

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

FACULTAD DE DERECHO.

HACIA UN ESTUDIO INTEGRAL DE LA CULPABILIDAD  
Y SU ASPECTO NEGATIVO.

(Doctrina, Legislación y Jurisprudencia).

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## E X P O S I C I O N \_ D E \_ M O T I V O S :

Avocarse al estudio de uno de los elementos más importantes del delito representa una ardua tarea que, tanto el teórico como el práctico, deben llevar a cabo con el mayor ahinco.

Al pensar que la culpabilidad es uno de los aspectos de más trascendencia en el Derecho Penal, no pretendemos desconocer su respectiva importancia a los demás componentes del delito puesto que, sabiendo que éste forma un todo y que la separación se hace tan sólo para el estudio íntegro y sistemático, la culpabilidad no puede desgajarse y quedar alejada de todo lo demás; si pretendemos llegar a una mayor manifestación de justicia al aplicar el Derecho represivo, tenemos que poner un poco más de empeño en su estudio.

SEBASTIAN SOLER apoya esta postura y en su obra "La Raíz de la Culpabilidad" expone: "El problema de la culpabilidad es el problema central de todo Derecho Penal, y de sus soluciones depende el destino mismo ya no de una ciencia jurídica, sino del sistema de normas del cual todos nosotros, no como juristas sino como personas, vivimos" (p. 10).

Además, se sostiene que la culpabilidad tiene un doble enfoque: El sociológico y el jurídico. Para nosotras este elemento del ilícito penal es tan importante, que decimos que con él se cierra la cadena del delito.

Hemos intitulado nuestro trabajo "Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo", puesto que intentamos, aunque tal vez no con muy buen éxito, de abarcar todas las disciplinas que se encargan de estudiar estos elementos y dilucidar cada uno de los problemas que se presentan cuando uno y otro aparecen.

En el capítulo primero estudiamos en forma somera las consideraciones que se han dado en relación con las características generales de la culpabilidad en las diversas ciencias, incluyendo al Derecho Penal. En la segunda y tercera partes explicamos el concepto y la estructura de la culpabilidad y su aspecto negativo, atendiendo a los postulados que sustentan las diversas teorías elaboradas por los doctrinarios del Derecho Penal. En seguida trazamos un panorama del tratamiento que ha recibido nuestro elemento en los diversos códigos y proyectos de la República mexicana. Asimismo son incluidos los criterios que adoptan los altos tribunales

en México. Por último, se aporta una crítica constructiva respecto a todo lo analizado.

Nuestro fin no se traduce en agotar el estudio de la culpabilidad, sino mejor aún, en aprender cuanto podamos acerca de ella, puesto -- que es sabido por todos que los tópicos del Derecho no se termina de estudiarlos dado que, por fortuna, nuestra disciplina se encuentra en constante evolución.

Deseamos hacer patente un agradecimiento especial al maestro Celestino Porte Petit Candaudap, con quien tuvimos el honor de iniciarnos en una de las materias más bellas y laboriosas del Derecho y quien nos distinguió al tomarnos como colaboradoras. Es necesario extender ese agradecimiento a la ayuda que nos brindaron el doctor Moisés Moreno Hernández y el licenciado Raúl Navarro García, al poner su empeño por sacar esto adelante.

Vaya así la presente, con la esperanza de que hayamos logrado -- uno de nuestros objetivos principales: APRENDER. VALE.

LA SUSTENTANTE.

Ciudad Universitaria, México, 1984.

"Remontarse a las fuentes de un río, es llegar al lugar en que las aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica, es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie -- del Derecho".

DU PASQUIER.

"El cultivo del Derecho positivo fue - el que me impuso cuestiones e investigaciones... cuya solución no encontré en él mismo y, sin buscarlo ni quererlo, me empujó - hacia una región científica superior".

STHAL.

A B R E V I A T U R A S \_ E M P L E A D A S .

AJ	-	ANALES DE JURISPRUDENCIA.
BIJ	-	BOLETIN DE INFORMACION JUDICIAL.
CPA	-	CODIGO PENAL ALEMAN.
CPAs	-	CODIGO PENAL AUSTRIACO.
CPF	-	CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
CPEUM	-	CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICA <u>NOS.</u>
INACIPE	-	INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.
RALE	-	REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAROLA.
SCJN	-	SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.
SJF	-	SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.
TSJ	-	TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

NOTA: Denominamos "jurisprudencia" a todas las resoluciones de los tribunales superiores de los Estados Unidos Mexicanos, aun cuando no tengan ese carácter.

## INDICE GENERAL:

	Pág.
Dedicatorias .....	3
Exposición de Motivos .....	4
Abreviaturas Empleadas .....	7
CAPITULO PRIMERO.	
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CULPABILIDAD: .....	12
1. La Falta, la Culpa y el Castigo .....	12
2. Desenvolvimiento Histórico de la Culpabilidad .....	24
3. Función de la Culpabilidad: .....	29
3.1. La Culpabilidad como Elemento del Delito .....	31
3.2. Como Límite de la Pena .....	34
4. La Culpabilidad y su Relación con los demás Elementos del Delito: .....	39
4.1. El Elemento Subjetivo-Material .....	39
4.2. El Elemento Regulador o Tipicidad .....	43
4.3. El Elemento Valorativo o Antijuridicidad .....	45
4.4. La Imputabilidad .....	48
4.5. La Responsabilidad .....	53
5. Cuadros Sinópticos:	
Esquema número 1. "Los Elementos del Delito" .....	59
Esquema número 2. "La Relación de la Culpabilidad con los demás Elementos del Delito" .....	60
Esquema número 3. "Formas de Culpabilidad Psicológica" .....	61
Esquema número 4. "Diferencias entre Delito Doloso, Culposo y Preterintencional (en el psicologismo)" .....	62
6. Notas Bibliográficas .....	63
CAPITULO SEGUNDO.	
CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD: .....	68
a. El Causalismo .....	69
b. El Finalismo .....	72
I. Concepción Psicológica de la Culpabilidad: .....	75
I.1. Concepto .....	75
I.2. Estructura: .....	79
a. Dolo .....	80
b. Culpa .....	84
c. Preterintención .....	87
I.3. Consideraciones Críticas .....	90
II. Concepción Normativa Causalista de la Culpabilidad (Normativismo): .....	93
II.1. Concepto .....	94
II.2. Estructura: .....	100
a). Imputabilidad .....	100
b). Dolo o Culpa .....	101
c). Exigibilidad .....	101
II.3. Consideraciones Críticas .....	104
III. Concepción Normativa Finalista de la Culpabilidad (Finalismo): .....	107
III.1. Concepto .....	112
III.2. Estructura: .....	114

a. Imputabilidad .....	115
b. Posibilidad Concreta de conocer el Carácter Ilícito de la Conducta Realizada .....	116
c. Exigibilidad de una Conducta .....	116
III.3. Consideraciones Críticas .....	121
IV. Cuadros Sinópticos:	
Esquema Número 5. "Teoría Psicológica de la Culpabilidad. Teoría de las Fuerzas. Francesco Carrara" .....	126
Esquema Número 6. "Teoría Psicológica de la Culpabilidad. Teoría Psicológica Normativa. Sebastián Soler" .....	127
Esquema Número 7. "Teoría Psicológica de la Culpabilidad. Estructura del Delito" .....	128
Esquema Número 8. "Teoría Normativa de la Culpabilidad. Reinhard Frank" .....	129
Esquema Número 9. "Teoría Normativa de la Culpabilidad. Estructura del Delito" .....	130
Esquema Número 10. "Teoría Finalista de la Culpabilidad. Hans Weikel" .....	131
Esquema Número 11. "Teoría Finalista de la Culpabilidad. Reinhard Maurach" .....	132
Esquema Número 12. "Teoría Finalista de la Culpabilidad. Estructura del Delito" .....	133
V. Notas Bibliográficas .....	134
CAPITULO TERCERO.	
LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD: .....	137
A. La Inculpabilidad en el Psicologismo: .....	139
A.1. El Error: .....	140
a. Error de Hecho .....	142
b. Error de Licitud .....	145
c. Error de Derecho .....	147
d. Error Inesencial o Accidental .....	149
A.2. La Coacción .....	150
A.3. Otras Causas: .....	152
e. Obediencia Debida .....	153
f. El Estado de Necesidad .....	155
g. El Caso Fortuito .....	156
h. La Culpa Como Modalidad del Error .....	160
A.4. Consideraciones Críticas .....	161
B. La Inculpabilidad en el Normativismo Causalista (Normativismo): .....	163
B.1. La Inimputabilidad .....	163
B.2. El Error: .....	165
a. El Error de Tipo .....	167
b. El Error de Hecho .....	167
c. El Error de Licitud .....	168
d. El Error de Derecho .....	168
e. El Error Inesencial o Accidental .....	171
B.3. La Coacción .....	171
B.4. La Inexigibilidad .....	173
B.5. Consideraciones Críticas .....	175
C. La Inculpabilidad en el Normativismo Causalista (Finalismo): ..	178
C.1. La Inimputabilidad .....	179



C.2. El Error de Prohibición .....	181
C.3. La Inexigibilidad .....	185
C.4. Consideraciones Críticas .....	188
D. Cuadros Sinópticos:	
Esquema Número 13. "Causas de Inculpabilidad en el Psicologismo" .....	190
Esquema Número 14. "Causas de Inculpabilidad en el Normativismo" .....	191
Esquema Número 15. "Causas de Inculpabilidad en el Finalismo" .....	192
E. Notas Bibliográficas .....	193
CAPITULO CUARTO.	
LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL Y LA JURISPRUDENCIA MEXICANAS: .....	
a. Legislación Federal: .....	198
a.1. Código Penal de 1871 .....	198
a.2. Código Penal de 1929 .....	208
a.3. Código Penal de 1931 .....	217
a.4. Proyectos de 1949, 1958 y 1963: .....	222
a. Proyecto de 1949 .....	223
b. Proyecto de 1958 .....	229
c. Proyecto de 1963 .....	233
b. Legislación Estatal: .....	237
b.1. Códigos que Siguen al Código Penal de 1931 .....	238
b.2. Códigos que Siguen una Regulación Distinta .....	244
c. Reformas Penales: .....	236
c.1. Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal, de 1983 .....	237
c.2. Proyecto de Código Penal para el Estado de Guerrero, de 1984 .....	244
c.3. Reformas al Código Penal Federal de 1931, del 13 de enero de 1984 .....	250
d. La Jurisprudencia Mexicana: .....	254
Jurisprudencia Relacionada con la Culpabilidad .....	254
Jurisprudencia Relacionada con el Dolo .....	255
Jurisprudencia Relacionada con la Culpa .....	256
Jurisprudencia Relacionada con la Preterintención .....	258
Jurisprudencia Relacionada con el Error .....	259
Jurisprudencia Relacionada con el Error Accidental .....	260
Jurisprudencia Relacionada con la Obediencia Jerárquica ..	261
Jurisprudencia Relacionada con la Imputabilidad .....	262
Jurisprudencia Relacionada con la Coacción .....	264
Jurisprudencia Relacionada con el Caso Fortuito .....	265
Jurisprudencia Relacionada con el Estado de Necesidad ....	266
Jurisprudencia Relacionada con la No Exigibilidad .....	266
e. Cuadro Sinóptico:	
Esquema Número 16. "Texto Comparativo y Concordado del Código Penal de 1931 y las Reformas de 1984 .....	267
f. Notas Bibliográficas .....	269
EPILOGO (Conclusiones): .....	
I. En Relación a los Conceptos de la Culpabilidad y la Inculpabilidad .....	270
pabilidad .....	271

II. En Razón de la Estructura de la Culpabilidad y la Inculpabilidad .....	275
III. En Torno a la Doctrina Penal Mexicana .....	278
IV. En Consideración a la Jurisprudencia Mexicana .....	279
V. Con Base en la Legislación Penal Mexicana .....	280
VI. Síntesis de Nuestra Opinión: .....	283
1. Elemento Subjetivo-Material o Conducta .....	284
2. Elemento Regulador o Tipicidad .....	285
3. Elemento Valorativo o Antijuridicidad .....	286
4. Elemento Normativo o Culpabilidad .....	287
VI. Cuadro Sinóptico: Esquema Número 17. "Síntesis de Nuestra Opinión" .....	289
CATALOGO DE AUTORES CONSULTADOS .....	291
LEGISLACION CONSULTADA .....	299

## CAPITULO PRIMERO

## CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CULPABILIDAD

"La culpabilidad es lo que en una acción libremente ejecutada hay de opuesto o contrario a la ley que - debe regirla. Fijar la culpabilidad de un acto comporta, el descartar o separar todo aquello que no - ha provenido de esa libre determinación".

LUIS SILVELA.

Hombre, sociedad y derecho son conceptos tan íntimamente relacionados que cuando hagamos alusión a uno de ellos, irremediamente tendremos qué referirnos a los otros dos. La sociedad y el derecho no son sino el producto de las ideas del hombre, quien los ha creado para asegurar su conservación y bienestar. Al firmar el contrato social el individuo acepta hacer la cesión de una parte de su libertad y de sus derechos naturales en favor de sus semejantes, asegurando con ello su permanencia en el núcleo social.

A partir de ese momento, empieza a interesarse por desentrañar el contenido de tres conceptos fundamentales, que son: La falta, la culpa y el castigo, para dejar establecidas sus bases y proceder a hacer válidas sus normas éticas. Estos tres conceptos son los que nos interesa tratar previamente al tema central de nuestro estudio.

## 1. LA FALTA, LA CULPA Y EL CASTIGO.

Desde los primeros tiempos de la humanidad las concepciones de la falta, la culpa y el castigo se nos presentan como lo más obscuro y difícil de dilucidar puesto que, en tanto el hombre quiere más justificar y hacer válidas las conductas positivas producto de su moral, para procurar su conservación y bienestar, más repudio le opone al comportamiento negativo de sus semejantes.

En realidad el problema no es de fácil resolución, menos aún cuando ha de trasladarse al campo del Derecho penal donde se desentrañan todos

y cada uno de los aspectos de la falta (delito), para determinar el grado de culpa del infractor (culpabilidad), aplicarle un castigo (pena o medida de seguridad) y así proteger a los individuos y a la sociedad de las posibles faltas que pudieran ser cometidas lesionando bienes jurídico-penales (función del Derecho penal).

Resulta que la falta, la culpa y el castigo, son tan antiguos como el hombre y su historia. Ya en la Biblia se habla de la falta en forma de pecado (transgresión a la Ley Divina), al relatarse el reproche que Dios dio a la conducta de Adán y Eva, al desobedecerle. Asimismo encontramos que se relata un crimen, que podría ser el antecedente directo del delito-tipo del parricidio, la privación de la vida de Abel perpetrada por su hermano Caín.

En la obra de CAPPANCA Y TRUJILLO se expone: "Desde las primeras asociaciones humanas encontramos ya hechos extra y antisociales, que a su vez se convertirían en hechos extra y antijurídicos. Con un despilfarro de energía, son deslealtad para con la asociación humana apenas naciente, como hoy lo son para con la sociedad humana adulta; pero son tan humanos como lo humano mismo. Sepiase que la humanidad nació con vocación innata para el crimen, al igual que con vocación para su contraria, la solidaridad que lo combate y mediante la cual ha de ascender hasta las cumbres de su propio perfeccionamiento". (1)

Concretamente, para comenzar a hablar de la falta (delito), diremos que las normas de Derecho tienen su fundamento en los postulados morales del hombre, incluidos en ellas algunos mandamientos religiosos. Indudablemente, las conductas que se consideran antijurídicas nacieron primero en la práctica y el hombre al ver que con ellas se lesionaba valores fundamentales de la sociedad y de sus coasociados, las recoge en el orden jurídico convirtiéndolas en ilícitos. (2) Así nos damos cuenta de que la antijuridicidad primeramente es material y después formal. (3)

Ha existido una gran divergencia de opiniones en lo que respecta al motivo de la falta. Los grandes pensadores se ocuparon de esto. Así ARISTOTELES nos dice que es la pobreza la que conduce al delito y que los crímenes más graves eran cometidos para adquirir lo superfluo y no lo necesario. Asegura que movido por las pasiones, hasta el hombre más virtuoso -- puede llegar a delinquir. Asimismo PLATÓN escribe que el crimen es el producto del medio ambiente en que las personas se desenvuelven y sus facto-

res son la miseria y la ignorancia. Postula un principio: Se castigaba al individuo, no porque hubiese delinquido sino que para que los demás no lo hicieran, asentando así una base para la intimidación; los fines del castigo eran punitivos. (4)

JUSTINIANO explica que en Roma es la pobreza el origen del delito y que solamente la riqueza hace hombres felices. SANTO TOMAS DE AQUINO en su "Suma Teológica" señala que la miseria engendra rebelión y delito y -- considera también a la pobreza como un factor criminológico. En la "Utopía" de TOMAS MORO se dice que influyen en el incremento de los delitos -- la guerra, la ociosidad y la mala educación y que el Estado debe encaminar todas sus fuerzas a combatirlos porque los delitos no son sino los -- síntomas que manifiestan su situación real. (5)

JUAN JACOBO ROUSSEAU encuentra que las faltas se deben a la mala organización del Estado. Para VOLTAIRE el hecho ilícito está vinculado con las condiciones económicas y la carencia de instrucción. (6)

En las pseudociencias, antecedentes directos de muchas de las ciencias actuales, también hay diferentes opiniones. La astrología habla de -- una predestinación astral al delito, dada por la influencia que los as-- tros ejercen sobre las personas. Así se dice que los sujetos de signos de fuego tienden a la violencia como resultado de factores personales prepon-- derantes; los de aire asumirán conductas antisociales producto de un ca-- rácter voluble. Los de signos de tierra tendrán una tendencia al crimen -- que se manifiesta en una planeación desapasionada de sus actos y, por úl-- timo, los de agua delinquirán debido a desajustes emocionales. (7)

La demonología veía la causa del crimen en la posesión diabólica, -- considerando a Satanás como el causante de toda conducta criminal y sos-- tiene que quien no está poseído por Luzbel por lo menos está tentado por los espíritus malignos. (8)

Dentro de la fisonomía, JEAN GASPARD LAVATER sostiene que los sujetos que tienen caras parecidas a las de los animales poseen sus característi-- cas y éstas los impulsan a delinquir. (9) Así encontramos que al llegar a la Criminología hay cuatro direcciones para explicar el fenómeno de la -- criminalidad, a saber: Antropológica, psicológica, biológica y sociológi-- ca.

En la antropología criminal el principal exponente es CESAR LOMBRO-- SO, quien trata de encontrar las causas de crimen en el alma, las costum--

bres y las pasiones humanas. Compara a los delincuentes con los locos y - los niños, dice que son la expresión atávica de una mentalidad primitiva premoral; clasifica a los delincuentes de acuerdo a sus características - naturales, físicas, psíquicas y sociales y con base en esto establece toda una tipología. (10)

En el aspecto sociológico ENRIQUE FERRI, en su teoría de la "saturación criminal", indica que determinada organización social tiene su correlativa delincuencia y que los crímenes aumentan o disminuyen en razón de la estructura de la sociedad. Las faltas son un fenómeno de anormalidad - biológica y social y se las determina por factores antropológicos, sociales o físicos. (11)

Por lo que respecta a lo psicológico unos tratan de ver el problema como producto de mente enferma, manera la que el hombre expresa su neurosis angustiosa. Otros opinan que una educación torpe conlleva el desarrollo anormal de la psique del niño, quien difícilmente podrá superarlo durante su adolescencia y, más aún, en su edad adulta. Algunos consideran - que las imposiciones de la sociedad al individuo desde su nacimiento y -- las restricciones que como normas morales dicta la religión en sus postulados, lo hacen llevar consigo una serie de remordimientos y en ocasiones un temor irracional al castigo o bien la pérdida del mismo.

Toda persona nace sin limitaciones de orden moral; resulta obvio que el niño, al nacer, tiene en su mente una cassette virgen que grabará las asociaciones conscientes o inconscientes de las normas que le inculque la sociedad en su entorno, a través de padres, maestros y demás personas que convivan con él. La conducta que en el futuro presente, estará ciertamente influenciada por las normas y principios morales, sociales y religiosos -- que le impusieron desde la primera hora. También debe considerarse que se determinará por los factores genéticos y las circunstancias que se le presentan en el momento de actuar. (12)

En verdad nadie puede decir que está exento de cometer tal o cual -- falta, ya que es sabido que hasta el hombre más definido en cuanto a su axiología puede realizar una falta moral o social y, aún más, un delito. Lo ideal sería que al presentarse el momento y las circunstancias, lograra el control absoluto de la situación y, como consecuencia, se abstuviera de actuar.

JEAN GUITON (13) ilustre filósofo, menciona tres aspectos de la fal-

ta en su disciplina, a saber:

1. Non possum non peccare (no puedo dejar de pecar). El mal -- existe dentro de nosotros mismos, es tan fuerte que no podemos oponerle -- resistencia. Desde que nacemos tenemos el mal en nuestro ser y resulta -- que el mal es más fuerte que nosotros mismos y no podemos apartarlo.

2. Non possum peccare (no puedo pecar). Bien sea por gracia o -- por prudencia, nos encontramos muy distantes de la posibilidad de pecar, o nuestra libertad se traduce en una mera ilusión. Estamos determinados a pecar o a no pecar.

3. Pecco (peco). En la Biblia se dice que el hombre tiene el -- pecado en las venas, con la conciencia de que es pecador. Existe un orden que Dios quiso establecer y hay en el ser libre albedrío para decidir si obedece o desobedece.

En Derecho los conceptos de falta y delito difieren; la falta simple recibe el nombre de ilícito y a la penal se la denomina delito. La falta no siempre está asociada con la aplicación de una pena, en tanto que para que sea aplicada una pena es necesario que exista el delito. En algunas -- áreas del Derecho, a la falta se la asocia con la conducta ilícita y se -- le aplica una sanción. El ilícito penal, correctamente llamado delito, es -- tá relacionado siempre con la pena.

Trataremos de analizar la falta desde el punto de vista jurídico-pe- -- nal y de desentrañar cuáles son los elementos que la componen. El CPF nos dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Con- -- cepción bitómica que se traduce en dos elementos: Conducta y punibilidad.

Hablando en términos netamente jurídicos, la técnica empleada por el -- legislador penal de 1931 no es la adecuada. Veamos: La omisión como forma de conducta humana puede ser realizada con uno o varios actos, al igual -- que la acción. Se le olvida que hay delitos formales y materiales, a estos últimos se les denomina hechos. Aparta del texto legal a la culpabilidad -- y con ésto deja fuera al elemento más importante del delito. Considera a -- la punibilidad, que es consecuencia de él y no forma parte de sus elemen- -- tos. Además se ha considerado que esta definición sale sobrando en los có- -- digos penales porque en realidad es poca utilidad la que reporta, ya que -- el catálogo de delitos se encuentra consignado en la parte especial de ca -- da uno de los ordenamientos. (14)

Sin embargo, conceptuar al delito es necesario para fines didácticos.

BLASCO Y FERNANDEZ DE MOREDA alude a él en sentido estricto: "Conducta o hecho antijurídico, tipificado, imputable y culpable y, en el caso concreto, punible". (15) Según entendemos incurre en estos errores: La conducta puede ocurrir por acción u omisión, ambas pueden descomponerse en uno o en varios actos; olvida a los delitos de mera conducta y de resultado material y por último, la imputabilidad en sentido estricto es característica del autor y no del delito.

Para JIMENEZ DE ASUA el ilícito penal se reduce a estos elementos: - "Acto típicamente antijurídico y culpable". Deja entrever la posibilidad de que se considere delito únicamente al que se realiza con un solo acto y se olvida de la clasificación de los delitos materiales y formales. (16)

Nuestra interpretación del delito es la siguiente: Conducta o hecho manifestados mediante una acción u omisión desplegadas en uno o en varios actos, tipificada en una Ley penal o en una Ley penal especial, con carácter antijurídico y cometidas en forma culpable, logrando un resultado previsto o previsible. Incluimos cuatro elementos: Elemento subjetivo-material o conducta, elemento regulador o tipicidad, elemento valorativo o antijuridicidad y elemento normativo o culpabilidad.

Nos apartamos de la tradicional concepción heptatómica, divulgada y seguida en México por PORTE PETIT, que menciona siete elementos, a saber: Conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad. La imputabilidad y la punibilidad las excluimos, por las razones expuestas con antelación; las condiciones objetivas de punibilidad las consideramos como un problema que debe enfocarse al Derecho procesal penal, puesto que no existen -- más que como meros requisitos de procedibilidad. (17)

Está por demás decir que la falta que lesionaba valores fundamentales de la sociedad y de sus integrantes que el Estado está obligado a proteger, tenía que ser sancionada conforme al orden imperante. En un principio la base del castigo lo fue la responsabilidad objetiva y la persona respondía simplemente por el daño que había producido al actuar, en esto se fincaba a la culpa. Después la culpabilidad adquiere un matiz subjetivo, toma en cuenta la intención que acompañaba al resultado dañoso.

Mas la culpabilidad tenía que seguir su evolución y después adquirió un carácter normativo que se basa en la reprochabilidad. Los castigos han sido variados, el interés de los miembros de la sociedad por sancionar las



faltas y tratar de evitarlas, los llevó a aplicar penas que en nuestro tiempo serían inconcebibles. Ahora resulta que en las proximidades del año 2000, tan adelantado en todos los aspectos, es infame que se castigue a quien no es culpable, y más aún que se le aplique penas inusitadas e infamantes.

Antes de hablar de la culpabilidad, es necesario que tratemos lo relativo a la responsabilidad y a la atribución. Nadie puede ser castigado sin que antes se pruebe que fue culpable; al proceder a fincar un juicio de culpabilidad se precisa que exista una persona a quien atribuirle la conducta. Para poder resolver el problema de la atribución, tendremos que recurrir a la gastada polémica que ha surgido en torno al libre albedrío y al determinismo.

Ya se ha discutido mucho sobre esto; los clásicos aceptaban que el hombre era libre y podía optar entre el bien y el mal y basaban la responsabilidad moral en el libre albedrío. Después vienen los positivistas a mostrar sus discrepancias, oponiéndose a la Escuela Clásica al decir que el hombre está determinado, que el delito no es sino producto de factores endógenos y exógenos y hablan de la responsabilidad social. Entre tanta divergencia se llega al absurdo de considerar que todos los hombres, sean imputables o no, son responsables por el solo hecho de vivir en sociedad y que se les debe castigar. (18)

Nada más infructuoso, puesto que aún no se ha resuelto si el hombre está en posibilidad de elegir o se encontrará determinado por factores. Por lo pronto, queremos contar una anécdota que nos contó el doctor PORTE PE--TIT a este respecto:

En una ocasión un jurista y un teólogo discutían acaloradamente. El cura defendiendo la libertad del hombre y el abogado el determinismo. Se paró de su asiento el sacerdote y dijo: "El hombre es libre y para demostrarlo tomo este libro, porque me encuentro en libertad de hacerlo o no, y lo hago porque quiero y porque soy libre", a lo que el jurisconsulto respondió: "No es verdad que actúe con libertad, tomé ese libro para demostrarle que su teoría era cierta, es decir, estaba determinado a hacerlo".

La verdad es que en este momento no vamos a entrar en problemas de indole filosófica y preferimos adoptar una postura ecléctica y conciliadora: El ser humano tiene posibilidad de elegir, siempre y cuando los factores y las circunstancias concurrentes se lo permitan. Anotaremos una frase que solía repetir la licenciada GONZALEZ Y GONZALEZ en su cátedra: "Yo soy yo

y mis circunstancias".

Es bien cierto que no podemos hablar de una libertad absoluta ni de un determinismo absoluto; sea cual fuere la postura que se adopte, no nos queda menos que aceptar que las conductas de los individuos están influenciadas por las circunstancias (determinismo); pero aun cuando exista ese influjo el hombre puede decidir, en ocasiones, si actúa para el bien o para el mal (libertad). Verbi gratia: En un ataque injusto, las circunstancias en las cuales se presenta la agresión determinarán al hombre a la defensa, al contraataque, aunque existirán casos en los que en lugar de responder a la acometida violenta, llegue a huir. Circunstancias determinadas por un mundo de circunstancias. Terminamos asentando que se podrá imputar una conducta a un sujeto cuando esté en plena capacidad de ser culpable.

La sociología da su opinión respecto a la responsabilidad, en la voz autorizada de ROBERT TROUDE (19): "La responsabilidad moral se encuentra vinculada a la intención, al mérito y a la libertad individual". Las condiciones de la responsabilidad para este autor son:

I. "Deber o existencia de una ley moral". La responsabilidad surge por la ejecución o inejecución de actos con valor ético.

II. "Saber o conocimiento de una ley moral". La ignorancia con voluntad o negligencia, acarrea responsabilidad.

III. "Querer o intención formal de obedecer o desobedecer". La realización de la conducta debe ser producto de una causa voluntaria.

IV. "Poder o capacidad de autodeterminarse". Resistencia a las fuerzas interiores o exteriores, susceptibles de influir o de constreñir la voluntad.

