (artículo 7).

"La fracción VI del artículo 15 del Código Penal, se refirió en su primera parte, como excluyente de responsabilidad, al miedo grave, causa de inimputabilidad que se caracteriza por el trastorno mental transitorio que suprime en el sujeto el normal uso de sus facultades psíquicas y le impide por ello comprender el carácter ilícito del hecho ejecutado o conducirse de acuerdo con esa comprensión, de acuerdo al concepto contenido en el precepto citado." 46

Si el miedo grave tiene motivación exterior, por la existencia real de una amenaza, se asemeja al temor fundado, al constituir diversos grados de un estado psíquico provocado por un agente de entidad diferente al autor del hecho, del cual dimana un peligro real, inminente y grave, conforme a la

(46) *Ibidem*. Pág. 413, 414 y 415.

fórmula en el artículo 15, fracción VI en su texto derogado; sin embargo, si el miedo se produce por un mal inexistente o imaginario, no tendrá más similitud con el temor que el consistir ambas excluyentes en grados de un estado de conmoción psíquica.

Si el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de la voluntad, constituye una causa de inimputabilidad; en cambio, funcionará como una causa de culpabilidad cuando, al surgir a consecuencia de un peligro real, grave e inminente, no suprima en el sujeto dicha capacidad. Lo dicho explica que el legislador, en la reforma penal de 1973, en el nuevo texto del artículo citado, que enumera las causas de exclusión del delito, haya suprimido tanto el miedo grave, como al temor fundado, pues la primera de las causas, de suprimir en el agente la capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión queda inmersa, como un caso de inimputabilidad, por trastorno mental transitorio, dentro de la fracción VII del precepto señalado, y, tratándose de la segunda en la vis compulsiva o coacción moral, hipótesis de inexigibilidad recogida en la fracción IX del artículo en comento.

La expresión "actio libera in causa" hace referencia directa a ciertas acciones que, ejecutadas por un sujeto en estado de inimputabilidad, son estimados, por el derecho,

como manifestaciones de una voluntad libre y conciente en su origen.

En ocasiones sucede, que el agente plenamente imputable al ejecutar el hecho que va a determinar el resultado, es inimputable en el momento de producirse éste, como en el caso del guardavías que se embriaga para no accionar la aguja a la llegada del tren y originar así su descarrilamiento, pues llegado el instante de ejecutar la acción de él esperada es incapaz, por su embriaguez, de mover la palanca de cambio de la vía; en este ejemplo, el agente era imputable al comenzar a beber, pero ya no lo era cuando el desastre se produjo. En situaciones de esta índole, se está en presencia de las llamadas acciones liberae in causa, esto es, acciones libres en su causa pero determinadas en cuanto a sus efectos, en las que hay imputabilidad porque entre el acto voluntario y su resultado existe relación de causalidad; en el momento decisivo, en el impulso para el desarrollo de la cadena de causalidad, el agente era imputable.

El artículo 15, fracción VIII del Código Penal, que excluye el delito cuando el agente, al momento de realizar el hecho típico, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del mismo o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, elimina el beneficio de dicha causa de exclusión a quien dolosa o culposamente hubiere provocado su trastorno mental, en cuyo caso

responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

3.5 LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

LA CULPABILIDAD

La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; sin el cual no es posible concebir su existencia. En amplio sentido la culpabilidad es estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, mientras en sentido estricto es la calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.

La culpabilidad ha sido considerada de diversas maneras; en las épocas más antiguas, la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella, por tanto la responsabilidad tuvo un carácter objetivo, siendo la lesión o el daño causando la legitimación de su punibilidad. Posteriormente se tomó en cuenta, para establecer la responsabilidad, un elemento psicológico relacionando al daño con su autor el cual consistió en la prevención del evento y la voluntariedad de su causación, ésta en algunas ocasiones se exageró ya que a veces se llegó a castigar con independencia de la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de ejecutividad.

En el primitivo derecho punitivo, fundado en el principio de la venganza de sangre y composición, fué desconocida la exigencia de la culpabilidad para la sanción de los hechos considerados ilícitos. El derecho romano, vino a consagrar la concurrencia del dolo para los delitos públicos, mientras que para los delitos privados se consideró suficiente la culpa.

En épocas relativamente recientes surgió una corriente conocida como "concepción psicológica". cuya meta, la esencia de la culpabilidad, descansó en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor, que hace posible la aplicación de las consecuencias penales.

Puesta en duda la naturaleza del dolo y la culpa, entendiéndose la imposibilidad de estimar en ambas operantes el mismo criterio psicológico, se hizo necesario, buscar una solución adecuada para tal contradicción. Seuffert, apoyándose en ideas cuyo origen se pretende ubicar en Almendingen, en el siglo XVIII, elabora una teoría mixta, en la cual el dolo entra a formar parte de lo psicológico, mientras la culpa pertenece a la ética y al derecho.

Al tratar de estructurarse el concepto de culpabilidad, la doctrina penalista, se establece en dos posiciones, la psicológica y la normativista.

A. Teoría psicológica. Para esta teoría la culpabilidad consiste en el nexo psicológico entre el agente y el acto

exterior o como la relación psicológica del autor con su hecho, así entendido la culpabilidad, y considerando como formas vinculativas, admitidas por la ley, tanto el dolo como la culpa, constituyen así la imputabilidad el presupuesto de la primera.

El autor Sebastián Soler, adherido a la concepción psicológica, señala que: "Se afirmará la culpabilidad cuando el sujeto capaz obra, no obstante la valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico. Ello supone, en primer término, la vinculación del sujeto con el orden jurídico y, por otra parte, la vinculación subjetiva del propio sujeto con su hecho, fenómenos ambos de naturaleza psicológica pero que atienden a fundamentos distintos, pues mientras el primero implica una valoración normativa, el segundo está privado de toda valoración." 47

"Para esta teoría la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa. Ignacio Villalobos, concretiza el concepto afirmando que la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo." 48

(47) -----, Derecho Penal Argentino, Ed. Buenos Aires, -
Argentina 1951, Pág. 68.

(48) -----, *ob cit*, Pág. 272.

De lo anterior se obtiene que para esta teoría lo principal es la relación subjetiva entre el autor y su hecho, lo cual afirma su carácter fundamentalmente psicológico.

B. Teoría normativa. Esta teoría presupone para estructurar el concepto de culpabilidad la existencia de una conducta o hecho antijurídico. La culpabilidad señala Welzel agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuridicidad es la relación entre la acción y el orden jurídico, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla.

Para Goldschmidt la norma del derecho fundamenta el injusto, mientras la norma del deber establece idéntica función respecto a la culpabilidad, argumenta afirmando la existencia de la norma de deber, que exige al individuo conformar su proceder interno de tal forma que corresponda a la conducta externa impuesta por la norma jurídica, con ello pretende la posibilidad de una culpabilidad sin resultado antijurídico, o cuyo efecto invoca la tentativa, la culpa inconsciente y las causas excusantes. Mezger hace observar respecto a la tentativa el esfuerzo de la teoría objetiva para fundamentar su antijuridicidad en apoyos objetivos, refiriéndose a la culpa inconsciente, sostiene la imposibilidad de considerarla como delictum sui genesis, pues la culpa se castiga atendiendo al resultado producido en cada caso y no de modo unitario, por último considera fallida la

FALLA DE ORIGEN

referencia a las causas excusantes, ya que la norma de deber no es una norma independiente al lado de la norma del derecho, sino una norma de determinación que se dirige imperativamente al individuo, derivada de la norma de valoración (norma de derecho).

La culpabilidad para la teoría normativa consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica, pues el hecho antijurídico concreto es el punto de partida del reproche contra su autor. "Culpabilidad significa según Mezger un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser castigado no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda ser personalmente reprochada." 49

De lo anterior se concluye que culpabilidad equivale a reprochabilidad, de donde la culpabilidad jurídico penal no puede ser en sí el hecho en su significación psicológica, sino la propia situación de hecho regulada normativamente.

Coincidimos con la idea de Ignacio Villalobos, la cual es de posición psicológica, estimando integrada la culpabilidad con dos elementos: una actitud psicológica del autor y una valoración normativa de aquella, productora del reproche en virtud de la oposición en que, con relación al derecho se coloca el sujeto. Sin embargo lo que interesa es

(49) Cit por FAVON VASCONCELOS, Francisco, *ob cit*, Pág. - 397.

la actitud psicológica del sujeto que, teniendo presente que en delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuridicidad, es el nuevo elemento que por sí solo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo el proceso de valoración, de reproche y aún de punibilidad.

