

JULIO CESAR REYES VAZQUEZ

*La no Exigibilidad
de Otra Conducta*



Escuela Nac. de Jurisprudencia
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

MEXICO

1967



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

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

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

En el presente trabajo no pretendemos, ni está a nuestro alcance hacerlo, realizar una exploración exhaustiva de esta importante institución jurídica, sino que nos limitaremos a plantear en sus rasgos fundamentales, los problemas que esta figura del Derecho penal presenta, para a continuación, dejar asentadas las soluciones, que de acuerdo con nuestra modesta opinión, creemos que deben tomarse como las más acertadas.

Por razones metodológicas nos ha parecido conveniente iniciar nuestra labor, con un bosquejo sobre los elementos del delito; en seguida analizaremos con mayor detenimiento, la culpabilidad, puesto que, como tendremos oportunidad de demostrarlo más adelante,

la no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho, se encuentra enclavada dentro del aspecto negativo de este elemento, constituyendo una causa general de inculpabilidad; posteriormente, orientaremos nuestro esfuerzo a estudiar esta eximente desde un punto de vista general, fijando nuestra atención sobre sus antecedentes, su origen y evolución, su correcta ubicación dentro de los elementos del delito, su naturaleza jurídica, su campo de aplicación y su proyección en las legislaciones; y por último, nos referiremos al criterio sustentado en esta materia por la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, para después pasar al examen de las distintas hipótesis legales contenidas en nuestro Código penal vigente, que a nuestro juicio, encuentran su fundamento en la no exigibilidad de otra conducta.

México, D. F., verano de 1967.

CAPITULO PRIMERO

**BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DEL
DELITO Y SUS ELEMENTOS**

CAPITULO PRIMERO

SUMARIO: 1. Concepto del delito. 2. Elementos del delito: a) La conducta; b) La tipicidad; c) La antijuridicidad; d) La culpabilidad; e) La punibilidad.

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

Asentado lo anterior, es pertinente indicar que, desde el punto de vista jurídico, se han elaborado dos clases de definiciones del delito: las formales y las substanciales. Las primeras se caracterizan porque se limitan a señalar que existe una sanción para quienes se coloquen en el supuesto previsto por la ley penal, sin que se ocupen de investigar el contenido de lo que

debe comprenderse dentro de tal concepto; esta clase de definición es la que nos proporciona nuestro Código penal en vigor, al establecer en su artículo 7, que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", y las segundas, porque penetran a la esencia misma del delito.

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

Con relación a la corriente unitaria o totalizadora, FRANCESCO ANTOLISEI, expresa textualmente: "El delito es un todo orgánico: es una especie de bloque monolítico, que puede presentar ciertamente aspectos diversos, pero que de ninguna manera es fraccionable. Su verdadera esencia y —se podría decir también— su realidad no está nunca en sus componentes individuales ni tampoco en su adición, sino en el todo y en su intrínseca unidad: sólo mirando el delito desde esta perspectiva, es posible comprender su verdadero significado. Que el delito constituye una unidad inescindible se demuestra evidentemente, además, por el hecho de que sus notas esenciales se encuentran vinculadas entre sí de modo tan indisoluble, que ninguna de ellas puede comprenderse a fondo si no se le pone en contacto con las restantes". (1)

Al referirse a la doctrina analítica o atomizadora, PORTE PETIT explica que "la concepción analítica

(1) FRANCESCO ANTOLISEI, **Manual de Derecho Penal**, parte general, traducción de Juan del Rosal y Angel Torio. Editorial Uthea, Argentina, Buenos Aires, 1960, Pág. 153.

estudia al delito descompuesto en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito”. —y agrega— “Por nuestra parte, reconocemos las importantes consecuencias que se derivan de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de PETROCELLI, de que el análisis no es la negación de la unidad, sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica”. (2)

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

2. Al observar las diferentes definiciones de carácter substancial que del delito se han elaborado, encontramos que existe diversidad de opiniones en lo que se refiere a cuáles deben ser los elementos que han de integrarlo, habiéndose originado así, definiciones bitómicas, tritómicas, tretratómicas, pentatómicas, hexatómicas y heptatómicas, según el número de elementos

(2) CELESTINO PORTE PETIT, **Programa de la Parte General del Derecho Penal**, 1a. Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 1958, Págs. 135-136.

que se consideren para su estructuración. Así vemos que FONTAN BALESTRA, define al delito diciendo que “es la acción típicamente antijurídica y culpable”. (3) PAVON VASCONCELOS afirma que el delito debe concebirse como “la conducta o el hecho típico antijurídico, culpable y punible”. (4) ERNESTO BELING señala: “es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad”. (5) Y JIMENEZ DE ASUA establece que “es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. (6)

Nosotros consideramos que son únicamente cinco los elementos esenciales del delito, a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Toda vez que las condiciones objetivas de penalidad son inconstantes, (7) y la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad.

-
- (3) FONTAN BALESTRA, **Manual de Derecho Penal**, parte general, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, Pág. 298.
- (4) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, **Nociones de Derecho Penal Mexicano**, parte general, tomo II, Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo, Zacatecas, Zac., 1964, Pág. 245.
- (5) Cfr. por JIMENEZ DE ASUA, **La Ley y el Delito**, 4a. Ed., Editorial Hermes, México, 1963, Buenos Aires, Págs. 205-206.
- (6) JIMENEZ DE ASUA, **Ob. Cit.**, Pág. 207.
- (7) FRANZ VON LISZT, al referirse a las condiciones objetivas de punibilidad expresa que “son circunstancias externas, que nada tienen que ver con el acto delictivo mismo y con sus elementos, debiendo más bien, ser consideradas separadamente”. **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, traducido de la 20a. edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, 2a. Ed., Editorial Reus, S. A., 1927. Pág. 446.

a) Para designar al primer elemento del delito dentro de la prelación lógica, mismo que sirve de base y sostén de los restantes, se han utilizado diferentes vocablos, tales como acción, acto, (8) acontecimiento, hecho, conducta, (9) actividad, etc.

Considera PORTE PETIT, que los términos más apropiados son tanto conducta como hecho, al establecer que "si el elemento objetivo del delito en general, puede estar constituido por una conducta, si se trata de un delito de mera conducta o de un hecho, si estamos frente a un delito material o de resultado, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar, que no puede en general adoptarse uno solo de dichos términos. Si se aceptara: conducta, sería reducido y no abarcaría los casos en que hubiera un resultado material, y si hecho, resultaría excesivo, porque comprendería, además, de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquella". (10) Pensa-

(8) JIMENEZ DE ASUA, dice: "Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción, lato sensu) y no hecho. porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta". **La Ley y el Delito**, Cit.. Pág. 210.

(9) CASTELLANOS TENA, expresa: "Nosotros preferimos el término conducta, porque dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo... dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar". **Lineamientos Elementales del Derecho Penal**, parte general, 1a. Ed., Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, Págs. 145-146.

(10) PORTE PETIT, **Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal**, tomo I, 1960, Pág. 155.

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

Define la conducta CASTELLANOS TENA, diciendo que “es un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a la producción de un resultado”. (11) Por su parte PORTE PETIT al referirse al hecho, establece: “es la mutación en el mundo exterior, abarcando la conducta, el resultado y el nexo de causalidad”. (12)

Ahora bien, según la forma en que se exteriorice la conducta, nos encontraremos ante delitos de acción o de omisión. En los de acción, el agente realiza una conducta positiva; en los de omisión, el comportamiento del autor consiste en una abstención; en los primeros, se infringe una ley prohibitiva; en tanto que en los segundos, una dispositiva. Al respecto expresa JIMENEZ DE ASUA: “La omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma. Si esta es prohibitiva: ‘no matarás’, su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa: ‘socorrerás’, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión”. (13)

La omisión se escinde a su vez en omisión simple y comisión por omisión. Los delitos de omisión propia-

(11) CASTELLANOS TENA, **Ob. Cit.**, Pág. 146.

(12) PORTE PETIT, **Ob. Cit.**, Pág. 181.

(13) JIMENEZ DE ASUA, **Ob. Cit.**, Pág. 216.

mente dicha, se integran cuando el sujeto deja de realizar una conducta jurídicamente ordenada, con independencia del resultado que se produzca; en cambio en los delitos comisivos por omisión es necesario que el actuar traiga como consecuencia la aparición de un resultado material. En la simple omisión se produce únicamente un resultado jurídico; mientras que en la omisión impropia, uno jurídico y material. Al referirse a este último aspecto de la omisión, EDMUNDO MEZGER expresa: “la circunstancia de que no se actúa debe producir un resultado; además de la norma preceptiva, queda también infringida una norma prohibitiva (el autor no hace lo que debe hacer y produce por ello un resultado que no debe producir)”. (14)

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

La voluntad (sólo el hombre tiene facultades volitivas) debe radicar en la psique del autor; por tanto, no existe este elemento cuando el sujeto obra impelido por una fuerza exterior irresistible (**vis absoluta**), o por una fuerza mayor (**vis maior**), ya que en estos casos, sólo es instrumento de una voluntad ajena, o de

(14) EDMUNDO MEZGER, **Derecho Penal**, parte general, traducción de la 6a. Ed. alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Pág. 105.

la naturaleza; también existe ausencia de voluntad en los llamados actos reflejos, en virtud de que éstos son movimientos corporales producidos por excitaciones fisiológicas, independientes del querer humano. Además, esta voluntad debe manifestarse en el mundo externo, bien sea por medio de una actividad (cuando se está frente a una norma prohibitiva), o bien, por medio de una actitud pasiva (cuando se trate de una norma imperativa). Los actos que se desenvuelven en el ámbito de la consciencia sin externarse, carecen de relevancia para el Derecho penal.

Con respecto al tercer elemento de la conducta, expresa MEZGER: "El que actúa debe siempre querer 'algo', y el que omite, no querer 'algo'. De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza 'ontológica', un carácter 'final'. Está siempre dirigida a una 'meta' determinada". (15)

b) La tipicidad es el encuadramiento de la conducta al tipo; "presupone un juicio lógico, en el que se afirma que la premisa histórica. ésto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función". (16) "Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa". (17)

(15) EDMUNDO MEZGER, *Ob. Cit.*, Pág. 88.

(16) JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1955, Pág. 207.

(17) CASTELLANOS TENA, *Ob. Cit.*, Págs. 167-168.