La ausencia de una o de varias de estas condiciones, implica supresión o atenuación de la responsabilidad. Estos postulados sociológicos de la responsabilidad, fácilmente pueden trasladarse al campo del Derecho penal y adaptarse a sus exigencias, para quedar como sigue:

A). Existencia de la Ley penal, deber. La ejecución o inejecución de los postulados de la Ley acarrea responsabilidad penal.

B). Conocimiento de la Ley penal, saber. Se dice que la ignorancia de la Ley penal a nadie beneficia.

C). Querer o intención, voluntad. Se traduce en el dolo penal, desde el punto de vista psicológico.

D). Capacidad de autodeterminarse, poder. Su lugar lo ocupa la

imputabilidad penal, en sentido estricto.

Para la criminología el sentimiento de culpabilidad toma un doble giro, al decir de P. SAVEY-CASARD (20); primero en el criminal, que acepta que la pena borrar  su falta y segundo en la sociedad, que reclama justicia y pretende afianzar su seguridad; ambos sentimientos se apoyan en una base filosófica: Responsabilidad y libertad. Se pensó durante algún tiempo que el sentimiento de libertad debía abarcar las reglas del Derecho penal. LEON TOLSTOI y VICTOR HUGO, correctamente propugnaron por esto. (21)

El mismo P. SAVEY-CASARD critica esta postura, diciendo: "Dejemos -- obrar en el criminal el sentimiento de su propia falta, desarrollemos ese sentimiento; pero no castigemos, toda pena que se imponga es un contrasentido", y continúa: "El sentimiento del remordimiento y del arrepentimiento no puede ser, pues, la base fundamental del Derecho penal". (22)

Se pensó que el delito era un pecado, que la divinidad lo castigaba mediante el juez, representante terrenal de ese poder. Tratar de estructurar un concepto de culpabilidad significa, en cierta forma, querer dar estructura a un arquetipo de fabricación a priori, para encuadrar un aspecto de la conducta humana que podría ser considerado como el bien o el -- mal.

Toca al Derecho penal el estudio de los aspectos jurídicos de la culpabilidad, sin desvincularse de las ciencias que podrían ayudarle a hacer menos obscuro el problema. ERNST HAFTER enuncia en una corta fórmula toda la esencia de la culpabilidad, cuando expone: "El problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar". (23)

Ahora bien, hablemos del castigo. B. F. SKINNER nos dice respecto a -- él: "El castigo es algo común en la naturaleza misma y de esta realidad es mucho lo que aprendemos. Un niño corre torpemente, se cae y se hace daño; coge una abeja y ésta le pica; le quita un hueso a un perro y el perro le muerde; como resultado de todas estas experiencias aprende que no debe repetir las. Las personas han construido un mundo más cómodo y menos peligroso, a partir principalmente de este hecho: Evitar las formas diversas de castigo natural". (24)

Es muy cierto que los conceptos de falta, culpa y castigo han existido y existirán en ésta y en todas las épocas. El Derecho penal los toma para sí, al sancionar las conductas que la ley punitiva prevé para conservar

el statu quo de la sociedad y garantizar los derechos del hombre. No por esto debe entenderse que le son exclusivos, aparecen en la forma más rudimentaria de asociación humana; inclusive en los grupos que forman los niños, donde se establecen reglas y castigos para quienes las violen.

Aunque se piense que en un futuro el Derecho fenecerá, nuestra disciplina seguirá vigente porque siempre habrá conductas ilícitas que sancionar. Puede ser que ya no se le denomine Derecho penal, aunque sea cual -- fuere el nombre que se le dé existirá un orden que regulará las faltas, - la culpa y los castigos. Citamos una máxima que postula: Ubi homo ubi jus (donde está el hombre, allí hay Derecho).

Para que un delito pueda atribuírsele a su autor e imponer una pena, necesita haber una relación objetiva y subjetiva entre lo que quiere, lo que realiza y los resultados que se producirán como lógica consecuencia - de su actuar. Debe haber una relación de causa a efecto entre la conducta y el resultado, lo que se denomina en el Derecho penal relación de causalidad; es decir, el resultado debe ser consecuencia lógica y natural de - la conducta desplegada por el sujeto, que puede ser de hacer o de no ha-- cer.

Además se necesita que concurren estos requisitos: Querer, saber, de- ber y poder. La responsabilidad se finca en que la conducta sea del suje-- to, que proceda de él mismo, lo que los italianos llaman suitas (atribuibi- lidad).

En el establecimiento de lo que es un delito y la imposición conse-- cuente de una pena o medida de seguridad, el Derecho penal echa mano de - la culpabilidad; esto nos hace caer en la cuenta de que este elemento es el eje de todo el sistema jurídico-penal, la base en donde descansa toda noción del ilícito, y constituye por ende el problema de estudio más im-- portante de nuestra disciplina.

El castigo se impone en un principio a la persona que ha infringido una norma penal subjetiva, que ordena determinada conducta o la prohíbe. El Estado a través de su órgano encargado de la labor legislativa le da - el carácter de delito, porque considera que esa forma de actuar es lesiva para la existencia y seguridad de sí mismo y de sus súbditos. Este aspec- to no siempre ha estado ligado al principio de la culpabilidad que impera en nuestro tiempo, como lo veremos más adelante.

Para que se pueda decir que hay una mayor manifestación de justicia -

en la aplicación de las leyes penales, se requiere de la concurrencia de la culpabilidad. Precisa subrayar que, el sentido que se ha dado de ella, no siempre ha estado dentro de la misma estructura; se ha erigido al respecto tres teorías principales, con una multiplicidad de adeptos cada una, a saber: Psicologismo, normativismo y finalismo.

Es una ardua tarea encontrar un marco adecuado para destinarlo a la conducta humana positiva y, por lo tanto, dejar fuera de él lo que podría considerarse como un comportamiento negativo que se haga merecedor de un refuerzo con el mismo carácter, habida cuenta de que la moral humana es tan flexible y acomodaticia que lo que podría considerarse como ilícito en un lugar y tiempo determinados, cambiaría al evolucionar la ética de la especie y, como consecuencia, quedar fuera del catálogo de delitos; -- por ésto, la constante necesidad de hacer reformas a las leyes, no sólo penales sino de todo tipo. Además, una pena a la que en estos momentos podría considerarse como justa, en otros tiempos podría parecer injusta e ilógica, tal como sucede con la pena de muerte

Nos surge una duda: ¿Es la pena un medio efectivo para preservar el orden y la vida social? Sobre esto también han brotado innumerables opiniones. En la Alta Edad Media apareció un método de investigación que se caracterizó por la crueldad: Para llegar a la verdad sobre hechos cuestionados se recurría a la tortura, a los tormentos y a la amenaza de privación de la vida, ya que no se podía castigar sin contar con la confesión del acusado. Para el renacimiento la característica principal es la de que al hombre se le trate como lo que es; si es delincuente que se le maltrate y si es un ser "normal" el trato debe ser normal. (25)

TOMAS MORO propugna por las penas proporcionales, determinadas y suficientes, para que el sujeto se readapte. Critica la pena de muerte, que era aplicada en su tiempo en Inglaterra, porque en su aplicación no se distinguía, lo mismo podía imponérsela a quien robara un pan que a un temible asaltante; dice que tenía carácter intimidatorio. Pugna por la superación de las condiciones infrahumanas de la prisión. (26)

MONTESQUIEU (27) postula que el espíritu de la Ley debe ser el de evitar el delito; que el buen legislador debe preocuparse más por prevenirlo que por castigarlo. VOLTAIRE (28), defensor del principio de legalidad en materia penal, criticó la tortura como medio para obtener la prueba legal, argumentando que los jueces son esclavos de la Ley y que sus sentencias de

ben estar fundadas en ella.

BECCARIA (29), en su obra "De los Delitos y de las Penas", habla sobre la pena de muerte, el tormento y la proporcionalidad de las penas, y concluye diciendo que para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano en particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, lo menor posible, proporcional al delito y aplicando la Ley adecuadamente. Establece que es mejor prevenir los delitos - que penarlos, propone que las leyes sean más claras, sencillas y que favorezcan más a los hombres y menos a las clases sociales.

JEREMIAS BENTHAM (30) comprende medidas preventivas de los delitos y pugna por los sustitutivos penales. Hizo un estudio sobre la "Cárcel Ideal Panóptico" donde imperaban el estudio, el trabajo, el orden y la paz, diciendo que en la medida en que una prisión reuniera estos requisitos iba a lograr la readaptación de los delincuentes.

También JOHN HOWARD (31) escribe sobre las condiciones deplorables de las prisiones en Inglaterra y en otros países de Europa. CONSTANCIO -- BERNALDO DE QUIROZ (32) dice que hace una "geografía del dolor". Logró -- que en varios países se reformaran los sistemas penales, creando aislamiento nocturno y separación por sexo, edad y condiciones económicas, físicas y mentales y que implantaran métodos de higiene y alimentación adecuados y suficientes.

Hay qué pensar. ¿La pena de prisión vuelve al hombre observante de las normas o lo hace delinquir en mayor grado? La verdad no creemos que la pena, sea cual fuere, atenúe el índice de delincuencia. El delito se produce, en ocasiones, por factores endógenos y exógenos, que son como un virus, y no se le puede combatir sin atacar a esos factores. Con matar o encerrar al delincuente poco o nada se logra, no se acaba con el delito; para que esto suceda debe terminarse con los factores negativos. Lo correcto es que siempre se aplique medidas de seguridad eficaces para combatir los factores criminógenos que provocan la delincuencia.

B. F. SKINNER habla del control de las conductas humanas, mediante una limitación impuesta por contingencias de refuerzo. Dice que "evidentemente, a las personas se les puede controlar mediante grilletes y cadenas, esposas, camisas de fuerza y muros carcelarios, o campos de concentración" (33), aunque sabemos que esto no es lo más humano ni adecuado.

Al parecer no todos comparten esta opinión y propugnan por elevar --

las penas. Sea cual fuere la postura correcta, el legislador de 1931 ha considerado que las penas deben ser aplicadas. Es el Derecho penal que cobra vida en la labor del juzgador, el encargado de aplicar las leyes penales subjetivas, que establecen el catálogo de penas y medidas de seguridad.

Mas el juzgador no impondrá las penas a su libre arbitrio, tomará en cuenta las reglas para la aplicación de las sanciones que nos da el título tercero del CPF. El artículo 51 del ordenamiento en cuestión, ofrece el siguiente lineamiento: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente" (aspectos físico, psíquico y social).

El numeral 52 dispone: "En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: 1o. La naturaleza de la acción u omisión, de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; 2o. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron a delinquir y sus condiciones económicas; 3o. Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión que demuestren la mayor o menor temibilidad. El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso".

La punibilidad (abstracción de la sanción) oscila entre un mínimo y un máximo; el juzgador graduará la pena de acuerdo con estos postulados, tomando en cuenta al inculcado como un ente biopsicosocial.

## 2. DESENVOLVIMIENTO HISTORICO DE LA CULPABILIDAD.

Surge la interrogante de si el multicitado principio de "no hay pena sin culpabilidad" ha estado vigente en todas las épocas, y de si la "responsabilidad por el resultado" y la "peligrosidad" constituyen verdaderas excepciones de tal afirmación. Habla la historia: En un principio - en Japón, Persia, Israel y en la primigenia Roma, el acto punitivo para -

el infractor de la Ley penal estaba condicionado al aspecto objetivo del delito, teniendo como base toda una serie de prejuicios de índole religiosa. No se tomaba en cuenta la intención del autor, se le hacía responder simplemente por el resultado que se produjera. (34)

En el antiguo Oriente, a la responsabilidad se la calificaba desde tres aspectos: Dolo, culpa y caso fortuito (pueblos semitas, babilónicos y hebreos). En el Código de Manú se hace la valoración a través del resultado. Las penalidades se diferencian según OLDENBERG (35) en "a sabiend--das" y "por descuido", aplicándose penitencias y su equivalencia por el resultado.

ARISTOTELES observó que en su tiempo predominaba el criterio objetivo de la calificación de la conducta, o sea que se atendía al resultado - causado (aspecto objetivo) y no a la intención, quedando al margen lo sub--jetivo. En la antigua Grecia imperó el principio de responsabilidad que - respalda el obrar forzosamente, es decir sin voluntad o contra ella; pero si con el comportamiento se origina un mal, la necesidad no exime de res--ponsabilidad. En este marco quedaban equiparados el dolo, la culpa y el - caso fortuito. Se dice que son los dioses quienes castigan estos daños.

JINENEZ DE ASUA expone: "En efecto, en aquellas épocas primitivas y definitivamente superadas, en las que la pena se descargaba sobre el mero ejecutor material, es decir por el simple hecho de causar un daño (Causalhaftung), la responsabilidad se proclamaba por el resultado (Ergolgs haf--tung), sin tener en cuenta si éste se había producido con intención o ne--gligencia del causante o por mero nexo material sin relación anímica con el productor de los efectos. La culpabilidad no existía: sólo se recono--ció la culpabilidad en virtud de la imputación física". (36)

En Roma los delito pertenecían al Ius civile y se les clasificó en - públicos y privados. Los primeros (crimina), ponían en peligro a toda la comunidad, se les perseguía de oficio o a petición de un ciudadano, eran sancionados con penas públicas y tenían orígenes militares o religiosos. En el antiguo Derecho sólo se les concibe con dolo, en el preclásico se - admite la culpa, la imprudencia y la impericia como sus especies.

CARRANCA Y TRUJILLO trata de explicarnos esta evolución: "Pero más - tarde por influencia de la filosofía griega, Roma reconoció por fin que - no puede darse delito ni pena, sin fundamento en la voluntad antijurídi--ca, manifestada ya como la ofensa intencional a la ley moral y al Estado



(dolus), ya como descuido o negligencia culpable (culpa), de donde se admitió en seguida que los hechos ejecutados sin intención ni culpa no eran plenamente sancionables, sino a lo sumo sancionables mediante la expiación religiosa". (37)

Al lado de los delito existían los cuasi-delitos. ALBERTARIO y BON--FANTE (38) tratan de encontrar una diferencia con los primeros; éstos se fundan en el dolo y aquellos en la culpa. BUCKLAND (39) consideró que los cuasi-delitos implicaban responsabilidad por actos culpables ajenos. En el caso del juez que hacia suyo el litigio, dictando una sentencia injusta, el D.5.1.15, decía que el cuasi-delito se producía porque el juzgador había obrado con mala fe; en otro lugar del Digesto y de la Instituta se admite que podría ser el resultado de la impericia (culpa). El effosum et directum de la Lex Aquilia, se extendió también a los casos de culpa.

En los primeros tiempos del Derecho penal romano se reconoce que, para que exista delito, debe concurrir en una persona capaz de obrar (imputable), la voluntad de realizar una conducta que vaya en contra de las --prescripciones de la Ley penal. Cuando surge en Roma la responsabilidad --subjetiva (intención), se cuestiona inclusive la posibilidad de castigar el homicidio culposo.

Más tarde se toma en cuenta la intención, dándole a nuestro Derecho penal un espíritu real. Con el tiempo el Derecho romano-germánico establece una clara distinción entre un hecho voluntario (dolo) y otro involuntario (culpa) y, en cierta forma, se trata de explicar una teoría del dolo, de la culpa y del caso fortuito.

En la era germana y franca del Derecho penal, impera el principio de la "responsabilidad por el resultado". Lo mismo ocurre en la Edad Media --(1453), donde se llega al inconcebible castigo a las bestias, ya que por razones religiosas se las consideraba capaces de intención. Hacia las proximidades del siglo XIX parece ser que en Europa el delito más grave era la hechicería, y castigábase de manera brutal y feroz a las pobres mujeres que, tal vez sin conciencia se dedicaban a ella. (40)

Ya en una época reciente (siglo XIX), es cuando se introduce a la --"responsabilidad por la culpabilidad" (aspecto subjetivo del delito). De veras, en estos tiempos ya no puede hablarse de que una persona es responsable de un delito, si no concurre el aspecto subjetivo que consiste --en querer producir la acción u omisión, con miras a la obtención de un re-

sultado dañoso, puesto que sería a todas luces injusto aplicar un castigo severo cuando se produce un resultado que no se quiso.

Es verdad que subsiste en nuestra legislación penal mexicana el castigo por el resultado no querido, donde se exige la previsión mínima que, de tenerse, hace que se realice con prudencia un acto tendiente a evitar las consecuencias de la conducta, aunque con un tratamiento más benigno. (41)

En el Derecho punitivo español de antaño, hay inculpabilidad cuando la conducta se coloca en el supuesto del caso fortuito (considerado como límite de la culpabilidad misma y de la culpa), cuando el autor está en la minoridad o en un estado de embriaguez o enfermedad.

Una vez superada la ahora inoperante fórmula de la responsabilidad objetiva, en que la pena era aplicada al autor viendo únicamente el daño que causaba el delito, aparece una teoría de la culpabilidad que, aunque no ha llegado a su culminación, es la forma más acertada de fundar un juicio de reproche a un indiciado, para aclarar su responsabilidad penal. En la calificación del delito por la culpabilidad, ha de verse no nada más el aspecto objetivo del mismo; es decir, no se atenderá tan sólo a la producción de un resultado dañoso, sino que ha de comprobarse que el agente obró con intención (dolo), o bien con no intención (culpa) y si su conducta le es o no reprochable.

JEAN GUITTON nos dice que en los años que siguieron a la segunda guerra mundial (1945 y ss.), era de los jueces, existe una notable reviviscencia de la moral y se invoca apasionadamente a las nociones de "justicia", "sanción" y "responsabilidad". "El desarrollo de la idea de justicia se realizó en el curso de la historia en el sentido de individualización creciente de la pena. Ya no es uno castigado en nuestros días por faltas ajenas, sino por sus propias faltas. Si se puede probar que uno no tenía la intención de perjudicar, queda uno generalmente disculpado"; continúa: "En otras palabras y hablando de un modo sistemático, en 1880 hubieran podido resumirse los resultados del análisis en esta fórmula: Son inocentes hasta los mismos culpables. En 1945 habría habido qué invertir los términos y decir: Son culpables hasta los mismos inocentes". (42)

La responsabilidad por la culpabilidad aparece en Francia en 1810, en España en 1822, en Bolivia en 1843 y en Prusia en 1851.

En el Derecho criminal canónico existe una teoría de la culpabilidad, se da una clara distinción entre el dolo y la culpa y hay imputabilidad basada en la libre voluntad y en el discernimiento. Se declara inimputables a los locos, a los ebrios y a los niños.

En Alemania, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, es cuando se le da un enfoque diferente al problema. GROLMANN (43) da dos aspectos al acto: Objetivo (acto manifestado en el mundo fáctico) y subjetivo (voluntad, que se configura con el dolo, la culpa y la imputabilidad). Incurre en un error al no relacionar al acto con la voluntad.

FEUREBACH (44), en cambio, sí los relaciona pero los sitúa en la doctrina de la Ley penal. El método de GROLMANN es el que cobra vida y el problema de la relación se resuelve diciendo que es la imputación la que vincula al acto con la voluntad (aspectos interno y externo del delito). Por tal motivo, la imputación estará siempre condicionada a la voluntad (elemento subjetivo).

La escuela positiva italiana hace responsables inclusive a los inimputables, sin dar una exacta concepción de lo que era la culpabilidad; emplea además diferentes términos para aludirla: "Elemento subjetivo", "culpabilidad" "culpa", etc.

EUGENIO FLORIAN (45) reduce a cuatro las excepciones de la voluntad, a saber: a). Caso fortuito; b). Minoridad; c). Elemento psíquico anormal, y d). Elemento psíquico anormal de carácter patológico.

Cabe hacer una diferencia fundamental entre la responsabilidad por el acto y la responsabilidad en sí. No siempre que una persona es responsable de un acto se le aplica la pena correspondiente a la infracción penal, habida cuenta de que la responsabilidad penal se diferencia de ésta porque es requisito indispensable para aplicar la sanción.

En la época actual, la responsabilidad por el resultado toma su existencia en los delitos calificados por su aspecto objetivo, que en algunos casos se limita a la versari in re illicita.

La peligrosidad también descansa en el principio del aspecto objetivo del delito y se aparta de la "responsabilidad por la culpabilidad". Existen dos situaciones respecto a la peligrosidad en el sujeto: La de aquellos que sin haber delinquido se encuentran próximos a hacerlo (so--

cial] y la de quien, habiendo cometido un delito, puede volver a hacerlo (penal).

ENRIQUE FERRI dice que los delitos son síntomas de una personalidad anormal peligrosa y RAFAEL GAROFALO afirma que la temibilidad es la persistencia constante y activa que se manifiesta en el delito. (46) CORREA - GARCIA enuncia que la peligrosidad es la capacidad de daño y la temibilidad es la expectativa que se forma en un individuo frente al sujeto peligroso con base precisamente en el supuesto de la posibilidad del daño. (47)

En el positivismo se dice que todo autor de un delito (imputable o - inimputable), es responsable del mismo por el solo hecho de vivir en sociedad. Esta corriente penal no distingue entre autor imputable que responda o inimputable que no responda; todos lo harán, porque frente a la sociedad tienen el deber moral de hacerlo. Los inimputables serán responsables penal y socialmente y los imputables responderán ante la sociedad en que viven. Tampoco diferencia entre pena y medida asegurativa.

En nuestra legislación penal en el Distrito Federal sólo se reconoce una causa de inimputabilidad: El trastorno mental transitorio. Los menores se rigen por una Ley especial; los sordomudos, locos, idiotas, imbeciles o que sufran cualquiera otra anomalía mental, serán recluidos en lugares especiales para su tratamiento.

Los autores franceses propugnan la intención (dolo), que se contrapone a la no intención (culpa). Algunos de ellos hablan adecuadamente de los delitos intencionales (dolosos) y como reverso de la medalla colocan a los no intencionales (culposos).

La autonomía nominal de la culpabilidad se obtiene gracias a la ardua tarea de los juristas alemanes del presente siglo, ya que en tiempos anteriores se hallaba vinculada a la imputabilidad. Dentro de la doctrina penal, más adecuadamente en el campo de la dogmática, la culpabilidad ha ido evolucionando desde el nexo psicológico hasta la simple reprochabilidad; esto lo trataremos más adelante, al hablar sobre las teorías de la culpabilidad.

### 3. FUNCION DE LA CULPABILIDAD.

Todo Derecho ha sido creado con un fin. Lógicamente el hombre, al postular en sus normas conductas preceptivas o prohibitivas, ha querido

proteger con ellas los valores fundamentales que son la base sobre la -- cual descansa el statu quo de la sociedad que, junto con sus semejantes, se decidió un día a formar. En el Derecho Penal es en el área jurídica , donde encontramos una mayor manifestación del poder coercitivo del Estado que, como órgano de represión, se encarga de proteger la seguridad de la colectividad (iun subjetivismo armado de poderi).

La tarea no es de fácil resolución y es al juzgador de lo penal a - quien le corresponde hacer cumplir las normas punitivas, con base en la - calificación de aquellas conductas que al aparecer, junto con todos los - demás requisitos que se establecen en un delito-tipo, tienen carácter de- lictivo. Con base en la culpa del infractor, se dará el castigo a la con- ducta reprobable. Esto nos lleva a la consideración de que la culpabili- dad y la pena son los conceptos que adquieren mayor relevancia en el Dere- cho Penal. Cabe recordar aquel adagio jurídico que dice: Nullum crimen nu- lla poena sine culpa (No hay delito, no hay pena sin culpabilidad).

Al hablar del delito no podemos menos qué reconocer que el basamento para su estudio íntegro lo es la previa división. Esta se entiende como - una ficción, ya que en la realidad no podríamos decir que bien sea como - ente jurídico, o como fenómeno social, el delito permita que se le seccio- ne. Dicho es que podemos descomponerlo en varios elementos; los pensamien- tos son diversos y encontramos desde aquellos que incluyen dos elementos, hasta los que reconocen siete con base en diferentes combinaciones.

En forma común, en la doctrina mexicana se hacer valer la concepción heptatómica incluyendo los siguientes elementos: El objetivo material -- (conducta o hecho), la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, - la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibili- dad. (48)

Esto es en el aspecto positivo, es decir en las hipótesis de existen- cia del delito. Para los supuestos de inexistencia encontramos el mismo - número de elementos, que no son sino el aspecto contrario del listado an- terior, a saber: Ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud o -- justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, ausencia de condiciones - objetivas de punibilidad y excusas absolutorias. (49)

Con base en estas consideraciones podemos notar que la culpabilidad y su contraria, la inculpabilidad son tomadas como elementos del delito,

una en el aspecto positivo y la otra en el negativo; son sus bases estructurales. Todavía más, a la misma punibilidad, según esta concepción, también se la considera dentro de esta categoría. Hay quien opina que la culpabilidad no es elemento del delito, sino el fundamento o base de la pena; pensamiento que puede sintetizarse en estas líneas: Nulla poena sine culpa (no hay pena sin culpabilidad).

Quienes afirman esto no aclaran si la pena o punibilidad es elemento del delito o no. Todos estos motivos hacen que sea menester dejar muy claro cuál es el papel que juega la culpabilidad en el Derecho penal. Analicemos cada opinión.

### 3.1. LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Una primera opinión, a la cual nos adherimos, está por considerar que la culpabilidad juega un papel estructural en el delito, considerado como ente jurídico. (50) Esto es, se estima que el ilícito penal puede descomponerse en un número determinado de elementos, que al coexistir con la culpabilidad darán a la conducta un matiz delictuoso.

Es necesario aclarar que el vocablo elemento significa móvil, fundamento o parte integrante, en este caso, del ilícito penal. Se alude a los elementos del delito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al redactarse las garantías que operan en materia penal. (51)

Dentro de la doctrina penal mexicana se define a los elementos del delito como aquellos componentes sine qua non, indispensables para la existencia del ilícito penal general o especial. (52) Esto es, que cada figura delictiva contiene los elementos generales del delito, más los especiales que menciona para ella su propio delito-tipo.

Se habla de una división de elementos en esenciales y accidentales, que a su vez pueden ser genéricos y específicos. Dentro de los elementos esenciales generales o genéricos, sobresalen los siguientes:

1. Elemento esencial genérico de carácter material: Comprende la conducta, el resultado y el nexo de causalidad entre ambos.

2. Elemento esencial genérico de función reguladora: Se traduce en el delito-tipo penal cuya descripción prohíbe u ordena conductas, regu

lando el comportamiento humano que al encontrar adecuación o conformidad a todo lo que en él se postula, dará lugar a la tipicidad. Este lo añadimos nosotras, ya que ningún doctrinario lo ha considerado.

3. Elemento esencial genérico de índole valorativa: Lo es la antijuridicidad penal, es decir la contrariedad al postulado de explicitación de la norma de Derecho que no encuentra una justificación legal. En la doctrina se le ha llamado elemento esencial genérico valorativo.

4. Elemento esencial genérico de espíritu psíquico: Lo es la culpabilidad, siempre y cuando se la considere como el nexo psicológico que une al sujeto con su conducta. A nosotras nos gusta más llamarle elemento esencial genérico de espíritu normativo, aceptando la teoría finalista de la acción.

Para las concepciones normativa causalista y normativa finalista, -- que consideran que la culpabilidad es un juicio de reproche, desaparece -- el elemento psíquico y, en su oportunidad, la culpabilidad pasará a ser -- otro elemento normativo, al lado de la antijuridicidad.

Los elementos esenciales genéricos se encuentran en toda figura delictiva y le imprimen un matiz particular. En cuanto al número pueden variar de dos a siete y como oportunamente anotamos, nosotras consideramos solamente cuatro: El subjetivo-material (conducta) (53), el regulador (la tipicidad), el valorativo (la antijuridicidad) y el normativo (la culpabilidad), con su consiguiente aspecto negativo que dará lugar a una hipótesis de no delito.

Tanto en el aspecto positivo como en el negativo, existe entre los elementos un orden lógico: en el primero, para que concorra uno de ellos -- debe antecederle el respectivo; en el segundo, de no aparecer cualquiera de ellos ya no es necesario ver si puede darse el siguiente. Ninguno de -- los elementos funda al otro, aunque para que pueda darse el inmediato posterior, debe aparecer el inmediato anterior (aspecto positivo), y si no -- existe el inmediato anterior, el inmediato posterior tampoco se dará (aspecto negativo).

En este orden lógico, la culpabilidad debe aparecer inmediatamente -- después de la antijuridicidad. Es el primer elemento del delito en donde el Derecho Penal individualiza sus postulados, para fundamentar un juicio de responsabilidad al autor imputable de una conducta típica y antijurídica. Por ser la función de nuestra disciplina individualizar sus postula--

dos para sancionar conductas y regular comportamientos, la culpabilidad - pasa a ocupar un lugar por demás trascendente en la dogmática del delito.

Dentro de los elementos esenciales especiales o específicos la culpabilidad también adquiere relevancia, como elemento psíquico subjetivo que comprende:

- a). Una determinada dirección subjetiva de la voluntad;
- b). La existencia de motivos determinantes, y
- c). Algunos motivos, impulsos y tendencias.