El desarrollo de la teoría normativa ubica dentro de la culpabilidad los siguientes elementos: la imputabilidad; las formas de culpabilidad, siendo el dolo y la culpa y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Por su parte, la teoría psicológica da a la imputabilidad el carácter de presupuesto de la culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro hecho psicológico, por cuanto en él yace la necesaria relación entre la acción antijurídica y su autor.

Mezger determina, como contenido del juicio de culpabilidad, al acto de voluntad (parte psicológica de la culpabilidad); a los motivos del autor (parte motivadora de la culpabilidad) y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor (parte caracterológica de la culpabilidad).

LA INCULPABILIDAD

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, de acuerdo a su concepto su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad: a) el error y b) la no exigibilidad de otra conducta.

El error. Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto, aunque son características diversas. La primera es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre la cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para los efectos del derecho, los conceptos se identifican, valiendo por igual.

El error, como género comprende al error de hecho y al error de derecho, distinción proveniente del derecho romano y reconocida en nuestros días.

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay culpabilidad, pues "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del derecho. Abandonada la distinción italiana entre el error de hecho y error de derecho, por la dificultad de establecer una frontera entre ambos errores, ahora se prefiere hablar de error de tipo y error de prohibición.

El artículo 14, fracción VIII del Código Penal, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de 10 de enero de 1974, declara causa de exclusión del delito la realización de la acción o de la omisión bajo un estado de

error invencible, sea que éste recaiga "sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal (inciso A) o "respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta".

La nueva disposición reformó el texto del artículo 15 en varios aspectos, y la inclusión del error en su fracción VIII, como causa de exclusión del delito, provocó la derogación del artículo 50 bis, que en la reforma de 1983, vigente a partir del 13 de abril de 1984, había recogido limitadamente el error de derecho, pues no operaba en la ley como una circunstancia excluyente de responsabilidad penal, sino como un caso especial, en el que condicionando su funcionamiento al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto, la ley otorga facultad al juzgador para poder imponer una pena atenuada e inclusive tratamiento en libertad.

La nueva fracción VIII del artículo 15 comprende, como exclusión del delito, tanto el error de tipo como el error de prohibición. El error de prohibición directo o error de derecho, se enmarca en el inciso B de la mencionada fracción y se da cuando el agente realiza la acción o la omisión bajo el error invencible, "respecto de la ilicitud de la conducta, ya porque desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma", observándose la aceptación de dicho error como exclusión del delito. La esencia del error de derecho radica

en que el sujeto, conoce el hecho que realiza, pero está ignorante de la obligación que tiene que respetar o acatar una norma penal determinada, ya por desconocimiento de la propia norma o porque su conocimiento de ella es imperfecto. No basta, que el sujeto se encuentre dentro del error, sino se precisa que este sea invencible o insuperable, es decir, que el sujeto este imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su contenido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable. En este inciso se señala el error de permisión, que algunos autores alemanes ubican como un error de prohibición indirecto y que consiste en que el sujeto, al realizar la acción u omisión, se encuentre en un error invencible, por creer que su conducta se encuentre justificada.

El último párrafo de la fracción VIII del artículo 15 declara que: "Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código", precepto que con referencia al error, lo sanciona con pena de "hasta una tercera parte del delito que se trate".

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. El primero produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre una

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito). El error inesencial o accidental no es una causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, sobre simples circunstancias objetivas, comprendiendo los casos de aberración: aberratio ictus (error en el golpe) y aberratio in persona (error en la persona). El error esencial vencible (aquel en el que el sujeto pudo y debió prever al error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida la forma de culpabilidad.

Con referencia al error de hecho o error de tipo, el actual texto del artículo 15, fracción VIII del Código Penal, expresa: "El delito se excluye cuando: VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: A. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal..".

El error que recae sobre las circunstancias del hecho típico, cuando es insuperable, elimina el dolo, a ése se le llama error de hecho (error de tipo), pero si el mismo no es invencible el agente responderá del hecho típico a título de culpa. Cuando el error no recae sobre circunstancias que pertenecen al hecho o tipo legal sino sobre la licitud de la realización de tal hecho, se hable del error de prohibición (error de permisión) que caería dentro del error de hecho, en tal hipótesis el agente no ignora los elementos del hecho típico, pero inside en el error sobre la licitud de la conducta que realiza.

Cuando la ley, precisa como causas de exclusión del delito el que se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales del tipo penal, está consignando el error de hecho o error de tipo, como causa impeditiva de la integración del delito, y al agregar que cuando ese error invencible se dé a virtud de que el sujeto crea que está justificada su conducta, recoge igualmente, el error de prohibición indirecto o error de permisión.

La reforma integral del artículo 15, hizo desaparecer por innecesarias las anteriores fracciones VI y VII, la primera referente al miedo grave o temor fundado, y la segunda a la obediencia jerárquica legítima, por tratarse de casos de inimputabilidad e inculpabilidad (por error invencible del tipo), ya consignados en las formas genéricas del delito en las actuales fracciones VII y VIII del artículo en mención.

El error accidental está constituido por los casos de aberración, denominados *aberratio ictus* y *aberratio in persona*. En la primera hay una desviación en el golpe con causación de un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto; en el segundo el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a errónea representación.

Algunos autores se ocupan de los casos de aberración como especies de error sobre el objeto de la acción, se

FALLA DE ORIGEN

afirma que si el sujeto ignora, al ejecutar su acción, alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo penal, se excluye el dolo: por ello, el error de tipo constituye una causa que impide el conocimiento del sujeto sobre el carácter ilícito de la acción ejecutada, o el autor del hecho "no sabe lo que hace".

En el error sobre el objeto de la acción no se excluye el dolo cuando se da equivalencia típica entre el objeto de la representación y el objeto atacado, solución diversa en el caso de que falte la aludida equivalencia típica.

Con la frase "no exigibilidad de la conducta", se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, que hace excusable ese comportamiento; en la doctrina se afirma que es causa eliminadora de la culpabilidad.

En contra puede citarse la opinión de Ignacio Villalobos: "La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como una grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la convivencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos". 50

3.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

Las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, constituirán requisitos ocasionales, y por ende, accesorios o fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia.

Generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

3.7 LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

LA PUNIBILIDAD

Se entiende por punibilidad la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

La punibilidad consiste entonces en el merecimiento de una pena en función de la realización de ciertas conductas; entendiéndose que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor de una pena, trayendo consigo la aplicación de una sanción.

La punibilidad se caracteriza por: a) Merecimiento de penas; b) Imposición de sanciones si se cumplen los

presupuestos legales y c) Aplicación de las penas señaladas en la Ley.

Al definir al delito, entendemos que es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, desprendiéndose éste de un ordenamiento jurídico; de este modo a la punibilidad se le da el carácter fundamental o elemento integral del delito. Desde el punto de vista formal el concepto de delito puede reducirse a la conducta punible (acto u omisión que sancionan las leyes penales), como lo señala el artículo 7 del Código Penal.

Franz Von Liszt, al definir el delito, "lo estima un acto culpable, contrario al Derecho y sancionado con una pena; el legislador, continúa, no asocia la pena como consecuencia jurídica a toda infracción, pues de los actos culpables selecciona alguno para formar hechos constitutivos del delito sancionados con penas." 51

Para Cuello Calón el delito es: "Fundamentalmente acción punible, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquél." 52

Por su parte, Jiménez de Asúa precisa que: "lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la Ley recibe una pena." 53

 (51) Cit por PAVON VASCONCELOS, Francisco, *ob cit*, Pág. 488

(52) -----, *ob cit*, Pág. 139.

(53) -----, *ob cit*, Pág. 458.

Opina en contrario, entre otros, Sebastián Soler, quien excluye a la punibilidad de sus rasgos esenciales, define al delito como: "una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a un figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Definir el delito como acto punible y decir que éste es un acto antijurídico, culpable y punible, importa incurrir, en el error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que es el objeto definido. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de esos elementos." 54

Fernando Castellanos expresa que: "La punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, desde el primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento; en cuanto al segundo, porque el concepto de delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, no puede ser considerada como un elemento dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo algo externo al mismo." 55

Por otra parte Ignacio Villalobos señala que "El delito

(54) -----, *ob cit*, Pág. 458.