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

Fundamos nuestra opinión en las siguientes concepciones del tipo: JIMENEZ DE ASUA, nos dice que: “es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”. (18) CASTELLANOS TENA, estima que “es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales”. (19) JIMENEZ HUERTA, expresa que “es el injusto recogido y descrito en la ley penal”. (20)

La tipicidad es garantía de libertad; una conducta podrá ser considerada por todos como delictuosa, más, si no se encuentra comprendida en un tipo penal, no podrá ser sancionada como delictiva, no obstante su meridiana temibilidad. Lo anterior se desprende claramente de lo previsto en nuestra Carta Magna en su artículo 14, al establecer que: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito

(18) JIMENEZ DE ASUA, **Ob. Cit.**, Pág. 235.

(19) CASTELLANOS TENA, **Ob. Cit.**, Pág. 167.

(20) JIMENEZ HUERTA, **Ob. Cit.**, Pág. 42.

de que se trata". Se puede observar fácilmente que dentro del precepto aludido se encuentra implícito el principio universalmente reconocido en los regímenes de Derecho: **nullum crimen sine lege**, lo que equivale a decir: no hay delito sin tipo que lo configure.

Opina JIMENEZ DE ASUA, que la tipicidad tiene una "función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene, además, funcionamiento indiciario de su existencia". (21) En este mismo sentido se pronuncia CUELLO CALON, al exponer que "la tipicidad es el indicio más importante de la antijuridicidad". (22) Pero no debemos confundir estos conceptos, ya que cada uno de los elementos citados tiene características y funciones propias, dándose el caso de conductas típicas que no son antijurídicas.

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

(21) JIMENEZ DE ASUA, **Ob. Cit.**, Pág. 252.

(22) CUELLO CALON, **Derecho Penal**, parte general, tomo I, 9a. Ed., Editorial Nacional, S. A., México, 1951, Pág. 312.

eliminadora de la antijuridicidad, tal comportamiento será lícito. Hemos ilustrado nuestro criterio a lo dicho, con el pensamiento profundo de RICARDO FRANCO GUZMAN, quien expresa textualmente: “la antijuridicidad es **ratio essendi** de la tipicidad en el desarrollo histórico del delito, aunque no en el proceso mental que recorre desde que un hecho se da en la realidad hasta que es calificado de delito, pues entonces la tipicidad es mera **ratio cognoscendi** de la antijuridicidad de la acción”. (23)

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

c) Al referirse a la antijuridicidad PORTE PETIT establece que, “al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación”. (24) La anterior afirmación nos parece correcta, ya que es verdad que cuando una conducta típica no se encuentre protegida por una causa de justificación, se reputará contraria al Derecho, lo que viene a demostrar, que las causas eliminadoras de la antijuridicidad operan por vía de excepción.

(23) FRANCO GUZMAN, *Delito e Injusto*, México, 1950, Págs. 53-54.

(24) PORTE PETIT, *Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal*, 1a. Ed., Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954, Pág. 41.

Si meditamos sobre la forma en que este elemento se manifiesta, observaremos que generalmente cuando una conducta típica es antijurídica, ésta viola al Derecho, mas no a la ley; ya que al perpetrarse el hecho delictivo, la conducta del agente coincide con la plasmada en el tipo, ésto es, en la antijuridicidad existe encuadramiento a la ley y contradicción a la norma. La norma valoriza, en tanto, que la ley describe. Robustece nuestro punto de vista SEBASTIAN SOLER, al expresar: "El derecho es sobre todo valoración. El externo encuadramiento de una acción a su figura no es más que el primer paso dado en el sentido de esa valoración. Pero siendo la figura delictiva ordinariamente tan sólo una descripción, es necesario en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. La acción tiene que ser valorada no sólo ante la ley que ordinariamente se limita a describirla, sino ante la norma que esa ley presupone. Cuando el resultado de ese examen afirma la existencia de un conflicto entre el fin que el derecho persigue y el hecho, decimos que éste es un hecho ilícito, antijurídico. Para que haya delito, es preciso que exista una 'relación de contradicción' entre el hecho del hombre y el derecho. Nadie ha expresado con más elegancia que CARRARA ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al derecho, cuando dice que el delito es una 'disonancia armónica', pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad

de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora". (25)

Para explicar la naturaleza intrínseca de la anti-juridicidad, existen dos diferentes tendencias: la objetiva y la subjetiva. Pasaremos de inmediato a la exposición de éstas, para a continuación, manifestar nuestra opinión al respecto.

TEORIA OBJETIVA. La antijuridicidad se concibe, de acuerdo con esta corriente, como la mera oposición entre el hecho realizado y el Derecho; como una contradicción de carácter objetivo entre el acto u omisión y la norma. Basta con que exista una conducta y que ésta sea contraria al Derecho, para que se califique tal comportamiento como antijurídico. Para esta doctrina el juicio de valoración entre el hecho y el Derecho, ha de ser puramente objetivo, dejando al margen en consecuencia, el proceso psicológico causal del agente. (26)

TEORIA SUBJETIVA. Quienes defienden esta posición, afirman que la antijuridicidad consiste en el

(25) SEBASTIAN SOLER, **Derecho Penal Argentino**, tomo I, 3a. reim-
presión, Editorial Tea, Argentina, Buenos Aires, 1956, Págs. 343-344.

(26) Podemos citar como defensores de esta postura a FRANCO GUZ-
MAN, **La Subjetividad en la Ilícitud**, 1a. Ed., 1959, Editorial José
M. Cajica Jr., S. A., Puebla, Pue., México, Págs. 28 y ss., **Delito
e Injusto**, Cit., Págs. 87-88. GIUSEPPE MAGGIORE, **Derecho
Penal**, Vol. I, 5a. Ed., traducción por el Padre José J. Ortega Torres,
Editorial Temis, Bogotá, 1954, Pág. 383. MEZGER, **Tratado de
Derecho Penal**, Vol. I, traducción de la 2a. edición alemana (1932)
por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho
Privado, Madrid, 1955, Págs. 339 y ss. CASTELLANOS TENA,
Ob. Cit., Págs. 174-175. CUELLO CALON, **Ob. Cit.**, Págs. 309-310.

incumplimiento, por parte del sujeto, de las obligaciones que el Derecho le impone. Lo que significa que para catalogar una conducta como antijurídica, no es suficiente con que ésta, se encuentre objetivamente en contradicción con el Derecho, sino que es necesario además, penetrar al ámbito subjetivo del agente, a efecto de determinar si la realización del evento fue producto de su voluntad. Por lo que la antijuridicidad existirá únicamente, cuando el individuo haya desatendido en forma voluntaria, las obligaciones que el Derecho le ha impuesto, cuando exista una contraposición entre la voluntad del autor y la norma del deber. (27)

Del análisis de las dos diferentes concepciones sobre la naturaleza de la antijuridicidad a que se ha hecho alusión, llegamos a las siguientes conclusiones: La teoría objetiva, hace consistir la antijuridicidad en la sola oposición de la conducta del agente con el Derecho, sin tomar en cuenta cuál ha sido la voluntad del autor; dejando por tanto esa valoración subjetiva al ámbito de la culpabilidad, lo cual es loable, ya que en esta forma se delimitan con precisión, cada una de estas esferas del delito. La corriente subjetiva, a nuestro modo de ver, es inadecuada, ya que al concebir a la antijuridicidad como el incumplimiento, por parte del autor, de las obligaciones que el Derecho le impone, estimamos que se está dirigiendo únicamente a los sujetos con

(27) Entre quienes sostienen esta posición se encuentran: BIAGIO PETROCELLI, **La Antijuridicidad**, traducción de José L. Pérez Hernández, publicación de la Revista de la Facultad de Derecho, U.N.A.M., 1963, Págs. 37-38. ANTOLISEI, **Manual de Derecho Penal, Cit.**, Págs. 146-147.

capacidad jurídica para cumplir con esas obligaciones excluyendo a los inimputables. Con todo acierto FRANCO GUZMAN, afirma: "El Derecho como ordenamiento regulador de las actividades humanas a través de la ley, tiene un carácter absoluto de valor y se dirige no solamente a los sujetos con capacidad de entender y de querer, sino también a los llamados no imputables". (28)

Por otra parte, al realizar esta doctrina una valoración de carácter subjetivo dentro del campo de la antijuridicidad, está invadiendo una esfera que no le corresponde, lo que viene a redundar en una confusión de conceptos. Al respecto JIMENEZ DE ASUA expresa: "Es indispensable el mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva y de la culpabilidad, como caracteres funcionales, que si bien forman a la postre el todo conceptual llamado delito, son capaces de ser distinguidos separadamente, ya que cada uno posee función propia en la diversidad armónica del conjunto". (29) Con base en los razonamientos que han quedado asentados, nos unimos a la corriente objetiva de la antijuridicidad, pudiendo afirmar con FRANCO GUZMAN, que "la determinación del carácter antijurídico de la acción, debe hacerse sobre una base objetiva, ya que el delito es una lesión objetiva de las normas jurídicas positivas sin referencia alguna al aspecto psíquico del sujeto. Si el objeto fundamental del Derecho y de las normas consiste en la protección

(28) FRANCO GUZMAN, *La Subjetividad en la Ilícitud*, Ob. Cit., Pág. 34.

(29) JIMENEZ DE ASUA, *El Criminalista*, tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1942, Pág. 40.

de los intereses y de los bienes que forman su objeto, el juicio de valor sobre el hecho que lesione la realización de tal fin debe hacerse objetivamente". (30)

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

Para que una conducta típica y antijurídica, pueda ser sometida a un juicio de valoración subjetivo, se requiere que antes, el autor de dicha conducta, sea imputable. Consideramos que la imputabilidad es un presupuesto lógico de la culpabilidad, toda vez, que tiene carácter general y abstracto, consistiendo en la capacidad intelectual y volitiva, que la ley exige, para que a una persona se le pueda considerar en un momento dado, como sujeto activo del delito; o al decir de CARRANCA Y TRUJILLO: "será imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (31)

(30) FRANCO GUZMAN, *La Subjetividad en la Ilícitud*, Cit. Pág. 29.

(31) RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, parte general, tomo I, 5a. Ed., Antigua Librería Robredo, México, 1958, Pág. 222.

e) Podemos decir que la punibilidad consiste en la amenaza de la imposición de una pena por parte del Estado, en contra de quienes se coloquen en el supuesto previsto por la ley penal, o sea, que si el agente realiza una conducta típica, antijurídica, culpable y amenazada con una pena, se hará merecedor a la sanción correspondiente, misma que el legislador ha establecido previamente en la ley, con la finalidad de que los posibles infractores de la norma, se abstengan de encuadrar su conducta a la hipótesis prevista en el Código punitivo, ante el temor de sufrir la aplicación de dicha sanción.