Hay que considerar que esto funciona solamente en las teorías psicológica y normativa causalista; para el normativismo finalista los requisitos del elemento psíquico pasan a formar parte de los elementos integrantes del delito-tipo, llamados también elementos típicos subjetivos.

Es poco presumible que pueda darse una definición integral de la culpabilidad, puesto que siempre que se la ha aludido se hace referencia a sus especies. Nuestro CPF no la define; simplemente habla del dolo y la culpa y en un intento de interpretación (antes de la reforma de 1984), podíamos arrancar del precepto número 9 fracción II, a la preterintencionalidad. (54) PAUL MERKL dijo que no podríamos hablar de la culpabilidad - si no nos referíamos a sus formas. (55) .

Más bien como ensayo que como expresión certera, definimos a la culpabilidad así: La culpabilidad es la individualización de los presupuestos del Derecho penal, para formar un juicio de reproche al individuo que ha cometido una violación a una norma penal que prohíbe o prescribe determinada conducta, adelantándonos a las interrogantes que pudieran surgir - con posterioridad, al aceptar alguna de las teorías que se ocupan de su estudio.

La culpabilidad en sentido amplio, comprende a la imputabilidad; ésta en lato sensu abarca a la culpabilidad. La conducta, la tipicidad y la antijuridicidad <sup>4:13</sup> son presupuestos de la culpabilidad, ya que si ellos no existen con anterioridad nunca podremos hablar de nuestro elemento. Cada uno de esos componentes sine qua non son necesarios para que la pena, como consecuencia del delito, le sea imputable al infractor de la Ley penal; sobre la condición de que se llenen los presupuestos de la culpabilidad, descansa el juicio de reproche al autor imputable. Solamente después de que se hayan integrado todos los elementos del delito, hasta la culpabilidad, podremos hablar de las consecuencias de este ente jurídico.



Sea que se entienda a la culpabilidad como dolo, culpa o preterintención (psicologismo); como dolo o culpa reprochables (normativismo), o simplemente como reproche (finalismo), en esto siempre se encuentra un común denominador: Se puede y se debe actuar conforme a Derecho; de las mismas normas en sus postulados de explicitación se desprende este deber jurídico, que en ocasiones será de obrar y en otras de abstenerse.

Cuando al sujeto le sea imposible conformar su conducta a los postulados de explicitación de las normas de Derecho, en la teoría normativa - causalista o normativa finalista de la culpabilidad, se le exculpa, con base en una causa de inculpabilidad denominada "no exigibilidad de otra conducta".

### 3.2. COMO LIMITE DE LA PENA.

La segunda de las posiciones sobresalientes en este ámbito se inclina por considerar que la culpabilidad es el límite de la pena. (56) Es muy importante precisar qué quiso darse a entender con la expresión "límite de la pena" (57)

De acuerdo con el diccionario "límite" significa: Término, confín, lindero de provincias, posesiones, etc. Fin o término, o bien término del cual no puede pasar el valor de una cantidad. En atención a lo anterior se entiende que la culpabilidad será el marco de referencia con base en el cual el juzgador tasará la sanción. Este pensamiento no resulta exacto, para fijar la pena el juez no solamente tendrá en cuenta la culpabilidad, la Ley le marca otros parámetros. (58)

Correctamente pensamos que se quiso decir que la culpabilidad es el presupuesto o bien el fundamento de la pena, tomada ésta en su sentido amplio. Esto es en razón de que no se podría sancionar una conducta, en tanto el sujeto no haya llenado previamente la calidad de culpable.

Para la teoría psicológica se expresaría así: "No se puede aplicar una pena si no se obró con dolo, culpa o preterintención". En el normativismo causalista la fórmula cambiaría para quedar como sigue: "No hay sanción si la conducta dolosa o culposa no es reprochable". Atendiendo al -- normativismo finalista, quedaría al tenor de la siguiente frase: "No hay pena si la conducta exigible a un autor imputable no se le puede reprochar".

El diccionario define "fundamento" como: Razón principal o motivo -- con que se pretende afianzar o asegurar una cosa. Considerada esta definición, resultado acertado decir que en todo caso la culpabilidad es el fundamento de la pena.

Así nos damos cuenta de que los términos límite de la pena están mal empleados; como de costumbre, los doctrinarios penales no emplean los vocablos adecuados y crean confusiones.

Demos marcha atrás en el curso de la historia de la doctrina penal para tratar de explicar esta postura. La escuela clásica del Derecho penal, que surge con CESAR BECCARIA, se inclinó por afirmar que el delito era un ente jurídico que consistía en la violación de una norma jurídico-penal. (59) Para que en el mundo fáctico pudiera decirse que existía el delito era necesario que el sujeto, al desplegar su comportamiento activo u omisivo, violase una norma prohibitiva o prescriptiva del Derecho penal.

FRANCESCO CARRARA, autorizado exponente de las ideas clásicas, asentó que "definido el delito como un ente jurídico, quedaba establecido el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados" (60) En esta misma postura, dentro del marco de la responsabilidad penal, se hace valer la premisa del libre albedrío. Así se dice que el hombre tiene libertad de discernir si obra hacia el bien o se orienta hacia el mal, asegurándose esa libertad de elección.

Es exactamente con base en esa decisión que se añade que la pena es un castigo, la retribución que da el Estado, con un mal, al mal que causó la conducta del sujeto. Se dice también que la culpabilidad es el límite del castigo. De esta manera se llega al grado de atribuirle a la culpabilidad una función de política criminal, ya que se la considera como límite de la acción punitiva del Estado.

Esto no es acertado, la culpabilidad es elemento del delito y también fundamento de la pena y siempre va a ser uno de los presupuestos de la sanción (pena o medida de seguridad)

Cuando estemos en la creencia de que la culpabilidad es el fundamento de la pena, encontramos una falla: ¿Qué pasa cuando se aplica una sanción sin que haya existido previamente la culpabilidad? Así en los supuestos de que el sujeto sea condenado a sufrir una pena o medida de seguridad, ha--

ciendo tan sólo una suposición de antijuridicidad, como lo es en la peligrosidad y en los delitos de sospecha. Aquí no se llena el requisito previo de la culpabilidad, ¿entonces cómo podemos decir que es el fundamento de la pena?

Un distinguido autor que dista mucho de ser "clásico", nos dice que la culpabilidad no es sino un presupuesto de la pena, considerándola en su sentido estricto, y que el estado peligroso del individuo fundamenta la aplicabilidad de una medida de seguridad, donde no se precisa que la culpabilidad haya existido. En los casos de peligrosidad bastará con la simple suposición de la existencia de la antijuridicidad de una conducta o de un hecho, que tampoco es necesario que se pruebe, nos referimos a JOHANNES WESSELS. (61)

Nosotras consideramos que por cuanto hace al estado peligroso es un tanto cuanto excesivo hablar de que se pueda aplicar una pena, ya que con ello se violan los derechos esenciales del hombre. Tanto las penas como las medidas de seguridad deben encontrar su basamento en la culpabilidad, sumada al resto de los elementos del delito, bien sea que se le considere como elemento esencial o como fundamento de la pena.

Pensamos que, en última instancia, decir que la culpabilidad es elemento o fundamento es referirnos a lo mismo. Se estima que el término "elemento" significa "fundamento". Ahora, ¿cuál es la razón que se esgrime para diferenciar a la culpabilidad como elemento o fundamento? ¿Es simplemente por considerar que en un caso lo es del delito y en otro de la pena?

De ser así, la razón no es válida. Delito y pena son conceptos tan íntimamente relacionados que no existe razón alguna para separarlos. Bien puede decirse que la culpabilidad forma parte de los elementos del delito y que la pena se da como consecuencia de que se reúnan todos esos elementos.

Al ser la culpabilidad parte de los elementos del delito, pasa a ser presupuesto o fundamento de la pena. Entendemos que presupuesto significa antecedente necesario para que se dé el consecuente. Por tal razón afirmamos que la culpabilidad como elemento del delito, es a su vez presupuesto o fundamento de la pena.

Existe un pensamiento diferente a los dos anteriores, que no es sino una mixtura o maridaje de ambos. Es aquel que esgrimen los conciliadores,

aqueellos que tratan de alejar al Derecho penal de tanta discrepancia y - que nos comenta MOISES MORENO en estas líneas: "Una postura intermedia, en cierta forma moderada y razonable, entre éstos y los que sin objeción alguna le reconocen a la culpabilidad las anteriores funciones, que sin - duda, son la doctrina dominante en la actual ciencia del Derecho Penal, - es adoptada por aquellos autores que, si bien critican duramente el con- cepto de culpabilidad, no se van al extremo de rechazarla, sino que ven - la conveniencia de su mantenimiento y sólo le señalan algunos correcti- - vos". (62)

En México, los altos tribunales han establecido: "Al consignar la - ley en su artículo 8o. que los delitos son intencionales o de imprudencia, está consagrando la necesaria culpabilidad del agente activo de la infrac- ción. La ausencia de la culpabilidad ni impide que la conducta externamen- te considerada encaje en el tipo o descripción legal; pero el hecho de que no se consigne en el catálogo de las excluyentes la ausencia de culpabili- dad como circunstancia que impide la incriminación, no significa que no - pueda dictarse sentencia absolutoria, pues sin necesidad de crear la ex- cepción, mediante la correcta interpretación del artículo 8o. del Código Penal puede dictarse sentencia absolutoria, partiendo del principio que - del mismo se desprende y que predica la necesaria culpabilidad de todo de lito". (B.I.J. Tomo XI, p. 684).

Vamos a dar razones para considerar que aun cuando el concepto de la culpabilidad se encuentre en un momento crítico, le hace más falta a la - dogmática del delito que a la política criminal. Si bien es cierto que a la culpabilidad se la estima como presupuesto, como fundamento o como ele- mento, de cualquier manera es más acertado conservarla dentro de los ele- mentos del delito dado que de una forma o de otra, si ella no llega a con- figurarse no existiría la pena, entendida como sanción en general.

Las posturas deben quedar en una sola, tomando en consideración que todos los elementos del delito son presupuesto y fundamento para la apli- cación de una pena o medida de seguridad, ya que en el supuesto de que -- llegara a presentarse el aspecto negativo de uno solo de ellos, no habría sanción.

Así vemos que el elemento subjetivo-material o conducta es el presu- puesto o fundamento de la tipicidad, ésta lo es de la antijuridicidad, la antijuridicidad de la culpabilidad y todos ellos lo serán de la pena. En el caso de que llegara a faltar el presupuesto inmediato anterior no po--

dría presentarse el inmediato posterior y por ende no habría pena, puesto que cada uno de los elementos del delito constituye su presupuesto y fundamento.

Un consejo: En vez de adentrarnos en cuestiones tan intrascendentes, limitémosnos a resolver problemas más esenciales como podría serlo dar -- una estructura adecuada a la culpabilidad y dejemos que ella permanezca -- en el sitio que le corresponde: Jugar un papel estructural en la teoría -- del delito.

Es imprescindible pensar que la culpabilidad (como elemento del ilícito penal), se enfoque hacia el fundamento de la aplicación de la pena -- que la Ley prevé para los destinatarios de la misma. En otra ejecutoria -- loa altos tribunales mexicanos manifiestan: "Para que una conducta antijurídica sea reprochable al agente culpablemente, es necesario que se acredite el nexo causal que debe existir entre el comportamiento desplegado por el imputado y el resultado ulterior. Es decir, no basta con que una conducta sea típica y antijurídica para que la misma sea reprochable al agente; para que ello sea así, se requiere que éste sea culpable". (SJF. Tomo XV, p. 149. Segunda parte. Sexta época).

La culpabilidad es un elemento sine qua non para la aplicación de la pena o medida de seguridad; se traduce en la relación que existe entre el agente ejecutor de un delito y los efectos dañosos que se han producido -- como consecuencia de su acción u omisión voluntaria al violar una norma, a la que el Estado en sus cuerpo de leyes represivas le ha dado el carácter delictuoso.

Bien sea que se considere una culpabilidad psicológica, normativa -- causalista o normativa finalista, existe ese nexo entre el sujeto y su -- conducta; en el primer caso será de índole netamente psicológica (intención); en el segundo será psicológica y normativa (intención reprochable) y en el tercero puramente normativa (reproche).

Es indudable que la concepción que ve a la culpabilidad como elemento del delito es eminentemente teórico-jurídica y que se aleja de todas -- aquellas tendencias que pretenden apartarla de la dogmática jurídico-penal y llevarla hasta la consideración de que solamente sirve para cumplir una función, ya no teórica sino práctica, dentro de la política criminal.

Es dable decir que sea que se la considere como elemento del delito, presupuesto o fundamento de él mismo o de la pena, de cualquier manera --

cumple con una doble función: La puramente dogmática y la político-criminal.

#### 4. LA CULPABILIDAD Y SU RELACION CON LOS DEMAS ELEMENTOS DEL DELITO.

Si establecemos las premisas de que la culpabilidad forma parte de los elementos en los cuales podemos descomponer al delito, tendremos - qué decir que forzosamente se establece entre ella y los demás que se consideren una relación estrecha. Que quede claro que nuestro concepto únicamente incluye al elemento subjetivo-material o conducta, al elemento regulador o tipicidad, al elemento valorativo o antijuridicidad y al elemento normativo o culpabilidad.

Eso, aunque en la dogmática tradicional del delito se han sumado tres elementos más, a saber: La imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad. Para efectos de este trabajo apartaremos en forma definitiva a las condiciones objetivas de punibilidad, puesto que - hasta ahora no las conocemos más que en teoría, y además añadiremos la relación que se establece entre la culpabilidad y la responsabilidad. Procedamos a este estudio.

##### 4.1. EL ELEMENTO SUBJEKTIVO-MATERIAL.

La tradicional teoría del delito asienta que dentro del orden lógico que existe en los elementos del ente jurídico, ocupa el lugar primigenio el elemento objetivo material externo, físico o fáctico. Se dice que puede revestir dos formas, conducta o hecho, y da lugar a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Sin la existencia de una conducta humana voluntaria no puede hablarse de delito. Digamos que la conducta es la piedra angular en que descansa toda la estructura del ilícito penal.

Se le ha dado diferentes denominaciones a este elemento: Acción, acto, acontecimiento, acaecimiento, mutación en el mundo exterior, conducta o simplemente hecho. Por una u otra razón. se ha considerado que su nombre acertado lo es el de conducta o hecho. (63) En el elemento objetivo material, siguiendo a PORTE PETIT (64) se comprende a dos especies: Con--

ducta o hecho, que explicaremos a continuación:

1. La conducta. Consiste en un hacer o no hacer voluntario (acción u omisión). Los altos tribunales han establecido: "Dentro del significado conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario". (SJF. Tomo CXII, p. 1850).

El hacer o la acción denota actividad, es la voluntad de desplegar - un movimiento corporal, que produce un resultado típico jurídico y/o material, querido o no querido, violando una norma que prohíbe la conducta.

En los elementos de la acción están comprendidos:

- A). La voluntad o querer la acción.
- B). La voluntad o no voluntad de producir el resultado típico.
- C). La actividad o movimiento corporal.
- D). La producción de un resultado típico jurídico y/o material.
- E). La existencia de un nexo causal entre la conducta y el resultado.
- F). La violación de una norma prohibitiva.
- G). El deber jurídico de obrar o de abstenerse, implícito en la Ley penal. (65)

El no hacer o la omisión puede ser de dos maneras, que son: a). Omisión propia, y b). Omisión impropia.

a). La omisión propia, simple o verdadera: Es la voluntad de - manifestar una inactividad, produciendo un resultado típico jurídico (inmaterial), querido o no deseado, violando una norma prescriptiva.

Los elementos de la omisión propia vendrían a ser:

- 1. La voluntad o querer la inactividad.
- 2. La voluntad o no voluntad de producir el resultado típico.
- 3. La inactividad o la abstención del movimiento corporal.
- 4. La producción de un resultado típico jurídico.
- 5. La existencia de un nexo causal entre la conducta y el resultado.
- 6. La violación de una norma prescriptiva.
- 7. El deber jurídico de obrar. (66)

b). La omisión impropia, comisión por omisión, falso delito de omisión o delito espurio: Estriba en la producción de un resultado material mediante una omisión. Es la voluntad de manifestar una inactividad,

que produce un resultado típico jurídico o inmaterial y otro material, de seados o no queridos, violando una norma prohibitiva y otra prescriptiva.

Son elementos de la omisión impropia:

- I. La voluntad o querer la inactividad.
- II. La voluntad o no voluntad de producir el resultado típico.
- III. La inactividad o abstención del movimiento corporal.
- IV. La producción de un resultado típico jurídico y material.
- V. La existencia de un nexo causal entre la conducta y el resultado.
- VI. La violación de una norma prescriptiva y prohibitiva.
- VII. El deber jurídico de obrar y de abstenerse. (67)

2. El hecho. Es la voluntad de desplegar una actividad o inactividad que produce un resultado típico de carácter material, querido o no, violando una norma prohibitiva o prescriptiva.

VINCENZO CAVALLLO habla del hecho: "Como elemento objetivo del delito se refiere solamente al elemento material del mismo, o sea aquella parte de la realización de la figura delictiva que se expresa mediante la manifestación en el mundo exterior, sosteniendo que el hecho como elemento del delito, en sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido". (68)

Vienen a ser los elementos del hecho:

- a). La voluntad de producir una actividad o inactividad.
- b). La voluntad o no voluntad de producir una mutación en el mundo exterior.
- c). La actividad o inactividad.
- d). La producción de un resultado típico material que puede ser físico o anatómico, fisiológico, psíquico, económico o químico.
- e). La existencia de un nexo causal entre la conducta y el resultado.
- f). La violación de una norma prohibitiva o prescriptiva.
- g). El deber jurídico de obrar o de abstenerse. (69)

Ahora bien, concluimos que la conducta como manifestación de la voluntad humana puede desplegarse con una acción o una omisión; puede produ



cir un resultado típico jurídico (mera conducta) o jurídico-material (hecho), pudiéndose fraccionar en uno o en varios actos; esto da lugar a delitos unisubsistentes (un acto) y plurisubsistentes (dos o más actos). El elemento objetivo material, en su concepción dogmática, se obtiene del -- verbo rector del delito-tipo y del artículo 7o. del CPF, en su fracción - primera.

Todo lo anterior se explica en la doctrina penal tradicional, mas - nosotras tenemos un pensamiento diverso. Lo que se dijo con antelación no es sino una parte del primer elemento del delito.

Estamos de acuerdo en aceptar parte de los postulados de la teoría - finalista de la acción, que dicen que todo lo que se había considerado como especies de la culpabilidad (dolo, culpa y preterintención) y todo el aspecto subjetivo del delito (imputabilidad, motivos impulsos y tenden--cias) pasan a formar parte del delito-tipo. Nosotras lo ubicamos en la - conducta, dejando en la culpabilidad solamente el reproche y como sus elementos a la libertad y a la exigibilidad.

Por estas razones estimamos que al primer elemento del delito debe - llamársele "elemento subejtivo-material". Además hay qué aclarar que de--cirle elemento oboejtivo material resulta tautológico, puesto que todo lo objetivo es material. Concluimos que el elemento subjetivo-material comprende las formas de manifestación, la voluntad conciente, el resultado y el nexo causal, además del dolo, la culpa y la preterintencionalidad, los motivos, los impulsos y las tendencias.

La relación del primer elemento del delito con la culpabilidad, es - evidente; no podríamos hablar de la culpabilidad si previamente no exis--tió una conducta voluntaria.

Explicemos: Si aceptamos el psicologismo y consideramos que la cul--pabilidad es el nexo psíquico que existe entre el sujeto y la conducta, - es obvio que ese nexo de tintes psicológicos no podría llegar a existir - si primeramente no hubo una conducta voluntaria. ¿Cómo vamos a establecer una relación psíquica entre el sujeto y una conducta inexistente?

En la culpabilidad normativa causalista se admite ese vínculo psico--lógico y además la conducta debe ser reprochable; en caso de que la con--ducta no existiera ¿qué se le podría reprochar al sujeto? En la teoría - normativa finalista, la culpabilidad es simplemente el reproche, es obvio que se precisa de una conducta para que haya qué reprocharle al individuo.

#### 4.2. EL ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD.

Existe en Derecho penal una máxima que indica: Nullum crimen, - nulla poena sine typo (no hay delito, no hay pena sin tipo). Esto nos da la pauta para decir que no puede hablarse de una conducta delictuosa ni - de su sanción, si previamente no existe un delito-tipo legal como presu-- puesto general del delito.

Muy bien, y ¿qué es el tipo? A nosotras nos gusta decir que el deli- to-tipo es el marco legal en el cual el legislador dibuja el aspecto obje- tivo de la figura delictiva, matizándola en ocasiones con elementos norma- tivos y subjetivos. El delito-tipo como descripción legal de los delitos, pueden contener elementos subjetivos y normativos o prescindir de ellos, concretándose únicamente a dar la descripción objetiva.

Veamos un ejemplo de descripción puramente objetiva, en el artículo 302 del CPF que nos dice: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro" (delito-tipo del homicidio).

Para ejemplificar un delito-tipo matizado con elementos subjetivos y normativos, tomamos el artículo 262 del CPF (delito-tipo del estupro), -- que nos dice: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, cas- ta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o enga- ño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos".

Como podemos observar, también en ocasiones el mismo delito-tipo que describe la conducta delictuosa nos marca la punibilidad a que se hace - acreedor quien se adecúe a él; en otras situaciones es un artículo diver- so el que describe la punibilidad.

Más certeramente diremos que el delito-tipo es la descripción objeti- va de una conducta que se prohíbe o prescribe, realizada en una norma de naturaleza punitiva que en ocasiones se encuentra matizada con elementos subjetivos o normativos o con ambos y en ella misma puede marcarse la san- ción aplicable (punibilidad).

El delito-tipo no es sino una norma de naturaleza penal, al que para distinguir de las demás normas jurídicas se ha de llamar así. Es aceptable identificar al delito-tipo con la norma. Del tipo emana un deber jurídico de obrar o de abstenerse, que es la esencia de la antijuridicidad, que re- gula el comportamiento del ser humano; en él se contiene además el valor jurídico que la Ley está encargada de proteger.

La SCJN utilizando el concepto general de tipo tal y como fue elaborado por la Teoría General del Derecho, ha sentenciado: "El tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena". (SJF. Tomo CXIX, p. 2287. Segunda parte. Sexta época).

Cuando se ha colmado todas las peticiones que se establecen en un delito-tipo, podemos hablar de la tipicidad como uno de los elementos del ente jurídico-penal. El delito-tipo es un presupuesto, la tipicidad es elemento del delito. Digamos que el delito-tipo es la descripción formal y la tipicidad la adecuación material.

Se concluye que la conformidad al delito-tipo nos proporciona un indicio de antijuridicidad. Toda adecuación exacta al delito-tipo nos lleva a un indicio y el conjunto de indicios a la presunción de la antijuridicidad. Esta es una presunción juris tantum, que será destruida si llega a demostrarse que la conducta típica del sujeto está amparada por una justificante legal.

Para que podamos hablar de la tipicidad, en términos generales se precisa reunir todos estos requisitos: (70)

A). Presupuestos del delito. Requisitos previos a la realización de la conducta, de naturaleza jurídica o material, necesarios para la existencia del delito.

B). Elementos típicos objetivos. Son la descripción de la conducta y se les obtiene del verbo rector.

C). Intención. Mención del dolo, de la culpa o de la preterintención y los motivos, los impulsos y las tendencias (desde la perspectiva normativa finalista).

D). Modalidades de la conducta. Pueden ser referencias temporales, espaciales, exigencia de medios casuísticamente determinados, elementos del juicio cognitivo, elementos de valoración jurídica o cultural de naturaleza normativa y elementos subjetivos del injusto.

E). Calidad y/o número en los sujetos activo y pasivo.

F). Objeto material. Persona o cosa sobre la cual recae la conducta delictiva y en ocasiones coincide con el sujeto pasivo.

G). Objeto jurídico. Es el valor tutelado por la ley; puede pertenecer a la sociedad, al individuo o al Estado y además puede ser lesionado o puesto en peligro. En él se concreta el fin primordial del Derecho penal: Proteger bienes jurídicos.

La tipicidad es la conformidad o adecuación a todos y cada uno de -- los elementos que integran el delito-tipo; si falta la conformidad aunque sea a uno solo de ellos, se origina una atipicidad (aspecto negativo del delito). Además de los casos de atipicidad que podrían darse de acuerdo con los elementos que enlistamos, SILVIO RANIERI anota uno más: La ausencia de norma a la cual referir la conducta o el hecho. (71)

Para la teoría finalista de la acción, el delito-tipo se compone de dos partes: Una objetiva y la otra subjetiva. La primera es causal y comprende todo el aspecto material del delito; la segunda es final y se compone de todo aquello a lo que se había considerado como elemento subjetivo del ilícito penal o culpabilidad: Dolo, culpa, motivos, impulsos y tendencias.

La relación existente entre la tipicidad y la culpabilidad es patente, puesto que si la culpabilidad ocupa un lugar posterior al de la tipicidad en el orden lógico que debe existir entre los elementos del delito, no podremos hablar de la culpabilidad si previamente no ha existido una - conducta que, junto con todos los demás requisitos se conforme a un delito-tipo.

#### 4.3. EL ELEMENTO VALORATIVO O ANTIJURIDICIDAD.

Todo cuanto acontece en la realidad de hechos de la sociedad, en sentido objetivo o subjetivo, no deja de ser un suceso relacionado con normas. La conducta del hombre se encuentra regulada en normas morales, - sociales, religiosas o jurídicas.

El Derecho ha recogido en los postulados de explicitación de sus normas jurídicas, todas aquellas conductas que ponen en peligro o lesionan - valores fundamentales de la sociedad, del individuo o del Estado. Cuando el ser humano con su comportamiento atenta contra los postulados de expli - citación de esas normas jurídicas, este recibe el calificativo de antiju - rídico.

Para aludir a la antijuridicidad penal los doctrinarios recurren, - por lo general, a un "procedimiento de excepción-regla" que dice: Hay antijuridicidad cuando una conducta o hecho típicos no se encuentran ampara - dos por una causa de justificación. (72)

A nosotras no nos gusta, para aludir a la antijuridicidad, utilizar ese concepto negativo que equivaldría a decir que una persona es inculpable, cuando no es culpable; tautología inútil que nada resuelve. Tratamos de dar una concepción positiva, al decir que es antijurídica una conducta que contradice los postulados de explicitación de las normas de Derecho. Definción que, además, nos sirve para hablar de la antijuridicidad en -- cualquier materia jurídica.

En un principio, se presupone que una conducta es antijurídica cuando además de poner en peligro o lesionar un valor protegido por la Ley penal, se adecúa con todos los demás requisitos que se pide, a un delito-tipo; presunción Juris tantum, que se destruye al probar y comprobar que el sujeto encuentra la justificación de su conducta en alguna de las contranormas legales (procedimiento de excepción-regla).

En realidad poco se ha podido dilucidar acerca de este elemento del delito; hay doctrinarios que hasta le niegan ese carácter, al decir que la antijuridicidad no puede ser uno de los elementos del delito porque es su propia esencia. (73) Las opiniones son múltiples y dispares; cuando - se habla de las clases de antijuridicidad, se dice que existe una antijuridicidad formal o nominal y otra real o material; una objetiva y otra -- subjetiva; una para el Derecho en general y la propiamente penal y, por - último, una antijuridicidad especial tipificada. (74)

Lo cierto en nuestro concepto es que la antijuridicidad estrictamente penal es un juicio de valoración que, con base en los hechos y el Derecho, deben hacer tanto el Ministerio Público como el juzgador, para demostrar que la conducta desplegada por el sujeto es contraria a los postulados de explicitación de las normas del Derecho penal. Intentamos que en - esta definción se comprenda tanto a la antijuridicidad formal como a la - real, la objetiva, la subjetiva y la penal.

El juicio de valoración va a atender primordialmente a la conducta - realizada, dándole al resultado que se produzca con ella un lugar secundario. No es que se deje de considerar el resultado típico jurídico o jurídico-material que sea producto de la conducta, sino que en virtud de que el Derecho tiene como fin principal regular la conducta humana por medio de normas jurídicas, es la conducta la que adquiere mayor relevancia en - el momento de valorar la antijuridicidad.

Por otro lado, pensamos que existe una antijuridicidad formal o nominal que es la explicitación de la conducta prescrita o prohibida que se hace en un delito-tipo (75), dándole el carácter antijurídico al comportamiento que en él se establece. Su base la constituye el dogma penal: Nullo crimen sine legem scripta et stricta (no hay delito sin Ley escrita y estricta que lo prevea).

Hay ocasiones en que a pesar de que la conducta tiene la calidad de antijurídica, no es considerada como tal porque la propia Ley la justifica; es entonces cuando surge el aspecto negativo de la antijuridicidad -- por legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo u obediencia jerárquica. (76)

Hay antijuridicidad material o real, cuando la conducta desplegada -- por el agente lesiona o pone en peligro un bien que la Ley penal tutela. Puede suceder que la conducta sea materialmente antijurídica y formalmente también lo sea, aunque en virtud de que se encuentra justificada, la antijuridicidad desaparecerá.