(55) *Cit por PAVON VASCONCELOS, ob cit*, Pág. 415.

es oposición al orden jurídico, tanto objetiva (antijuridicidad) como subjetiva (culpabilidad), mientras la pena es la reacción de la Sociedad y por ello externa a aquél, constituyendo su consecuencia ordinaria, terminando por afirmar que un acto es punible, invocando la existencia de delitos no punibles conforme a la ley, cuando ésta otorga una excusa absolutoria." 56

Raúl Carrancá y Trujillo establece que para él: "La punibilidad no es elemento esencial del delito; si falta (las excusas absolutorias forman el factor negativo) el delito permanece inalterable." 57

El Derecho Penal, ordenamiento jurídico que se ocupa del delito, del delincuente, de las penas y medidas de seguridad, constituye el objeto de la ciencia del Derecho Penal, por lo tanto debe tenerse siempre presente el concepto del artículo 7 del Código al definir al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El concepto del delito en el artículo 7, ha sido criticado en cuanto no destaca la totalidad de los caracteres que lo forman, estimándose insuficiente; sin embargo, se señala un carácter específico, que separa el delito de otras infracciones sancionables.

La Teoría General del Derecho se ha encargado de señalar la diferencia entre el derecho y otros órdenes normativos.

(56) Cit por VILLALOBOS Ignacio, ob cit, Págs. 203 y 204.

(57) -----, ob cit, Pág. 125.

siendo lo común entre ellos la noción de obligación (derecho y moral). la norma jurídica surge en cuanto el incumplimiento del deber prescrito, se relaciona a un acto coactivo del Estado que la dicta. Ahora bien, la tipicidad y la punibilidad concretizan y diferencian la norma penal de otras, refiriéndose esto a la definición del artículo 7 del ordenamiento legal invocado, pues únicamente es punible lo descrito por las leyes penales.

Somos de la opinión del Doctor Celestino Porte Petit al considerar que cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho típico, antijurídico, imputable y culpable pero no punible, en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino un consecuencia del delito.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las causa de impunidad de la conducta o hecho típico, antijurídico y culpable, denominados excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.

"Jiménez de Asúa las define como las causa de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública." 58

 (58) -----, ob cit. Pág. 465.

Castellanos Tena, precisa que "se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, excusa de pena al autor. Así, la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias."⁵⁹

Por tanto las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, a esto se le considera el factor negativo de la punibilidad.

Se ha considerado con la denominación de excusas absolutorias los casos comprendidos en los artículos 138, 151, 247, fracción IV, párrafo segundo, 280, fracción II, párrafo segundo, 333 y 375 del Código Penal.

a) El artículo 138, ubicado dentro del capítulo I (Rebelión) del título segundo del libro segundo del Código (Delitos contra la seguridad de la Nación) declara impunes a quienes habiendo tomado parte en una rebelión "depongan las armas antes de ser tomados prisioneros si no hubieren cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo anterior".

El precepto consagra una excusa absolutoria anulando su

(59) -----, *La punibilidad y su ausencia*, trigésima edición, Ed. Porrúa, México 1981, Pág. 417.

carácter delictuoso, se razona que en este caso, existe el delito pues la remisión de la pena deja viva la configuración del hecho de alzarse en armas contra el Gobierno de la República con los fines específicos exigidos por la ley, ciertamente la conducta resulta típica, antijurídica y culpable, pero de igual forma para la ley el hecho de deponer las armas, antes de ser tomado prisionero (siempre que no se haya cometido alguno de los delitos de homicidio, robo, secuestro, despojo, incendio, saqueo u otros delitos para hacer triunfar la rebelión) quita su carácter delictivo a la conducta mediante la supresión de la amenaza de la pena, por tanto el arrepentimiento constituye el fundamento de la excusa.

b) El artículo 151 señala una excepción respecto al funcionamiento de la pena prevista en el artículo 150 (al que favorece la evasión de algún detenido, procesado o condenado) tratándose de los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, de sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que haya proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas.

Esta situación, no integra propiamente una excusa absolutoria sino una "no exigibilidad de otra conducta" y es causa de inculpabilidad al suprimir el delito por ausencia de su elemento subjetivo.

FALLA DE ORIGEN

c) El artículo 247, fracción IV, en su párrafo segundo señala: "Se impondrán de dos a seis años y multa de cien a trescientos días multa al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado bajo protesta de decir verdad y faltare a ella en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito un documento o afirmado un hecho falso o alterando o negando uno verdadero, o sus circunstancias substanciales".

La falsedad en que incurre el acusado no constituye una "infracción punible" por operar en el caso de una inexigibilidad que impide la integración del elemento subjetivo y por ellos del delito.

d) El artículo 280, fracción II, declara delictuosa la conducta de quien "oculte, destruya, o sin 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 esa circunstancia. En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio".

Esta consagra la impunidad del encubrimiento (favorecimiento personal) cuando lo realizan los parientes más próximos del homicida. Las razones que fundamentan la impunidad se identifican con los artículos 400, fracción V y 151; con apoyo en ellas es preciso declarar la inexistencia

del delito por inexigibilidad de otra conducta, originante de una causa de inculpabilidad del hecho típico y antijurídico.

e) El artículo 333, en su primera parte, declara impune el aborto causado "solo por imprudencia de la mujer embarazada", el precepto contiene una excusa absolutoria, al eximir de pena el resultado de muerte del producto de la concepción, cuando es consecuencia de la conducta imprudente de la propia mujer embarazada; el origen de la excusa la encontramos en el hecho de que la mujer es la primera en lamentarse, en la mayoría de los casos, la frustración de sus esperanzas de maternidad.

El propio artículo 333, en su parte final, declara impune el aborto "cuando el embarazo sea resultado de una violación", en este caso si es claro que el acto le fue impuesto violentamente a la mujer, vulnerando su libertad sexual salvaguardada por la ley, pro constituir un bien jurídico tutelado, no se le puede exigir la aceptación de una maternidad no querida ni buscada, se reconoce una causa de inculpabilidad.

f) El artículo 375 señala "cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, sino se ha ejecutado el robo por medio de la violencia".

En este caso, el agente se arrepiente de la conducta ilícita ejecutada y devuelve no sólo lo robado sino paga además los daños y perjuicios causados antes de que la autoridad tome conocimiento del hecho. Tanto el arrepentimiento como la ausencia de los medios violentos en la comisión del apoderamiento ilícito de la cosa, revelan ausencia de peligrosidad, siendo esta la razón política criminal que llevó al legislador a establecer la excusa.

En conclusión diremos que la figura del delito es intrascendente, ya que del análisis de sus elementos, así como de su definición, desprendemos que es importante para comprender y saber en qué casos existe o no cada uno de nuestras figuras delictivas, por faltar alguno de sus elementos constitutivos.

CAPITULO IV

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN AL DELITO

En el presente capítulo trataremos aquellas circunstancias que hacen inexistencia la presencia del tipo penal, por hallarse ausente uno de los elementos de la infracción penal, así como por sus características especiales y fundamento legal.

4.1 LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho.

El artículo 15, fracción IV del Código Penal, dice: "El delito se excluye cuando: IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende". La ley constituye esta justificante con la existencia de una agresión real, actual o inminente; con la acción de defensa, que consiste en repeler la agresión, en protección de bienes jurídicos, propios o ajenos, condicionándolo a la necesidad del acto defensivo, a la racionalidad de los medios empleados y a la ausencia de provocación dolosa, suficiente e

inmediata, de parte del agredido o de la persona a quien se defiende, elementos todos ellos contenidos en la definición.