Hemos afirmado anteriormente, que la punibilidad es uno de los elementos esenciales del delito, por lo que ante su ausencia, el delito no podrá integrarse. Se dice en contra, que la punibilidad es consecuencia y no elemento del delito; en tal sentido IGNACIO VILLALOBOS escribe: "Acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico el decir que el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiarán los medios de defensa de la sociedad". (32) Debemos confesar, que en un principio nos sentimos seducidos ante las argumentaciones del citado jurista, mas, después de meditarlo mejor, hemos llegado al convencimiento de que la punibilidad no puede ser en ninguna forma una simple consecuencia del delito; creemos que quienes

(32) IGNACIO VILLALOBOS, *Noción Jurídica del Delito*, Editorial Jus, México, 1952, Págs. 28-29.

así piensan, han confundido este elemento con la pena, la cual efectivamente, es una consecuencia del delito, toda vez que consiste, en la reacción del Estado en contra del autor del hecho delictuoso. Por otra parte, si concibiéramos al delito, únicamente como una conducta típica, antijurídica y culpable, en contra de la cual no existiera una amenaza por parte del Estado, consistente en la imposición de una pena; tal comportamiento se encontraría desnudo de significación jurídica, carecería de sentido que el legislador se hubiera ocupado en reglamentarlo. Porque..., ¿tendría algún caso, que el creador de la ley, representante de los intereses sociales, se hubiese limitado a definir los delitos? A no dudarlo, la respuesta es negativa. Un tipo sin sanción, para nada sirve.

Quienes le niegan a la punibilidad el rango de elemento esencial del delito, sostienen que existen delitos que no son punibles y citan, entre otros, el caso del robo entre ascendientes y descendientes, contemplado por el artículo 377 de nuestro Código penal, afirmando que en tal supuesto jurídico, el sujeto activo realiza una conducta típica, antijurídica y culpable, a la cual no se asocia pena alguna, sin que deje por ésto de tener tal comportamiento un carácter delictuoso, aun cuando se encuentre ausente la punibilidad, puesto que de otra forma no se comprendería el fundamento de la aplicación de la sanción a los coautores. (33) Estimamos que la disertación anterior, sólo tiene valor en parte.

(33) En este sentido se expresa CASTELLANOS TENA, *Ob. Cit.*, Págs. 279-280.

Ciertamente, al descendiente que comete el delito de robo en agravio de su descendiente o viceversa, no se le aplica sanción alguna, pero esto no quiere decir, que tal acción no sea punible, puesto que existe una amenaza por parte del Estado, en contra de quienes se apoderen de una cosa ajena mueble; sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley, únicamente que en el caso concreto de robo entre ascendientes y descendientes, el Estado no hace efectiva esa amenaza, con la finalidad de evitar una mayor perturbación dentro del orden familiar. Por lo que con fundamento en los razonamientos que hemos desarrollado en apoyo de nuestra postura, podemos afirmar que todo hecho que no es punible, no es delito.

CAPITULO SEGUNDO

LA CULPABILIDAD

CAPITULO SEGUNDO

SUMARIO: 1. Su naturaleza jurídica. a) Teoría normativa. b) Teoría psicológica. c) Nuestra postura. 2. Su aspecto positivo. A) El dolo: su naturaleza jurídica. a) Teoría de la voluntad. b) Teoría de la representación. c) Nuestra posición. B) Sus elementos. a) Elemento intelectual. b) Elemento volitivo. C) Sus clases. AA) La culpa: su naturaleza jurídica. aa) Teoría de la previsibilidad. bb) Teoría del defecto de atención. cc) Nuestra opinión. BB) Sus clases. AAA) La preterintencionalidad. 3. Su aspecto negativo. A) El error. B) Sus clases. AA) La no exigibilidad de otra conducta.

1. En el capítulo que antecede dimos una noción general de lo que debe entenderse por culpabilidad; el alcance de este trabajo, nos impide seguir insistiendo en ese aspecto, ya que es menester enfocar nuestra atención hacia un nuevo problema que consideramos de mayor relevancia, siendo éste, el determinar la naturaleza jurídica de este instituto. La bibliografía sobre el tema es abundante, lo que significa, que la mayor parte de los penalistas han sentido la apasionante inquietud de penetrar a la esencia misma de este elemento, sin embargo, como en casi toda la problemática jurídica, existe falta de unidad de pensamiento. Podemos decir, que dos teorías fundamentalmente, ocupan en la actualidad el campo de la polémica sobre el asunto, a saber: la teoría psicológica y la teoría normativa. Trataremos de exponer brevemente los conceptos básicos de cada una de estas corrientes, para fundamentar a continuación nuestra postura.

a) La teoría psicológica limita la culpabilidad a la relación subjetiva que liga al autor con el hecho perpetrado, al vínculo de carácter anímico existente entre el sujeto y el resultado producido, pudiéndose manifestar el estado subjetivo del agente en forma de dolo o culpa, de tal manera, que para que a una persona se le pueda atribuir la calidad de culpable, es suficiente con que haya realizado una conducta típica y

antijurídica, en forma dolosa o culposa, sin tomar en cuenta los motivos que le impulsaron a obrar de tal manera. (1)

b) En la corriente normativa, se afirma que la esencia de la culpabilidad radica en la reprochabilidad. Para esta concepción no basta con que el autor haya realizado una conducta típica y antijurídica con dolo o culpa, sino que establece la necesidad de penetrar al análisis de los motivos que impulsaron al sujeto a obrar en tal forma, a fin de que, previo un juicio de valoración, se determine si le era exigible conducirse de manera distinta, esto es, si le era exigible que se comportara conforme a las normas del deber. Para esta doctrina, además de la relación causal de carácter subjetivo entre el agente y su acto, es necesario que exista una violación de la norma, causada por la voluntad del sujeto, una relación de contradicción entre la voluntad individual y la norma del deber; por tanto, una conducta será reprochable y, en consecuencia, culpa-

(1) Como exponentes de esta teoría podemos citar a FRANZ VON LISZT, **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, traducido de la 20 edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, 2a. Ed., Editorial Reus, S. A., 1927, Págs. 374 y ss. GIULIO BATTAGLINI, **Diritto Penale, Teorie generali**, tomo I, Editore, Bologna, 1937, Págs. 157-158. FONTAN BALESTRA, **Derecho Penal**, introducción y parte general, 2a. Ed., Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1953, Págs. 289-290. RICARDO C. NUÑEZ, **Derecho Penal Argentino**, parte general, tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Págs. 15 y ss. SEBASTIAN SOLER, **Derecho Penal Argentino**, tomo II, 3a. reimpresión, Editorial Tea, Argentina, Buenos Aires, 1956, Págs. 13 y ss.

ble, cuando se haya realizado en contraposición con la norma, pudiéndose obrar de diverso modo. (2)

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

(2) Podemos mencionar como sustentantes de esta corriente a JIMENEZ DE ASUA, quien en su tratado cita como principales representantes del normativismo, entre otros, a R. FRANK (fundador de esta teoría), JAMES GOLDSCHMIDT, FREUDENTAL, HEGLER, MEZGER, etc., **Tratado de Derecho Penal**, tomo V, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1956, Págs. 163 y ss. GIUSEPPE BETTIOL, **Derecho Penal**, parte general, 4a. Ed., versión castellana del Dr. José León Pagano, Editorial Temis, Bogotá, 1965, Págs. 316 y ss. CUELLO CALON, **Derecho Penal**, parte general, tomo I, 9a. Ed., Editorial Nacional, S. A., México, 1961, Págs. 357-358. REINHART MAURACH, **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, traducción por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, Págs. 77 y ss. FRANCO GUZMAN, **La Culpabilidad y su Aspecto Negativo**, Criminalia, año XXII, No. 7, México, julio de 1956, Pág. 456. ANTOLISEI, **Manual de Derecho Penal**, parte general, traducción de Juan del Rosal y Angel Torio, Editorial Uthea, Argentina, Buenos Aires, 1960, Págs. 240 y ss.

la voluntad del agente fue violar la norma, podremos afirmar que nos encontramos frente a una conducta culpable.

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

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

Por lo expuesto, podemos decir, que para nosotros, la teoría psicológica es insuficiente para resolver en forma adecuada los innúmeros casos que sobre la culpabilidad gravitan en la dinámica de la vida, en cambio, tenemos la convicción de que la teoría normativa, satisface plenamente las exigencias que impone un recto criterio de justicia, por lo que nos declaramos seguidores de esta corriente.

2. La culpabilidad, como todos los elementos del delito, presenta un aspecto positivo y otro negativo. Su aspecto positivo se encuentra integrado por el dolo y la culpa; el dolo representa la especie de la culpabilidad de mayor gravedad, mientras que en la culpa,

existe una disminución de reprochabilidad por parte del Estado en contra del agente, en atención a que si bien, éste causó con su conducta el mismo resultado que en los delitos dolosos, sin embargo, lo hizo sin la intención deliberada, de ejecutar el hecho, al haber obrado con imprudencia, negligencia, impericia, imprevisión, falta de reflexión o de cuidado. Nuestro Código penal se refiere a estas dos formas de la culpabilidad en su artículo 8, al establecer, que: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales, y II. No intencionales o de imprudencia".

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

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

Al respecto, CARRARA, uno de los más genuinos representantes de esta postura nos dice: "No se trata, pues, de la cuestión de si para formar el dolo deban simultáneamente concurrir la voluntad y la consciencia,

en lo que estamos todos de acuerdo. La discrepancia nace al determinar cuál de las dos deba considerarse como principal y cuál como complemento; cuál de las dos deba, en una palabra, representar la parte sustantiva en la definición del dolo. Ahora bien, esta función debe atribuirse solamente a aquella parte en la que tuvo impulso la acción que luego se califica de dolo, puesto que semejante impulso proviene de la voluntad, mientras que la consciencia (aunque perdure eternamente) jamás podrá **in eternum** ser causa de los movimientos; y por tanto la parte sustantiva de la definición del dolo debe provenir del elemento de la voluntad, y no del intelecto". (3) En este mismo sentido, MERKEL escribe: "Concebir algo como 'doloso' es más que representarse puramente este algo; y cuando decimos de alguien que ha causado intencionada o dolosamente la muerte de un hombre, no queremos indicar con la palabra 'dolosamente' algo que quede fuera de la correspondiente actividad del agente, sino que señalamos esta última como la afirmación o posición de un factor determinado, que es la voluntad consciente del hombre". (4) Por su parte, MEZGER afirma: "El conocimiento que el dolo exige debe ser contenido de la voluntad de la acción (el denominado elemento emocional del dolo). El simple conocimiento no constituye aun el dolo. Es

(3) Cfr. por JIMENEZ DE ASUA, **Tratado de Derecho Penal**, Cit., Pág. 391.