Cuando se intente calificar la antijuridicidad encontraremos que podrá ser objetiva, si el juicio de valoración atiende solamente al aspecto externo de la conducta y será subjetiva, cuando además atienda al momento interno del comportamiento desplegado por el sujeto (intención).

En fin, la antijuridicidad encuentra su base en cualesquiera de las áreas del Derecho, es decir que cada disciplina jurídica tiene su propia antijuridicidad, sin exclusivismos para el Derecho penal. Ya desde que la conducta rompe el orden establecido por el Derecho, a la antijuridicidad se la calificará con el mismo carácter que posea la norma que se viola. -- Así por ejemplo, cuando se realiza la conducta prohibida por el artículo 302 del CPF (delito-tipo del homicidio), la antijuridicidad de esta conducta recibirá el calificativo penal. (77)

No queremos dedicarnos al estudio de la antijuridicidad especial tipificada, puesto que pensamos que es un elemento subjetivo que se le escapó al legislador de su pluma y quedó inútilmente colocado en algunos preceptos. (78) Todas esas menciones especiales que se hacen de la antijuridicidad en el delito-tipo, no son sino maneras de llegar a ella.

En primer lugar, en el juicio de valoración del delito debe verse si la conducta realizada por el sujeto es antijurídica formalmente, es decir si se encuentra regulada en forma de prohibición o prescripción en una --

norma penal y si es contraria a ella; integrada esta antijuridicidad será necesario avocarse al estudio de la antijuridicidad material, esto es que una conducta además de haber contrariado los postulados de explicitación de las normas de Derecho, lesiona o pone en peligro un valor jurídico tutelado por la Ley penal.

Posteriormente se atiende a que la conducta no encuentre su justificación legal en alguna de las causas mencionadas en una Ley penal o extra penal. Si la conducta se encuentra legalmente justificada, la valoración del delito terminará declarando que el sujeto no es responsable penalmente y que no procede siquiera la reparación del daño.

En el supuesto contrario, esto es cuando el comportamiento no se encuentra amparado por una norma justificativa, se procederá al decir de -- los psicólogos, a un juicio de valoración subjetivo, donde deberá verificarse que la conducta antijurídica sea además producto de una acción u omisión dolosa, culposa o preterintencional (juicio de culpabilidad).

Según los normativistas causalistas, en el juicio que precede a la - antijuridicidad, deberá atenderse a que la conducta antijurídica además - de ser dolosa, culposa o preterintencional sea reprochable. El juicio de culpabilidad adquiere un matiz dual: Es a la vez objetivo y subjetivo.

Para la tendencia normativista finalista, el juicio que se realiza - después de la antijuridicidad también tendrá carácter normativo ya que -- el aspecto subjetivo del delito habrá sido analizado desde la conducta. - Unicamente deberá comprobarse que la conducta realizada por el sujeto le es reprochable.

Aquí se observa claramente que la antijuridicidad y la culpabilidad se relacionan inevitablemente. Si ambas son elementos del delito y aún -- más, antecedendo la antijuridicidad a la culpabilidad, quedan la una y - la otra ligadas indisolublemente.

#### 4.4. LA IMPUTABILIDAD.

Queremos dejar claro que no creemos que la imputabilidad forme parte de los elementos ni de los presupuestos generales del delito; consideramos que es una característica del autor del hecho delictuoso y que se la debe incluir dentro de los elementos de la conducta. Las teorías normativas causalista y finalista, postularon que formaba parte de los elemen-

tos de la culpabilidad; aunque como en la teoría tradicional, sobre todo en México, se le da la categoría de elemento del delito, la analizaremos en este subtema.

Parece ser que en un principio la imputabilidad abarcaba la esencia de la culpabilidad y hasta llegó a confundírsela con el elemento psicológico, la voluntad y la conciencia. Penalistas ingleses, franceses e italianos, utilizaron el vocablo "responsabilidad" para referirse a la culpabilidad porque no se tenía una exacta concepción de ella. (79) Por este motivo pensamos que es de gran importancia establecer una absoluta distinción entre imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad.

La palabra "imputar", antecedente innegable de "imputabilidad", deriva del latín imputare; significa atribuirle a otro un delito o una acción. La imputabilidad al decir de ROMAGNOSI, es un juicio de hecho que se distingue de la responsabilidad que viene a ser un juicio de Derecho. (80)

Tradicionalmente se ha definido a la imputabilidad, en stricto sensu, como la capacidad de querer y de entender. Se quiere la comisión del delito, es decir la conducta y se entiende las consecuencias que con ella se pueden producir (representación), esto es el resultado jurídico y/o material.

En la imputabilidad, como elemento del delito, evidentemente que se quiere su comisión, la acción o la omisión; todas las personas, sean imputables o inimputables, tienen esa capacidad de querer; si esto no fuera así, anteriormente se habría presentado en aspecto negativo de la conducta por ausencia de voluntad.

Ocurre que los inimputables no entienden que la conducta que han desplegado es antijurídica y que producirá un resultado que la Ley sanciona. Aun cuando pudieran comprender el carácter ilícito de su comportamiento, la anomalía mental que padecen les impide conducirse de acuerdo con esa comprensión. Notamos entonces que el concepto tradicional de la imputabilidad falla cuando ha de trasladársele a la inimputabilidad, porque los inimputables sí que tienen capacidad de querer.

Por otro lado, la imputabilidad quedó definida como la capacidad de entender y para simplificar aún más la fórmula se dijo que era la capacidad de culpabilidad; también en un sentido más amplio, se la reconoce co-



mo la atribuibilidad de un acto a un sujeto. (81) Si se piensa que la imputabilidad es capacidad, deberá reconocerse que es una de las cualidades del sujeto que ha realizado el delito. (82)

Nosotras pensamos que la imputabilidad es en efecto una característica de la persona, que deberá llenar para que esté en posibilidades de realizar una conducta relevante para el Derecho penal, que será calificada - como típica, anitjurídica y culpable. PORTE PETIT nos dice que hay imputabilidad "cuando no concurre la excepción regal de incapacidad de culpabilidad". (83)

Más que como elemento del delito, la imputabilidad en todo caso, deberá ser reconocida como uno de los elementos de la culpabilidad, como lo han reconocido los doctrinarios que se afilian a las teorías normativas - causalista y finalista. En este orden de ideas, la imputabilidad deberá - encontrar un concepto diferente en cada una de las doctrinas de la culpabilidad.

Al afiliarnos al psicologismo y reconocer que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, esto deberá ser entendido como capacidad de dolo, de culpa o preterintencionalidad. Si nos avocamos al normativismo causalista, la misma fórmula cambiará para pasar a ser la capacidad de dolo o culpa reprochables. En fin, para la teoría normativa finalista, la imputabilidad quedaría como capacidad de reprochabilidad. Adelantaremos que en esta teoría según REINHARD MAURACH, ésta forma parte de la culpabilidad -- junto con la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta y la exigibilidad. (84)

Analícemos a la imputabilidad cuando no se la considera como uno de los elementos del delito, al tomarla en stricto sensu, sino cuando se la estima presupuesto de la responsabilidad y se la llama atribución (imputación), es decir en lato sensu.

En la doctrina se ha hablado de la imputación física, moral, civil y política. Se entiende que la física equivale a atribuirle la conducta al agente: "Tú hiciste esto"; la moral es decirle que lo realizó con plena - conciencia: "Lo hiciste voluntariamente"; la civil es la interpretación - que se hace de la Ley promulgada: "Lo que hiciste es contrario a la Ley", y la política es el juicio hecho por el juzgador, donde se declara que al individuo se le imputa penalmente una conducta. (85)

Como mencionamos con antelación, en la Alemania del siglo pasado el sistema del Derecho penal descansaba sobre dos bases: A). La objetiva, - que comprende todo lo relativo al aspecto externo de la conducta: Conducta, antijuridicidad y tentativa, y b). La subjetiva, que abarca todo el - aspecto interno de la conducta: Intención, motivos, impulsos y tendencias e imputabilidad.

En esta construcción no existe una relación entre los dos aspectos - del delito. Unimos nuestro pensamiento al de los doctrinarios que piensan que, lo que hace que surja esta relación, es la imputación de los efectos dañosos que se le hace al agente, siempre condicionada al elementos subje- tivo (intención).

La imputación forma parte del sistema jurídico-penal y el lugar ade- cuado para su estudio está dentro de la teoría del delito. Así, para que pueda decirse que hay imputación penal previamente debe comprobarse la im- putación física. Al ser la imputación la pauta para aplicar las consecuen- cias del Derecho penal, previamente debe haberse reunido todos los elemen- tos del delito.

Sin embargo, la anterior afirmación tiene sus excepciones y entre -- ellas aparecen:

A). Fuerza física irresistible (vis absoluta). Es la fuerza ex- terior de naturaleza humana, que no se puede evitar y obliga al sujeto a - llevar a cabo una acción u omisión. La SCJ la define en los siguientes -- términos: "Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cier- ta violencia hecha en el cuerpo del agente, que da por resultado que se - ejecute, irremediamente, lo que no se ha querido ejecutar" (SJF. Tomo LXXXIV, p. 175. Quinta época). En la fracción I del artículo 15 del CPF - se habla de ella, dentro de las circunstancias excluyentes de responsabi- lidad.

B). Fuerza moral (vis compulsiva). Fuerza de carácter moral, ex- terior y resistible o irresistible que puede ser causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta o causa de inimputabilidad. Se dife- rencia de la vis absoluta, porque la vis moral es resistible ya que el - sujeto puede elegir entre si realiza o no la conducta. La legislación fe- deral la define en el artículo 15, fracción IV.

C). Fuerza mayor (vis maior). Se entiende que es una fuerza hu-

mana física e irresistible, que puede provenir de la naturaleza o de los animales. Anula la voluntad y se considera como hipótesis de ausencia de conducta. El CPF no la regula.

D). Cafo fortuito, al que nosotras consideramos como la no evitación de lo inevitable, como lo analizaremos más adelante. Es el límite de la culpa y de la culpabilidad misma, según la teoría tradicional. El CPF lo estipula en la fracción X del artículo 15, dentro de las excluyentes de responsabilidad penal.

E). Inimputabilidad. Es el elemento psicológico anormal y anormal de carácter patológico; se incluye en esta categoría a los trastornos mentales transitorios o permanentes: Locos, idiotas, imbeciles, sordomudos y cualesquier otros anómalos mentales. La legislación penal preveía una sola causa de inimputabilidad: El trastorno mental transitorio, en la fracción II del artículo 15. (86) En los demás casos se hace al individuo responsable social, aplicándole una medida de seguridad, con evidente violación de garantías individuales. (87)

F). Minoridad. Los menores son tutelados por una ley especial y dejan de ser sujetos del Derecho "de adultos" (88); salen del ámbito de aplicación personal de la Ley penal. (89)

G). Causas de justificación. En las que se prevé la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, el impedimento legítimo y la obediencia jerárquica. (90)

La Escuela Positiva italiana incurre en el gravísimo error de considerar responsables e imputarles la conducta a los locos y a los niños, haciendo que respondan ante la sociedad en que viven y aplicándoles medidas de seguridad. (91) Para ello solamente considera el estado peligroso; esta falsa concepción le hace perder toda su fuerza a la culpabilidad, que era utilizada excepcionalmente en Italia; ocupa en su lugar los términos "imputabilidad" y "responsabilidad".

Actualmente podría decirse que a una persona se le imputa una conducta o un hecho por ser responsable de una acción u omisión producto de su voluntad; mas esto no significa hacerle un juicio de culpabilidad e imponerle, por ende, una pena. Recuérdese que la imputación tiene sus fases. Además de la imputación civil se precisa de la política, en la cual el juzgador individualizará los postulados de la Ley penal a un autor en concreto. Para los positivistas el hecho de materializar la culpabilidad da-

báse en la ejecución de la sanción y tenía como significa frenar la peligrosidad del autor. (92)

La imputación propiamente dicha es un acto de Derecho procesal penal, por medio del cual el juez hace responsable al autor culpable, con el propósito de aplicarle una pena o medida de seguridad. Es evidente que la imputabilidad y la culpabilidad, como elementos del delito, se encuentran estrechamente relacionados; las dos deben concurrir a formarlo y no podría declararse que una persona es culpable si previamente no se demostró que es imputable. Recuérdese que se dice que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad.

Si considerásemos que la imputabilidad es uno de los elementos de la culpabilidad, la relación entre ambas será indisoluble ya que sin la imputabilidad será imposible que se configure la culpabilidad.

#### 4.5. LA RESPONSABILIDAD.

Para que podamos tratar todo lo relacionado con la responsabilidad, tendremos que analizar la polémica que se suscitó entre las escuelas Clásica y Positiva del Derecho penal. Dentro de los principales postulados se propugna la humanización en el trato del delincuente, tomando como base el absoluto respeto a la Ley a las garantías individuales; se procura limitar así el poder del Estado.

La Escuela Clásica principia con CESAR BECCARIA y finaliza con FRANCESCO CARRARA. Sus grandes exponentes son, entre otros: JEREMIAS BENTHAM, GIANDOMENICO ROMAGNOSI, PELLEGRINO ROSSI, GIVANNI CARMIGNANI, ROSMINI, BRUSSA, TOLOMEI, PESSINA, MITTERMAINER, BERNER, HALSCHNER, BIRKMAYER, ORTOLAN y TISSOT.

ROSSI habla del respeto al orden moral, que todos los hombres libres e inteligentes deben conservar; como el ser humano por naturaleza está obligado a vivir en sociedad, surge también un orden social; de la suma de uno y otro órdenes derivan los derechos y obligaciones del individuo. El fin de la justicia humana es "el restablecimiento del orden social perturbado por el delito". (93)

CARMIGNANI nos dice que la necesidad del orden social es la fuente y la ley moral, el límite de la imputación civil (responsabilidad). No se debe castigar al delincuente para vengarnos del delito que cometió, sino

en un esfuerzo por evitar la delincuencia. (94)

El derecho de castigar no tiene su basamento en la justicia moral si no en la política que es una necesidad fáctica. Esta escuela encuentra su pilar filosófico en el derecho natural. "El jusnaturalismo de la Escuela Clásica es por lo general racionalista; desprecia todo elemento o dato social del derecho y lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en cuenta la realidad". (95)

Los clásicos pugnan por un respeto absoluto al principio de legalidad. Se dan los siguientes aforismas penales: Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta et stricta y nulla poena sine crimen. No puede considerarse delito que no tenga este carácter en una Ley penal, ni aplicarse pena que no esté prevista en los catálogos legales. No hay pena si previamente no existió el delito. (96)

Se dice que el delito es un ente jurídico-penal que contraría una norma de Derecho. "La idea de delito no es más que una idea de una reacción: La relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico al cual se le da el nombre de delito". (97)

La premisa más importante de la Escuela Clásica es el "libre albedrío". Por ser el hombre un ente libre, tiene conciencia e inteligencia y puede obrar hacia el bien o elegir el mal. De esta idea de libertad nace la responsabilidad moral, porque el hombre puede escoger libremente entre realizar la conducta prescrita o prohibida o no consumarla, respetando así la Ley. Por supuesto que hay personas que no tienen esa capacidad de elección, como los locos y los niños (inimputables), motivo por el cual no pueden ser moralmente responsables y como consecuencia están exentos de pena.

Ahora bien, la pena es la retribución de un mal que el delincuente - causó con el delito a la sociedad, con otro mal que establecen las normas de Derecho. "El fundamento de la pena es la justicia y la retribución jurídica sobre la base del libre albedrío". (98) La justicia del Derecho - tiene un carácter distributivo: Dar a cada uno lo que se merece con base en su comportamiento.

Se pugna por penas proporcionales, en igualdad del delito cometido y al daño causado por él. Son de naturaleza aflictiva, con duración determinada, ciertas, proporcionales y deben servir como ejemplo, tienen un carácter intimidatorio. Su finalidad primordial es la de reestablecer el orden jurídico y social.

Sólo el Estado tiene el derecho de castigar, como tutor jurídico de la sociedad y de sus integrantes. Al aplicar la pena, el juez tiene la obligación de respetar las garantías individuales. El fin del Derecho penal es el de garantizar la libertad y proporcionar seguridad jurídica.

La Escuela Positiva nace con los evangelistas: CESAR LOMBROSO (orientación antropológica), RAFAEL GAROFALO (dirección jurídica) y ENRIQUE FERRI (orientación social). Discrepa de las afirmaciones hechas por los clásicos. En primer lugar porque nos dicen que a la Escuela Clásica se le olvidó considerar al delincuente. (99)

Siguiendo un método experimental, los positivistas niegan la existencia del libre albedrío y nos dicen que el delito no es un ente jurídico y abstracto, sino un fenómeno natural y social y que como tal debe estudiarse. La criminalidad no se limita a violar la Ley, lesionando bienes jurídicos; atenta contra los valores fundamentales de la sociedad. El delito se produce por factores endógenos y exógenos de naturaleza diversa: Social, económica, física, psíquica, anatómica, fisiológica, etc.

RODRIGUEZ MANZANERA afirma: "El hombre no es tan libre como él cree; su conducta, que aparentemente puede ser independiente, está manejada en realidad por una serie de circunstancias". (100) El delito, producto de factores intrínsecos y extrínsecos, es una expresión antisocial. Las circunstancias que lo producen, determinan al hombre al delinquir; el ser humano ya no es responsable moral, debe responder del delito ante la sociedad en que vive, por el simple y sencillo hecho de vivir en ella.

Nadie puede quedar exento de responsabilidad, inclusive los inimputables deben responderle a su sociedad, la que por medio del Estado goza del derecho de defenderse de los sujetos peligrosos. Violando los derechos esenciales de los hombres, los positivistas hacen responder inclusive a los locos y a los niños. Entonces la pena se llama "sanción", que también puede ser una medida de seguridad y con ella se piensa que se podrá educar y adaptar o readaptar a los delincuentes. La sanción siempre será proporcional a la peligrosidad del sujeto. A mayor peligrosidad mayor sanción.

La duración de las sanciones será indeterminada, ya que se la aplicará en tanto subsista la peligrosidad del delincuente. El Estado es el único que tiene la facultad de sancionar. La única función de la Ley penal es la de combatir la criminalidad. Como medio de defensa social tenemos -

a las sanciones, con ello los positivistas pretenden olvidarse de la venganza y la retribución, de la conservación del orden social y del mantenimiento de la justicia.

Tomada la responsabilidad en un sentido amplio, se la entiende como la consecuencia de un delito; se traduce en la obligación de reparar el daño que se ha hecho con el delito, al purgar una sentencia (privación o restricción de la libertad o de algún otro derecho) e indemnización al sujeto pasivo o a sus causahabientes por el mal que se les causó con la comisión del hecho delictuoso.

La responsabilidad penal es observada desde dos ángulos: La sanción y la reparación del daño. Por cuanto respecta a la sanción, a la responsabilidad se le entiende como la obligación de cumplir una pena o una medida de seguridad, impuesta por el juzgador.

En lo referente a la reparación del daño, la responsabilidad se bifurca en responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada de delito. Para que nazcan tanto la una como la otra, es necesaria la existencia de un daño (resultado de carácter físico o anatómico, fisiológico, psicológico, químico o económico); no así en el Derecho fiscal, por ejemplo, donde a la responsabilidad no se la condiciona a la aparición de ese daño. (101)

La responsabilidad por un delito, a título de reparación del daño, surge con independencia que el tipo la establezca como pena y debe hacerla valer de oficio por el juez. Cuando aparece que el individuo no es responsable, porque concurre un aspecto negativo del delito, lo que el CPF llama "circunstancias excluyentes de responsabilidad", resultan improcedentes tanto la pena como la reparación del daño.

Por lo general a la responsabilidad se la relaciona únicamente con la pena (punibilidad) y así se ha llegado a considerar que la punibilidad es elemento del delito. (102) Primero es necesario sentar la diferencia que existe entre la pena y la punibilidad. La punibilidad es la abstracción de las sanciones, prevista en el tipo legal; la pena, en cambio, es la materialización de esa previsión legal, en un caso concreto, a una persona determinada. La responsabilidad (pena y reparación del daño), es una consecuencia lógica de la comisión del delito y no forma parte de sus elementos porque se da en un momento posterior a su comisión.

JIMENEZ DE ASUA afirma: "La responsabilidad penal es la consecuencia de la causalidad material del resultado de la injusticia del acto (noción

valorativo-jurídica) y de la punibilidad de la acción típicamente descrita en la ley. Todos estos caracteres son necesarios para que surja la responsabilidad civil y, si alguno falta, la consecuencia no se producirá". (103)

La culpabilidad, como uno de los elementos del delito, es necesaria para que a éste se le configure y nazca a la vida jurídica y como consecuencia, se dé la responsabilidad. De acuerdo con la Escuela Clásica, la imputabilidad es un presupuesto de la responsabilidad; cuando no concorra la excepción-regla que consigna el artículo 15 fracción II del CPF (inimputabilidad), no habrá responsabilidad.

Cada uno de los aspectos negativos del delito servirá para negar a la responsabilidad. Así el artículo 15 del CPF prevé como "circunstancias excluyentes de responsabilidad", las que siguen:

Fracción I	Ausencia de conducta.
Fracción II	Inimputabilidad.
Fracción III	Legítima defensa.
Fracción IV	Coacción y estado de necesidad.
Fracción V	Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.
Fracción VI	Inculpable ignorancia.
Fracción VII	Obediencia jerárquica.
Fracción VIII	Impedimento legítimo.
Fracción IX	Inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.
Fracción X	Caso fortuito.
Fracción XI	Inculpabilidad por error de tipo y de licitud vencibles.

Además de las hipótesis de inculpabilidad que se consignan, opera la excluyente por falta de dolo o culpa, aun cuando la Ley no haga hincapié en ella, al interpretar a contrario sensu los artículos 8o. y 9o. La jurisprudencia ha dispuesto: "Al consignar la ley en el artículo 8o. que los delitos son intencionales y de imprudencia, está consagrando la necesaria culpabilidad del agente activo de la infracción. La ausencia de culpabilidad no impide que la conducta externamente considerada encaje dentro del tipo o descripción legal; pero el hecho de que no se consigne en el catálogo de las excluyentes la ausencia de culpabilidad como circuns-



tancia que impide la incriminación, no significa que no pueda dictarse -sentencia absolutoria, partiendo del principio que del mismo se desprende y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito" (BIJ. tomo XI, p. 684).

La relación entre la responsabilidad y la culpabilidad se patentiza, puesto que si no ha nacido la culpabilidad no hay delito y por ende no -da lugar a la reponsabilidad.

ELEMENTOS ESENCIALES GENERALES

- A). ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL (conducta). Formas de manifestación, voluntad conciente, intención, resultado y nexo entre la conducta y el resultado.
- B). ELEMENTO REGULADOR (tipicidad). Descripción típica del delito y adecuación total al delito-tipo.
- C). ELEMENTO VALORATIVO (antijuridicidad). Calificación del carácter antijurídico de la conducta del sujeto.
- D). ELEMENTO NORMATIVO (culpabilidad). Bases objetivas para calificar de culpable a la conducta del sujeto. Libertad, exigibilidad y reprochabilidad.

ELEMENTO PSIQUICO O SUBJETIVO

- a). Determinada dirección subjetiva de la voluntad (dolo, culpa o -- preterintencionalidad).
- b). Existencia de motivos determinantes, tendencias e impulsos.
- c). Especial dirección subjetiva de la voluntad (dolo específico).

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
I. ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL II. ELEMENTO REGULADOR III. ELEMENTO VALORATIVO IV. ELEMENTO NORMATIVO	I. AUSENCIA DE CONDUCTA II. ATIPICIDAD III. CAUSAS DE LICITUD IV. INculpABILIDAD

## ELEMENTOS DEL DELITO

### ELEMENTO OBJETIVO (conducta).

1. ACCION (querer hacer).
2. OMISION SIMPLE (querer no hacer).
3. COMISION POR OMISION (producir - no haciendo).
4. HECHO (producción voluntaria o - involuntaria).

### ELEMENTO REGULADOR (tipicidad).

Conformidad con:

1. Presupuestos del delito.
2. Elemento material.
3. Modalidades de la conducta.
4. Calidad y número en los sujetos.
5. Bien jurídico tutelado.
6. Objeto material.

### ELEMENTO VALORATIVO (antijuridici--dad).

Contrariedad al Derecho.

1. Formal o nominal = objetiva.
2. Material o real = subjetiva.

### IMPUTABILIDAD.

Capacidad de querer y de entender, - de ser culpable o para fundar el ju- cio de reproche.  
Presupuesto general del delito o de la culpabilidad. Característica del autor.

### ELEMENTO NORMATIVO (culpabilidad).

Dolo, culpa o preterintención (psi- cologismo).  
Dolo o culpa reprochables (normati- vismo causalista).  
Imputabilidad, exigibilidad y repro- chabilidad (normativismo finalista).

### DELITO.

Conducta tipificada en una Ley penal general o especial, antijurídica y - culpable que logra un resultado pre- visto o previsible.

### RESPONSABILIDAD.

Obligación de responder después del juicio de culpabilidad (sanción y re- paración del daño).

### SANCION.

Pena (privación de alguna libertad o de un derecho o multa) y reparación del daño en los tres casos.

ESQUEMA NUMERO 2.  
LA RELACION DE LA CULPABILIDAD CON LOS DEMAS ELEMENTOS DEL DELITO (Concep- ción tradicional).

DOLO: (Intención). Querer o aceptar un resultado previsto o previsible

- A). DIRECTO: Querer y aceptar un resultado previsto.
- B). EVENTUAL: Aceptar un resultado previsto o no previsto.
- C). DE CONSECUENCIAS NECESARIAS: Querer un resultado y aceptar otro que se producirá necesariamente como consecuencia de la conducta.
- D). GENERICO: Intención general de delinquir.
- E). ESPECIFICO: Intención especial de llevar a cabo el delito sobre determinada persona, cosa o bien, con cierto ánimo especial.

CULPA: (No intención). Violación de un deber personal de cuidado.

- a). CON REPRESENTACION: Cuando se actúa y se produce un resultado no querido, aunque sí previsto.
- b). SIN REPRESENTACION: Cuando se actúa y se produce un resultado no querido y no se prevé lo que es fácilmente previsible.
- c). IMPERICIA: Deficiencia de carácter técnico.
- d). INEPTITUD: Deficiencia de carácter natural.

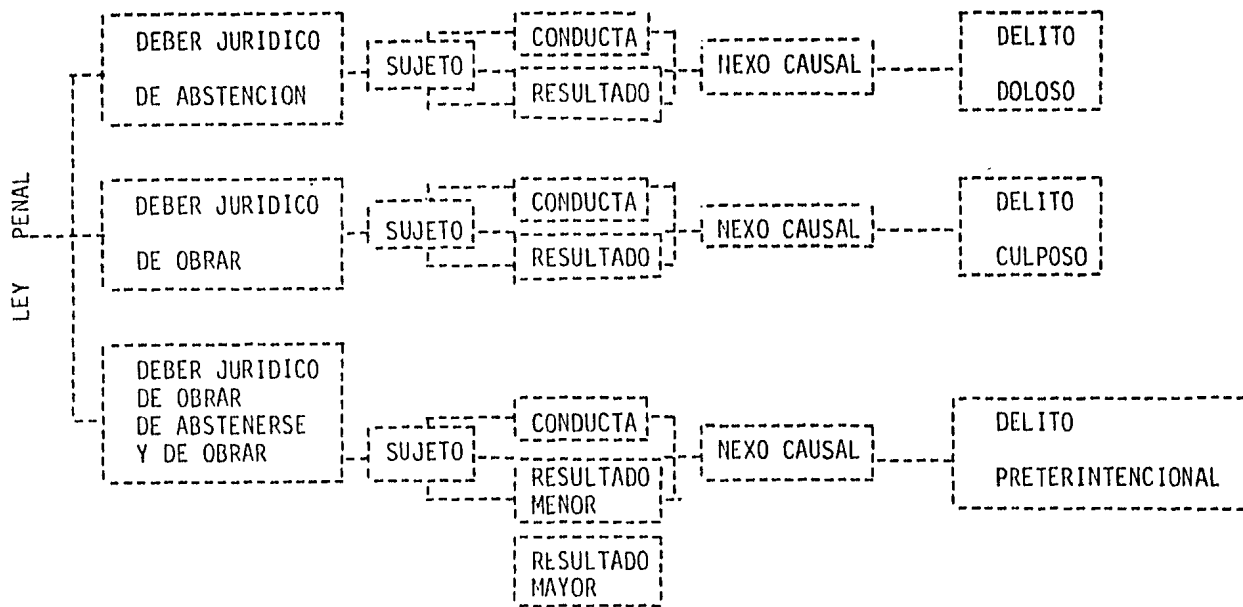
PRETERINTENCION: Querer causar un resultado menor y causar otro mayor.