"Múltiples son las definiciones dadas sobre la legítima defensa, pero los tratadistas han visto en ella la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas contra el agresor, cuando no traspasa la medida necesaria para la protección, o bien la defensa estimada necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor." 60

El artículo 15, fracción IV, consagra el derecho de defensa contra una agresión actual o inminente; el texto vigente adopta una fórmula genérica al referirse, como objeto de tutela, a toda clase de bienes jurídicos y no sólo a la vida y a la integridad física de la persona, a su honor o a sus bienes económicamente considerados, ampliando tal derecho de defensa, como lo precisa el texto, respecto a toda clase de bienes jurídicos que puedan ser por naturaleza materia de agresión y por ello de defensa: Tratándose de la defensa propia se refiere a una conducta no fundada en un deber del titular y, por ello, perteneciente a la clase de los procederes jurídicamente libres o potestativos, en tanto, en la defensa de terceros, el ejercicio de la defensa o del derecho del obligado a la observancia de su propia obligación, está fundado en un deber jurídico, pues el

(60) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano Décimaprimer edición, Ed. Porrúa, México 1994, Pág. 340

titular no puede optar entre el ejercicio o no ejercicio de tal derecho (salvo que no le sea exigible), dado que la omisión de la conducta ordenada sería constitutiva de un delito (artículo 400 fracción V del Código Penal).

El nuevo texto del artículo 15, fracción IV, omite la referencia, como lo hizo el texto derogado, al carácter violento de la agresión (así lo consideraba el artículo 15 fracción III original), pues toda agresión implica violencia sobre un bien jurídico, propio o ajeno, previendo que la agresión real sea actual o bien inminente; es decir, la que está a punto de actualizarse, en cuya situación puede igualmente ejercitarse la correspondiente reacción defensiva.

Se desprende de la noción legal, como elementos de la legítima defensa los siguientes: a) La existencia de una agresión actual, violenta, antijurídica (sin derecho); b) Un peligro inminente de daño, derivado de ésta, y c) Una defensa de la propia persona, del honor, de los bienes, rechazando la agresión o contraataque para repelerla.

Entrando particularmente al estudio de los elementos generales de la legítima defensa, encontramos en primer término la necesaria existencia de una agresión. Mezger la define como la conducta de todo ser (racional o irracional) que amenaza y lesiona los intereses jurídicamente protegidos. Von Liszt la señala como todo hecho de poner en peligro, por medio de un acto positivo, una situación existente, jurídicamente protegida.

Dicha agresión, para que pueda dar vida a la justificante debe ser real y actual o inminente, queriendo con ella significarse que ocurra en el presente, pues si la agresión fuere pasada la reacción constituiría una venganza, en tanto si fuere futura se estaría en aptitud de preparar la defensa mediante la intervención de la autoridad o de evadirla por cualquier medio.

En algunos Códigos la protección resulta amplificada al no exigirse, en todo caso, la actualidad de la agresión; ésta puede ser actual o inminente, abarcándose así los actos inmediatamente anteriores, como sucede en la actual legislación del Distrito Federal y la Michoacana, entre otras, más no basta la actualidad o la inminencia en la agresión, pues la ley requiere su carácter antijurídico (sin derecho), la cual, por contradecir las normas objetivas de valoración, le da legitimación a la reacción defensiva. La agresión antijurídica no significa necesariamente lesión al derecho atacado, pues siendo la defensa legitimada una repulsa de aquélla, tendiente a evitar la violación del bien protegido, basta que se haya emprendido la acción en forma injusta, esto es, sin derecho, o se esté en un estrato inmediato anterior que lo haga inminente, haciendo igualmente inminente el peligro de lesión al bien jurídico.

Debido a los requisitos exigidos por la ley para la agresión, ésta adquiere el carácter de calificada, aunque en el texto vigente no se alude a esto, va implícito en la

FALLA DE ORIGEN

noción misma de la legítima defensa, ya que cuando se repele una agresión, sea actual o inminente, es porque de ella deriva un peligro para bienes jurídicos, siendo tal la razón que justifica el daño causado a bienes jurídicos al agresor, debiendo originar un peligro inminente de daño. El peligro o probabilidad de daño debe recaer en cualquier clase de bienes protegidos por el derecho, tanto del que se defiende como de un tercero a quien se defiende, es decir, la amenaza del mal puede poner en peligro la vida, la salud, la libertad, la reputación y cualquier bien objeto de protección legal.

Carrancá y Trujillo hizo notar, comentando el primitivo texto de la fracción III del artículo 15 del Código Penal, "que el daño derivado de la agresión calificado en nuestro Derecho, pues no debía ser fácilmente reparable por medios legales o era notoriamente de poca importancia comparado con el causado de la defensa, de lo cual se desprendía que la repulsa de la agresión debía ser necesaria y proporcionada a ésta, ya que si tales requisitos no se llenaran, la defensa sería excesiva por innecesaria o por desproporcionada." Al afirmar la necesidad de la defensa, se exige para su integración la inexistencia de otro medio utilizable para evadir el mal que amenaza con la agresión: esto es, que el agredido no tuvo a su alcance, la posibilidad del empleo de -

(61) -----, *Derecho Penal Mexicano II*, décimo séptima edición, Ed. Porrúa, México 1993, Pág. 77.

otro medio para superar el peligro. Significando que la necesidad es la reacción que el sujeto podía racionalmente suponer que a tal efecto podría servir.

La racionalidad de los medios empleados tiende a establecer la debida proporción entre el acto agresivo y su repulsa, eliminando la posibilidad del exceso.

La legitima defensa es inexistente: a) Cuando la agresión no reúne los requisitos legales señalados; b) Cuando la agresión no haga surgir un peligro inminente para los bienes protegidos; c) Cuando el agredido haya provocado dolosamente la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella y d) Cuando el agredido haya previsto la agresión y podido evitarla fácilmente por otros medios legales; en esta hipótesis, el animus rigendi da tono ilícito al rechazo de la agresión.

Difícil problema se plantea en la práctica, para determinar cuándo y en qué casos hay o no provocación dolosa suficiente e inmediata para la agresión, pues de ello depende el funcionamiento de la justificante, la ley exige además, que la provocación sea causa inmediata de la agresión, eliminándose así los actos provocativos que, fueron la causa de la agresión. No siempre que haya habido provocación, estima Soler, se excluye la legitima defensa, pues será necesario, que la provocación sea suficiente para excusarla.

"Carrara, exponente de la Escuela Clásica, funda su punto de vista en la llamada defensa pública subsidiaria al

sostener la titularidad del Estado sobre el derecho de defensa. En ocasiones argumenta que el individuo no puede recurrir a él en demanda de su ejercicio, en virtud de lo cual la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada para actuar, lo anterior lo lleva a considerar la defensa privada como una defensa pública subsidiaria y que la función de castigar cesa en la Sociedad cuando la defensa privada puede ser eficaz y la pública es impotente." (62)

"Para la escuela Positiva, con Ferri y Fioretti, la legítima defensa representa el ejercicio de un derecho, el cual se pone de manifiesto al reclamar una agresión de naturaleza injusta evidenciadora de peligrosidad y fundamentalmente del carácter antisocial del agresor. Esta idea sirve a Ferri para afirmar que quien se defiende, destruyendo el derecho de otro, actúa por motivos legítimos de conservación propia o ajena; señala que al ejercer el acto de repeler la agresión no se está ejecutando una conducta antijurídica a virtud de la coincidencia del interés del agredido con el de la sociedad, de conservar el derecho amenazado. Otra postura justificadora, después de analizar la conducta ejecutada por el agredido, atiende preferentemente al fin perseguido, por el agente, el cual no está encaminado

(62) FAVON VASCONCELOS, *ob cit*, Pág. 345.

a inferir una ofensa, sino a defender un derecho propio o ajeno amenazado." (63)

El Derecho penal moderno reconoce la impunidad de quien obra en legítima defensa de bienes jurídicos, pues a pesar del daño causado su proceder se justifica en atención a la existencia de la agresión injusta, con lo cual se impide la integración de la antijuridicidad del hecho.

Frente al interés particular del injusto agresor, tiene preponderancia ante la ley, el interés de quien defiende la conservación del orden y ante la ley, el interés de quien defiende la conservación del orden y la primacía del derecho tutelado. La preponderancia de intereses aclara Ignacio Villalobos, no atiende a la mayor importancia del interés del agredido, en relación al del agresor, pues la valoración no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino entre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público por mantener intangible y seguro al individuo que se ha convertido en un transgresor de la ley y una amenaza pública, pues si es verdad que ha todos los hombres se ha garantizado la vida y el disfrute de los bienes jurídicos, esto es mientras observen un mínimo de solidaridad y de respeto para los demás y para la comunidad en la que viven , y no hasta el

grado de permitirles que destruyan el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías.