(4) Cfr. por JIMENEZ DE ASUA, **Ob. Cit.**, Pág. 393.

preciso que aparezca en referencia a la voluntad de la acción del autor". (5)

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

b) La teoría de la representación admite también como integrantes del dolo, tanto al elemento volitivo como al intelectual, pero se perfila con caracteres propios, al otorgarle a este último, la calidad de básico o primordial. Quienes siguen esta corriente, estiman que lo esencial en el dolo radica en la representación, en el conocimiento y previsión del autor, por lo que para que el dolo exista, es imprescindible que el sujeto se haya representado previamente el resultado de su conducta, de tal manera, que quien ha querido la acción u omisión habiendo previsto las consecuencias de su comportamiento ha aceptado también la realización del hecho. BEKKER, fundador de esta teoría, establece: "Quien quiere una acción y prevé su resultado, aprueba, en todo caso, también el resultado; si no lo aprobase, no querría la acción, que él ve condicionada al resultado; como a pesar de ello obra, expresa realmente su

(5) MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, traducción de la 2a. Ed., alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Pág. 91.

aprobación". (6) FRANZ VON LISZT, se manifiesta como uno de los más decididos representantes de esta doctrina al definir el dolo diciendo que "es el comportamiento, que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley". (7)

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

Consideramos que tanto al elemento volitivo como al intelectual, se les debe reconocer la misma jerarquía, en virtud de que tanto el uno como el otro, son esenciales en la formación del dolo, toda vez que faltando cualquiera de los elementos citados, no será posible integrar esta especie de la culpabilidad. Con todo acierto GIUSEPPE MAGGIORE ha dicho: "pueden darse casos de representación sin voluntad (como escribir, bajo amenaza, una carta que sea delictuosa en su contenido), y de voluntad sin representación (como unirse carnalmente con una persona casada, ignorando su estado); en ambos casos debe decirse que falta el dolo". (8) Asimismo, estimamos que al realizarse un hecho delictivo en forma dolosa, primero existirá, por

(6) Cfr. por JIMENEZ DE ASUA, **Ob. Cit.**, Pág. 399.

(7) FRANZ VON LISZT, **Tratado de Derecho Penal, Cit.**, Pág. 397.

(8) GIUSEPPE MAGGIORE, **Derecho Penal**, Vol. I, 5a. Ed., traducción por el Padre José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1954, Págs. 575-576.

razón lógica, la representación del resultado de la conducta y acto seguido, la manifestación de la voluntad.

Con base en los razonamientos que hemos dejado apuntados, nos afiliamos a la definición que nos proporciona FRANCO GUZMAN, quien expresa textualmente: "Dolo es la representación y la voluntariedad de una conducta y su resultado, estimado por la ley como ilícito". (9)

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

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

La representación del hecho se basa en el conocimiento por parte del agente, de los elementos objetivos que estructuran al tipo, así, se deberá conocer en el robo, que la cosa mueble es ajena; en el adulterio, que la mujer con la que se yace es casada, etc. Se deberá tener también conocimiento de las circunstancias que

(9) FRANCO GUZMAN, *La Culpabilidad y su Aspecto Negativo*, Criminología, año XXII, No. 7, México, julio de 1956, Pág. 458.

determinan la agravación del hecho, así por ejemplo, en el parricidio, el sujeto deberá saber que a quien priva de la vida es su padre.

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

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

C) Pasemos ahora a señalar brevemente las principales clases de dolo:

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

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

EVENTUAL. Se presenta cuando el sujeto prevé,

como consecuencia de su conducta, la posibilidad de causar un evento dañoso, no lo quiere, pero lo acepta en caso de que se produzca. (10)

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

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

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

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

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

AA) La determinación de la naturaleza jurídica de la culpa, es una de las cuestiones que han suscitado mayores debates entre los estudiosos del Derecho, a tal extremo que se ha llegado a decir que “no hay opinión

(10) El dolo eventual y la culpa consciente, marcan el límite inferior y superior de la esfera del dolo y de la culpa respectivamente. En ambas figuras existe la previsión y la representación de la posibilidad del resultado; pero mientras que en el dolo eventual, el sujeto no desea la realización del evento dañoso, pero lo acepta en caso de que éste se produzca; en la culpa consciente, el agente no sólo no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no acontezca.

de escritor, por eminente que parezca, que sea acogida por otro escritor”, ni “hay definición de juez (por autorizado que se estime) que sea seguida por otro juez”. (11) Por lo que no pretendemos hacer un estudio detallado de tan variadas y dispares posturas, trabajo que además no estaría de acuerdo con el carácter de este ensayo, sino que nos limitaremos a exponer en sus rasgos fundamentales, dos de las principales tendencias que se encuentran en franca oposición, o sean, la teoría de la previsibilidad y la teoría del defecto de atención, para después de analizarlas con juicio crítico, externar nuestra opinión en relación a lo que consideramos que debe representar la base sobre la cual ha de descansar la esencia de la culpa.

aa) La teoría de la previsibilidad toma este nombre, en virtud de que quienes la defienden (12) afirman que la esencia de la culpa reside en la previsibilidad del resultado no querido. Para esta concepción, la culpa aparece al acaecer un hecho delictivo a consecuencia de que el autor de la conducta que le dió origen, no obró con la suficiente diligencia violando un deber de previsión. El agente no quiso la realización del

(11) ORFEO CECCHI, Cfr. por JIMENEZ DE ASUA, *Ob. Cit.*, Pág. 738.

(12) Siguen esta corriente FRANCESCO CARRARA, **Programa del Corso di Diritto Criminale**, parte generale, Vol. I, settima edizione, Tipografia di G. Canoretti, 1889, Págs. 12 y ss. MAGGIORE, **Derecho Penal**, Cit., Págs. 600 y ss. ENRICO ALTAVILLA. **La Culpa**, traducción por el Padre José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1956, Pág. 48. FRANZ VON LISZT, **Tratado de Derecho Penal**, Cit., Págs. 48 y ss., EUSEBIO GOMEZ, **Tratado de Derecho Penal**, tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, Págs. 450 y ss.

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

Dentro de esta doctrina es clásica la definición que nos proporciona CARRARA, al decir que la culpa es “la voluntaria omisión de la diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho”. (13) Lo que significa que para que la culpa exista, es necesario: la voluntariedad de una acción o de una omisión dirigida a un fin lícito, la falta de previsión de la realización de un resultado delictivo y, la posibilidad de prever tal resultado. Entendiéndose por el término “prever”, de acuerdo con la comprensión de MAGGIORE, el “anticipar con la inteligencia lo que pueda suceder racional y comúnmente y pueda evitarse con la atención debida”. (14)

CRITICA. Del anterior concepto se desprende que la previsión es un fenómeno que se desarrolla en la mente del sujeto, por lo que al dirigirse en su contra el juicio de reproche, se está reprobando un defecto de su inteligencia, de su capacidad de previsión. A esto se puede objetar, siguiendo el pensamiento de FRANCO GUZMAN, que “la ley no puede exigir conductas inteligentes, sino sólo acciones u omisiones voluntarias o involuntarias”. (15) En efecto; el Derecho se limita a imponer prohibiciones y mandatos, cuya observancia depende de la voluntad de los destinatarios de la norma.

(13) CARRARA, *Ob. Cit.*, Pág. 123.

(14) MAGGIORE, *Ob. Cit.*, Pág. 123.

(16) FRANCO GUZMAN, *La Culpabilidad y su Aspecto Negativo*, *Cit.*, Pág. 459.

Por otra parte, estimamos que es muy difícil, si no imposible, precisar con base en esta tendencia, la línea divisoria entre lo previsible y lo imprevisible.

Asimismo, podemos hacer valer en contra de la doctrina en cuestión, la existencia de la culpa consciente, la que luego desarrollaremos debidamente, bástenos ahora dejar asentado para los fines que nos ocupan, que en ésta, el agente no sólo tuvo la posibilidad de prever el resultado, sino que incluso se lo representó como posible. Por lo que se concluye que la previsibilidad no puede constituir la esencia de la culpa.

bb) Los partidarios de la teoría del defecto de atención, (16) estiman que el fundamento de la culpa debe buscarse en la falta de atención por parte del sujeto que causó con su conducta el hecho delictivo, al establecer que existen deberes de atención impuestos por la ley, cuya violación trae como consecuencia una responsabilidad penal por culpa, cuando el sujeto con su obrar negligente ocasiona un evento dañoso. El autor no quiso cometer el hecho delictuoso, pero tampoco puso toda su atención para lograr que éste no se realizara. IMPALLOMENI, de acuerdo con esta concepción, define la culpa diciendo que es “una voluntad dirigida

(16) Podemos señalar como partidarios de esta doctrina a ANGLIOLINI, citado por CASTELLANOS TENA, **Lineamientos Elementales del Derecho Penal**, parte general, 1a. Ed., Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, Pág. 251. BETTIOL, **Derecho Penal**, parte general, 4a. Ed., versión castellana del Dr. José León Pagano, Editorial Temis. Bogotá, 1965, Págs. 398 y ss. FEUERBACH, BERNER, IMPALLOMENI y PESSINA, citados por JIMENEZ DE ASUA, **Tratado de Derecho Penal**, Cit., Págs. 787-788.

a un fin no antijurídico, y que da un resultado antijurídico y delictuoso, por el defecto de atención sobre los efectos nocivos que la vician". (17)

En resumen, el autor será responsable a título de culpa, cuando al conducirse infrinja un deber de atención, lesionando un bien jurídicamente tutelado por el Derecho penal.

CRITICA. Esta posición, al igual que la anterior, carece de la consistencia necesaria para salir adelante de las objeciones que se formulan en su contra. Así se dice, que una persona puede actuar poniendo toda su atención en una determinada actividad y sin embargo, ser responsable a título de culpa al causar un evento dañoso; (verbigracia: el caso de un médico que sin poseer los conocimientos necesarios, emprende una grave intervención quirúrgica con fatales consecuencias, no obstante haber practicado la intervención depositando en ella toda su atención).

cc) Creemos que las ideas más acertadas sobre la naturaleza jurídica de la culpa, son las que nos proporciona ANTOLISEI, al decir que "la esencia de la culpa debe encontrarse en la inobservancia de normas sancionadas por los usos o expresamente prescritas por las autoridades con el fin de prevenir resultados dañosos". (18) Ciertamente; ante la aparición de una conducta culposa, siempre encontraremos que su autor, se

(17) IMPALLOMENI, Cfr. por JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Cit., Pág. 788.