1. DOLO DIRECTO + CULPA CON REPRESENTACION.
2. DOLO EVENTUAL + CULPA SIN REPRESENTACION.

CASO FORTUITO. Intervención de la causalidad.

- I. LIMITE DE LA CULPA Y DE LA CULPABILIDAD MISMA. No previsión de lo imprevisible o no evitación de lo inevitable.

ESQUEMA NUMERO 4.  
 DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DOLOSO, CULPOSO Y PRETERINTENCIONAL (en el psi-  
 cologismo).



DOLO = INTENCION.

CULPA = NO INTENCION.

PRETERINTENCION = SUMA DE DOLO Y CULPA (Dolo en el inicio (resultado menor) y culpa en el final (resultado mayor)).

## 6. NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

## CAPITULO PRIMERO.

## CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CULPABILIDAD.

- (1) CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, p. 15.
- (2) Cfr. FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho.
- (3) Consultar: RAUL E. ZAFFARONI. Teoría del Delito. Capítulo "La Naturaleza de la Antijuridicidad", pp. 455 y ss.
- (4) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, pp. 160-161.
- (5) Véase: TOMAS MORO. Utopía. Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, pp. 163-164.
- (6) Consultar: JUAN JACOBO ROUSSEAU. El Contrato Social. Cfr. "Notas de Criminología" de la cátedra de la Lic. OLGA ESTREVER.
- (7) A mayor abundamiento sobre este tema consultar: RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. Capítulo VII "La Edad Media y las Pseudociencias", pp. 165 y ss.
- (8) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, pp. 179-181. "Notas de Criminología" de la cátedra de la Lic. OLGA ESTREVER.
- (9) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, pp. 179-181.
- (10) Puede consultarse al respecto: GINA LOMBROSO DE FERRO. La Vida de Lombroso.
- (11) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. Capítulo IX "Fases de Inicio de la Criminología", pp. 217 a 220.
- (12) La Escuela Positiva italiana hablaba de que el delito era producto de factores endógenos y exógenos. Para obtener bibliografía, consultar: PORTE PETIT. Programa de la Parte General del Derecho Penal, pp. 75-78.
- (13) El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador? Capítulo primero. "Duración y Culpabilidad", pp. 12 y ss.
- (14) El artículo 7o. del CPF nos da esta definición innecesaria del delito; inexplicablemente la reforma de 1984 la respetó. Cfr. Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984. A este respecto consúltese a PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, "Innecesaria Definición del Delito", pp. 245-246.
- (15) Cita hecha por JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La Culpabilidad y su Ausencia", p. 32.
- (16) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La Culpabilidad y su Ausencia", p. 32.
- (17) PORTE PETIT sigue este sistema en todas sus obras y en su cátedra.
- (18) Cfr. EUGENIO FLORIAN. Parte General del Derecho Penal. Tomo I, pp. 26 y ss.
- (19) ROBERT TROUDE. El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador? Capítulo segundo. "Aspectos Sociológicos de la Culpabilidad?", pp. 33 y ss.
- (20) P. SAVEY-CASARD. El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador? Capítulo tercero. "El Derecho Penal y el Sentimiento de Culpabilidad", pp. 49 y ss.
- (21) Cfr. P. SAVEY-CASARD. El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador? Capítulo tercero. "El Derecho Penal y el Sentimiento de Culpabilidad", pp. 49 y ss.
- (22) P. SAVEY-CASARD. El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador? Capítulo tercero. "El Derecho Penal y el Sentimiento de Culpabilidad", pp. 49 y ss.

- (23) Cita de RICARDO C. HUGÉZ. Prólogo a "La Concepción Normativa de la Culpabilidad", de JAMES GOLDSCHMIDT.
- (24) B. F. SKINNER. Beyond Freedom & Dignity, pp. 4-5.
- (25) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. Capítulo III. "La Edad Media y las Pseudociencias, pp. 165 y ss.
- (26) TOMAS MORO. Utopía.
- (27) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, p. 198.
- (28) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, p. 198.
- (29) Cfr. CESAR BECCARIA. De los Delitos y de las Penas.
- (30) Consúltese: RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, p. 193.
- (31) Sobre JOHN HOWARD, consultar la pequeña exposición que nos da - JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, pp. 35-36.
- (32) Véase: RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología.
- (33) B. F. SKINNER. Beyond Freedom & Dignity, p. 81.
- (34) Consúltese: JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La Culpabilidad y su Ausencia", p. 20.
- (35) Cita hecha por JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La Culpabilidad y su Ausencia", p. 32.
- (36) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La Culpabilidad y su Ausencia", p. 356.
- (37) CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, p. 18.
- (38) Consultar: FLORIS MARGADANT. El Derecho Romano Privado, pp. 432 y ss.
- (39) Cfr. FLORIS MARGADANT. El Derecho Romano Privado, pp. 432 y ss.
- (40) Véase: JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 214.
- (41) Cfr: CPF Título tercero: "Aplicación de Sanciones a los Delitos de Imprudencia", artículos 60 y ss.
- (42) JEAN GUITTON. El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador? Capítulo primero. "Duración y Culpabilidad", pp. 12 y ss.
- (43) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La Culpabilidad y su Ausencia", p. 387.
- (44) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La Culpabilidad y su Ausencia", p. 387.
- (45) EUGENIO FLORIAN. Derecho Penal. Tomo I, pp. 26 y ss.
- (46) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, pp. 217-222.
- (47) CORREA GARCIA. Ponencia sobre la Peligrosidad.
- (48) Sobre esta concepción se desarrollan las obras de PORTE PETIT "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal" y "Programa de la Parte General del Derecho Penal", y de JIMENEZ DE ASUA "Tratado de Derecho Penal" y "La Ley y el Delito".
- (49) Así opina PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 251-252.
- (50) Cfr. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 249-250.
- (51) Cfr. Artículo 19 de la CPEUM, "...en el que se expresarán el delito que se le impute al acusado, los elementos que constituyen aquél..." Ver también artículo 115, fracción I, del CFPP.
- (52) Opinión de PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.
- (53) Considerando en parte los postulados de la teoría finalista de la acción, trasladamos el elemento subjetivo del delito a la conducta, y así ésta será de naturaleza subjetiva-objetiva; lo subjetivo en primer plano, porque en nuestra consideración es el aspecto más importante del delito.
- (54) Ahora la reforma define expresamente al dolo, a la culpa y a la preterintencionalidad, pero aún no se da una fórmula genérica de la culpa

bilidad. Cfr. Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984.

(55) Citado por JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La Culpabilidad y su Ausencia". p. 84.

(56) MOISES MORENO HERNANDEZ opina que esta posición no se contrapone a la que considera que la culpabilidad es un elemento del delito, aun que el significado de las expresiones nos demuestra lo contrario. Cfr. Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales en Torno a la Culpabilidad. Ponencia.

(57) MOISES MORENO HERNANDEZ comenta esta posición en su ponencia - Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales en Torno a la Culpabilidad.

(58) Debe considerarse los postulados que establecen los artículos - 51 y 52 del CPF. "Reglas Generales Para la Aplicación de las Sanciones".

(59) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, p. 236.

(60) Cfr. FRANCESCO CARRARA. Programa del Curso de Derecho Criminal, párrafo primero.

(61) JOHANNES WESSELS. Derecho Penal, p. 235.

(62) MOISES MORENO HERNANDEZ. Ponencia. Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales en Torno a la Culpabilidad, pp. 1-2.

(63) A este respecto puede consultarse la bibliografía incluida en la obra de PORTE PETIT Programa de la Parte General del Derecho Penal, pp. - 232-233.

(64) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 287 y ss.

(65) Cfr. PORTE PETIT. Programa de la Parte General del derecho Penal, pp. 236 y ss.

(66) Cfr. PORTE PETIT. Programa de la Parte General del Derecho Penal, pp. 236 y ss.

(67) Cfr. PORTE PETIT. Programa de la Parte General del Derecho Penal, pp. 236 y ss.

(68) VINCENZO CAVALLO. Diritto Penale. Tomo II, p. 137.

(69) Cfr. PORTE PETIT. Programa de la Parte General del Derecho Penal, pp. 236 y ss.

(70) Cfr. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 431 y ss.

(71) SILVIO RANNIERI. Diritto Penale, p. 102. Cfr. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 465 y ss.

(72) Consúltese PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del - Derecho Penal, p. 249.

(73) Así opina FRANCESCO ANTOLISEI. Manuale di Diritto Penale, p. -- 131.

(74) Cfr. FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho. RAUL E. ZAFFARONI. Teoría del delito, pp. 455 y ss.

(75) HANS KELSEN nos dice que las normas funcionan como sistemas de explicación. Cfr. Teoría Pura del Derecho, p. 17.

(76) Al respecto puede analizarse las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal que nos marca el artículo 15 en sus fracciones III a V, VII y VIII.

(77) "En verdad no debe hablarse de una antijuridicidad general. Solamente existe antijuridicidad, cuando hay violación a un precepto legal o sea, a partir de ese momento se tiñe o se colora ña antijuridicidad de una materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, etc.". Cita de PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, p. - 489.



(78) Así opina también JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p. 1008. En el mismo sentido JIMENEZ HUERTA. La Tipicidad, p. 81. Consúltense también a BIAGIO PETROCELLI. La Antijuridicidad y a ALEXANDER GRAF ZU DOHNA. La Ilícitud.

(79) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La -- Culpabilidad y su Ausencia", p. 37.

(80) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La -- Culpabilidad y su Ausencia", p. 37.

(81) Cfr. FERNANDO DIAZ PALOS. Teoría General de la Imputabilidad, - p. 19.

(82) "Por ello, se centra la atención en la idea de capacidad, esto es, si se concede preferentemente la imputabilidad como estado, condición o cualidad del sujeto, la repercusión en la sistemática general será inmediata, pasando a integrarse en el tratado del delincuente, que con el delito y la sanción constituirán la fórmula tricótoma para exponer el Derecho Penal". FERNANDO DIAZ PALOS. Teoría General de la Imputabilidad, p. - 19.

(83) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, p. 252.

(84) RAINHARD MAURACH. Tres Conferencias. En esta obra se da una perspectiva de la acción finalista.

(85) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "La - Culpabilidad y su Ausencia", p. 82.

(86) Con las reformas de 1984, la fórmula ha cambiado. Consúltense el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984.

(87) Para no vulnerar las garantías individuales, es menester que antes al sujeto inimputable se le siga un juicio que reúna todas las formalidades esenciales del procedimiento. Al respecto puede consultarse al Proyecto de Código Penal Federal elaborado en el INACIPE y al Proyecto de Código Penal para el Estado de Guerrero, de 1984.

(88) Los menores de edad son tutelados por la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal de 1974.

(89) Cfr. ROMO MEDINA. Criminología y Derecho.

(90) Consultar el artículo 15 del CPF.

(91) Véase RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. Capítulo X. "Escuelas Jurídico Penales", p. 235.

(92) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. Capítulo X. "Escuelas Jurídico Penales", p. 235.

(93) Consultar: RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. Capítulo X. "Escuelas Jurídico Penales", p. 235.

(94) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, p. 236.

(95) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. Capítulo X. "Escuelas Jurídico Penales", p. 235.

(96) Garantías establecidas en los artículos 14 y 16 de la CPEUM.

(97) FRANCESCO CARRARA. Programa del Curso de Derecho criminal. Tomo I, p. 30.

(98) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. Capítulo X. "Escuelas - Jurídico Penales", p. 235.

(99) JUAN P. RAMOS expresa: "La Escuela Clásica no olvidó al delincuente, sino únicamente no lo considera, porque no lo necesita en su construcción jurídica" Se acuerda más del hombre y menos del delincuente. Cita de PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, p. 40.

(100) RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología, p. 242.

(101) Apuntes de la cátedra de Derecho fiscal.

(102) PORTE PETIT y JIMENEZ DE ASUA elaboran sus teorías con base en esta concepción, en sus obras multicitadas.

(103) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. La Culpabilidad y su Ausencia, p. 387.

## CAPITULO SEGUNDO

## CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD.

"De la resolución de este acertijo depende el destino de la ciencia jurídico-penal y el de los mismos integrantes de la sociedad, que han sido y serán juzgados sobre la base de criterios que aún no están bien definidos".

FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ.

Si existe un tópicos en el Derecho Penal que haya causado grandes polémicas en las últimas décadas del siglo en que vivimos, tanto en la doctrina como en su aplicación en el mundo de la realidad fáctica, podríamos decir que lo ha sido el de la culpabilidad. MOISES MORENO comenta al respecto de este problema: "Entre los conceptos que han sido objeto de rigurosos exámenes, para determinar si desempeñan realmente una función o si cumplen con los fines que teóricamente se les asigna, no sólo desde el punto de vista dogmático sino también y fundamentalmente desde la perspectiva político-criminal, está el de la culpabilidad". (1)

Se ha tratado de profundizar en el estudio de nuestro elemento, mas pensamos que esto no podrá hacerse en forma fructífera en tanto no se conozca a ciencia cierta un concepto que sea aceptado por la mayoría de los tratatistas y se dé una estructura de la culpabilidad acorde con esa concepción. De esta resolución depende una mayor manifestación de justicia - al aplicar el derecho represivo, que es de anhelo general; ahora que, afortunadamente, se ha superado casi en forma total la calificación de los delitos atendiendo únicamente a su aspecto objetivo.

El tema que es objeto de nuestro estudio reviste una gran importancia dentro de la estructura del delito: La culpabilidad es el primer elemento donde los postulados de nuestra disciplina se individualizan para enjuiciar al autor de una conducta típica y antijurídica. Para nosotras es el cuarto y último eslabón, con el cual se completa la cadena del delito, para terminar asegurándola con la aplicación de las sanciones.

Principalmente son tres las teorías dedicadas al estudio de este ele

mento, a saber: Psicologismo, normativismo causalista y normativismo finalista. Cada una de ellas posee una determinada concepción del delito, que se estructura con diversos pensamientos filosóficos y jurídicos, de los cuales han de resultar los distintos sistemas del Derecho penal. En el curso de nuestra investigación podremos notar que la culpabilidad ha pasado por diferentes estadios, los que van desde aquellos que la consideran como simple causalidad material, hasta los que la fundamentan con base en un juicio de valoración de naturaleza puramente objetiva.

Antes de que pasemos a analizar qué es la culpabilidad y cuales son los elementos que la estructuran, tomando como basamento cada uno de los postulados que sustentan al trinomio fundamental de teorías que se ocupan de su tratamiento, hablaremos un poco del causalismo y del finalismo, debido a que estos pensamientos son el sostén de las doctrinas que se encargan de estudiar a la culpabilidad.

Tanto la causalidad como la finalidad se dedican a hacer el análisis de la conducta, mas como a ella le corresponde ocupar el lugar del primer elemento del delito, necesariamente sus consecuencias repercutirán en el concepto de este ente jurídico y como corolario lógico e ineludible se alterará la estructura de sus demás componentes, particularmente la de la culpabilidad.

#### a. EL CAUSALISMO:

En sus albores, aproximadamente en los años 300 a. C., la acción se estructura sobre la base subjetiva de la finalidad (2); no podía ser de otra forma, habida cuenta de que no se puede concebir que la conducta humana se encuentre alejada de la finalidad. No podríamos entender uan conducta humana que se despliegue sin determinado fin. Con la intervención de las ciencias mecánicas y naturales en el campo del Derecho penal, la finalidad de la acción viene a ser sustituida por la causalidad -- natural o social --, a finales del siglo XIX.

Es muy cierto que el concepto causal de la acción no podía ni debía reinar per omnia saecula saeculorum en la Ciencia Penal, debido fundamentalmente a los múltiples problemas que en él se presentaban y que en sus postulados no encontraban resolución. La gran mayoría de los dotrinaros penales de todo el orbe no han querido finiquitar la tradicional estructu

ra de la conducta (acción) y en nuestros tiempos, tan evolucionados en todos los aspectos, se niegan a aceptar que a una acción u omisión completa sólo puede estructurársela tomando como punto de partida a la finalidad.

En la acción causalista se le dió mas importancia al proceso que se desarrollaba en el mundo exterior que al contenido de la voluntad del sujeto, olvidándose de que sin el acto volitivo el causal no podía tener ma yor relevancia para el Derecho penal, habida cuenta de que el delito es - la manifestación de la voluntad humana.

HANS WELZEL explica: "A fines del siglo pasado, bajo la influencia - de las ciencias mecánicas, penetró en la ciencia del derecho penal esa - teoría, que dividió a la acción en dos partes constitutivas distintas: - El proceso causal exterior, por un lado, y el contenido puramente subje- - tivo de la voluntad por el otro". (3)

Se hablaba, es más, aún se habla, de una acción carente de todo ma- - tiz subjetivo, con tintes puramente causales. A estos postulados se les acepta en la teoría psicológica y en el normativismo causalista. Al psico - logismo y al normativismo se les olvidó que si la acción relevante en el aspecto punitivo debe de ser voluntaria, es imprescindible que ella se ti - ña con la finalidad. (4) En la tradicional concepción italiana del deli- - to, nuestro ente jurídico tenía solamente dos elementos: La conducta por un lado (aspecto objetivo puro) y la culpabilidad por el otro (aspecto -- subjetivo puro). (5)

Resulta que en este pensamiento la acción es un concepto absolutamen - te causal, que se deriva de la voluntad del autor; no se detienen a pen- - sar si la finalidad iba dirigida a la conducta y al resultado o solamente a la conducta; a esto sólo se le atiende al momento de concretar la culpa - bilidad, que en el primer caso sería dolosa y en el segundo culposa. Pese a que se creía que la conducta desplegada por el sujeto debería de ser vo - luntaria para que pudiera considerársela relevante para el Derecho penal, el contenido del acto volitivo era valorado hasta la culpabilidad.

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

En la acción natural se valoraba a aquel resultado que era el efecto

lógico de la conducta; se considera que la voluntad es la pura consecuencia causal y natural de la voluntad. Acto volitivo y resultado se enlazan mediante un nexo causal natural.

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

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

HANS WELZEL sintetiza: "Este concepto causal de la acción ha constituido el fundamento del sistema del Derecho penal. Antijuridicidad y culpa (culpabilidad) fueron distribuidas en el efecto subjetivo de la voluntad. La antijuridicidad se refiere al suceso exterior objetivo (la lesión causal de bienes jurídicos; la culpa (culpabilidad) se refiere a la relación psíquica del autor con el resultado. Así pareció haberse alcanzado una estructura clara del Derecho Penal. La antijuridicidad y la culpabilidad se diferenciaron respectivamente como la parte objetiva y subjetiva del delito. El desarrollo ulterior de la dogmática penal ha demostrado -- que estas apariencias han engañado". (6)

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

Posteriormente los normativistas causalistas ampliaron la constitución de nuestro elemento y llegaron a hablar de un dolo o culpa reprochables, lo cual evidentemente no superaba los añejos errores en que había incurrido el psicologismo, puesto que en la culpabilidad se conservaba la relación subjetiva.

Era obvio que si el Derecho penal había adoptado una teoría que no cuajaba con su esencia, ésta tendería a la desaparición. Cuando resurge el concepto de la acción finalista se trata de soslayar este terrible problema al unir el momento objetivo y subjetivo del delito en la conducta y

en los elementos subjetivos del tipo, dejando para la culpabilidad simplemente el reproche.

## b. EL FINALISMO.

Una vez superada la lucha entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva sobre los fines del Derecho penal y la pena, surgió en la doctrina una nueva contienda en torno a la construcción de la conducta, que sin re medio llegó a afectar a toda la estructura del delito. El problema gira - alrededor de la conducta y de la culpabilidad, resultados que inciden en la constitución de nuestro ente jurídico. Con el finalismo cambia el contenido de la conducta, del tipo y de la culpabilidad y al mismo tiempo la concepción del delito.

Principalmente el quid se desarrolla en la doctrina penal alemana, - que aun sin proponérselo ha guiado a la ciencia del Derecho del mundo entero. Quiérase o no, la mayor parte de los países han seguido muy de cerca y sin reparo sus postulados. En Alemania propugnan el concepto de la - finalidad primeramente VON WEBER, GRAF ZU DOHNA y MAYER. Les siguen la ru ta WELZEL, NIESE, BUSCH, KAUFMANN, STRETERWERTH y MAURACH, entre otros. - GALLAS y BOCKELMAN, sin conceder, aceptan las consecuencias dogmáticas - que se derivan de la nueva teoría. (7)

Aun con todo esto la judicatura alemana ha acogido con beneplácito - el concepto de la acción finalista, casi en su totalidad; sobre todo en - la estructura del dolo y del error y en las cuestiones de la autoría y -- participación.

En México, desafortunadamente los postulados de la teoría de la acción final no han sido muy bien recibidos. En la jurisprudencia se han aceptado tan sólo los tópicos que inciden en la culpabilidad, casi siempre referidos a la no exigibilidad de otra conducta, que en buena medida son semejantes a los de la teoría normativa causalista. La doctrina mexicana, casi en treinta y tres años no ha podido comprender la posición de los fi nalistas y son pocos los autores que la analizan en sus tratados. Entre - ellos podemos contar a MOISES MORENO HERNANDEZ, a OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARICAL y a ELPIDIO RAMIREZ, quienes estructuran el modelo lógico del delito con base en los postulados finalistas.

El mérito de retomar la teoría finalista de la acción y adecuarla a

la dogmática del delito se le atribuye al alemán HANS WELZEL. Sobre la base de la finalidad, se niega que la acción jurídicamente relevante sea sólo "causación de un resultado antijurídico".

REINHARD MAURACH ha dicho: "Con ello, se llegó a diferenciar entre tipos preponderantemente 'causales' y hechos punibles en su mayoría 'finales', es decir, caracterizados por los fines del agente". (8) A partir de este momento, ya no podría concebirse que el hombre despliegue una conducta sin basarla en la finalidad. Desde que el ser humano se decide a la acción o a la omisión, lo hace con un cierto fin.

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

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

La potencialidad de voluntad puede manifestarse en un acto doloso o culposo. El tipo protege la descripción de lo que anteriormente había sido considerado como culpabilidad (dolo y culpa). (9) REINHARD MAURACH concluye: "Dirigiendo finalmente, causando causalmente, el autor consigue el resultado comprendido por su dolo: Se produce la muerte; el delito está consumado, el tipo está cumplido". (10)

Para la constitución de la acción se dan tres elementos: Voluntad, - manifestación de voluntad y resultado. En el delito doloso la finalidad se dirige a estos tres momentos; en cambio, en el delito culposo se avocará solamente a los dos primeros. En nuestro pensamiento es congruente decir que la conducta final humana, para ser completa, requiere de prever, querer y entender; intención, propósitos, motivos y resultados, además de un nexo de causalidad natural y final.

REINHARD MAURACH expresa: "Finalidad y causalidad se distinguen de -



la forma siguiente: La causalidad es el producto de una serie metódica, - cuyas relaciones exigen una aclaración objetiva posterior; la finalidad, precisamente porque conoce las leyes de la causalidad, evalúa por un cálculo aproximado ese conocimiento; interpone de modo final aquellos medios cuya aplicación conducirá al suceso causal. Dice Welzel: 'Causalidad es - producir ciego, finalidad producir vidente'". (11)

Vamos a observar que el concepto de la acción finalista no es de hechura reciente, que haya adquirido un repentino auge, es algo bien distinto y digno de ser alabado. Como ya dijimos, la acción finalística arranca de la Etica a Nicómaco con ARISTOTELES (384-322 a. C.), donde por vez primera se expone la estructura de la conducta con base en la finalidad. Durante la Edad Media su más ferviente seguidor fue SANTO - TOMAS DE AQUINO (1225-1274) y finaliza con HEGEL (1770-1831).

Para el siglo XIX la acción pierde su concepción finalista y se la mira como un proceso causal exterior, cuando en el campo del Derecho penal irrumpen las ciencias mecánicas y naturales. Recuérdese que en este pensamiento la acción era solamente la causación de un resultado, con total independencia de la finalidad.

Afortunadamente, para el siglo XX, aproximadamente en los años 50s, la teoría de la acción finalista retoma su brillo con HANS WELZEL, quien expuso: "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es por lo tanto, un conocimiento 'finalista' y no solamente 'causal'. La 'finalidad' o actividad finalista de la acción, se basa en que - el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinadas escalas las consecuencias posibles de su actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la consecución de esos objetivos". (12)

Concluimos que una acción finalística, en sentido estricto, tiene un sentido ambivalente: Es finalista en razón de los resultados propuestos - por la voluntad de concreción (voluntad humana final), y si esa acción -- produce además otros resultados forzosos de naturaleza secundaria, indudablemente será causal. Ahora podremos pasar a analizar la culpabilidad desde los puntos de vista psicológico, normativo causalista y normativo finalista.

## I. CONCEPCION PSICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD.

En un principio, la culpabilidad no conocía más forma que la mera causalidad material; una persona era declarada culpable, tomando en cuenta solamente las consecuencias que se producirían con su conducta activa u omisiva, sin que contaran para nada su voluntad ni su intención. Se intenta superar el principio de la responsabilidad objetiva, estructurando una teoría que toma sustento en la situación anímica que debe de existir entre el sujeto que despliega voluntariamente una conducta y el resultado que se ha de producir con ella, en donde además de la causalidad material se pone en juego la causalidad psíquica.

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

En realidad, el mayor mérito que nosotras le reconocemos al psicologismo es el de haber diferenciado entre la voluntad de producir la conducta y la intención de causar el daño.

### I.1. CONCEPTO.

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

El nombre de psicologismo se lo dieron los normativistas a esta teoría y a pesar de que la critican duramente, se sirvieron de sus criterios para elaborar su propia doctrina. A la concepción psicológica de la culpabilidad se la estructura considerando el sistema causal del Derecho penal.

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

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

BELLAVISTA, quien se avoca a esta postura, quiso dar una definición genérica al decir que la culpabilidad era: "La relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona el acto querido o no querido, y aunque no previsto, previsible". (13) Nótese que este autor al definir a nuestro elemento sigue haciendo referencia a sus especies; en forma velada habla del dolo y de la culpa. En realidad, ninguna definición psicológica podía prescindir de los elementos de la culpabilidad.

FRANCESCO CARRARA (14), con su "teoría de las fuerzas", también se encuadra en esta corriente. Para él la culpabilidad es la fuerza moral - que mueve al sujeto a la acción; su contenido psicológico se lo da la intención con la que las personas actúan. Según su concepción, la intención tiene dos especies: a). Directa y b). Indirecta. Sobre ellas se apoyan el dolo y la culpa, respectivamente.

La finalidad de la teoría de las fuerzas es unificar el elemento material con el aspecto moral en el delito. CARRARA no llegó a explicarnos cómo es que se da esa relación. En un intento de interpretación, notamos que el vínculo que CARRARA trató de encontrar es la finalidad (levísimo matiz del finalismo).

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

Para este autor el delito es un ente jurídico que se encuentra compuesto solamente por dos elementos: Conducta (fuerza material) y culpabilidad (fuerza moral). Posteriormente, el ilustre maestro de Pisa deja entrever la necesidad de relacionar la conducta con la norma y así le añade un elemento más al delito: La antijuridicidad. En un aspecto de evidente contradicción, la conducta del individuo trasgrede la norma penal. (15)

Con ello cambia la tradicional estructura italiana del ente jurídico; ahora se habla de una concepción triple: Conducta, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo la conducta sigue teniendo un matiz evidentemente objetivo, que queda muy alejado del aspecto subjetivo del delito o culpabilidad.

SEBASTIAN SOLER también se define en el psicologismo, aunque en una forma más evolucionada. Para construir su teoría parte de las fuentes de la responsabilidad que, de acuerdo con FAUCONNET, designan al sujeto pasivo de la sanción y prescriben cómo es que debe ser escogido. (16) El principio de la culpabilidad para SOLER, es la condición para poder aplicar una pena. La culpabilidad propiamente dicha, es un problema de índole psicológica: La relación que deberá existir entre un delito y su autor. - (17)

Su contenido debe de quedar circunscrito a un elemento: Es el hecho psicológico que representa esa relación; aparta de la culpabilidad todo - aquello que no concorra con la situación de hecho. A la imputabilidad la toma como uno de los elementos de la culpabilidad. Trata de encontrar la diferencia entre ser la causa y ser el autor de un resultado. Dice que ni siquiera en el aspecto objetivo y externo se permite construir a la culpabilidad sobre la base de un juicio netamente objetivo; siempre deberá - de ser tomada en consideración la vinculación subjetiva.

En la actualidad se reconoce como única fuente de la responsabilidad a la conducta voluntaria del hombre que, irremediablemente nos conducirá a lo subjetivo. La conducta que encuentra relieve en el campo del Derecho penal, siempre deberá ser analizada en relación con el acto volitivo. Las excluyentes de responsabilidad no forman parte del hecho psicológicamente representativo. Dolo y culpa son las especies de la culpabilidad y son -- las formas en que, según la Ley, puede vincularse al autor con su hecho - ilícito, psicológicamente, y agotan en su totalidad el contenido psíquico de la culpabilidad.