En ocasiones, a pesar de no integrarse la legítima defensa justificante, la imputación del resultado dañoso no da base para exigir la aplicación de la pena correspondiente al delito doloso. Esto ocurre cuando no existe necesidad de la defensa ni racionalidad de los medios empleados, lo que hace suponer que el daño que amenaza bienes jurídicos es de fácil reparación por los medios legales. Podemos encontrar exceso en la defensa: cuando no hay necesidad de ella y cuando no exista racionalidad de los medios empleados, lo que origina una desproporción entre la defensa y el ataque antijurídico.

El exceso en la legítima defensa supone, la existencia de una agresión, pero en la cual se excede quien la realiza, a virtud de un error sobre su necesidad o del poder lesivo de la defensa. En este caso primeramente deberá examinarse si en el caso particular hubo necesidad de repeler la agresión, dadas las características de ésta, sucediendo lo mismo con la racionalidad de los medios empleados, equivalentes a la proporcionalidad que deben guardar la defensa y la agresión o el peligro derivado de ésta.

Existe exceso en la legítima defensa (artículo 16 del Código Penal) cuando se prueba: que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con

el que causó la defensa. La reparación no es aquella que contempla el Derecho Penal entendiéndola como compensación económica del daño causado por el delito, a través de la sanción pecuniaria complementaria. La reparabilidad del daño es la posibilidad de volver las personas o las cosas atacadas a su primitivo estado, la posibilidad de una restitución íntegra.

El segundo párrafo de la fracción IV del artículo 15, describe las presunciones de la legítima defensa señalando: "Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación, o bien, lo encuentre en algunos de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

La doctrina ha considerado estas circunstancias como una legítima defensa privilegiada, basándose en la presunción de peligro implícito en aquellos actos descritos en la misma ley, que excluyen la posibilidad de exigir la prueba de la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados en ella.

Las presunciones aludidas tienen su origen en tiempos remotos, como es en Las Paridas, debido a la inseguridad en campos y ciudades.

La problemática de la legítima defensa en la doctrina penal, es una serie de cuestiones surgidas entre ésta y otros institutos y cuyo interés es necesario para la solución de problemas prácticos, entre los que encontramos:

¿Riña y legítima defensa? Pudiendo presentarse en el acto de repeler la agresión calificada, una contienda de obra,, en la cual tanto el agresor como el agredido cambian golpes, podemos explicar lo siguiente: El artículo 314 del Código Penal define la riña como "la contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas", encontramos que tal definición es incompleta, por cuanto la sola contienda de obra, entendida como lucha física o material entre dos o más personas, no configura la noción de la riña, pues ésta necesitaría además el dolo que acompaña dicha contienda. Por ellos no se pueden confundir la riña y la contienda de obra en la legítima defensa, ya que en la primera los contendientes tienen la intención de causarse daños acompañados de la acción física, y es una causa atenuante de la pena, en los delitos de lesiones y homicidio, según las prevenciones contenidas en los artículos 297 y 308; en la segunda sólo la conducta del agresor es injusta, mientras la del que se defiende coincide con los propósitos del ordenamiento legal.

¿Legítima defensa contra el exceso de la legítima defensa? Los autores, han sostenido la posibilidad de la legítima defensa cuando el exceso de otra legítima defensa se origina culposamente por quienes defiende en primer término, dando origen a la violencia injusta. En nuestro Derecho se adopta una solución negativa, ya que el artículo 15, fracción IV, declara desintegrada la excluyente cuando el agredido haya provocado la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella.

¿Legítima defensa del inimputable? Si la legítima defensa es una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad, debe ser valorada, con independencia de la culpabilidad del sujeto, consecuentemente admitimos la inexistencia del delito por la conformación de la legítima defensa del inimputable, con independencia de su falta de capacidad para ser acreedor a una consecuencia penal a virtud de su inculpabilidad.

¿Legítima defensa contra la agresión de un inimputable? Varios autores sostienen que el acto violento del inimputable, dirigido a lesionar bienes ajenos, no constituye una agresión antijurídica por la ausencia de capacidad en él para entender y querer el propio acto, ubicando la solución dentro del estado de necesidad.

4.2 ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad se caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Von Liszt lo considera como: "una situación de peligro actual a los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos."

Las Leyes de Manú regularon algunos casos de estados de necesidad: el robo de fámélico para superar el peligro representado por el hambre y el falso testimonio como medio de salvación de un Brahaman.

Algunas leyes romanas, como la Aquilea y la Rodia de Jactu, se refirieron a estados de necesidad, autorizando los daños a la casa vecina para salvar la propia, así como la pérdida de la mercadería, mediante su abandono en el mar, cuando se trataba de evitar el naufragio del barco.

Las Partidas, en sus libros 12 y 8, Titulos 15 y 27, recogieron dos casos de estados de necesidad: el que autorizaba a destruir la casa del vecino para evitar la propagación del fuego que amenazaba destruir la casa propia y el apoderamiento de lo necesario, sin mandato del dueño, para calmar el hambre." (64)

(64) -----, *Tratado de Derecho penal II*, tercera edición, Ed. Madrid, España 1937, Pág. 352.

Los antiguos juristas, como Puffendorf, trataron de encontrar el fundamento de esta justificante en el Derecho natural, estimando que la necesidad rebasa los límites del Derecho positivo, creando un criterio extrajurídico al negar toda validez al ordenamiento positivo.

Dentro de una orientación subjetiva, cabe mencionar, la teoría de la violencia o coacción moral, acogida principalmente por Feuerbach y Filiangieri, la cual pretende fundamentar el estado de necesidad en la coacción que sobre la voluntad del hombre produce la amenaza del mal actual o inminente. Para el primero, apoyándose en Kant, considera a la necesidad como el origen de una coacción de naturaleza irresistible, impulsora del hombre para realizar el acto ofensivo al bien ajeno. Para el segundo las leyes, no pueden sancionar a quienes no llegan al heroísmo, a pesar de su pretensión de inspirar la perfección moral. Esta fundamentación, opina Almaraz, confunde el estado de necesidad con la coacción, tratándose de cuestiones diferentes, pues en ésta el sujeto se ve obligado a obrar sin tener otro camino que el seguido, en tanto en la necesidad puede abstenerse de seguir ese único camino y sacrificar el bien amenazado, ya por respeto a la ley o al derecho de otro.

Otra teoría, estima inútil la represión del mal causado bajo el estado de necesidad, considerando que el hombre, al actuar, se ve obligado, para evitar un mal de carácter inmediato, a causar daño a otro bien ajeno, sin que al

hacerlo se vea intimidado por la amenaza de la pena, la cual constituye un mal remoto..

Los juristas alemanes han acudido al principio de la valuación de los bienes jurídicos, como razón de la exclusión de la antijuridicidad en el estado de necesidad precisando el ámbito de éste, como causa justificante, cuando el bien jurídico lesionado es de menor valor al salvado.

Teniendo presente el carácter objetivo de lo antijurídico, el criterio de valuación tiene la misma naturaleza. El principio de la valuación de los bienes jurídicos es, sólo de carácter formal, pero como tal es imprescindible, teniendo en cuenta la necesidad absoluta de un delimitación de las causas que excluyen al injusto. La apreciación valorativa material se realizará teniendo en cuenta las valoraciones de los bienes jurídicos que se deducen de la ley.

Al estado de necesidad lo define la fracción V, del artículo 15 del Código Penal señalando: "V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado o dolosamente por el agente, lesionando otro de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

Podemos apreciar los siguientes supuestos jurídicos del estado de necesidad:

a) La existencia de un peligro real, grave e inminente. El peligro (posibilidad de un daño, un mal), debe ser real, no simplemente imaginativo, sino apoyado en los hechos exteriores que lo confirmen; debe ser, además, grave, es decir, que la amenaza sea seria y de un peligro importante, lo que deberá valorarse en función del sujeto intimidado; e inminente, muy inmediato.

b) El peligro debe recaer: 1) En la propia persona del agente o en sus bienes; nuestro Derecho comprende todos los bienes jurídicos de la persona, incluyendo los individuales, corporales y patrimoniales; 2) En la persona o bienes de un tercero, sea pariente o extraño.

c) La categoría de daño que puede causar el agente en estado de necesidad no se menciona ni limita en la ley; no precisa establecer criterio de proporcionalidad o de valoración o de que el mal causado sea mayor, igual o menor que el que se tiende a evitar.

d) Debe existir necesidad en el sacrificio de los bienes jurídicos ajenos; el daño se justifica siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

El estado de necesidad se extiende ampliamente a todos los bienes, como lo dejan en claro los respectivos preceptos del Código Penal.