(18) ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, Cit., Pág. 273.

comportó imprudente o negligentemente, violando una ley, un reglamento, la indicación de una autoridad, un uso o una costumbre, al no observar las precauciones debidas que en tales disposiciones se le exigían.

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

CULPA CON REPRESENTACION. Se le llama también culpa consciente o con previsión; se caracteriza porque en ésta, el sujeto se ha representado como posible el acaecimiento de un resultado delictuoso, como consecuencia de su obrar negligente, imperito o descuidado, y no obstante, sigue actuando en tal forma, con la esperanza de que el evento no se producirá. El agente prevé el resultado, mas no lo quiere, y si éste, en último término se realiza, se debe a que el autor violó un deber de precaución. (19)

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

AAA) Nos encontramos ante el delito preterintencional, cuando el sujeto ha ocasionado con su conducta un resultado más grave que el querido. El agente

(19) Véase la nota número 10 a pie de página.

tuvo, ciertamente, la intención de cometer un hecho ilícito, pero el que se efectuó fue de mayor gravedad que el propuesto; (verbigracia: el autor queriendo solamente lesionar a una persona, la priva de la vida, en virtud de que ésta, al caer, se golpea en una parte vital del organismo. En esta figura no existe identidad entre el evento deseado y el que realmente se produjo.

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

Ante la afirmación anterior, se han levantado opiniones en contrario, así se ha dicho, que el delito preterintencional debe ser clasificado entre los delitos dolosos, puesto que el agente al cometerlo, tuvo la intención de causar un daño, (20) se ha sostenido también, que debe comprenderse al delito preterintencional, dentro de los delitos calificados por su resultado. (21) Estos criterios, a nuestro modo de ver, resultan inadmisibles, puesto que si aceptáramos que el delito preterintencional es doloso, tendríamos que admitir que el dolo existe fuera de la intención del autor, lo cual es del todo erróneo, y si comprendiéramos al delito preterintencional dentro de los delitos calificados por su resultado, tendríamos que situarnos en un campo puramente ob-

(20) En este sentido desenvuelve sus ideas EUSEBIO GOMEZ, **Tratado de Derecho Penal**, tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, Pág.s 443 y ss., y tomo II, Pág.s. 95 y ss. ANTO-LISEI, **Manual de Derecho Penal**, Cit., Pág.s. 285-286.

(21) Es de esta opinión SEBASTIAN SOLER, **Derecho Penal Argentino**, Cit., Pág.s. 128 y ss.

jetivo, lo que resulta opuesto a la esencia misma de la culpabilidad.

3. Al referirnos anteriormente a la culpabilidad, dejamos asentado que este elemento aparece cuando el Estado dirige un juicio de reproche en contra del autor de un hecho, a causa de no haberse comportado de acuerdo con las normas del deber estando a su alcance hacerlo. Ahora bien; siendo la inculpabilidad la cara opuesta de este elemento, podemos afirmar que se presenta, cuando el propio Estado no dirige en contra del agente, el citado juicio de reproche. Asimismo, resulta evidente que el análisis del aspecto negativo de la culpabilidad, sólo debe hacerse ante la presencia de una conducta típica y antijurídica proveniente de un sujeto imputable, en consideración a la prelación lógica existente entre los elementos del delito. La inculpabilidad, de acuerdo con nuestra concepción normativista, queda integrada por el error y la no exigibilidad de otra conducta.

A) Al estudiar el error debemos mencionar también a la ignorancia, ya que tanto ésta como aquél, constituyen fases del proceso cognoscitivo. Podemos decir que el error es el conocimiento equivocado de la realidad, mientras que la ignorancia consiste en la ausencia total de conocimiento; consideramos que la diferencia existente entre estas dos figuras, no tiene trascendencia para el Derecho penal, ya que tanto en uno como en otro caso, se producen las mismas consecuencias jurídicas, por lo que siguiendo la tendencia unificadora, creemos que se les debe reconocer el mismo valor.

B) Existe error de hecho y de derecho, el de hecho se divide a su vez en esencial y accidental; es esencial, el que "recae sobre circunstancias que necesariamente han de ser representadas en la mente del autor para afirmar la existencia del dolo; y no esencial cuando el error recae sobre circunstancias cuya representación no es decisiva para la configuración del mismo"; (22) el primero, cuando es invencible hace desaparecer la culpabilidad; en tanto que el segundo, deja subsistir este elemento y solamente modifica en algunos casos la responsabilidad penal. Por último, nos encontramos ante el error de derecho, cuando la ignorancia o el conocimiento equivocado recaen sobre una norma jurídico penal, esta clase de error es irrelevante para nuestra ley penal, toda vez que nuestro Código punitivo establece en su artículo 9, fracción III, que: "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe. . . III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla".

El error esencial de hecho cuando es invencible, hace desaparecer la culpabilidad. Para demostrar la veracidad de la anterior afirmación, es necesario que recordemos algunos de los conceptos expuestos al referirnos al dolo; dijimos que esta especie de la culpabilidad está constituida por dos elementos, uno intelectual y otro volitivo, y que el primeramente citado comprendía a su vez, la representación del hecho y la representación del resultado. Ahora bien; el error esencial de

(22) FEDERICO PUIG PEÑA, **Derecho Penal**, tomo I, parte general, 4a. Ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Pág. 303.

hecho puede considerarse como el aspecto negativo del elemento intelectual, puesto que al tenerse un conocimiento equivocado del hecho o de su resultado, se impide que este elemento nazca. Al consistir la representación del hecho, en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, tal desconocimiento, hará surgir un error esencial de hecho y cuando éste además sea invencible, traerá como consecuencia la inculpabilidad del agente. Podemos citar a manera de ejemplo, el caso de penetrar a un domicilio ajeno creyéndolo propio. Asimismo, si la representación del resultado estriba en el conocimiento de las consecuencias que sobrevendrán a causa del comportamiento ilícito; el desconocimiento de tales consecuencias, dará también origen a un error esencial de hecho, y cuando éste sea invencible, a una inculpabilidad. Citemos el caso de la persona que le da de beber a otra, un vaso de agua, sin saber quién lo suministra que este líquido se encuentra envenenado.

Hemos dicho reiteradamente que el error esencial de hecho para que produzca efectos de eximente debe ser invencible, a esto podemos agregar, de acuerdo con PORTE PETIT, que en caso contrario queda subsistente la culpa. Al referirse PUIG PEÑA, a la clasificación del error en vencible e invencible, escribe: "Será vencible cuando sea previsible e invencible en el supuesto contrario". (23)

Al tratar al error esencial de hecho, deben estudiarse también las eximentes putativas, las cuales son

(23) FEDERICO PUIG PEÑA, *Ob. Cit.*, Pág. 303.

causas de inculpabilidad que aunque no se encuentren expresamente reglamentadas dentro de la ley, se desprenden dogmáticamente de ésta. Nuestro Código penal establece en su artículo 8, que: “Los delitos pueden ser: I. Intencionales, y II. No intencionales o de imprudencia”, o en otras palabras: dolosos o culposos; figuras que quedan destruídas ante un error de hecho esencial e invencible.

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

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

ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO. Surge cuando el individuo actúa violando bienes jurídicos ajenos, creyendo fundadamente por error de hecho esencial e invencible, que se encuentra ante una situación que reu-

ne todas las características del estado de necesidad reglamentado en la ley; al estado de necesidad putativo también favorece, como en los casos anteriores, una inculpabilidad por error de hecho.

Por lo que toca al error de hecho no esencial o accidental, dejamos apuntado anteriormente, que se caracteriza porque deja subsistente la culpabilidad, pudiendo en algunas ocasiones modificar la responsabilidad penal. Dentro de esta figura se comprenden: el error en el golpe, el error en la persona, el error en el delito y el error en la relación causal.

ERROR EN EL GOLPE. También llamado **aberratio ictus**, aparece cuando se causa un daño, pero no en la persona que se quería sino en una distinta. Estimamos que junto a esta clase de aberratio, se puede estudiar también al error en la persona, ya que a nuestro modo de ver, no existe una distinción substancial entre estas dos figuras, en la primera; el error no está en la mente del sujeto sino en el golpe, en tanto que en la segunda; el autor confunde con otra, a la persona a quien quería dañar, por lo que el error se localiza en la mente del agente. En el primer supuesto, A, queriendo matar a B, priva de la vida a C, en virtud de que al descargar la puñalada letal, C se coloca inesperadamente frente a B; en la segunda hipótesis, A, queriendo aniquilar a B, confunde a éste en la obscuridad con C, quitándole la vida. En los casos señalados el dolo subsiste en atención a que nuestro Código penal dispone en su artículo 9, fracción I, que: "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe. . .

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño”.

ERROR EN EL DELITO. También denominado **aberratio delicti**, acaece cuando se ocasiona un hecho delictuoso diferente del querido: A, queriendo romper el cristal de una ventana, arroja una piedra, lesionando a B, quien en esos momentos se asoma. La culpabilidad permanece, toda vez que nuestro Código punitivo establece en su artículo 9, fracción V, que: “La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe... V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito”.

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

AA) La no exigibilidad de otra conducta, de acuerdo con la postura normativa que venimos sosteniendo, constituye una causa general de inculpabilidad; para este instituto jurídico no es suficiente para calificar a una determinada conducta como culpable, con que ésta,

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

CAPITULO TERCERO

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

CAPITULO TERCERO

SUMARIO: 1. Sus antecedentes. 2. Su origen y evolución. 3. Su correcta ubicación. 4. Su naturaleza jurídica. 5. Su aplicación en los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión. 6. La no exigibilidad de otra conducta en género y en especie. 7. Su proyección en las legislaciones.

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

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

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

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

El segundo caso es conocido comúnmente con el nombre de la cigüeña ante los jurados, fue fallado en el año de 1898 y al igual que en el anterior, se le reco-

noce a la no exigibilidad de otra conducta un carácter supralegal como causa excluyente de culpabilidad, pero ahora en la esfera del dolo: Se trataba de una explotación minera en donde se les permitía a los trabajadores no presentarse a sus ocupaciones el día en que sus mujeres alumbrasen, sin que se les hiciera ninguna deducción en su salario por tal inasistencia; los trabajadores amenazaron a la matrona, con dejar de utilizar sus servicios si ésta se negaba a hacer aparecer como nacidos en día hábil, a todos aquellos niños que sus mujeres hubiesen dado a luz en días de descanso obligatorio en la citada empresa, con la finalidad de poder faltar a sus labores en estos casos, percibiendo su salario íntegro; la partera, quien se encontraba en difícil situación económica, accedió ante el temor de quedarse sin trabajo, efectuándose un gran número de inscripciones falsas en el Registro Civil. Los hechos se hicieron del conocimiento del Reich, quien absolvió a la comadrona al considerar que en el caso concreto no se le podía exigir que renunciara, en aras a la verdad, a su medio de subsistencia.