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

1. La relación entre el sujeto productor de un delito y el orden jurídico existente (elemento normativo), y

2. El vínculo subjetivo que se da entre el autor y el resultado delictuoso producido (elemento psicológico).

IGNACIO VILLALOBOS dice: "La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandamientos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (18)

CASTELLANOS TENA da para la culpabilidad una definición que más bien podría serlo del dolo, en los siguientes términos: "La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto". (19) En ella habla de los dos elementos constitutivos de la primera y superior forma de la culpabilidad psicológica: Emocional e intelectual. Esta concepción no puede serlo de una culpabilidad genérica, ya que sus elementos constitutivos se cumplen en el dolo mas en la culpa nunca llegan a darse, a menos que se quiera entender que el emocional se presenta incompleto en la segunda especie de la culpabilidad.

OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ expresan: "La culpabilidad se reduce a los dos momentos como el sujeto se vincula con el hecho ilícito, o sean: El dolo y la culpa. Dicho de otra forma: La culpabilidad se agota con el dolo y la culpa. Representan el dolo y la culpa las dos especies del género culpabilidad". (20)

Pensamos que en el psicologismo la concepción genérica de la culpabilidad sería simplemente: "Es el vínculo psíquico que se da entre el autor de una conducta y el resultado dañoso que se produce con ella". Así prescindimos de enunciar sus especies. Entendemos que existe una base común para el dolo, la culpa y la preterintención: La relación entre el sujeto y el resultado antijurídico que se ha de producir con su acción u omisión voluntarias.

Esta relación se funda en el nexo psicológico y de él recibe su nombre la teoría en estudio. La culpabilidad en esta postura reside en la actitud subjetiva del hombre; es una vinculación con tintes netamente psíquicos o subjetivos.

Concluimos que la culpabilidad en el psicologismo es: La realización de la conducta manifestada mediante una acción u omisión, que puede ser -

desplegada en uno o en varios actos, cuando se dirige la intención a la conducta y al resultado; sólo a la conducta, aceptando un resultado si se produce, o cuando se dirige a la conducta y a un resultado, pero forzosamente se ha de producir otro que se acepta (dolosa).

O cuando se obra con imprevisión de un resultado fácilmente previsible, o que se prevé con la esperanza de que no ha de realizarse, subestimando las leyes de la causalidad. Eso si en ambos casos se viola un deber general de cuidado que personalmente le incumbía al autor, de acuerdo con sus características personales (culposa).

O bien cuando se quiere un resultado menor y se produce uno mayor, - que no se prevé siendo fácilmente previsible, o que se prevé con la esperanza de que no se realizará o se cree que podrá evitarse (preterintencional), en una mezcla de dolo y culpa.

Por último existe una hipótesis en la que no se da la culpabilidad, aunque tampoco la inculpabilidad, pese a que constituye un supuesto de no delito. Es decir, nos referimos al límite de la culpa y de la culpabilidad misma. El caso fortuito ha sido definido por los autores como la no - previsión de lo imprevisible. (21) Lo conceptuamos así: Hay caso fortuito cuando se quiere la conducta aunque no el resultado, el cual podría tener un mínimo de previsión; empero el sujeto no logra evitarlo, ya que es inevitable, al intervenir en el caso concreto las fuerzas de la naturaleza o de los animales.

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

## I.2. ESTRUCTURA.

Para poder calificar de culpable al autor de una conducta típica desde el punto de vista de los psicólogos, siempre deberá existir - como presupuesto la antijuridicidad y el juicio de valoración se hará con base en la voluntad e intención de un sujeto imputable. Hablar de la construcción que el psicologismo le da a la culpabilidad, es tarea sencilla. Se determinó que esta estructura comprendía solamente dos presupuestos: - La antijuridicidad y la culpabilidad en sentido estricto.

En algunas opiniones psicólogos fueron tratadas tres especies: Do lo, culpa y preterintención. Otros pensamientos solamente consideraron a las dos primeras y a la preterintencionalidad la estimaban como una de las formas del dolo. El ámbito de la culpabilidad se desenvuelve en el vínculo psicológico que une al sujeto con su conducta. La antijuridicidad y la imputabilidad, a su vez, son elementos del delito y quiérase o no siempre serán presupuestos de la culpabilidad atendiendo a que en el orden lógico que debe prevalecer entre sus componentes deberán aparecer con antelación a ella.

Por cuanto hace a la antijuridicidad, desde el punto de vista psicológico no existe mayor problema puesto que nos sirven para explicarla todos los postulados que dimos al tratar de establecer su relación con la culpabilidad. En cuanto a la imputabilidad, se la definió como la capacidad de querer y entender. Esa postura implica grandes fallas, las cuales analizaremos en el inciso correspondiente a las consideraciones críticas de la teoría en análisis.

Ahora vamos a ver lo que la concepción psicológica reconoció ínsitamente como elementos de la culpabilidad, que más bien podrían ser las formas en como ésta puede presentarse.

OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ nos dicen: "Los psicólogos hacen consistir la culpabilidad en el nexu psicológico existente entre el hecho y su autor. Esta relación subjetiva, en los delitos dolosos, se identifica con el dolo, y, en los culposos, es lo mismo que la culpa. No hay más contenido en la culpabilidad. Por ello, el dolo y la culpa son dos especies de aquélla. Cada una de estas especies constituye, por sí misma -- 'la' culpabilidad, de manera que hay culpabilidad cuando existe el dolo, en su caso, la culpa, y no hay cuando falten ambas especies". (22)

#### a. EL DOLO.

Hablemos del dolo. Se ha dicho que el dolo es la primera y superior especie de la culpabilidad psicológica. El delito es siempre concebido como el producto de una acción u omisión humanas; desde luego debe encontrarse en estrecha relación con la intención, puesto que una vez que ha sido superada casi por completo la ahora inoperante fórmula de -

los delitos calificados por el resultado, no podría decirse que hubiera culpabilidad sin la existencia de este elemento subjetivo.

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

Se ha tratado de definir al dolo como la voluntad, como una consecuencia directa que el autor prevé y realiza con deseo. (23) No aceptamos esta postura; consideramos que en las tres formas culpables concurre la voluntad, porque en caso contrario se presentaría una hipótesis de ausencia de conducta. Con la técnica penal y sus avances se habla de la representación, tomada en cuenta como el motivo para comprender la conducta y no cesar en ella.

PORTE PETIT nos da una definición de culpabilidad psicológica, que - más bien podría avocarse a la concepción del dolo: "... lo que quiere decir, que contiene dos elementos: uno volitivo o como lo llama JIMENEZ DE ASUA, emocional, y otro intelectual". (24)

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

Con los progresos de la Edad Media, en Alemania se le emplea para hacer referencia a la conducta voluntaria. Ya más elaborado aparece en Roma; se le identificó con la "mala intención". En España aún se distingue entre "dolo bueno" y "dolo malo"; a este último se le compara con la "malicia", que predomina todavía en algunos delito-tipos. (25) En la actualidad no consideramos que exista razón alguna para que en el Derecho penal se distinga entre "dolo bueno" y "dolo malo", habida cuenta de que - si el dolo es la intención de cometer el delito y es así, forzosamente - debe ser un "dolo malo".

Para la RALE el dolo es: En los delitos voluntad intencional, propósito de cometerlos. Por tal motivo, una buena parte de los juristas vinculan al dolo con la conciencia.

La intención en la responsabilidad penal juega un papel muy importante



te, ya que con ella se trata de llegar a superar la gastada fórmula de los delitos calificados por su aspecto objetivo.

VON LISZT definió al dolo como: "Representación del resultado que acompaña a la manifestación de voluntad". (26) BERNARDINO ALIMENA nos dice que el dolo es "tanto la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho como la representación de un hecho ante el que no retrocede la voluntad". (27) GIUSSEPPE MAGGIORE afirma que el dolo es: "La libre y consciente de terminación de la voluntad encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal... Dolo es la intención de causar un resultado antijurídico". (28) En el anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, se dice: "Existe delito intencional, cuando se quiere o acepta el resultado". (29)

De acuerdo con estas definiciones podremos notar que en la estructura del dolo existen varias teorías, de las que sobresalen la de la voluntad y la de la representación. La teoría de la voluntad descansa sobre una base ética: El "dolo malo". Su esencia es la intención de cometer el delito (voluntad), una vez que se ha previsto las consecuencias de la conducta. Reclama la voluntad en concierto con la intención. Se afirma que no basta con querer la acción o la omisión, sino que este querer precisa la intención dirigida a un resultado.

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

El dolo ha sido clasificado en:

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

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

III. Dolo de las consecuencias necesarias: Se actúa con el fin de llevar a cabo una conducta típica y se quiere el resultado previsto;

empero, forzosamente se han de producir otro u otros, que escaparon a la previsión.

IV. Dolo genérico: Es la intención de realizar una infracción a la norma penal, queriendo o aceptando las consecuencias previstas. Es la intención general de delinquir, cuando el delito-tipo no exige una determinada dirección de la voluntad.

V. Dolo específico: Intención especial con que el autor orienta su conducta para llevarla a cabo sobre determinada persona o cosa, o con cierto ánimo especial. Hay en él representación genérica o específica. - EDMUNDO MEZGER lo ha definido como una determinada dirección subjetiva de la voluntad. (30)

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

A). Intelectual o cognoscitivo (conocimiento), que comprende -- tres momentos: a). Conocimiento de que se realiza conductas o hechos que revisten carácter delictuoso y que se encuentran previstos en un delito-tipo. b). Conocimiento de la realidad fáctica y jurídico-penal o extrape<sup>n</sup>al, y c). Conocimiento de que la conducta o hecho son antijurídicos.(30)

ALEJANDRO RUIZ GARCIA señala: "Se designan elementos intelectuales - del dolo a la conciencia de violar el deber y al conocimiento de que el hecho se halla descrito en la ley. No con el conocimiento de un estudio- so del derecho, sino de aquel que nos brinda el sentido común, el de tener la conciencia de que nuestro acto es contra el derecho". (31)

B). Volitivo o emocional (voluntad), se traduce en querer ejecu<sup>t</sup>ar una acción u omisión típicas. Tiene al igual que el elemento intelec<sup>t</sup>ual un carácter subjetivo, puesto que se refiere a la intención del su-<sup>j</sup>eto. El elemento volitivo es la base de toda la construcción del psico-<sup>l</sup>ogismo, que requiere para que exista la culpabilidad una relación de ca<sup>r</sup>ácter psíquico entre el sujeto y su conducta.

Por lo que se refiere a su intensidad, el dolo puede ser de mayor o menor grado, aun cuando se aduce que si el delito es cometido con inten<sup>c</sup>ión ésta debe de ser plena. La forma más grave del dolo lo será el dolo premeditado o simplemente premeditación. La más leve lo es el dolo de ím<sup>p</sup>etu. Entre ambos se dan distintas medidas.

El dolo es consecuencia de la voluntad; por lo tanto, el momento volitivo debe ser sometido a una intensa valoración. También debe comprenderse que si al dolo se le clasifica, es posible hacer una graduación de él porque no todos suponen igual grado de intención. (32)

#### b. CULPA.

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

La culpa ocupa un segundo plano respecto al dolo, aunque no por esto el dolo es más importante que la culpa, puesto que tanto el uno como la otra juegan idéntico papel en la teoría psicológica, al menos por cuanto hace a su estudio. De entrada, para mostrar que no ha habido culpa, debe demostrarse la "no intención de producir el resultado". En un tiempo llegó a confundirse a la culpa con la falta de voluntad; así ENRIQUE FERRI denominó, a los delitos provocados por culpa, "involuntarios". (33)

Estimamos que la culpa conlleva la voluntad dirigida a la realización de la conducta, lo que no se quiere es el resultado, que ocurre a consecuencia de la violación de un deber general de cuidado que personalmente le incumbe al autor. (34)

En México la doctrina y la legislación la han llamado "imprudencia". Es incorrecto, la culpa es el género y la imprudencia es una de las especies de él. La voz culpa significa: Hacer (fare); karl, kalp (parare, facere) y san kalp (consilium, propositum). (35) La culpa es la falta más o menos grave, cometida a sabiendas y voluntariamente. Es la parte que se toma en una determinación y el modo en que esta se ejecuta. Da motivo a exigir legalmente una responsabilidad.

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

La culpa tiene de común con el dolo que en ambos puede y debe obrarse de otra manera: Conforme a Derecho. El deber de obrar influye en las

dos formas de culpabilidad; empero en la culpa se hace más patente. En nuestra creencia la culpa es la manera en que puede producirse un ilícito penal, en la cual el sujeto puede y debe prever las consecuencias de su conducta voluntaria. Cuando actúa prevé o no prevé el resultado, aunque infringe un deber de cuidado que la propia ley le impone, por este motivo es que le reprueban su comportamiento.

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

En los casos en que no es posible que se realice el acto de previsión por intervenir las fuerzas naturales o animales, la doctrina ha hablado del caso fortuito. (36) La actitud que se pena es aquella que subestima la posibilidad de que el daño ocurra, o la previsión del mismo -- que no se evita.

En congruencia con lo que hemos expuesto, la culpa tiene sus componentes sine qua non, que son:

1. Concurrencia de una voluntad conscientemente dirigida a la realización de la conducta. No se puede concebir una conducta culposa sin voluntad; ésta es la que debió prever los resultados y evitarlos. La voluntad que se encuentra viciada va dirigida a la acción u omisión y en ella hay un defecto de atención; la que falta es con respecto al resultado típico y antijurídico.

2. Conducta lícita desde su inicio, si no se dará una hipótesis de preterintencionalidad. La conducta culposa debe dirigir su voluntad hacia la realización de un comportamiento que no se relacione con el Derecho penal.

3. Carencia de voluntad respecto al resultado que ha de producirse. Los resultados que no se ha querido ni se aceptan, son consecuencia natural de la conducta realizada.

4. Violación de un deber general de cuidado, que personalmente le incumbe al autor de acuerdo con sus características peculiares: Madurez, reflexión, inteligencia, atención y experiencia; también influyen -

las circunstancias en que se realiza la conducta.

Esta especie de culpabilidad se clasifica en:

I. Culpa con representación, previsión, consciente o luxuria. - Consiste en que el agente ejecute una conducta voluntaria, previendo el resultado, y que su impulso de actuar se deba a la esperanza de que aquel no se producirá. En ella se subestima la posibilidad de que el resultado se produzca o se cree que podrá evitarse. Conlleva un vicio de la voluntad: Un error de apreciación, que hace que el sujeto considere - que no ha de presentarse el resultado.

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

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

Estas especies tienen su delimitación; la de la culpa consciente la marca el dolo eventual, en el cual el resultado posible no era querido - aunque sí se le previó y, al producirse se le aceptó; la de la culpa inconsciente nos la da el caso fortuito, donde no se prevé lo que es imprevisible. (37)

A su vez, la culpa como especie de la culpabilidad tiene sus formas. Los modos en que puede manifestarse la culpa lo son: La impericia y la ineptitud; deficiencias, una de carácter técnico y otra de origen natural. Anteriormente el CPF hacía mención de imprevisión, negligencia, impericia, irreflexión o falta de cuidado, las cuales suprimimos en nuestro estudio por ser mera tautología, ya que en todas ellas la esencia es la violación de un deber de cuidado.

Para que pueda hablarse de la impericia debe existir esa falta de cuidado por parte del autor, quien se comporta sin sabidurías, práctica, experiencia o habilidad. La falta de precaución se deberá únicamente al autor, quien si se sabe sin pericia deberá abstenerse de actuar. En última instancia a la ineptitud se la comprende dentro de la impericia, dado que significa que se realiza la conducta cuando se sabe que se es inhábil, inepto o incapaz.

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

### c). PRETERINTENCION.

Hablemos de la preterintención. Esta es la tercera especie de la culpabilidad había sido y sigue siendo aceptada nada más por los psicólogos. Si a la culpa le llevó mucho tiempo ocupar un lugar decoroso en la dogmática penal, ¿cuánto más ha de transcurrir para que la preterintencionalidad lo obtenga, sobre todo ahora que parece que el psicologismo ha sido ampliamente superado?

En algunas legislaciones le niegan su carácter y al sancionarla quieren equipararla al dolo; otras ni siquiera la reglamentan. Antes de las reformas de 1984, como después se verá, el CPF la igualaba con el dolo y no la incluía dentro de las especies de la culpabilidad.

Se la ha llamado "dolo preterintencional", praeter dolo, "delito con resultado preterintencional", "culpa determinada por el dolo", colpa informata al dolo, colpa mista a dolo, "ultraintención", "delito con exceso en el fin", y hasta se la ha considerado "delito calificado por el resultado". (38)

La estimamos con una mezcla de dolo y culpa, como lo hace PORTE PETIT (39). En ella concurren el dolo dirigido al resultado menor y la culpa con respecto al resultado mayor que se produce como consecuencia de violar un deber de cuidado. ¿Lugar correcto? No lo tiene en la mayoría de las legislaciones; en cambio sí posee esencia propia y ésta consiste en causar un daño mayor cuando se ha querido lesionar en menor grado un bien jurídicamente protegido.

Al resultado mayor que se obtuvo, no se le quiso; se le previó, con -

la esperanza de que no se realizaría, o no se le previó aun cuando por su esencia era fácilmente previsible. La raíz praeter le da su significación: "Más allá"; así resulta que la ultraintencionalidad quiere decir: Ir más allá de la intención. Hay que distinguirla de los delitos cuyo resultado queda fuera de la intención; esto resulta fácil si se atiende a la homogeneidad de los bienes lesionados. (40) Una cosa es excederse en el resultado y otra muy distinta hacerlo en el delito.

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

El origen de sancionar la preterintención podría encontrarse en el adagio romano que dice: Qui versatum in re illicita respondit pro casu -- (quien realiza un hecho ilícito responde de las consecuencias de su conducta, queridas, previstas o previsible).

Dentro del psicologismo se pretende que la preterintencionalidad sea sancionada en los mismos términos que el dolo, porque se considera que es igual a él. (41) Otra opinión estima que en el delito con exceso en el fin concurren tanto el dolo como la culpa, y por tal motivo la ultraintención debe recibir un tratamiento propio. Creemos certera la opinión de que el delito preterintencional es una mezcla de dolo y culpa; dolo en el inicio y culpa en el final. El dolo va dirigido al daño menor y el mayores ocasionado al concurrir la culpa.

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

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

Las formas de la preterintencionalidad que pueden presentarse son:

A). Dolo directo + culpa con representación. Dolo respecto al resultado inicialmente previsto y querido, que es de menor rango, y culpa con representación al causar el daño mayor que se previó, subestimando la posibilidad de que apareciera.

B). Dolo directo + culpa sin representación. Querer causar una lesión jurídica menor y efectuar otra mayor, no prevista siendo fácilmente previsible por el común de la gente. Hablamos de lesión jurídica, abarcando tanto el resultado típico jurídico como el material. No puede haber delito ultraintencional en una violación simplemente jurídica, se requiere siempre de la concurrencia de un resultado material.

Discrepamos de aquellas posturas que consideran que la preterintencionalidad puede formarse también con el dolo eventual (42); la esencia de ambas especies culpables es incompatible. De existir el dolo eventual se haría necesario que fuese aceptado el resultado menor, pero ¿cómo va a aceptarse un resultado que jamás se llega a dar? Si se aceptara el resultado mayor, habría dolo directo mas dolo eventual.

El delito con exceso en el fin también tiene sus elementos. Analicemos:

a). Conducta ilícita desde su inicio, que lo diferencia del delito culposo.

b). Voluntad de producir la conducta, sello común de las tres formas de culpabilidad.

c). Intención dirigida a un resultado mayor que sea constitutivo de delito; si no habría culpa.

d). Producción de un resultado mayor, como consecuencia de la violación de un deber de cuidado.

e). Previsión o imprevisión del resultado mayor, que no haga cesar al sujeto en su conducta voluntaria.

f). Que la conducta dolosa sea la causa inmediata y directa del resultado mayor.

g). Homogeneidad de bienes, o bienes que por lo menos sean de la misma familia, y

h). Idoneidad de medios para producir ambos resultados.



### I.3. CONSIDERACIONES CRITICAS.

Nos parece que cualquier posición que se adopte es plausible y digna de consideración; aun cuando pueda parecer errada puede darnos una pauta para desentrañar problemas de difícil resolución. En este inciso - vamos a tratar de exponer las consideraciones críticas a las que nos lleva el psicologismo, sin olvidarnos de sus méritos indiscutibles ni de la gran ayuda que le prestó a la teoría del delito.

a). La doctrina psicologista consideró que la culpabilidad era un lazo con tintes psíquicos entre autor, conducta y daño. Relación que podía ser dolosa (directa), culposa (indirecta) o mixta (directa mas directa). En la intención dolosa al nexo psíquico se le ve claramente; en cuanto a la modalidad culposa, no puede llegar a establecersele.

El psicologismo encuentra su primera falla en el hecho de que en una violación de un deber general de cuidado, requisito indispensable para - hablar de la culpa, no puede existir esa relación anímica. En la culpa - consciente se deja entrever esa unión, en la situación de que el autor puede representarse y se representa como posible un resultado. En la culpa inconsciente definitivamente no puede darse y el juzgador tiene que - comprobar con bases normativas que al menos el sujeto tenía la posibilidad de representación; de ser así, nos damos cuenta de que se está revolviendo elementos psicológicos y normativos: o de valoración (cosa que sí sucede en el normativismo).

b). El dolo es eminentemente psicológico y es la esencia de la culpabilidad en esta postura; no se puede colocar al dolo y a la culpa, que siempre será normativa, bajo una nota común: El psicologismo.

En esta teoría entra en juego la determinación de la voluntad, elemento psíquico que comprende:

1. El conocimiento de la ilicitud de la acción u omisión que se quiere (conciencia de la antijuridicidad).
2. La libre determinación de la voluntad (imputabilidad).
3. Los impulsos (determinados por la causalidad).
4. La representación de las tendencias de esos impulsos.

Si la voluntad es también elemento psíquico, debería colocársela al lado del dolo, de la culpa y de la preterintención; es decir, se pasa a

la culpabilidad (sus especies) a la conducta, o bien a la conducta se la traslada a la culpabilidad.

Una terrible falla del psicologismo es que no precisa cuál es el lugar adecuado del querer (elemento volitivo), ya que en la conducta se habla de la voluntad de producir la acción o la omisión, en la imputabilidad de la capacidad de querer y entender y en la culpabilidad de la voluntad de producir el resultado.

A la culpabilidad psicológica se la vincula al hecho de que un autor con capacidad de determinarse libremente (imputable), haya actuado en forma concreta, queriendo y conociendo lo que hacía; la representación de los impulsos se encuentra relacionada con la posibilidad de un resultado al que se puede actualizar por medio de la conducta. De aceptar esto también tendríamos qué decir que la imputabilidad es parte de la culpabilidad y no presupuesto de ella ni elemento del delito.

A su vez el dolo lleva ínsitos dos presupuestos: El querer (volitivo) y el conocer (intelectual). En el primero se comprende al querer la conducta y querer el resultado, que se dará en el momento en que este se manifieste. El segundo se refiere al concimiento del carácter antijurídico de la conducta y sus consecuencias. Como ya dijimos, según el psicologismo la conciencia de la antijuridicidad es parte integrante del dolo. Respecto al dolo, a esos momentos se los puede ubicar perfectamente; en la culpa el elemento volitivo se presenta incompleto, sólo se quiere la conducta, mientras que el resultado hace acto de presencia por causas ajenas a la voluntad del agente; el elemento intelectual también es incompleto, ya que en la culpa puede existir la representación mas no la conciencia de la antijuridicidad.

b). Como causas de exclusión de la culpabilidad se enuncia al error y a la coacción; el primero destruye al elemento intelectual, esto es al conocimiento de la antijuridicidad y de los elementos fácticos del delito, que en la culpa es irrelevante ya que el elemento intelectual solamente está compuesto por la representación. La coacción no sirve para anular a la voluntad, a lo más borrará los impulsos de la acción. En el caso de que llegará a aceptarse que la coacción destruye la voluntad, se presentaría una hipótesis de ausencia de conducta que nada tiene qué ver con la inculpabilidad.

d). En la teoría psicológica se considera que el delito como ente jurídico es una infracción a las normas penales y esto es indiscutible. Entre los elementos del delito se incluye a la antijuridicidad, a la que se explica como la contradicción al deber que emana de las normas jurídicas realizada por la conducta del sujeto.

e). Por cuanto hace a la imputabilidad la teoría de los psicólogos resulta errada, puesto que de acuerdo con su concepción ella es la capacidad de querer y entender y su contraria, la inimputabilidad sería - la incapacidad de querer y entender.

Este pensamiento resulta muy desatinado, habida cuenta de que todas las personas, imputables o no, poseen capacidad de querer; todos están en la posibilidad de externar actos volitivos. Ocurre que en algunas falta la capacidad de entender. De acuerdo con esto se creyó que el inimputable era incapaz de realizar actos dolosos, dado que si el dolo se compone de un elemento intelectual y otro volitivo y la imputabilidad es la capacidad de querer y entender, el inimputable carecería de esa potencia.

Cabe recordar que el delito es principalmente manifestación de voluntad humana, una conducta involuntaria daría lugar a una hipótesis de no - delito, originada en la ausencia de conducta.

f). Sin lugar a dudas, la antijuridicidad y la imputabilidad como elementos del delito tienen que ser consideradas como presupuestos de la culpabilidad; lo primero se comprueba porque según los psicólogos - no se puede llamar "doloso" a un hecho lícito; lo segundo, porque tampoco puede dársele esa denominación a la voluntad de un sujeto inimputable; es decir, el inimputable nunca podrá actuar dolosamente.

g). La culpabilidad psicológica, pese a que acepta la preterintencionalidad como una de sus especies, no logró darle un lugar decoroso en la doctrina ni un tratamiento propio y adecuado.

h). En el psicologismo, cuando se habla de la estructura del tipo no se logra explicar sus elementos subjetivos, puesto que ni siquiera los consideran. RAUL E. ZAFFARONI expresa: "Si el tipo no es totalmente - objetivo, sino que ocasionalmente contiene elementos subjetivos y el do--

lo de la culpabilidad abarca el contenido del tipo, o sea que, ocasionalmente el dolo debería abarcar el conocimiento de los propios elementos - subjetivos". (43) Para los psicólogos el tipo es fundamentalmente aspectos objetivos.

i). Si quisiéramos considerar el pensamiento de los psicólogos, además tendríamos que aceptar que hay causas de justificación culpables. Verbi gratia en la legítima defensa, en la que el sujeto repele - una agresión actual o inminente y quiere el resultado de su acción u omisión; por lo tanto, podríamos hablar del nexo psicológico existente entre el autor y el resultado. Lo mismo sucede en el estado de necesidad, en el ejercicio de un derecho, en el cumplimiento de un deber, en el impedimento legítimo y en la obediencia jerárquica. A este problema se le soslaya atendiendo a las circunstancias en que se desplegó el delito, cuando la conducta no puede ser reprochada (normativismo).

j). Por último, en las eximentes putativas o falsas causas de - justificación, donde no hay delito en virtud de un error esencial e invencible sobre la licitud de la conducta, que acarrea la inculpabilidad, no encontraríamos con que el sujeto debería responder a título de inculpable culpable, porque quiso la conducta y el resultado.

Por todas estas fallas y otras más que hayan escapado a nuestra consideración, en resumen, dice REINHARD MAURACH: "... la teoría psicológica de la culpabilidad está condenada al fracaso...". (44)

## II. CONCEPCION NORMATIVA CAUSALISTA DE LA CULPABILIDAD (Normativismo).

Dejar que nuestro elemento fuera por los siglos de los siglos - tratado desde el punto de vista de los psicólogos, era negarle al Derecho Penal una de sus características más relevantes: La de ser una -- ciencia dinámica que se encuentra en constante evolución, tendiendo a su perfeccionamiento. Ciertamente la culpabilidad no podía ni debía quedar a gotada mediante la existencia de la comprobación de un nexo psíquico, ya que el hombre no solamente es culpable cuando ha manifestado su voluntad hacia la comisión de un hecho delictuoso.

Fue entonces cuando la teoría psicológica se vió precisada a abdicar de su reino en la culpabilidad a favor de la doctrina normativa, máxime que se hacía necesario darle una resolución a todos los problemas que en ella se había suscitado. A nuestro juicio, el normativismo tal y como -- surgió a principios de este siglo, estructurado desde el punto de vista de la causalidad, no es sino un complemento del psicologismo y no llega a superar todas sus fallas. Digamos que el normativismo causalista es -- una versión corregida en parte y aumentada del psicologismo.

Es mérito de REINHARD FRANK haber elaborado las bases entre las cuales encontró sustento la teoría normativa (causalismo y finalismo). En el año de 1907 publicó en Alemania su libro "Über den Aufbau des Schuld--begriffs" (Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad). Este pensamiento daría la pauta a autores como GLODSCHMIDT y FREUDENTHAL, entre -- otros, para continuar el estudio de la culpabilidad normativista.