Como casos de estado de necesidad, tenemos al robo de indigente (artículo 379: No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los

objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.). situación que encuentra su esencia en un estado de necesidad, aunque hay una lesión a los derechos reales de propiedad, posesión o uso, la conducta del agente es lícita por encontrarse justificada en la ley, siendo ésta la que da el carácter jurídico o antijurídico a un proceder humano; y el aborto terapéutico (artículo 334: No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que ésto fuere posible y no sea peligrosa la demora.), en el que la muerte del producto de la concepción es lícita, en virtud del estado de peligro corrido por la futura madre, requiriéndose que el juicio del médico se apoye en el dictamen de otro, de ser posible esto y no peligrosa la demora, con lo cual se pretende acreditar la necesidad del aborto.

El exceso en el estado de necesidad supone el peligro pero también la causación de un daño mayor al indispensable, el cual puede originarse en una actitud dolosa o simplemente culposa del agente a virtud de su falta de previsión.

4.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

En el uso común, cumplir es ejecutar, llevar a efecto; hacer uno aquello que debe o a que está obligado. Deber es aquello a que está obligado el hombre por algún tipo de

normas, particularmente jurídicas o religiosas; también se entiende, desempeñar el oficio o ministerio de que está encargado.

El artículo 15, fracción VI del Código Penal declara que el delito se excluye cuando: "VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

El agente de la autoridad, al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el Juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado; el actuario, al secuestrar la cosa cuyo aseguramiento ha sido decretado legalmente, para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño, no realiza una conducta antijurídica; en ambos casos se trata de conductas lícitas, autorizadas legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber. En estos ejemplos, la obligación del cumplimiento de un deber no emana directamente de la ley, sino de una orden dictada por un funcionario superior a quien tiene la obligación de obedecer, por estar su mandamiento fundamentado en una norma de Derecho.

Dentro de la noción de cumplimiento de un deber, se comprende la realización de una conducta ordenada, por

expreso mandato de ley, como la ejecución de conductas en ella autorizada.

"No actúa antijurídicamente, expresa Carrancá y Trujillo, el que por razón de su situación oficial o de servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la licitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley." (65)

Lo expresado demuestra que los deberes, cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad, pueden derivar:

a) De una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber jurídico, y la cual no se refiere exclusivamente a los mandatos legales cuya fuente de producción se identifica con el poder legislativo, pudiendo emanar de un Reglamento o de una Ordenanza.

Aunque los deberes de común, son impuestos por la ley a quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo público, también corresponde al particular su cumplimiento, el artículo 400, fracción V, señala la aplicación de tres meses a tres años de prisión y de quince a sesenta días de multa, al que "No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación

 (65) -----, *ob cit*, Pág. 100

de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables".

b) De una orden de la autoridad, debiendo entenderse por tal la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en la orden, que debe ser formal, requiriendo: 1) Competencia del superior al dictarla, 2) Competencia del subordinado al cumplirla y 3) Ejecución de la misma en la forma prescrita por la ley; y substancialmente legítima que exige el concurso de los presupuestos establecidos en la ley.

4.4 EJERCICIO DE UN DERECHO

El artículo 15, fracción VI, declara que el delito se excluye cuando "la acción o la omisión se realicen en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional para ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

El ejercicio de un derecho se origina:

a) En el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. Esta es la situación más común y el problema fundamental consiste en determinar si el ejercicio del derecho debe siempre supeditarse a los procedimientos legales

o si queda amparado en la causa de justificación el empleo de las vías de hecho. Si el texto original del Código Penal de 1931 no estableció precepto sancionador sobre el indebido ejercicio del propio derecho, como sucedió en el Anteproyecto de Código de 1958, cuyo artículo 189 prescribía prisión hasta de tres años al que para hacer efectivo un derecho que deba ejercitarse por vía legal, empleare violencia en las personas o las cosas, el artículo 226 del código vigente señala que "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año..". En principio se niega la vía de hecho como medio lícito, por no estar autorizadas en la ley para ejercitar el derecho que la misma reconoce.

b) De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida legalmente excluye la antijuridicidad de la conducta o del hecho, pero la autorización extra no tiene la virtud de hacer dicha conducta o hecho conforme a derecho.

La facultad o autorización concedida requiere: que derive de una autoridad, que ésta actúe dentro del marco de su competencia y que la autorización reúna los requisitos legales.

Como ejemplo de ejercicio de un derecho tenemos el caso del artículo 274 (derecho de corrección) derogado por Decreto de 30 de diciembre de 1983 (Diario Oficial de 13 de enero de 1984): pero como los derechos individuales están

condicionados por los derechos de terceros, en la estimativa de la exigente de hace necesaria para el Juez la valoración jurídica de las acciones efectuadas. Sin embargo tenemos el artículo 347 del Código Penal que establece: "Los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, no son punibles"; esta excusa absoluta es idéntica a la del artículo 294, ahora derogado.

Del presente capítulo observamos que la ley contempla situaciones jurídicas en las cuales existiendo una conducta ilícita, falta alguno de los elementos constitutivos del tipo penal, y es considerada circunstancia excluyente del delito; es decir, no existe la punibilidad en la realización de la conducta.

C A P I T U L O V

RAZONES JURIDICAS

5.1 CONCEPTO DE CASO FORTUITO

En sentido filosófico, sociológico y económico, "caso" equivale a ignorancia total o parcial de las causas que producen un determinado efecto, pero diverso es el concepto tratándose de las ciencias jurídicas, donde el evento debe ponerse en relación no con el desarrollo de una determinada disciplina que explique los fenómenos naturales, sino la voluntad de una persona singular.

"Caso, penalmente, es toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividades ha ocurrido el evento, la cual impide al agente mismo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que habria sido suficiente para ajustarse al cumplimiento de una mandato penal, o a otra norma de conducta diferente de la violación voluntaria y de la que puede surgir responsabilidad penal por las consecuencias no queridas." 66

"Para Carrara el casus no sólo comprende el evento originado por las fuerzas físicas de la naturaleza, sino todo aquello que dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana. Jiménez de Asúa considera que el límite, para la imposición de las

(66) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, cuarta edición, Ed. Porrúa, México 1991, Pág. 431.

penas, se encuentra en lo incalculable, es decir, en el caso fortuito." 67

"Manzini considera al "caso" como toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividad ha ocurrido el evento, la cual ha impedido al individuo mismo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que, de acuerdo con las relaciones de que se trata, habría sido suficiente para ajustarse a un precepto penal, o a otra norma de conducta, de la violación ordinaria de la cual puede surgir responsabilidad penal por las consecuencias no queridas. Para Antolisei, el caso debe considerarse como una causa de exclusión de la voluntad culpable, pero no de la relación causal, al buscar la noción de fortuito, concluye en considerar que cuando en la actividad del hombre no se encuentra dolo ni culpa, por no haber querido el resultado ni haberlo causado negligente o imprudencialmente, surge el fortuito, sin haber lugar a ningún reproche, ni siquiera de ligereza, con relación al autor del hecho." 68

En Derecho Civil, el caso fortuito presupone el incumplimiento del contrato; sin embargo funciona como un mecanismo de liberación del deudor ante el incumplimiento del contrato.

En el Derecho Penal el caso fortuito es un

(67) Cit por PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Derecho Penal-Mexicano* décimaprimer edición, Ed. Porrúa, México - 1994, Pág. 483.

(68) *Idem.*

acontecimiento que no se puede prever ni resistir; su distinción con la fuerza mayor con la que frecuentemente se le confunde, resulta tan difícil que los especialistas y los Códigos optan por considerarlos con iguales consecuencias. Los que señalan una distinción entre ambas figuras en materia penal, afirman que la fuerza mayor es un constreñimiento de carácter físico de procedencia humana o metahumana, que impide al sujeto que la recibe conducir su voluntad con relación al resultado que se produce, y aun cuando puede preverse, no es factible superarse o vencerse; por su parte, el caso fortuito es el suceso que se presenta de manera inesperada e imprevisible, cuando el agente que lo sufre está efectuando un obrar legítimo con todas las precauciones y diligencias debidas, produciendo un resultado por caso fortuito, como lo determina la fracción X del artículo 15 del Código Penal.