Junto al desarrollo histórico de la no exigibilidad de otra conducta, se fue desarrollando el estudio dogmático jurídico de esta institución; inspirándose en los casos citados y en otros relativos que les sucedieron, se hizo descansar esta causa de inculpabilidad, sobre la motivación anormal que impulsó al agente a cometer el hecho, o sea, sobre las causas excepcionales que lo empujaron a realizar el evento dañoso, en tal sentido JAMES GOLDSCHMIDT escribe: "la 'motivación anormal' constituye... el único presupuesto de la no exigibi-

bilidad. Bajo este punto de vista, la 'no exigibilidad del cumplimiento de un precepto de precaución' puede constituir, por consiguiente, una causa de exculpación que excluya la culpa, y, en cuanto que el precepto de precaución exija la obtención de conocimientos jurídicos, puede constituir una causa de exculpación que excluya el dolo". —agregando— "el reconocimiento de causas de exculpación 'suprarales' estriba en el concepto básico de que hay motivos que el ordenamiento jurídico debe reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio".(1) Otro de los más destacados penalistas alemanes, EDMUNDO MEZGER, condensa en una sola fórmula esta eximente al expresar: "No actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta de la realizada", (2) y se proyecta como un franco partidario de la no exigibilidad de otra conducta como causa suprarales de inculpabilidad al exponer: "El pensamiento jurídico-penal es siempre, en último extremo, pensamiento individualizador. En verdad exige, como parte integrante del ordenamiento jurídico, criterios reguladores firmes, legales, en los que se apoya para desenvolverse y que le garantizan la seguridad propia del Derecho. Pero en sus últimas y más complicadas ramificaciones se substraer a estos moldes rígidos y demanda formas que hagan posible una adaptación a las

(1) JAMES GOLDSCHMIDT, **La Concepción Normativa de la Culpa-**
bilidad, traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C.
Núñez, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943, Págs. 31 y 38.

(2) MEZGER, **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, traducción de la
2a. edición alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz,
Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Pág. 181.

múltiples configuraciones de la vida concreta. Por ello no debe extrañar que la vida práctica del Derecho, en lo que toca al capítulo más fino y de más ricas formas del Sistema jurídico-penal, esto es, en la teoría de la culpabilidad jurídico-penal, haya exigido de modo imperioso tal coronamiento individualizador". (3) Esta concepción de la no exigibilidad de otra conducta como causa supralegal de inculpabilidad, ha sido criticada incluso por tratadistas del propio país que le dió origen, así vemos que REINHART MAURACH, la tilda de incorrecta e intrascendente al decir que la no exigibilidad de otra conducta se desarrolló con sorprendente rapidez encontrando un "apoyo indirecto en ciertas equívocas sentencias del Reichsgericht, de las que la ciencia extrajo incorrectamente el reconocimiento de la no exigibilidad como un principio general de todos los hechos punibles", pero que en la actualidad esta "teoría de la exclusión supralegal de la culpabilidad ofrece un puro interés histórico". (4)

Como quiera que sea, podemos afirmar que esta eximente nació en Alemania como una causa supralegal de inculpabilidad, convirtiéndose posteriormente en uno de los temas más debatidos del Derecho penal.

3. La gran mayoría de los tratadistas que se ocupan del estudio de la no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho, están de acuerdo en que constituye

(3) MEZGER, *Ob. Cit.*, Págs. 181-182.

(4) REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, traducción de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. Pág. 51.

una causa de inculpabilidad; no obstante, en contra de la opinión general, se ha dicho que este instituto jurídico debe ubicarse dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad, o sea, que se le considera como una causa de justificación. En este sentido PETROCELLI expresa: “la denominada inexigibilidad debería situarse sistemáticamente entre las causas de exclusión de la antijuridicidad y no entre las de exclusión de la culpabilidad, en cuanto determinaría la decadencia de la norma en su aspecto imperativo”. (5)

Por otra parte, se ha sostenido que la no exigibilidad de otra conducta representa una causa de impunidad; al respecto VILLALOBOS manifiesta: “cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial”. (6)

(5) Cfr. por ANTOLISEI, **Manual de Derecho Penal**, parte general, traducción de Juan del Rosal y Angel Torio, Editorial Uthea, Argentina, Buenos Aires, 1960, Pág. 310.

(6) VILLALOBOS, **Dinámica del Delito**, Editorial Jus, México, 1955, Pág. 146.

Estamos en completo desacuerdo con el pensamiento de estos penalistas, por lo que no podemos aceptar en ninguna forma los argumentos a que recurren. Para nosotros, entusiastas partidarios de la teoría normativista, la no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho, queda enclavada dentro del aspecto negativo de la culpabilidad, no pudiéndola considerar jamás como una causa de justificación, toda vez que éstas se fundamentan en la concepción del interés preponderante, mientras que en la no exigibilidad de otra conducta, los intereses en conflicto pueden ser de igual valor, sin que ésto impida que se exima al autor, de responsabilidad penal al no podersele exigir una conducta acorde con el Derecho; de la misma manera, no se le puede calificar como causa de impunidad, en virtud de que es innegable que la esencia misma de la culpabilidad es la exigibilidad, por lo que al no poder exigir el Estado un comportamiento distinto del realizado, tal comportamiento será inculpable, y al desaparecer este elemento, no será posible penetrar al examen de la punibilidad, toda vez que este último elemento del delito, descansa sobre el presupuesto de la existencia de la culpabilidad, como éste, en los elementos que le anteceden dentro de la prelación lógica.

4. La naturaleza intrínseca de la no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho, reside en la ausencia de reprochabilidad por parte del Estado en contra del autor del hecho, en virtud de no serle exigible conformar su conducta de acuerdo a las normas del deber dadas las circunstancias especiales que lo impulsaron a cometer el evento dañoso. El mismo nombre

con que ha sido designado este importante instituto jurídico nos proporciona una clara visión sobre su alcance y contenido, ya que su fundamento y su misma esencia radica en que en todos aquellos casos en los que no se le pueda exigir al agente un comportamiento en armonía con el Derecho, no se dirigirá en su contra el juicio de reproche.

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

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

al autor un comportamiento conforme a Derecho. La segunda hipótesis, comprende todos aquellos casos previstos expresamente por el legislador.

La no exigibilidad de otra conducta contemplada como una causa general de inculpabilidad, ha sido duramente atacada, tachándosele de elástica e imprecisa en atención a que no se establecen concretamente los extremos que han de llenarse para invocarla, señalándose que al otorgarle al juzgador la facultad de decidir en cada caso si le era exigible al agente observar una conducta distinta de la realizada, "el juez se arrogaría poderes de legislador". (7) Reconocemos que representa para el juzgador una gran responsabilidad aplicar la no exigibilidad de otra conducta en su carácter genérico, puesto que se deben extremar las precauciones al recurrir a esta eximente haciendo uso de un fino criterio valorativo para evitar su aplicación inmoderada, pero esto no significa que desconozcamos el gran valor que representa esta institución jurídica, toda vez que si la culpabilidad se finca sobre la exigibilidad, cuando no le sea exigible una conducta distinta al sujeto, éste será inculpable aunque no se encuentre previsto el caso concreto expresamente en el ordenamiento punitivo.

Se le ha imputado también a la no exigibilidad de otra conducta genéricamente considerada, que trae como consecuencia un reblandecimiento en la estructura del Derecho penal. Creemos que esta impugnación no tiene razón de ser, puesto que la estructura del ordena-

(7) ALIMENA, Cfr. por JIMENEZ DE ASUA, **Tratado de Derecho Penal**, tomo VI, Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, Pág. 945.

miento penal se debilitaría cuando no se aplicara sanción alguna a los autores de un delito sin que mediara una causa de interés público, pero no cuando se exime al sujeto de responsabilidad penal por no serle exigible otra conducta, de la misma manera que no se reblandece el ordenamiento represivo cuando el autor resulta favorecido con una causa de justificación.

7. La no exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho, va ganando cada día una mayor aceptación no sólo entre los teóricos del Derecho, sino también dentro del campo de la vida forense, siendo numerosos los casos en los que los tribunales de diferentes países le han reconocido validez. Estamos convencidos de que la no exigibilidad de otra conducta genéricamente considerada, está llamada a ocupar uno de los lugares preferentes dentro del Derecho penal positivo, encontrándose regulada ya esta valiosa institución jurídica en el Proyecto Oficial de Código Penal para la República de Bolivia, al establecer en su artículo 22, inciso 3, que: “no actúa culpablemente, quien habida cuenta de las circunstancias excepcionales en que se hallaba, a él no imputables, y que le colocaron en una situación de notoria falta de libertad de actuación, no le era racionalmente exigible una conducta distinta de la realizada”. (8)

Además, podemos señalar que en el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963 para la República Mexicana,

(8) Citado por PORTE PETIT, **Importancia de la Dogmática Jurídico Penal**, 1a. Ed., Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954, Pág. 55.

se hace referencia expresa de esta eximente al establecerse dentro del capítulo de las causas excluyentes de incriminación, en su artículo 23, fracción X, que: "Son causas excluyentes de incriminación. . . X. Realizar la conducta bajo la amenaza de un mal inevitable, grave e inminente", (9) explicándose en la exposición de motivos que tal fracción "contiene la vis moral, no considerándola por sus efectos sino por su causa, y determina que existe cuando se realiza una conducta bajo la amenaza de un mal inevitable, grave e inminente; fuerza moral que puede funcionar, por otra parte, según los casos, como una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. . ." (10)

(9) **Proyecto de Código Penal Tipo de 1963 para la República Mexicana**, Revista Mexicana de Derecho Penal, número 31, enero de 1964, Págs. 37 y 40.

(10) **Exposición de motivos del Proyecto de Código Penal Tipo de 1963 para la República Mexicana**, Memoria de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, 1958-1964, Pág. 196.