## II.1. CONCEPTO.

El normativismo no se opone en forma abierta al psicologismo; - es más, toma de él sus bases, aunque añadiéndole a la culpabilidad el - juicio de reproche, de evidente carácter normativo, del cual toma su nombre la teoría en estudio. Al dolo y a la culpa sigue considerándolos dentro de la culpabilidad y a ésta la enmarca en la reprochabilidad que se puede hacer al sujeto imputable autor de una conducta típica y antijurídica, que obviamente va en contra de las prescripciones o prohibiciones de las normas del Derecho penal.

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

Para reafirmar lo anterior echamos mano del pensamiento de VELA TREVIÑO, quien nos dice: "La culpabilidad está plenamente imbuida de un contenido psicológico, puesto que constituye el elemento de naturaleza subjetiva del delito, por el cual se establece la vinculación entre un re-- resultado típico y antijurídico y una conducta que como tal, tiene la mani

festación de voluntad especial del sujeto. Sin embargo, la culpabilidad - no agota su concepto por esta simple vinculación de orden psicológico sino que requiere, además, que entren en juego elementos normativos que serán debidamente valorados para determinar si, en cada caso particular, -- puede reprocharse al sujeto haber guiado su conducta en forma diferente - y, sobre todo, si legalmente le era exigible un comportamiento distinto - al que realizó". (45)

En verdad apoyarse en la teoría psicológica para resolver el problema de la culpabilidad implicaba varias fallas, las cuales se trata de superar con el normativismo.

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

Como ya se dijo, fue REINHARD FRANK (46) quien en el año de 1907 inició la teoría normativa de la culpabilidad. Procede exponer lo más relevante de su pensamiento.

La culpabilidad surge como la responsabilidad que tiene el autor por las acciones u omisiones antijurídicas que ha realizado. No es solamente la relación que existe entre la conducta y el ordenamiento jurídico; es - además el reproche personal contra el autor, por no haber desplegado u omitido esa acción antijurídica; el agente, al actuar, debió haber acatado las exigencias de la norma jurídica. Cuando el sujeto en el momento de su acción podía haberse motivado de acuerdo con los postulados del derecho, se le reprochará su actuar; en esto radica la esencia de la culpabilidad normativa.

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

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

dolo y a la culpa y al estado de normalidad de las circunstancias "concomitantes" bajo las cuales el autor obra. Para 1911 sustituye las circunstancias normales concomitantes con la "motivación normal". En 1924--1926 habla de la "libertad" o del "dominio del hecho". En fin, hacia --1929 la culpabilidad es, para REINHARD FRANK, "reprochabilidad de una --conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible". (47)

Analizamos el pensamiento de FRANK expuesto en 1907. Al hablar de las circunstancias concomitantes, nos dice que sirven para agravar o atenuar la culpabilidad. Consideramos que la culpabilidad no es susceptible de --graduarse en el normativismo. Se valora al dolo, a la culpa, al reproche y a la exigibilidad y éstos sí que pueden tener grados. Mas la culpabilidad normativa no admite matices, no varía, se es o no culpable.

Las circunstancias concomitantes y los motivos determinantes sirven para fundamentar la reprochabilidad y la exigibilidad y también para graduar la pena. Asimismo, se dice que las legislaciones establecen un patrón para medir la culpabilidad; consideramos que debe ser para medir el reproche. La culpabilidad es igual a la reprochabilidad; esto a su vez es síntesis de: I. Imputabilidad; II. Dolo o culpa y III. Circunstancias concomitantes. FRANK nos dice: "Un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido". (48)

Para fundamentar el reproche muestra tres aspectos: A). Actitud espiritual normal del autor (imputabilidad); B). Posible o concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión (culpa y dolo) y C). Normalidad de las circunstancias concomitantes bajo las cuales el autor obra --(exigibilidad). Define al dolo en los siguientes términos: "Conocimiento de las circunstancias del hecho que pertenecen al tatbestand legal o que agravan la penalidad, concomitantes a la actuación voluntaria". (49)

En el aspecto negativo de la culpabilidad habla del error de hecho como causa de exclusión, porque ésta es una circunstancia negativa del tatbestand. Y dice que "el dolo queda excluido y cuando mucho podrá plantearse la cuestión de la imprudencia". (50) Hay imprudencia cuando con la debida diligencia del autor podría haberse evitado el error.

Entre los autores normativistas descuellan, además de REINHARD FRANK

("Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad"): JAMES GOLDSCHMIDT ("Culpabilidad Normativa"), BERTHELD FREUDENTHAL ("Culpa y Reproche"), ED MUNDO MEZGER ("Tratado de Derecho Penal") y SCHMIDT ("Lehrbruch"), quienes con sus pensamientos tratan de perfeccionar la teoría de la culpabilidad normativa.

Para GOLDSCHMIDT (51) la culpabilidad se construye con la imputabilidad, el dolo o la culpa y la motivación normal, que no son elementos de la culpabilidad como creyó el psicologismo, sino que ocupan el sitio de sus presupuestos. El dolo y la culpa son los grados de la culpabilidad y no especies de la misma. La culpabilidad no es otra cosa que el reproche de una conducta típica y antijurídica. Distigue entre la norma de derecho y la norma de deber. Esta última es la que fundamenta a la culpabilidad.

Las normas de deber son aportadas a la ciencia jurídico-penal por GOLDSCHMIDT, representante de los normativistas. Constituyen el sustento de la causa de inculpabilidad denominada "no exigibilidad de otra conducta". "A toda norma de derecho (imperativo categórico). sea prohibitiva o prescriptiva, le corresponde una norma de deber que viene a formar un imperativo hipotético. Se diferencian de los otros tipos de normas en que éstas funcionan con base en una hipótesis de la realidad fáctica (circunstancias concurrentes)". (52)

Hemos asentado lo siguiente: "Veamos, existen determinadas condiciones (hipótesis), que nosotras vamos a llamar "circunstancias concurrentes", en las cuales triunfa con base en el principio del interés preponderante la norma de deber sobre la norma de derecho, gana el estado de hecho sobre el estado de derecho". (53) Y concluimos: "No hay que confundir el principio del interés preponderante que sustenta a esta causa de inculpabilidad, con el que le sirve de basamento a las normas justificativas; se trata en el primer caso de que triunfe la norma más importante y en el segundo se refiere al bien jurídico. En el principio del interés preponderante de la norma de deber hay una colisión de normas, una que impone la ley y otra que impera por las condiciones. En las normas justificativas hay una colisión de valores jurídicamente tutelados, donde triunfa el que tiene mayor interés para el derecho y para la sociedad". (54)

Las normas de deber son hipótesis que no llegan a reunir las condiciones que establece la ley para justificar una conducta, o bien que el derecho no ha previsto dentro de sus normas justificativas. Por este motivo -



no anulan la antijuridicidad, aunque hacen desaparecer la culpabilidad - del autor de una conducta típica y antijurídica (entendida siempre como reprochabilidad). La conducta del hombre no es culpable, ya que no podía exigírsele que obrara conforme al derecho, puesto que atendiendo a las - circunstancias en las que concurre el delito, cualquier persona habría o brado igual. (55)

OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ razonan: "La norma de derecho es el fun damento del injusto, y la norma de deber es el fundamento de la culpabi- lidad. La norma de derecho exige al sujeto una determinada conducta ex-- terna. La norma de deber, no declarada expresamente pero que existe jun- to a toda norma de derecho, impone al individuo el deber de conformar su son ducta interna a lo que exige la norma de derecho respecto a su conduc ta exterior". (56)

FREUDENTHAL, cuando nos habla de la culpabilidad, considera a la im- putabilidad, al dolo, a la culpa y a la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad, tal y como lo hacen GOLDSCHMIDT y FRANK. (57) Este autor, nos dicen OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ, "no se limita, sin embargo, a reproducir las tesis de Frank y Goldschmidt, sino que pro cura unificar todos los casos en los que, a pesar de la existencia del - dolo o de la culpa, se suprime el reproche de la culpabilidad". (58) Com pleta la noción de la exigibilidad, cuando habla de la "no exigibilidad del actuar adecuado a derecho".

MEZGER piensa que "la culpabilidad es el conjunto de aquellos presu- puestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente". - (59)

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

En la teoría general de la culpabilidad, MEZGER suele hacer el estu- dio de los siguientes temas: 1). Nociones Generales de la Culpabilidad - Jurídico-Penal; 2). La Imputabilidad: a). Imputabilidad y b). Inimputabi-

lidad; 3). De la Culpabilidad y de sus Formas, y 4). De las Causas que -  
excluyen a la Culpabilidad. Los psicólogos declaran que el delito co-  
mo ente jurídico es una infracción; por ello los normativistas, en espe-  
cial MEZGER, sienten la necesidad de desarrollar los elementos del deli-  
to, considerado como una infracción a la Ley.

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

Concluye MEZGER que "el juicio de culpabilidad, es, ciertamente, un  
juicio de referencia, como se la ha denominado en la bibliografía, pero  
tal referencia a una determinada situación de hecho no agota aún su natu-  
raleza esencial propia, y sólo en virtud de una valoración de cierta ín-  
dole se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabi-  
lidad no es, por tanto, sólo una situación de hecho de la culpabilidad,  
sino esa situación de hecho como objeto del reproche de culpabilidad. En  
una palabra culpabilidad es reprochabilidad". (59\*)

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

También nos habla de la referencia que existe en el juicio de culpa-  
bilidad y el acto de voluntad del sujeto, sus motivos y toda su persona-  
lidad. Así le da a la culpabilidad como elementos: El acto de voluntad -  
del agente, dolo o culpa; la imputabilidad y la no existencia de causas  
de exclusión de la culpabilidad.

Mas con todos los postulados de MEZGER no se llega a probar que la -  
culpabilidad solamente sea "reprochabilidad", y así nos muestra que sólo  
se da un pequeño paso al normativismo. Para que la culpabilidad sea nada  
más reprochabilidad se necesita, al decir de RICARDO C. NUÑEZ, despojar-  
la de sus elementos (imputabilidad, dolo o culpa). "Los elementos de he-  
cho de la culpabilidad, aclara NUÑEZ, sólo son presupuestos de la culpa-

bilidad, porque sobre ellos descansa el 'poder' (de actuar de conformidad al deber jurídico), que presupone la exigibilidad". (60)

### III.2. ESTRUCTURA.

De todo lo que hemos expuesto con anterioridad, podría deducirse que los elementos que integran la culpabilidad normativa causalista son:

- 1). Imputabilidad.
- 2). Dolo o culpa.
- 3). Exigibilidad.

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

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

- a). Imputabilidad.
- b). Dolo o culpa.
- c). Ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad en favor del autor. (61)

#### a. IMPUTABILIDAD.

JAMES GOLDSCHMIDT considera que en los casos de inimputabilidad no se dan las causas de exculpación, "pues la imputabilidad es a la culpabilidad, lo que la voluntariedad es para la antijuridicidad". Estima que los sujetos inimputables no pueden ser destinatarios de la Ley penal, tal y como no lo son el cuerpo humano y los animales. Esto dista mucho de ser cierto, dado que las normas que integran al derecho en términos generales, han sido elaboradas para todos los sujetos imputables o no, y únicamente se distingue por cuanto hace a su aplicación. (62)

## b. DOLO O CULPA.

Consisten en el querer o la intención con que el autor orienta - su conducta hacia la producción de un hecho típico y antijurídico (restos de psicologismo). Sirven para explicarnos lo que ya expusimos en lo relativo a la estructura de la culpabilidad en la teoría psicológica.

## c. EXIGIBILIDAD.

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

La culpabilidad basada en el normativismo, incluye al deber ser; sobre éste descansan la exigibilidad y el reproche. El reproche y la exigibilidad nacen concomitantemente; en la medida que la conducta es exigible, se le reprocha al sujeto su actuar. En el juicio de reproche serán analizadas la imputabilidad, el dolo o la culpa y la reprochabilidad.

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

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

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

Existe exigibilidad, cuando al autor de una conducta típica y antijurídica le era posible actuar conforme al derecho en atención a las circunstancias concurrentes o concomitantes al delito. La exigibilidad tiene como presupuesto una norma de derecho, la cual se encarga de tutelar el valor jurídico reprobando las acciones u omisiones que pongan en peligro o lesionen el bien protegido. Es muy cierto que las normas en su mayoría, - si no es que en todos los casos, no nos dicen cuál es el modo correcto de actuar al cual tiene que ceñirse el individuo, aunque no es necesario que lo contengan, creemos nosotras.

Baste con decir que las normas son tan sólo objetividad y que, para - su aplicación, el juzgador debe basarse en un proceso subjetivo de interpretación, tomando en cuenta su grado de cultura y un conocimiento profundo de la hermenéutica jurídica. La única interpretación que vale en el Derecho penal es la teleológica, en donde desentramos el espíritu de la -- Ley, su voluntad.

La exigibilidad se funda en el respeto que todo hombre, como parte integrante de una sociedad, le debe al orden jurídico, que está tutelando - el bien no solo de uno sino de todos los individuos. A cada ciudadano las leyes le imponen derechos y obligaciones; debe respetar los bienes jurídicos de los demás y a su vez todos los demás deben respetar los suyos.

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

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

Al decir que la culpabilidad normativa se refiere al deber ser, se ha pretendido expresar que esta teoría tiene un carácter ético. Pensamos que tal afirmación es cierta, ya que si al reproche se le valora y asimismo a la exigibilidad, entran en juego normas de derecho y de cultura, de carácter ético o moral que dan la pauta para tal consideración.

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

Es bien sabido que para que pueda hablarse de conducta, dentro de los elementos del delito, se requiere la participación de la voluntad. En el caso de que ésta no concurriera se presentaría una hipótesis de ausencia de conducta. Dentro de la fase interna del iter criminis el sujeto se determina a la producción de la conducta, que puede quedar en una mera conducta o producir un resultado material. Cuando se produce el resultado -- que el sujeto se ha propuesto, ha previsto y buscado, el reproche se dirigirá a título de dolo. De darse un resultado que no solamente no fue previsto sino que simplemente no se buscó, el reproche se dirigirá a título de culpa tomando en consideración los motivos que guiaron a la conducta.

El reproche se avoca más a la motivación que impulsa al sujeto a la conducta, que a la conducta misma. En los delito-tipos de omisión se puede inferir claramente la exigibilidad y el reproche, ya que en ellos el tipo requiere una determinada manera de actuar; si el hombre no se acopla a ella estará violando una orden del Estado, el cual tiene el poder coercitivo de exigirle que la respete.

Cada motivación, conducta, exigibilidad y reproche se harán al individuo en forma particular. Recuérdesse que hemos dicho que la culpabilidad es el primer elemento del delito en el que los postulados penales se individualizan.

### II.3. CONSIDERACIONES CRITICAS.

Con la aparición del normativismo causalista, teoría iniciada --

por REINHARD FRANK, en la dogmática del delito, se logra rellenar algunos de los huecos que existían en la culpabilidad y que el psicologismo jamás notó o les dio poca importancia, ante la imposibilidad de encontrar una - respuesta adecuada para ellos en sus postulados. Sin lugar a dudas, el ma yor mérito del normativismo causalista ha sido el de haberle dado a la -- culpabilidad un concepto propio, prescindiendo en cierta medida de enun-- ciar las formas culpables al dar su definición.

Se hace preciso que en estas líneas anotemos las consideraciones críticas a las que nos lleva el hecho de aceptar el normativismo causalista, en el momento de hablar del concepto y de la estructura de la culpabilidad.

a). En la teoría normativa causalista, continúa aceptándose aquello de que entre el sujeto y el hecho debe existir un vínculo psicológico que los una (intención). Mas esto no viene a constituir la culpabilidad - en sí, dado que para ella se dan nuevos elementos como lo son la exigibilidad y el reproche.

Analicemos lo anterior; el sujeto y su voluntaria acción u omisión -- que producen un resultado típico y antijurídico, se hallan relacionados - mediante un lazo con tintes netamente psíquicos; además de que se precisa el elemento volitivo (querer) dirigido a la producción de la conducta, se hace necesario otro elemento subjetivo que se denomina intención, que se tarduce en querer la producción del resultado en forma directa o indirecta (dolo o culpa).

Hasta aquí el psicologismo y el normativismo están de acuerdo. Mas se presentan problemas, porque no en todos los casos en que la persona quiere la producción del resultado puede decirse que sea culpable. Como ejemplo se dan las causas de justificación, donde es indudable que ese elemento volitivo se dirige tanto a la acción como a lo que con ella se ha de - producir.

Esto preocupa en gran medida a los normativistas, quienes se dan cuenta de que ese elemento volitivo está determinado en ocasiones por las circunstancias en que se despliega el comportamiento; esto influye, sin lugar a dudas, en la aparición de la conducta típica a antijurídica. Es entonces cuando REINHARD FRANK nos habla de las circunstancias concomitantes y nos dice que de acuerdo con ellas existe la posibilidad o la imposibilidad de exigirle al sujeto un comportamiento adecuado a las normas de dereo

cho.

Tiempo después se le ocurre que debe sustituirse la "normalidad de -- las circunstancias concomitantes" por la "motivación normal", "la liber-- tad" o el "dominio del hecho" que, en última instancia, se refieren a lo mismo: A la posibilidad de que el sujeto pueda determinarse en forma co-- rrecta hacia la abstención o el despliegue de un comportamiento acorde con lo que postulan las normas de Derecho. De esta manera se trata de resol-- ver aquel problema de las "causas de justificación culpables" y se llena una de las lagunas que dejaba el psicologismo.

La valoración de la culpabilidad se hará en atención a las circunstan-- cias que concurren en el momento en que se despliega la acción o la omi-- sión. De esta forma encontraremos que el dolo y la culpa no siempre son - culpables.

b). Dentro del aspecto negativo de la culpabilidad (que será es-- tudiado en forma más amplia en el capítulo siguiente), se presenta un pro blema semejante al anterior en el momento en que se analiza a las eximen-- tes putativas o falsas causas de justificación. En ellas también se re-- quiere que la voluntad vaya encaminada a la producción de un resultado. Y resulta que el autor, de acuerdo con el psicologismo, debería de respon-- der a título de "inculpable culpable", dado que a pesar del error existía el vínculo psíquico. El problema se resuelve debidamente al introducir en la culpabilidad la exigibilidad y el reproche. El elemento normativo de - la exigibilidad imposibilitará que concorra el dolo reprochable.

c). Es mérito de la teoría normativa causalista matizar a la cul pabilidad con elementos que van a ser valorados de acuerdo con las normas, incluyendo las éticas y las jurídicas. En esta teoría no se hace tal dife-- renciación, aunque es necesaria en virtud de que no todas las normas éti-- cas son jurídicas y a la inversa. La teoría en estudio no es sino una re-- ferencia al deber ser, que se encarga de regular el comportamiento huma-- no.

d). En síntesis el normativismo habla de un "juicio de referen-- cia", que se avoca a la relación psicológica; que se hace de acuerdo con las motivaciones reprochables. Con base a la exigibilidad, se reputa que una conducta típica y antijurídica es reprochable.



e). Encontramos en este pensamiento que no se expresa en forma clara quién es la persona que va a encargarse de valorar esas conductas. Pensamos que esa función, en nuestro sistema penal, corresponde primeramente al agente del Ministerio Público, quien determinará en forma presuntiva que la conducta le es reprochable al autor. En la fase procesal el juez deberá declarar en forma plena que al sujeto se le atribuye una conducta reprochable, en virtud de la exigibilidad que se le puede hacer por haberse motivado a actuar en forma contraria al orden jurídico.

f). Reconozcamos que tampoco quedan muy bien sentadas las bases que regularán al juicio de reproche, puesto que el propio REINHARD FRANK cambió de pensamiento en forma constante y con llegó a concertar. Empe--ro, sobreentendemos que se debe atender a las circunstancias de lugar, tiempo, forma, etc. (concomitantes o concurrentes), para que pueda procederse a la exigibilidad y al reproche.

g). Se incurre en el mismo error que el psicologismo, al considerar que la culpabilidad es intención. En el normativismo la situación se hace más grave puesto que se revuelven en nuestro elementos situaciones psíquicas y normativas. A este error, pensamos, que se le subsana en forma adecuada en el finalismo al separar de tajo los elementos subjetivos y objetivos del delito, como se explicará en líneas posteriores.

h). Por último queremos asentar esta crítica, que nos parece - que es la más importante. De aceptar la teoría normativa para resolver - el problema de la culpabilidad, tendríamos qué considerar que desde el - punto de vista de la ética se harían dos juicios de valor sobre el hecho en cuestión. El primero descansaría sobre aquellas bases morales que nos sirven para comprobar la antijuridicidad, bajo las cuales se determinará la contradicción de la conducta con la norma jurídica. GRAF ZU DOHNA anota al respecto: Para valorar la ilicitud, "en el interior de nuestra - conciencia ya se ha fundido el evento puramente exterior con nuestra va-loración moral". (63) La segunda valoración se haría referida a la reprochabilidad de una conducta dolosa o culposa, de acuerdo con el elemento ético de la exigibilidad de un actuar conforme a Derecho.

Es de lógica concluir que ambos juicios -- que tienen el mismo tinte en los elementos utilizados para su valoración --, deberían quedar fundi

dos en uno solo. Recordemos que en el normativismo causalista JAMES GOLD SCHMIDT nos habló de las normas de deber (imperativos hipotéticos), que darían lugar a una causa exculpatoria, porque de acuerdo con ellas se haría imposible la exigibilidad. En atención a esto tendríamos qué decir que las causas de inculpabilidad nacidas bajo el amparo de una norma de deber son a su vez anulatorias de la antijuridicidad, habida cuenta de que este elemento presupone una violación al deber.

La teoría normativa causalista ha unido el contenido y la forma de la culpabilidad, confundiendo a esta última con la forma de la antijuridicidad. El mismo BINDING cayó en este error y GRAF ZU DOHNA lo critica así: "En general es característica típica de la escuela bindingniana el no adjudicar lugar propio y separado en el sistema a la peculiaridad, juzgada por su contenido de la acción ilícita. El delito es contrariedad culpable a la norma". (64)

Este último autor expresa: "Mas el juicio ético negativo de valor (Unwerturteil) enlaza directamente con la condición volitiva del actor que sencillamente se califica de 'contraria al deber' (pflichtwidrig), con lo cual este elemento ético del concepto de la culpabilidad se distingue de la relación psicológica de la antinormalidad (Normwidrigkeit) con el fuero interno del actor". (65)

Todas estas consideraciones nos llevan a seguir sosteniendo que hasta el momento en que apareció la teoría normativa entendida desde el punto de vista de la causalidad, el concepto y la estructura de la culpabilidad no tenían aún una esencia propia. La teoría finalista de la acción, o mejor dicho, la normativa finalista, ha tratado de cubrir todas las lagunas que habían quedado en nuestro elemento, desde que se tomó como un concepto puramente psicológico hasta que se la denominó dolo o culpa reprochables. Nos toca ahora analizar los postulados que dio a la dogmática del delito el finalismo; procedamos en nuestra tarea.

### III. CONCEPCION NORMATIVA FINALISTA DE LA CULPABILIDAD (Finalismo).

Para hacer un análisis íntegro del tema central de nuestro estudio, es menester que conozcamos el tratamiento que recibe la culpabilidad desde el punto de vista de la teoría final de la acción, que ha in--

fluido en forma notable en el Derecho penal de las últimas décadas. Bien cierto es que los finalistas no se dedicaron en forma exclusiva al estudio de la culpabilidad, sino que más bien sus tesis se dan en torno a la acción; mas como es en la culpabilidad en el elemento del delito donde sus postulados influyen de manera por demás notable, suele hacerse su estudio en ella.

OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ comentan con respecto al finalismo: "La teoría finalista ha venido a modificar el sistema del delito elaborado por los autores causalistas. La nueva tesis representa no una simple afinación de detalles de la teoría del delito, sino un cambio radical en su estructura. Ello dio lugar a un replanteamiento de conceptos". (65\*)

Como el finalismo, que no es teoría nueva, ha elaborado una estructura diferente para el delito, consideramos que es oportuno que hablemos un poco más de él. La teoría de la acción finalista descansa sobre dos raíces:

- 1). La filosófica y psicológica y
- 2). La dogmática jurídico-penal (que se estructura sobre la teoría del tipo de ERNESTO BELING). (66)

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

1.1). Delito doloso: Acción = voluntad + manifestación de voluntad + resultado típico. La acción es la dirección final del suceso causal: Acción es actividad final humana. La finalidad de la acción está en el hombre, en su saber causal: Puede prever los efectos de su acción y encauzar la actividad hacia una meta determinada. La acción es un elemento básico del tipo (objetivo). En el delito doloso el hombre debe conseguir precisamente el resultado que desea producir. (67)

1.2). Delito culposo: Acción = voluntad + manifestación de voluntad + resultado típico, o bien: Acción = voluntad + manifestación de voluntad. En la culpa se requiere de la acción, de los medios, de un insuficiente conocimiento de la causalidad y sus leyes, que consigue sin que medie la voluntad del autor, un resultado típico. El delito culposo se produce por descuido.

En este tipo de delitos, de su estructura debe quitarse en la acción la voluntad de actuar o el resultado típico. La teoría causal excluye la manifestación de voluntad y considera el resultado típico; la teoría final, en cambio, se avoca a considerar la voluntad.

Los elementos de la acción finalística son: Voluntad final y su manifestación (interposición de medios). El resultado no es un elemento de la acción, lo es de la parte objetiva del tipo legal. El tipo es una -- unión de la conducta y el resultado.

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

ERNESTO BELING consideraba que todo lo objetivo pertenecía al tipo y lo subjetivo a la culpabilidad (dolo, culpa, intenciones, motivos, impulsos y tendencias). (68) En el finalismo, el tipo abarca todo lo que constituye al concepto de delito, incluye tanto elementos subjetivos como objetivos. Entre los subjetivos está la voluntad rectora (dolo) y entre -- los subjetivos especiales se encuentran las tendencias, los impulsos, - los deseos, etc.

El tipo contiene una parte subjetiva y otra objetiva. lo subjetivo - pertenece a la finalidad; lo objetivo se deja para la causalidad. A la causalidad la dirige y la domina la finalidad del autor. (69)

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

Para que surja el dolo el autor debe conocer las tipicidades, no requiere la conciencia del carácter antijurídico de la acción u omisión. - El dolo, por lo tanto, no abarca lo que en la doctrina se ha conocido - con el nombre de "conciencia de la antijuridicidad".

En el finalismo se requiere de un simple conocimiento del carácter - injusto del hacer u omitir, no de su presencia positiva y actual. Existe la culpabilidad si el sujeto tiene la posibilidad concreta de conocer la característica ilícita de su conducta, sin que importe que esa posibilidad se concrete.

Analícemos el pensamiento de HANS WELZEL. (70) La corriente welzeliana da al Derecho Penal el carácter de medio para la consecución de los fines de la ética. El Estado se encarga de formar un juicio ético-social a sus ciudadanos. La pena es el castigo justo a las acciones reprochables. El Derecho Penal tiene una doble función: La principal, la ético-social que rige para las grandes masas capaces de ese compromiso y la preventiva, excepción a la primera, que se aplica a los incapaces y al delincuente habitual.

La culpabilidad fundamenta la función principal del Derecho Penal y la medida de la pena. La base de la excepción es la aplicación de medidas de seguridad a los incapaces, en el caso de que sean necesarias. La teoría finalista de la acción se sustenta en la función principal (la ético-social), según la cual la pena será aplicada teniendo siempre como presupuesto a la culpabilidad, que a su vez se basa en los modos ético-socialmente reprochables del comportamiento del hombre. El centro de interés de la sociedad lo es la naturaleza de la acción reprochable.

WELZEL hace diferencia entre la finalidad y la causalidad; la primera es el producto de la voluntad del hombre que lo determina a la acción, la cual dividida en actos precisos lleva hacia el logro de los objetivos, de los que el ser humano pudo y debió prever sus consecuencias. La causalidad es sólo el producto de los componentes causales que circunstancialmente concurre en los resultados.

Toda acción humana es producto de una actividad finalista. El hombre, con un conocimiento causal exterior, puede dirigir cada uno de los actos de su acción y determinar el suceder causal exterior hacia el objetivo al cual se pretende llegar. Este es el modo finalista de determinación. "Causalidad es producir ciego finalidad producir vidente" (71)

La voluntad finalista comprende: a). Los objetivos; b). Los medios y c). Las consecuencias secundarias vinculadas al empleo de los medios. Acción finalista es la construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias ligadas a -- ello. La voluntad final abarca las consecuencias secundarias que se producirán necesariamente al realizar el objetivo y las que para alcanzarlo se requiere producir.

La acción es finalista, respecto al resultado propuesto por la volun

tad de concreción y a los resultados no propuestos en la voluntad del - hombre, es de naturaleza causal. WELZEL dice que no hay acciones finalistas en sí, sino que siempre se darán en relación estrecha con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción. (72)

El ser humano dirige el acontecer causal, teniendo plena conciencia de la finalidad, hacia el logro de sus objetivos. Es decir, no obstante que conoce los resultados secundarios derivados del logro de su alcance a un objetivo, hace todo lo posible por llegar a él.