5.2 LOS CARACTERES DEL CASO FORTUITO

Los caracteres del caso fortuito son los siguientes:

- a) Irresistible. esta característica se traduce en una imposibilidad absoluta de cumplimiento.
- b) Imprevisible.
- c) Exterior. El acontecimiento debe ser exterior; es decir, debe producirse fuera de la esfera de responsabilidad del deudor.

FALLA DE ORIGEN

5.3 EL DOLO

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito.

Para Cuello Calón, el dolo consiste: "en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso." 69

Luis Jiménez de Asúa lo define como: "la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica." 70

Podemos concluir que el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

En el dolo podemos encontrar un elemento ético y otro volitivo o emocional; el primero está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, y el segundo consiste en la voluntad de realizar el acto.

"Porte Petit tomando en consideración las clases de dolo

(69) -----, Derecho Penal I, décimo segunda edición, Barcelona 1956, Pág. 302.

(70) -----, La Ley y el Delito, segunda edición, Ed. Buenos Aires, Argentina 1934, Pág. 292.

estudiadas por la doctrina, formula la siguiente clasificación:

A) En cuanto a su nacimiento:

a) Dolo inicial o precedente. Existe cuando el dolo concurre con la realización de la acción o la omisión, aunque no perdure al tiempo de la producción del resultado.

b) Dolo subsiguiente. Se da con posterioridad a la acción u omisión y significa la complacencia en el resultado.

B) En cuanto a su extensión:

a) Dolo determinado. La intención o la voluntad del agente se encamina con toda precisión a un resultado cierto y concreto.

b) Dolo indeterminado. La acción está orientada a producir varios posibles resultados y por ello se denomina igualmente dolo alternativo.

C) En cuanto a las modalidades de la dirección:

a) Dolo directo. Esto es cuando la voluntad es encaminada directamente al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado: si una persona apuñala a otra y la mata, obrando con animus occidendi o necandi, esto es, con voluntad de causar ese resultado típico, comete homicidio con dolo directo.

b) Dolo eventual. (indirecto) Cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, o bien

existe cuando el sujeto, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, y aunque no lo quiere directamente, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo lo acepta.

c) Dolo de consecuencias necesarias. La producción de sus consecuencias no es aleatorio sino irremediable, poniendo como ejemplo el caso del anarquista que queriendo dar muerte a un monarca, que siempre viaja con su secretario particular, arroja una bomba destruyendo el automóvil en que va el rey, su subordinado y el chofer. La muerte de los últimos, no deseada por el anarquista, es necesaria para el homicidio del monarca, pudiendo imputarse esas muertes no deseadas, pero necesarias para la producción de la querida.

D) En cuanto a su intensidad:

a) Dolo genérico. Algunos lo hacen consistir en la voluntad de dañar considerada en abstracto, otros lo identifican con el propósito de causar daño, también se le caracteriza por el animus o por el motivo particular del agente, por eso muchos niegan su existencia.

b) Dolo específico. Se identifica con las causas del delito. En el parricidio se habla de un dolo genérico de matar y el dolo específico de matar al ascendiente, se verá la intrascendencia de un supuesto dolo genérico, frente a la específica dirección de la voluntad de matar precisamente al ascendiente.

E) En cuanto a su duración:

a) Dolo de impetu. Algunos autores ven este tipo de dolo concurriendo en el sujeto que comete el delito impulsado por un estado pasional que disminuye al mínimo la deliberación y excluye la perseverancia en el propósito.

b) Dolo simple.

c) Dolo de propósito.

F) En cuanto a su contenido:

a) Dolo de daño. Consiste en el querer causar un daño, ya lesionando o destruyendo el bien jurídico contra el que va encaminada la conducta delictiva del autor.

b) Dolo de peligro. Es el dolo peculiar de los delitos de peligro, pues en él el autor quiere la simple amenaza del bien jurídico; ha sido negado por algunos, ya que se piensa que en el querer dirigido a causar el daño o lesión a determinado bien, el peligro al mismo constituye un grado inferior, resultando que a la lesión precede el peligro.

c) Dolo de daño con resultado de peligro.

d) Dolo de peligro con resultado de daño.

G) En razón de su categoría:

a) Dolo principal.

b) Dolo accesorio.

H) En razón de su realización:

a) Dolo posible.

b) Dolo real." 71

(71) Cit por FAVON VASCONCELOS, ob cit, Pág. 430.

La regulación del dolo en el Código Penal de 1931 constituyó una serie de desaciertos de condujeron a confusión, sino a casos de integración de la ley, al aplicarla, a pretexto de su interpretación.

Con la reforma de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, vigente a partir del primero de febrero del mismo año, el artículo 8o. declara que "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente", en tanto el artículo 9o. precisa que "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley...".

De lo anterior nos permite precisar que la idea del legislador, no fue la de definir el dolo sino concretar cuándo un obrar o actuar debe reputarse doloso (obra dolosamente el que) para los efectos penales. En el texto se utiliza el verbo querer, por ser el que mejor expresa el obrar doloso, con referencia a los elementos del tipo penal, aludiéndose a lo que en la doctrina se conoce como querer el hecho típico usándose también en el precepto la expresión "o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

En la primera parte del texto se comprenden los hechos típicos que el sujeto capta en su representación como de segura, cierta o cuando menos probable realización, y aun los remotamente posibles, cuya consumación quiere y se propone:

en tanto la segunda parte abarca la realización del hecho típico que el sujeto, aun sin querer en forma directa, acepta al preverlo como posible o más o menos seguro (acepta la realización del hecho descrito por la ley).

Dentro de esta forma de obrar dolosamente se comprende igualmente el llamado dolo de consecuencia necesaria, en el cual el sujeto quiere el resultado típico y lo unido a él en forma necesaria, o bien lo acepta como una eventualidad.

5.4 LA CULPA

La experiencia diaria nos demuestra cómo en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un daño, lo origina causalmente; en tales circunstancias; en tales situaciones se afirma la existencia de la culpa cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas, etc; necesarias para evitar la reproducción de resultados previstos en la ley como delictuosos.

Por tanto podemos definir a la culpa como el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.

Encontramos como elementos de la culpa los siguientes:

a) Una conducta voluntaria (acción u omisión), reconocida, pues sólo del hecho producido por la acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.

b) Un resultado típico y antijurídico. Significa que el acontecimiento sobrevenido, en nexo causal con la acción u omisión, se adecúa perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y que el mismo resulta contradictorio a la norma en el juicio objetivo de valoración.

c) Nexos causal entre la conducta y el resultado. Para poder atribuir el resultado al agente se precisa la relación causal de la conducta con aquél.

d) Naturaleza previsible y evitable del evento. Sólo tomando en cuenta la previsibilidad y evitabilidad del resultado puede fundamentarse la violación de los deberes de cuidado impuestos por la ley y la razón ya que a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible e inevitable.

e) Ausencia de voluntad del resultado. El delito culposos excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no existe intención delictiva, ya por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sobrevendría.

f) Violación de los deberes de cuidado. La obligación del sujeto de cumplir con el deber de cuidado genera, al

realizar la conducta contraria que implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con ello se produce el resultado. Aun aceptando que la previsibilidad constituya la base de la culpa, la falta de previsión carecería de importancia si no fuera por la existencia del deber; la imprevisión o la previsión con el acto voluntario, son culposos a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado.

La culpa la podemos clasificar en consciente, llamada también con representación o previsión e inconsciente, denominada igualmente sin representación o sin previsión.

Existe culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan.

En opinión de Cuello Calón, "la culpa es consciente cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán." 72

Estamos en presencia de la culpa inconsciente cuando el sujeto no previó el resultado por la falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

En las dos definiciones anteriores nos podemos percatar que existe la culpa; sin embargo, sirve como índice auxiliar

(72) -----, *Ob cit*, Pág. 397.

para calificar la gravedad de la culpa, por medio de la representación.