CAPITULO CUARTO

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

CAPITULO CUARTO

SUMARIO: 1. La no exigibilidad de otra conducta en nuestro Código penal vigente. 2. Criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3. Casos legislados: a) Temor fundado. b) Estado de necesidad. c) Obediencia jerárquico legítima. d) Encubrimiento de parientes y seres queridos. e) Evasión de presos. f) Inhumación ilegal. g) Aborto por causas sentimentales.

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

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

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

En apoyo de nuestras palabras podemos citar a ALBERTO SANCHEZ CORTES, quien nos dice que la no exigibilidad de otra conducta tiene “cabida legal en nuestro Código penal mexicano; pues si bien es cierto que dicha causal no aparece expresamente contemplada en nuestra ley, no está fuera de ella, pues el juez, teleológicamente, debe llegar a la conclusión de que no es culpable el sujeto a quien no se le puede exigir un comportamiento diverso”. (1)

2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido expresamente validez a la no exigibilidad de otra conducta en género, dentro del campo del Derecho penal mexicano, al establecer en la ejecutoria que recayó al juicio de amparo 2934, del año de 1958, que: “No puede formularse el juicio de reproche, como elemento normativo de la culpabilidad, imputando a una persona ser la causa eficiente de un evento dañoso por manejar un vehículo de servicio público que se encontraba en malas condiciones de la dirección, si se demuestra que el trabajador lo hizo del conocimiento

(1) ALBERTO SANCHEZ CORTES, *Una Eximente que no se omitió en la Ley*, Criminología, año XXVIII, No. 1, México, Enero de 1962, Pág. 50.

de la empresa de transportes advirtiendo las consecuencias que podía ocasionar su manejo y, a pesar de ello, recibió órdenes terminantes para que lo guiara". (2) Como puede observarse fácilmente, en la tesis aludida se finca la inculpabilidad en que en el caso concreto no se le podía exigir al autor una conducta distinta de la observada, por lo que no era procedente dirigir en su contra el juicio de reproche, lo que significa, que tal caso fue fallado haciendo uso de los principios rectores de la concepción normativa de la culpabilidad, lo que viene a robustecer el criterio sustentado por destacados penalistas mexicanos, en el sentido de que en nuestro Código punitivo, no tiene vigencia solamente la teoría psicológica, sino que ésta y la teoría normativa coexisten en el mencionado ordenamiento jurídico; criterio al que nos afiliamos al considerar, que efectivamente, en el citado cuerpo de leyes, convergen tanto la teoría psicológica, al regularse el dolo y la culpa; como la teoría normativa, al deducirse, valiéndose de la interpretación sistemática, que la responsabilidad penal en las conductas dolosas o culposas, no puede tener otro fundamento, mas que la exigibilidad de la adecuación de dichas conductas al ordenamiento normativo.

3. Hemos dejado anunciadas las hipótesis reguladas en nuestro Código penal vigente que, de acuerdo con nuestra opinión, tienen su fundamento en la no exigibilidad de otra conducta; iniciaremos el estudio de

(2) Citada por JORGE REYES TABAYAS, *Comentario a una resolución de la Suprema Corte de Justicia*, Criminalia, año XXVI, No. 4, México, Abril de 1960, Pág. 256.

éstas, con las contenidas en el artículo 15, mismo que ha sido ubicado bajo el capítulo de las circunstancias excluyentes de responsabilidad, y a continuación nos ocuparemos de los supuestos que, fundamentándose en esta eximente, se encuentran comprendidos dentro de la parte especial de dicho Código.

a) Nuestro ordenamiento punitivo establece en su artículo 15, fracción IV, que: “Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: IV. El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor...” El miedo grave puede engendrarse como consecuencia de una causa real o imaginaria, en tanto, que el temor fundado e irresistible se da únicamente ante la presencia de una causa real. En ambos supuestos se produce una profunda perturbación en la psique del autor, ocasionándose en el miedo grave, la total inhibición del agente haciendo que éste obre instintivamente al quedar anulada su voluntad; mientras que en el temor fundado e irresistible, no se anula por completo la voluntad del sujeto, limitándose su libertad de actuación a optar entre cometer el evento dañoso o aceptar la realización del mal que lo amenaza.

Creemos que la excluyente de responsabilidad penal por miedo grave, encuentra su fundamento en la ausencia de conducta, toda vez que al anularse totalmente la voluntad del agente, no será posible la aparición de este elemento del delito. Por lo que toca al temor fundado e irresistible, estimamos que la exención de pena se basa en una causa de inculpabilidad por no exigibilidad

de otra conducta, en virtud de que al restringirse considerablemente la voluntad del autor, al grado de no tener más que la alternativa de cometer un delito o sufrir el daño grave e inminente, no se le podrá exigir que, por respeto al ordenamiento normativo, se resigne a sufrir dicho mal.

Vigoriza nuestro punto de vista, PAVON VASCONCELOS, al expresar: "La operancia del temor fundado e irresistible (**vis compulsiva**) fundaméntase en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, siguiéndose el principio de que el violentado no obra, sino quien violenta. La voluntad viciada, que impone al sujeto la comisión del hecho como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer la culpabilidad, la cual supone la realización de una conducta típica y antijurídica. Se trata de una auténtica 'no exigibilidad', reconocida por el derecho positivo, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio". (3)

b) El estado de necesidad se encuentra regulado por nuestro Código penal en su artículo 15, fracción IV *in fine*, que a la letra dice: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: IV... la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial". Por lo que para invocar esta excluyente

(3) PAVON VASCONCELOS, *Nociones de Derecho Penal Mexicano*, parte general, tomo II, Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo, Zacatecas, Zac., 1964, Pág. 236.

de responsabilidad, se requiere la existencia de los siguientes presupuestos: a) una situación de peligro, o sea, la posibilidad de sufrir un daño; que este peligro sea real grave e inminente, lo que equivale a decir, que deberá ser auténtico, de importancia y muy próximo a su realización; b) que el citado peligro recaiga sobre uno o más bienes jurídicamente protegidos, los cuales pueden ser, de acuerdo a la disposición legal, propios o ajenos; c) que se dirija un ataque, por parte de quien se encuentra en el estado de necesidad, en contra de otro u otros bienes jurídicamente tutelados; d) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial; pudiéndose agregar de acuerdo con el pensamiento de PAVON VASCONCELOS, que para que esta excluyente de responsabilidad opere, es necesario además, que el peligro no haya sido provocado dolosamente por el infractor. (4)

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

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

(4) PAVON VASCONCELOS, *Ob. Cit.*, Pág. 130.

Distinta solución es la que se debe tomar cuando los dos bienes en colisión son de igual valor, pues en este caso, explica PORTE PETIT, “nos situamos frente a una causa de inculpabilidad, por la no exigibilidad de otra conducta, y no ante una causa de justificación”, (5) supongamos por ejemplo que los dos bienes en conflicto son dos vidas humanas, ninguna de ellas tiene en relación con la otra, preponderancia ante el ordenamiento normativo, resultando favorecido el autor del evento dañoso, no con una causa de justificación, sino con una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Estado no puede dirigir en contra del infractor ningún juicio de reproche, cuando éste priva de la vida a otra persona como único medio de conservar su propia existencia, toda vez que no se le puede exigir que renuncie a su vida para salvar la ajena. “En el supuesto de la colisión de dos intereses iguales —nos dice JOAQUIN CARRILLO PETRACA—, se presenta el fenómeno de la inexigibilidad de otra conducta. No es posible, racional y humanamente, pedir al agente la observancia de un comportamiento distinto al que tuvo, originado precisamente por el estado de necesidad en que se encontraba”. (6)

c) La obediencia jerárquico legítima está reglamentada en nuestro Código penal en su artículo 15, fracción VII, que establece: “Son circunstancias excluyentes

(5) PORTE PETIT, **Importancia de la Dogmática Jurídico Penal**, 1a. Ed., Editorial Panamericana, México, 1954, Pág. 54.

(6) JOAQUIN CARRILLO PETRACA, **El Fenómeno de la Inexigibilidad de Otra Conducta**, Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XII, Núms. 1 y 2, Enero a Abril de 1961, Xalapa, Ver., México, Pág. 100.

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

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

d) El artículo 15, fracción IX, de nuestro ordenamiento punitivo, nos proporciona un claro ejemplo de una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, al preceptuar: “Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: IX. Ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictivo”.

tuoso, siempre que se trate de: a) Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad". El fundamento de esta eximente, como puede verse, radica en que el Estado no puede exigirle al encubridor que se niegue a proteger a sus parientes consanguíneos o afines, a su cónyuge, o a las personas a las que esté unido por ligámenes afectivos, en atención a que quien así actúa obra impulsado por motivos tan respetables como lo son el amor familiar y los sentimientos de fraternidad humana, por lo que con toda razón PORTE PETIT, enseña que el precepto citado "constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que la motivación del encubridor de allegados no es reprochable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de justicia". (7)

e) Dentro de los delitos en contra de la seguridad pública nuestro Código penal contempla dos hipótesis de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, al reglamentar el delito de evasión de presos, estableciéndose como regla general en su artículo 150, que: "Se aplicará de tres meses a siete años de prisión al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado. Si el delincuente fuere encargado de conducir o custodiar al prófugo será además destituido de su empleo", señalándose a continuación en el artículo

(7) PORTE PETIT, *Ob. Cit.*, Pág. 54.

151, una excepción a esta disposición al preceptuarse: “El artículo anterior no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas”. Así pues, cuando la persona o personas que propiciaron la fuga se encuentren dentro de las comprendidas en el artículo citado y lograron la evasión sin valerse de los medios que éste prohíbe, no se les aplicará ninguna sanción, por lo que se impone preguntarnos: ¿cuál es el fundamento jurídico de esta excluyente de responsabilidad penal? Creemos que se trata de una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no puede reprochales a quienes encontrándose en el supuesto referido, proporcionan la evasión de su pariente impulsados por móviles sentimentales tan profundos e indestructibles, que el ordenamiento normativo no puede desconocer.

Asimismo, el artículo 154 del propio ordenamiento dispone: “Al preso que se fugue no se le aplicará sanción alguna, sino cuando obre de concierto con otro u otros presos y se fugue alguno de ellos o ejerciere violencia en las personas, en cuyo caso la pena aplicable será de seis meses a tres años de prisión”, o sea, que el prófugo resultará beneficiado con una exención de pena cuando no incurra en los supuestos previstos por la ley penal. Resulta indudable que en esta hipótesis también nos encontramos en presencia de una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en atención

a que no se puede dirigir el juicio de reproche al preso que logra traspasar los umbrales de la prisión para recobrar uno de los más preciados valores del hombre: su libertad.