Desde el Derecho Romano ha venido distinguiéndose la culpa en lata, leve y levisima; se considera lata cuando la generalidad está en condiciones de prever el resultado; leve, cuando sólo los hombres diligentes pueden preverlo y levisima en razón de la extraordinaria diligencia, poco común en el hombre, requerida para prever la posibilidad de los daños causados.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 60, deja al prudente arbitrio del Juez la calificación de la gravedad de la culpa, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes: I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó; II. El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan; III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en generales, por conductores de vehículos.

El artículo 90. del Código Penal, en su párrafo segundo expresa: "Obra culposamente el que produce el resultado

típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

Del presente texto, advertimos que si bien se alude a la falta de previsión del resultado típico previsible, o a su previsión, confiando el agente en que no se producirá, se vinculan dichos elementos con lo que caracteriza a la culpa, es decir, la violación a un deber de cuidado que el autor debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales, tratándose de perfeccionar la fórmula utilizada en los códigos y proyectos, o bien acudían al criterio de la previsibilidad, con referencia a la culpa consciente (falta de previsión de lo previsible) y a la inconsciente (previsión del resultado dañoso sin voluntad de causación), o al de violación al deber de cuidado que las circunstancias y condiciones del autor le imponían.

Se señalan como formas o especies de culpa a la imprudencia, a la negligencia y a la impericia. La primera se caracteriza por la temeridad del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido, teniendo el carácter de culpa consciente. La negligencia es la falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconsciente; esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. la falta

de precaución ha hecho que el autor ignore acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible. La impericia es la falta de pericia en la práctica de un arte, profesión u oficio, esto es, la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

La diferencia entre dolo eventual y la culpa inconsciente consiste en que en el primero hay aceptación del resultado previsto como posible o probable, o sea voluntad, aunque no querer directo, en tanto en la culpa no hay voluntad respecto al resultado que no se quiere ni se acepta a pesar de haber sido representado.

5.5 EL CASO FORTUITO COMO CIRCUNSTANCIA QUE EXCLUYE EL DELITO

Como ejemplo del caso fortuito tenemos el de un sujeto que al conducir su vehículo acompañado de un amigo por la carretera, cumpliendo con lo dispuesto por el Reglamento de Tránsito Federal (velocidad permitida, buenas condiciones del auto, distancia requerida, etc.), al dar una curva se produce repentinamente hundimiento del asfalto, sin que el manejador pueda evitar proyectarse a un lado del camino y que su acompañante resulte lesionado. En relación a esto, puede darse el extremo de que el acontecimiento extraño al obrar del agente, se prevea pero lo inesperado y sorpresivo no se pueda superar o vencer.

"Manzini ha sostenido que la fórmula que separa la culpa del dolo radica en la falta de previsión, en tanto aquella se distingue del "caso" en la imposibilidad de previsión." 73

"Antolisei estima que más allá de la culpa surge el caso fortuito y que por tal no debe entenderse ausencia de causa, pues no existe un solo hecho en el mundo de los fenómenos en el cual no se opere la ley de la causalidad; surge el fortuito cuando, dándose una relación de causalidad, la acción del hombre interviene en ella para producir el resultado." 74

Las dos definiciones anteriores, acuden a un criterio eminentemente subjetivo, como es la ausencia de voluntad en la causación del resultado, al no generarse éste ni por intención ni por culpa.

Otros autores, como Bettiol, consideran que el caso fortuito excluye la integración de la culpabilidad en el delito.

La fundamentación del caso radica en la no exigibilidad de otra conducta; y fortuito es todo lo que supera la previsibilidad del hombre particular, en cuanto la exigibilidad sólo puede referirse al hombre como individual psico-física y por consiguiente, lo que es fortuito con relación a un individuo, puede ser culposo y aun culpable respecto a otro.

(73) *Cit por PAVON VASCONCELOS, ob cit, Pág. 483.*

(74) *Ibidem, Pág. 484.*

Los hechos casuales, ejecutados sin intención ni imprudencia delictiva, no pueden ser calificados como delitos, en atención a la ausencia del elemento moral o subjetivo que debe incurrir en todas las infracciones.

Al caso fortuito lo podemos definir como aquel suceso en el cual no intervienen la voluntad del hombre, por ser imprevisible, y que ocasionándose una conducta que trae consigo una responsabilidad penal, no le es aplicable.

En nuestra opinión, mientras en la culpa el agente no ha podido prever las consecuencias de su conducta, en el caso fortuito tales consecuencias no eran previsibles y por ello ninguna responsabilidad puede generarse al sujeto en virtud de su falta de previsión.

Podemos concluir que no existe culpabilidad y por ende responsabilidad cuando el resultado dañoso se causa por falta de previsión de lo imprevisible, no existiendo reproche fundable en alguna omisión del sujeto a un deber especial, pues la ley no pone a su cargo la previsión de lo imprevisible.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El caso fortuito es todo acontecimiento imprevisible e inesperado, en el que un sujeto actúa con la debida diligencia y cuidado produciendo un resultado por accidente.

SEGUNDA.- Las circunstancias que excluyen al delito es un tema considerado dentro del Código Penal en el que una persona al cometer una conducta ilícita que trae consigo una responsabilidad penal, se encuentra protegida por la Ley, ya que falta algún elemento del tipo penal y por consiguiente no se le puede imputar dicha actitud.

TERCERA.- Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo); o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado (culpa), pero si encontramos ausencia de las dos situaciones anteriores, no existe la culpabilidad (elemento del delito) y no se integra el tipo penal, como lo es en el caso fortuito.

CUARTA.- En el caso fortuito el resultado proviene de la conducta del agente (siendo precavida y lícita) y una fuerza a él extraña (siendo imprevisible).

QUINTA.- El caso fortuito queda excluido del dolo y la culpa, ya que si la conducta es cautelosa y absolutamente lícita y se une a ella una causa extraña, produciéndose un resultado, que coincide con la descripción legal de un tipo penal, no puede atribuirse al sujeto tal conducta porque no lo quiso; es decir, no tuvo voluntad, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

SEXTA.- Es necesario que el legislador señale una definición de lo que es el caso fortuito en el Código Penal, aunque en la doctrina existe una, es necesario entenderlo dentro de la legislación penal.

SEPTIMA.- El artículo 15, fracción X del Código Penal en nuestra consideración debería quedar como sigue: Art. 15.- El delito se excluye cuando: X. El resultado típico se produce por caso fortuito, considerándose éste como el acontecimiento imprevisible e inesperado en el que interviene la conducta de un sujeto sin intención y con la debida diligencia y cuidado originándose el resultado típico.

FALLA DE ORIGEN

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

D O C T R I N A

- BERNARDO DE QUIROS, Constancio. Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, México 1985.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Derecho Penal Mexicano, Duodécima edición, Editorial Porrúa, México 1978.
- . Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Vigésimo novena edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Décimo séptima edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- . Las Causas en que Excluyen la Incriminación, Derecho Mexicano y Extranjero, Editorial Imprenta E. Limón, México 1944.
- . Código Penal Anotado. Décimo sexta edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- CORTES IBARRA, Miguel Angel. Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1978.
- GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal, Lavalle, Editorial Argentina, Argentina 1952.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Vigésimo quinta edición, Editorial Porrúa, México 1992.
- . El Código Penal Comentado, Décima edición, Editorial Porrúa, México 1992.
- GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. -- Parte General, Editorial Porrúa, México 1991.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Hermes, México 1973.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, décimo sexta edición, Editorial Porrúa, México 1986.
- . La Antijuridicidad, Editorial UNAM. México 1952.
- . La Tipicidad, Editorial Porrúa, México 1978.

LISZT, Frans Von, Tratado de Derecho Penal II, Editorial Madrid, España 1937.

MARQUEZ PINERO, Rafael. Derecho Penal. Parte General, Editorial Trillas, México 1979.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, Décima edición, Editorial Porrúa, México 1991.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Criminología, Octava Edición, Editorial Porrúa, México 1993.

-----, Lecciones de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1976.

VELA TREVIZO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, México 1977.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General, - Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1990.

L E G I S L A C I O N

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, nonagésima sexta edición, Editorial Porrúa, México 1994.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, quincuagésima segunda edición, Editorial Porrúa, México 1994.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, sexagésima tercera --- edición, Editorial Porrúa, México 1994.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, -- cuadragésima cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1994

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, cuadragésimo séptima edición, Editorial Porrúa, México 1994.