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

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

g) El artículo 333 de nuestro Código penal, contempla una hipótesis de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en materia de aborto, al establecer: "No es punible el aborto... cuando el embarazo sea resultado de una violación". La lectura del precepto transcrito nos podría llevar a pensar que en tal supuesto existe una causa de impunidad, pero basta con meditar un poco, para caer en la cuenta de que el fundamento jurídico de esta eximente descansa, no en una exención de pena por causa de utilidad pública, sino en una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta al no podersele reprochar a la mujer grávida la interrupción voluntaria de su embarazo, para evitar el nacimiento de un ser que le haga recordar a cada momento el detestable atropello de que fue víctima. "Esta especie de aborto —nos dice JIMENEZ DE ASUA— va transida de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad consciente". (8)

(8) JIMENEZ DE ASUA, *Libertad de Amar y Derecho a Morir*, 6a. Ed., Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1946, Pág. 401.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Cinco elementos son esenciales para la configuración del delito: 1) la conducta; 2) la tipicidad; 3) la antijuridicidad; 4) la culpabilidad; y, 5) la punibilidad. En el orden indicado deben estudiarse, en virtud de que cada uno de éstos descansa sobre el presupuesto de la existencia del que le antecede.

SEGUNDA. Por lo anterior, estimamos desacertadas las ideas de quienes consideran que la punibilidad es solamente una simple consecuencia del delito y no un elemento esencial de éste.

TERCERA. En el desarrollo histórico del delito, la antijuridicidad constituye el fundamento real y de validez, la razón de ser, de la tipicidad; puesto que al crear el legislador los tipos, presupone **a priori** que las conductas en éstos descritas son violatorias del Derecho, presunción que queda destruída ante la presencia de una causa de justificación.

CUARTA. La antijuridicidad tiene carácter objetivo. Surge ante la existencia de una mera relación de contradicción entre la conducta del agente y el Derecho. No comulgamos, por tanto, con la forma de pensar de quienes explican la naturaleza jurídica de este elemento a la luz de la teoría subjetiva, misma que al sostener que la antijuridicidad consiste en el incumplimiento,

por parte del sujeto, de las obligaciones que el Derecho le impone, niega, en consecuencia, que los inimputables puedan realizar conductas antijurídicas.

QUINTA. La imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad. Tiene carácter general y abstracto y consiste en la capacidad intelectual y volitiva que la ley exige, para que a una persona se le pueda considerar en un momento dado como sujeto activo del delito.

SEXTA. Nos manifestamos decididos partidarios de la concepción normativa de la culpabilidad, pues estamos convencidos de que este elemento del delito, aparece únicamente cuando el Estado dirige un juicio de reproche en contra del autor del evento dañoso, cuando no obró de conformidad con la norma del deber siéndole exigible hacerlo.

SEPTIMA. El aspecto negativo de la culpabilidad, queda integrado por el error de hecho esencial e inevitable y la no exigibilidad de otra conducta.

OCTAVA. Por tanto, rechazamos la opinión de los tratadistas que consideran que la no exigibilidad de otra conducta, debe ubicarse dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad o de la punibilidad.

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

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

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

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

DECIMA TERCERA. En nuestro Código penal vigente existen supuestos que encuentran su fundamento en la no exigibilidad de otra conducta, pudiendo citar,

entre otros, el temor fundado, el estado de necesidad cuando el bien salvado es de igual valor que el bien sacrificado, el encubrimiento de parientes y seres queridos y el aborto por causas sentimentales.

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

BIBLIOGRAFIA

ALTAVILLA, Enrico.

La Culpa, Editorial Temis, Bogotá, 1956 (traducción del italiano por el Padre José J. Ortega Torres).

ANTOLISEI, Francesco.

Manual de Derecho Penal, parte general, Editorial Uthea, Argentina, Buenos Aires, 1960 (traducción del italiano por Juan del Rosal y Angel Torio).

BATTAGLINI, Giulio.

Diritto Penale, Teorie Generali, tomo I, Editore, Bologna, 1937.

BETTIOL, Giuseppe.

Derecho Penal, parte general, cuarta edición, Editorial Temis Bogotá, 1965 (versión castellana del Dr. José León Pagano).

C. NUÑEZ, Ricardo.

Derecho Penal Argentino, parte general, tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, s. f.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.

Derecho Penal Mexicano, parte general, tomo I, quinta edición, Antigua Librería Robredo, México, 1958.

CARRARA, Francesco.

Programa del Corso di Diritto Criminale, parte generale, Vol. I, settima edizione, Tipografía di G. Canoretti, 1889.

CARRILLO PETRACA, Joaquín.

El Fenómeno de la Inexigibilidad de Otra Conducta, Revista Jurídica Veracruzana, tomo XII, Núms. 1 y 2, Xalapa, Ver., México, Enero a Abril de 1961.

CASTELLANOS TENA, Fernando.

Lineamientos Elementales de Derecho Penal, parte general, primera edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959.

CUELLO CALON, Eugenio.

Derecho Penal, parte general, tomo I, novena edición, Editorial Nacional, S. A., México, 1951.

Exposición de motivos del Proyecto de Código Penal Tipo de 1963 para la República Mexicana, Memoria de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, 1958-1964.

FONTAN BALESTRA, Carlos.

Manual de Derecho Penal, parte general, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.

FRANCO GUZMAN, Ricardo.

Delito e Injusto (Formación del Concepto de anti-juridicidad), México, 1950.

La Subjetividad en la Ilícitud, primera edición, 1959, Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, Pue.

La Culpabilidad y su Aspecto Negativo, Criminalia, año XXII, Núm. 7, México, Julio de 1956.

GOLDSCHMIDT, James.

La Concepción Normativa de la Culpabilidad, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943 (traducción del alemán por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez).

GOMEZ, Eusebio.

Tratado de Derecho Penal, tomos 1 y 2, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

JIMENEZ DE ASUA, Luis.

El Criminalista, tomo II, Editorial La Ley. Buenos Aires, 1942.

La Ley y el Delito, cuarta edición, Editorial Hermes, México, 1963, Buenos Aires.

Libertad de Amar y Derecho a Morir, sexta edición, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1946.

Tratado de Derecho Penal, tomo V, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1956.

Tratado de Derecho Penal, tomo VI, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1962.

JIMENEZ HUERTA, Mariano.

La Tipicidad, Editorial Porrúa, S. A., México, 1955.

MAGGIORE, Giuseppe.

Derecho Penal, Vol. I, quinta edición, Editorial Temis, Bogotá, 1954 (traducción del italiano por el Padre José J. Ortega Torres).

MAURACH, Reinhart.

Tratado de Derecho Penal, tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962 (traducción del alemán por Juan Córdoba Roda).

MEZGER, Edmundo.

Derecho Penal, parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958 (traducción de la sexta edición alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi).

Tratado de Derecho Penal, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955 (traducción de la segunda edición alemana (1932) por José Arturo Rodríguez Muñoz).

Tratado de Derecho Penal, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (traducción de la segunda edición alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz).

PAVON VASCONCELOS, Francisco.

Nociones de Derecho Penal Mexicano, parte general, tomo II, Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo, Zacatecas, Zac., 1964.

PETROCELLI, Biagio.

La Antijuridicidad, publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963 (traducción del Italiano por José L. Pérez Hernández).

PORTE PETIT, Celestino.

Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, tomo I, 1960.

Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, (conferencia dictada en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales el día 13 de octubre de 1963), primera edición, Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954.

Programa de la Parte General del Derecho Penal, primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.

Proyecto de Código Penal Tipo de 1963 para la República Mexicana, Revista Mexicana de Derecho Penal Núm. 31, Enero de 1964.

PUIG PEÑA, Federico.

Derecho Penal, tomo I, parte general, cuarta edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

REYES TABAYAS, Jorge.

Comentario a una Resolución de la Suprema Corte de Justicia, Criminalia, año XXVI, Núm. 4, México, Abril de 1960.

SANCHEZ CORTES, Alberto.

Una eximente que no se omitió en la Ley, Criminología, año XXVIII, Núm. 1, México, Enero de 1962.

SOLER, Sebastián.

Derecho Penal Argentino, tomo I, tercera reimpresión, Editorial Tea, Argentina, Buenos Aires, 1956.

VILLALOBOS, Ignacio.

Dinámica del Delito, Editorial Jus, México, 1955.
Noción Jurídica del Delito, Editorial Jus, México, 1952.

VON LISZT, Franz.

Tratado de Derecho Penal, tomo II, segunda edición, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1927 (traducción de la 20a. edición alemana por Luis Jiménez de Asúa).

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION.....	1

CAPITULO PRIMERO

Breves Consideraciones Acerca del Delito y sus Elementos

SUMARIO: 1. Concepto del delito. 2. Elementos del delito: a) La conducta; b) La tipicidad; c) La antijuridicidad; d) La culpabilidad; e) La punibilidad.....	5
--	---

CAPITULO SEGUNDO

La Culpabilidad

SUMARIO: 1. Su naturaleza jurídica. a) Teoría normativa. b) Teoría Psicológica. c) Nuestra postura. 2. Su aspecto positivo. A) El dolo: su naturaleza jurídica. a) Teoría de la voluntad. b) Teoría de la representación. c) Nuestra posición. B) Sus elementos. a) Elemento intelectual. b) Elemento volitivo. C) Sus clases. AA) La culpa: su naturaleza jurídica. aa) Teoría de la previsibilidad. bb) Teoría del defecto de atención. cc) Nuestra opinión. BB) Sus clases. AAA) La preterintencionalidad. 3. Su aspecto negativo. A) El error. B) Sus clases. AA) La no exigibilidad de otra conducta.....	29
--	----

CAPITULO TERCERO

La No Exigibilidad de Otra Conducta

SUMARIO: 1. Sus antecedentes. 2. Su origen y evolución. 3. Su correcta ubicación. 4. Su naturaleza jurídica. 5. Su aplicación en los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión. 6. La no exigibilidad de otra conducta en género y en especie. 7. Su proyección en las legislaciones..... 57

CAPITULO CUARTO

La No Exigibilidad de Otra Conducta en el Derecho Mexicano

SUMARIO: 1. La no exigibilidad de otra conducta en nuestro Código penal vigente. 2. Criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3. Casos legislados: a) Temor fundado. b) Estado de necesidad. c) Obediencia jerárquico legítima. d) Encubrimiento de parientes y seres queridos. e) Evasión de presos. f) Inhumación ilegal. g) Aborto por causas sentimentales..... 73

CONCLUSIONES..... 89

BIBLIOGRAFIA..... 95