No todas las acciones finalistas son reprochables por el Derecho Penal; la culpabilidad en la acción finalista se encuentra en el mismo comportamiento. La culpabilidad es el juicio que se hace a la dirección que le da el hombre al acontecer causal, encaminada hacia el logro de un objetivo, que es socialmente reprochable y que el Derecho Penal ha considerado como una forma de conducta negativa, con el fin de garantizar la permanencia de la sociedad y la conservación del orden público.

El Derecho Penal va a realizar su función ético-social tipificando - los objetivos socialmente negativos. No tomará en cuenta los resultados conseguidos sólo mediante el dolo; establecerá también una protección para amparar bienes jurídicos, exigiendo una determinada dirección finalista en la culpa. Se considera asimismo a las acciones que desde el punto de vista de las consecuencias finalistas no son antijurídicas; empero, en su consecuencia causal no aportan el mínimo objetivamente necesario para evitar las consecuencias en su actividad finalística (culposas).

En el campo de la antijuridicidad nos encontramos con que en los delitos que no contienen elementos subjetivos del injusto, el mismo injusto depende de factores subjetivos a los que hasta determinado momento se comprendía solamente dentro de la culpa. Asimismo, se ve en la tentativa un dolo que integra un elemento de la acción y en el tipo del injusto, - cuando no se sabe la intención concreta de la acción.

Contar el dolo en la acción y en el tipo del injusto, significa retener para la culpabilidad solamente el elemento normativo: Reprochabilidad. La culpabilidad es un juicio de valoración objetivo sobre un tipo - psíquico que existe o que falta. El juicio de valoración de la culpabilidad tiene un carácter dual: Tú deberías haber actuado conforme a la norma, porque podías hacerlo. En la antijuridicidad el juicio de reproche - es solamente uno: Tú actuaste contrariamente a la norma.

El finalismo establece una relación psíquica del autor con el hecho (dolo), con la acción y con el tipo de injusto; a la culpabilidad le deja solamente el elemento normativo reprochabilidad, por un hacer doloso o una causación no dolosa. Con esto se pretende lograr un concepto unitario de nuestro elemento. HANS WELZEL dice que la teoría finalista de la acción nada nuevo aporta a la Ciencia Penal, solamente colocó la piedra angular que le faltaba al psicologismo, que desde siempre buscaba, al sacar de la culpabilidad los elementos psíquicos. (73)

### III.1. CONCEPTO.

La culpabilidad no debía quedar agotada en su estudio en el -- concepto psicológico o en el normativo, ambas teorías tenían sus fallas; para tratar de resolverlas surge la culpabilidad en el sistema finalista, tomando como base para su estructura el concepto final de la acción. Sus efectos se manifiestan en el ordenamiento sistemático del dolo, en el tratamiento del error y en la autoría y participación.

En esencia, la culpabilidad finalista es semejante a aquella de la -- que nos habló el normativismo causalista. Podríamos decir que el sistema finalista es una corrección del método normativo. La culpabilidad normativista, desde el punto de vista de la finalidad, conlleva a la imputabilidad, a la posibilidad concreta de conocer la antijuridicidad de la conducta y a la exigibilidad.

Es un juicio de valoración que el juzgador materializa sobre el agente. Tanto para los delitos dolosos como para los culposos, se hacen tres juicios de valoración normativa que deben encontrar su apoyo en las tres características que mencionamos con antelación.

REINHARD MAURACH sostiene que en esencia la culpabilidad desde el -- punto de vista del sistema finalista, es simplemente reprochabilidad. -- "Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al actor que no haya actuado conforme a Derecho, el que se haya decidido en favor del injusto, aún cuando podía comportarse conforme a Derecho, aún cuando podía decidirse en favor del Derecho". (74)

El mayor mérito del sistema de la finalidad aplicado a la culpabilidad, lo ha sido el de dar un concepto normativo muy depurado a nuestro --

elemento. En el finalismo aparece por vez primera una concepción pura de la culpabilidad. OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ explican: "Es la primera - estructuración normativa porque el dolo ha sido trasladado al tipo, lo - cual trae como consecuencia que, ya en el ámbito del tipo, los delitos - dolosos se diferenciaron de los culposos. Esto permite elaborar la culpa - bilidad de los delitos dolosos de modo distinto a la de los delitos cul - posos". (75)

El concepto de la culpabilidad finalista, ha quedado muy alejado de todas aquellas influencias psicológicas y es solamente la valoración del proceso de los motivos. RAUL E. ZAFFARONI dice que "la culpabilidad es - el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo ac - tuar de modo no antijurídico, 'en el hacer en lugar de... (dafür können). (76)

REINHARD MAURACH, importante expositor de las tesis finalistas, seña - la: "Contrariamente a la opinión sostenida hasta hoy, la culpabilidad ya no sigue siendo un proceso psicológico, tampoco constituye un mixtum-com - positum oscuro entre tipo y juicio valorativo, sino que es un puro ju - cio de valor sobre el autor: Obra de modo culpable el autor imputable - que ha tenido la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho". (77)

CONDE PUMPIDO, al hacer la crítica de la doctrina finalista de la ac - ción en el ámbito de la culpabilidad, ha dicho: "Dado lo inseguro de las bases sobre las que la culpabilidad se asentaba (psicologismo y normati - vismo), no era difícil introducir en la polémica un nuevo punto de vista sustrayendo de su campo al dolo y reduciendo a la culpabilidad al mero - juicio de disvalor del sujeto, desprovisto de contenido psicológico, cen - trado en una fórmula que podía ser reducida a 'obrar en forma distinta a como se debía haber obrado'". (78)

Despojar a la culpabilidad de las influencias psicológicas de las -- que había estado imbuido en el psicologismo y en el normativismo causa - lista, significaba dejar para nuestro elemento un concepto normativo pu - ro, otorgándole al mismo tiempo una esencia propia, acorde con las nece - sidades penales del momento.

El mismo autor concreta: "En definitiva, se le reprocha al sujeto no haber omitido la acción antijurídica. La culpabilidad adquiere así el -- más puro concepto normativo: Disvalor de la conducta por su desviación - del patrón normativo tipo y sin referencias al contenido subjetivo del - objeto valorado". (79)



Después de meditar, de añadir y suprimir elementos, de pensar y re-- pensar los pros y los contras de cada una de las posturas que hemos ana-- lizado, llegamos a la conclusión de que el pensamiento más acertado es - el de considerar que la culpabilidad es un juicio de valoración normati-- va (reproche) que en forma individual se hace al autor imputable, cuando se han llenado determinados requisitos.

Nos atrevemos a dar un concepto de la culpabilidad en los siguientes términos: La culpabilidad es un juicio normativo de valoración que, en forma individual y con base en los hechos y el Derecho, se le hace al au-- tor imputable de una conducta típica y antijurídica, que teniendo la po-- sibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta y al hallarse - en un estado de normalidad de las circunstancias concurrentes en el deli-- to, debia y podía haber obrado conforme a las disposiciones de las nor-- mas jurídicas, para evitar sufrir las consecuencias que el Derecho prevé para aplicar a quienes violan sus postulados.

Concretamente, la culpabilidad desde el punto de vista de la teoría normativa en el sistema finalista del Derecho Penal, es: Reprochabilidad pura.

### III.2. LA ESTRUCTURA.

Después de que hemos hecho el análisis más o menos profundo de - la teoría de la acción finalista avocado a la culpabilidad y revisado -- los conceptos que de nuestro elemento dan varios autores, trataremos aho-- ra lo relativo a la estructura de la culpabilidad, desde el punto de vis-- ta del finalismo. De todas las consideraciones expuestas con anteriori-- dad, se deduce que la culpabilidad finalista está compuesta por tres ele-- mentos que son:

- 1). Imputabilidad.
- 2). Posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta.
- 3). Exigibilidad de una conducta acorde con las normas jurídi-- cas.

Estos tres elementos de la culpabilidad nos llevarán sin remedio a - un juicio sumamente depurado de valoración normativa, que recaerá en el - agente en forma individual. Según eso, la culpabilidad es un juicio de - purado de valoración que se traduce en la reprochabilidad.

REINHARD MAURACH concluye: "Las tres características por las que -- según nuestro criterio -- está integrada la culpabilidad, no son -- realidades psicológicas, sino puros juicios valorativos, a saber: Imputabilidad, exigibilidad de una conducta adecuada a la norma y posibilidad de conocimiento de lo injusto. Y -- iesto es de especial importancia -- estos componentes son los mismos en los hechos punibles dolosos y culposos". (80)

Queda perfectamente establecido que las características de la culpabilidad finalística son tres, mas encontramos un reparo. En las exposiciones de MAURACH hemos notado que esos tres requisitos de la culpabilidad no se hallan dados en un orden preestablecido. Creemos que es oportuno dar esa prelación: En primer lugar aparecerá la imputabilidad, seguida de la posibilidad concreta de conocer la ilicitud y por último se dará la exigibilidad de una conducta acorde con las normas jurídicas.

La razón es ésta: Si el sujeto es inimputable, no tendrá la posibilidad concreta del conocimiento de lo injusto y mucho menos podrá serle -- exigida una determinada manera de actuar. Y si es imputable, pero no tiene la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta, no habrá lugar para el reproche. Entonces, el orden lógico ya se lo dimos a los elementos de la culpabilidad; ahora analicemos en detalle cada uno de ellos.

#### a. IMPUTABILIDAD.

Podríamos definirla como la posibilidad de discernimiento o la capacidad de control o dirección de la conducta. Imputabilidad y responsabilidad se identifican en el finalismo. A la imputabilidad se le finca un juicio de valoración normativa que tiene sustento en la general capacidad que tiene el autor de motivarse de acuerdo con las necesidades que le impone el Derecho.

En el CPA, nos dice REINHARD MAURACH, "se excluye a la imputabilidad y con ella la culpabilidad se descarta si el autor, al tiempo de cometer su delito, a consecuencia de entorpecimiento mental, de alienación o de debilidad del mismo orden, era incapaz de reconocer la ilicitud de su acto o controlarla de acuerdo con su discernimiento". (81)

La imputabilidad penal en el finalismo, tiene dos ángulos: Discerni-

miento y capacidad de dirección o control, que se identifican con el deber actuar y el poder hacerlo. Cuando resulta que el sujeto es inimputable, no se debe aplicársele la punibilidad establecida en el tipo. Mas esto no quiere decir que no deba ser sometido a una medida de seguridad, en el caso de que sea necesario.

Como consecuencia de su no imputabilidad el agente será absuelto en el juicio de reproche, que es la esencia de la culpabilidad en el finalismo.

#### b. POSIBILIDAD CONCRETA DE CONOCER EL CARACTER ILICITO DE LA CONDUCTA -- REALIZADA.

Como el conocimiento actual y real de la ilicitud es un hecho psicológico, se exige solamente la posibilidad de que exista ese conocimiento para que se dé la culpabilidad. MAURACH define este elemento así: "La conciencia de la ilicitud del hecho es la posibilidad de que el autor se dé cuenta del carácter ilícito de su acción". (82)

Esta conciencia de la ilicitud de la conducta, tal como la imputabilidad y la exigibilidad, es valorada de acuerdo con los cánones de un juicio de apreciación puro. Debemos hacer resaltar el hecho de que el conocimiento de la ilicitud de la conducta, no significa tener al mismo tiempo conciencia de que la conducta se halla sancionada y cuál es la pena que para ella se establece.

REINHARD MAURACH explica: "La conciencia de la ilicitud del hecho no se hace extensiva a la pena establecida por el Código Penal para el respectivo delito; ella tiene qué ver con la norma prohibitiva u ordenadora, que siempre constituye el fundamento de la ley penal, y que lógicamente precede a la amenaza de la pena que contiene aquélla". (83)

Respecto a este elemento de la culpabilidad, descansan en la moderna dogmática del delito tres posturas, las cuales analizaremos al finalizar el estudio de los elementos constitutivos de la culpabilidad.

#### c. EXIGIBILIDAD DE UNA CONDUCTA.

La exigibilidad de una conducta se da sobre las consideraciones

legales. Como elemento de la culpabilidad normativa finalista, es un juicio de valoración ética puro; es el poder pedirle y hasta exigirle al autor que obre conforme a los postulados legales.

MAURACH ha dicho: "El tercero y último elemento de la misma se configura también por un juicio de apreciación: Es la exigibilidad de una conducta conforme a derecho o conforme a la norma, que es elemento necesario de la culpabilidad; por lo tanto, la no exigibilidad constituye el factor que descarta la culpabilidad, de acuerdo con el aforismo ultra posse nemo obligatur". (84) (Nadie está obligado a lo imposible).

En esencia la exigibilidad de otra conducta es semejante a los postulados que nos dio REINHARD FRANK en el normativismo causalista. Hay determinadas situaciones de peligro en las cuales la vigencia de la norma no es eficaz y por tal motivo surge la imposibilidad de exigirle al autor que actúe atendiendo a las prescripciones legales.

En síntesis, según REINHARD MAURACH: "La imputabilidad contiene el juicio sobre la general capacidad de motivación del autor; de la posibilidad del conocimiento de lo injusto, se deriva también que en el caso concreto, podía el autor conocer el carácter antisocial de su hacer; por último, la exigibilidad de una conducta adecuada priva al autor del pretexto de invocar una situación de necesidad excluyente de todo reproche. Cada una de estas componentes contiene un juicio desaprobatorio de distinta naturaleza: Su concurrencia da constancia a un no responder del autor a las exigencias del Derecho, que le debe ser atribuido". (85)

A reserva de que en el capítulo siguiente se analice en detalle las causas de exculpación, consideramos que es oportuno anotar las siguientes situaciones que en ellas se presentan, de acuerdo con las consideraciones anteriores.

a). Inimputabilidad. La falta de discernimiento o de capacidad de control de la situación, absuelve al autor en el juicio de reproche. Porque, según nuestra consideración, al aparecer la no imputabilidad del autor se hace imposible que el agente conozca la ilicitud de su hecho y se anula la posibilidad de exigirle que obrara conforme a Derecho.

b). Inconsciencia de la ilicitud del hecho. Surge aquí el problema del error del delincuente sobre el carácter ilícito de su acción u

omisión (error de prohibición)

El error de prohibición se configura únicamente cuando el delincuente, por ignorancia o falso conocimiento de que su conducta está prohibida u ordenada, actúa. Nada tiene que ver si sabía o ignoraba que su conducta se hacía acreedora a una sanción. MAURACH opina que "el delincuente sepa o no que su acción ilícita tiene como consecuencia una sanción penal, no ejerce influjo alguno sobre la configuración del delito. Error juris criminalis nocet". (86) (El error de derecho no aprovecha al delincuente).

La denominación que el finalismo le da a esta clase de error no es adecuada, ya que las normas no solamente prohíben, en el Derecho Penal también ordenan o justifican.

c). No exigibilidad de otra conducta: Descarta la culpabilidad del autor, al hacer imposible que se configure el reproche tal y como -- ocurría en el normativismo. Son situaciones anormales -- generalmente implican un peligro --, en las que una conducta, acorde con los postulados de explicitación de las normas legales, a nadie puede exigírsele.

La acción u omisión realizada bajo tales supuestos es ilícita; mas no se puede reprocharle al autor su conducta porque cualquier otro, en igualdad de condiciones, haría lo mismo.

En cuanto a la posibilidad de conocimiento de la ilicitud del hecho, se ha expuesto tres teorías principales que nos demuestran, en forma clara, la oposición que existe entre los postulados finalistas y causalistas.

1). Teoría extrema del dolo. Se funda en el concepto causal de la acción; considera a la conciencia de la ilicitud del hecho como uno de los elementos integrantes del dolo. Según esto el dolo se compone de dos elementos: Conocimiento de las situaciones de hecho y conocimiento de su carácter ilícito.

El dolo es una situación psicológica: Voluntad dirigida a un resultado. La conciencia del carácter ilícito del hecho es de tendencia psicológica y se traduce en el conocimiento actual de la ilicitud.

De acuerdo con los enunciados de la teoría, no basta con la posibilidad del conocimiento de la ilicitud; el autor debe de actuar con un conocimiento de la prohibición real y actual. Si el conocimiento actualizado del carácter ilícito del hecho es un elemento del dolo, el autor que ac-

túe sin este conocimiento no puede obrar con dolo. Como consecuencia, si el dolo es necesario para la existencia de la culpabilidad cuando el agente actúe sin dolo deberá ser exculpado.

Podría haber un castigo por delito culposo: Cuando la ignorancia de la norma era evitable, con el simple hecho de que el sujeto pusiera el cuidado debido. Siempre es requisito indispensable para penar como culpa un delito, cometido por ignorancia evitable, que la descripción típica admita la sanción a título de culpa. Si el autor no ha reconocido el carácter ilícito del hecho por irreflexión, podría ser declarado absuelto en el juicio de reproche valorativo de la culpabilidad.

MEZGER trató de soslayar este problema, proponiendo que si un delincuente intencionalmente ignora la norma prohibitiva debe considerarse - que obró con dolo actual. (87)

II). Teoría extrema de la culpabilidad. La culpabilidad gobierna toda acción humana; en los delitos dolosos integra la acción y el dolo es un elemento subjetivo del delito-tipo de que se trate, de aquí que el dolo siempre sea de carácter natural. El dolo natural no encierra el conocimiento del carácter ilícito del hecho; la conciencia de la ilicitud es uno de los elementos de la culpabilidad y el dolo ha quedado muy alejado de ella.

Esta conciencia no es un hecho psicológico sino un juicio puro de apreciación. No se exige el conocimiento de la ilicitud actual, sino potencial (simple posibilidad de conocerla).

Según MAURACH, las consecuencias de esta teoría son que "el autor - que ha configurado el tipo objetivo del delito con dolo, y que tuvo la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito de su acción, debe ser castigado por la perpetración de un delito doloso". (88)

La teoría extrema de la culpabilidad no deja espacios vacíos en el Derecho, ni brechas en los sistemas de hechos punibles, mas es demasiado severa con el autor que actuó sin la conciencia de la ilicitud de su hecho. Se desecha esta postura, porque afirma que el dolo del sujeto y la perpetración del delito doloso y estas comprobaciones no son prueba plena de la culpabilidad del autor. La afirmación del dolo aislado no puede servir como base para fundamentar el reproche.

El juzgador debe analizar, por el aspecto de la culpabilidad, si el autor tuvo la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho y si pudo o -

no evitar su ejecución. Si se comprueba que no existió esa posibilidad debe ser declarada su inculpabilidad. Por lo contrario, si se comprueba que hubo esa posibilidad debe castigarse a título de delito doloso.

III). Teoría de la culpabilidad atenuada. Surgió hace doce años, aproximadamente; puede tenérsela como opinión dominante en la doctrina penal alemana. Es una teoría de la culpabilidad que acepta al dolo como uno de los elementos de la parte subjetiva del tipo, y que la conciencia de la ilicitud del hecho pertenece a la culpabilidad.

La falta de conciencia de la ilicitud no afecta al dolo, el delito entonces debe ser castigado como doloso, si existe la posibilidad de que el autor se diera cuenta de la ilicitud de su conducta. Se adecúa a la teoría de la culpabilidad extrema, en parte; la excepción surge cuando el autor supone, por error, que su conducta se encuentra amparada por una causa de justificación.

La teoría de la culpabilidad extrema afirma la existencia del dolo, aun en estos supuestos; absuelve, si el error era inevitable. La teoría de la culpabilidad atenuada afirma, asimismo, la existencia del dolo y absuelve en los casos de error inevitable. Se la critica, porque en muchos casos no es posible diferenciar entre el error sobre la existencia de la norma y el error sobre una situación (error iuris y error facti).

En el caso de la defensa putativa, por ejemplo, el error sobre la actualidad de la agresión es error facti (de hecho) y descarta al dolo; el error sobre la ilicitud de la agresión es error iuris (de derecho) y deja subsistente el dolo.

Una cuestión que nos parece de primordial interés nos la expone REINHARD MAURACH, quien en su Tratado sostiene que no todos los elementos de la culpabilidad permiten la individualización. Queremos analizarla porque, según nuestro criterio, la culpabilidad es pura individualización.

Así se explica MAURACH: "La imputabilidad, que siempre se refiere a las potencias psíquicas individuales, sí puede ser objeto de un análisis individual. Lo mismo hay que decir del conocimiento de la antijuridicidad, ya que se determina atendiendo exclusivamente a la medida de las potencias anímicas y morales del autor concreto. En la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, por el contrario, no hay proceso de individualización alguno; ello porque las situaciones que sirven de base a la

inexigibilidad son descritas por la ley objetivamente. Aquí se toma en cuenta la capacidad atribuida al término medio". (89)

OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ explican: "Aquí en la exigibilidad, encuentra Maurach el fundamento para decir que la teoría normativa (en el finalismo) no ha logrado construir el juicio de reproche personal. La exigibilidad, por ser un juicio generalizador que se fija atendiendo al término medio de los súbditos, impide, frente al autor concreto, atribuir la conducta a título de culpabilidad. La exigibilidad fija los límites no de la culpabilidad, sino de la responsabilidad". (90)

Hay qué entender que el concepto de la exigibilidad fue recibido a título de herencia, de la teoría normativa causalista. Cuando JAMES -- GOLDSCHMIDT hablaba de la exigibilidad hacía referencia a las normas de deber, que eran diversas en cada caso concreto. Atendiendo a esta posición no queda más que reconocer que en la exigibilidad el juicio de valoración sí que se hace en forma individual al autor, porque en su caso se tiene qué atender a su personal conducta para medir la exigibilidad.

Si se dice que la exigibilidad fija los límites de la responsabilidad y si como consecuencia de ella se da una pena, hay mayores razones para concluir que la exigibilidad es valoración personal, habida cuenta de que en la individualización de las sanciones se consideran todas las características peculiares del autor del hecho punible.

### III.3. CONSIDERACIONES CRITICAS.

Nos toca ahora hacer la crítica de la teoría que consideramos - que parece ser la más acertada para resolver no solamente el problema de la culpabilidad, sino también todas las intrincadas cuestiones que aparecen en la teoría del delito. Pese a que esta doctrina inició su vigencia hace ya varias décadas, la prepotencia de algunos autores y la falta de interés por parte de otros no han permitido que la teoría finalista de la acción cuaje en la estructura del delito y se perfeccione.

El finalismo no es sino el aspecto más evolucionado del psicologismo. Hay qué aceptar que en este pensamiento, casi en desuso, se nos dio la pauta para que los normativistas causalistas y los normativistas finalistas construyeran sus conceptos y elaboraran sus estructuras. Pensamos - que si en el finalismo no se logra soslayar de manera terminante todos -



los problemas que se presentan en la dogmática jurídico-penal, si se nos da el principio para encontrarles la resolución idónea.

La teoría finalista de la culpabilidad es un normativismo reconstruido e influye en forma notable no solamente en la conducta y en la culpabilidad, sino en toda la teoría del delito. Le da a nuestro ente jurídico una construcción propia que choca con todo lo que había sido reconocido tradicionalmente en la doctrina. Quizá por eso, quienes aún no logran entender la postura del finalismo, dicen que todos sus seguidores están locos.

Entre los problemas que se resuelven con el finalismo, se encuentran:

I). El error de prohibición (Verbotsirrtum). La conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo; la falta de ella lo elimina y a lo sumo puede aparecer una comisión de carácter culposo, esto es de acuerdo con la teoría psicológica y en gran parte con la normativa. Si se llega a considerar que el delito se queda en grado de tentativa, se tendría el absurdo de hablar de tentativa culposa.

En el finalismo el dolo pertenece a la acción y si el autor ha querido con conocimiento y voluntad la conducta de cometer el delito y ha quedado en grado de tentativa, ésta se le imputa como dolosa siendo indiferente si ha errado o no en la antijuridicidad de su hacer. (91)

El error en la antijuridicidad no afecta al carácter doloso de la conducta, sino la reprochabilidad de la decisión del autor. De haber conocido la antijuridicidad del hecho, habría podido y debido evitar la decisión de cometerlo y en caso de portarse diligente podría haberlo evitado (reproche a título de culpa). El error de prohibición que se puede evitar, fundamenta la atenuación de la culpabilidad, pero deja intacto al dolo. Este pertenece a la acción y al tipo y es objeto de valoración de la culpabilidad. (92)

II). Delitos culposos. El hombre solamente de manera muy limitada puede prever y disponer del futuro; es decir, actuar de modo finalista. Una gran parte de los efectos de los actos de la voluntad humana se ocasiona causalmente, otra parte puede evitarla el sujeto con determinada diligencia en los actos voluntarios. El Derecho exige un mínimo de voluntad finalista, el comportamiento a que está obligado un sujeto dili-

gente y que obra con prudencia.

No se puede ver al injusto solamente en la lesión del bien jurídico, porque ni aun en la acción más diligente puede el ser humano asegurarse de no producir la lesión a valores jurídicamente tutelados. La culpa consistirá en la reprochabilidad de la dirección objetivamente no diligente de la voluntad. (93)

III). Dolo eventual. Definitivamente es incorrecto pensar que - el finalismo se ocupará sólo de las consecuencias a que se aspira. La dirección finalista comprende lo que el autor sabe que es necesario para - alcanzar su objetivo, abarcado por su voluntad de concreción. (94)

Dolo significa querer alcanzar, no querer aspirar. Es querido todo - lo que el sujeto debe concretar en relación con el complejo de los me- dios, el objetivo y las consecuencias secundarias. ARISTÓTELES reconoce que la dirección finalista de la voluntad no sólo se realiza conforme al objetivo, sino con arreglo a las demás consecuencias de la conducta en - su totalidad mentalmente anticipadas. (95)

De la voluntad de concreción del individuo y de lo que se pone en -- marcha para alcanzar el objetivo, se desea tan sólo una pequeña parte; - lo demás son los medios o consecuencias secundarias. Quien quiere incondicionalmente un hecho, aceptando las consecuencias posibles, quiere concretar las consecuencias posibles, si se producen.

En la elección de los medios ára el logro de los objetivos del autor, se quiere un resultado; se reconoce que pueden presentarse consecuencias secundarias. Espera poder evitar algunas, mediante su intervención en la causalidad; no tiene voluntad de realizarlas, si se producen: Hay causación inevitable. Las otras quiere - eventualmente -- concretarlas también. Las dificultades que se presentan aparecen en todas las teorías y consti- tuyen la delimitación de la culpa conciente. (96)

Ahora vamos a revisar cada uno de los postulados finalistas, para tratar de encontrar sus fallas y no sólo es sino que también intenta- remos darle una resolución acertada.

a). En cuanto a la conducta. La teoría de la acción finalista - basa toda su estructura en el elemento material del delito, que desde -- siempre debió incluir la finalidad. Ocurre que en el psicologismo y en -

el normativismo se le negó esa cualidad. El finalismo se dedica a estudiar en forma exhaustiva a la acción y parece que ha olvidado que el primer elemento del delito -- la conducta humana voluntaria -- se mueve en dos polos que son: Acción y omisión.

Sigue considerándose que entre la acción y el sujeto existe un vínculo psicológico -- aquel de que tanto hemos hablado -- que se llama voluntad. Solamente que para los finalistas, el querer se queda precisamente en la conducta y se mantiene muy alejado de la culpabilidad. Esto se comprueba cuando se habla del "dolo natural".

Pese a que en la acción -- conducta -- se encuentra la manifestación de la voluntad dirigida a un fin, a nuestro entender el primer elemento del delito queda con una estructura muy limitada porque los factores subjetivos adquieren mayor relevancia en la tipicidad, o mejor aún en los elementos del tipo. En nuestro concepto la acción debe quedar integrada con todo aquello que sea de naturaleza subjetiva y objetiva y con las formas de la manifestación de la voluntad humana (acción, omisión, conducta y hecho).

b). En relación a la tipicidad. Como presupuesto de la tipicidad se entiende que debe existir el tatbestand o delito-tipo legal, el cual se encuentra compuesto por una parte objetiva y otra subjetiva. La estructura del tipo desde el punto de vista de los finalistas -- y esto es un gran avance en la teoría del delito --, engloba todos los elementos del ente jurídico.

Entonces, concluimos que el juicio de valoración del delito en general gira en torno a la comparación del hecho con el derecho. Al evaluar por separado cada uno de los elementos que integran al delito, se valorará al mismo tiempo que encuadren en el tipo legal.

Se concluye que un delito-tipo que se estima que está bien redactado deberá incluir en forma tácita o expresa la mención de cada uno de los elementos del delito (un tipo de conducta, un tipo de antijuridicidad y un tipo de culpabilidad); eso para que en el momento de proceder a su valoración se verifique que encuadran en el catálogo legal.

c). En cuanto a la antijuridicidad. En el finalismo no se hace una diferenciación expresa entre el objeto de valoración de la antijuridicidad y la culpabilidad. Podría llegarse a pensar que la culpabilidad -

siempre estará referida a la antijuridicidad, ya que el objeto de valoración de ambas no se encuentra precisado.

Es más, en el juicio de la culpabilidad se hace referencia a la antijuridicidad. Bastaría con detallar cuál es el objeto de valoración de cada una.

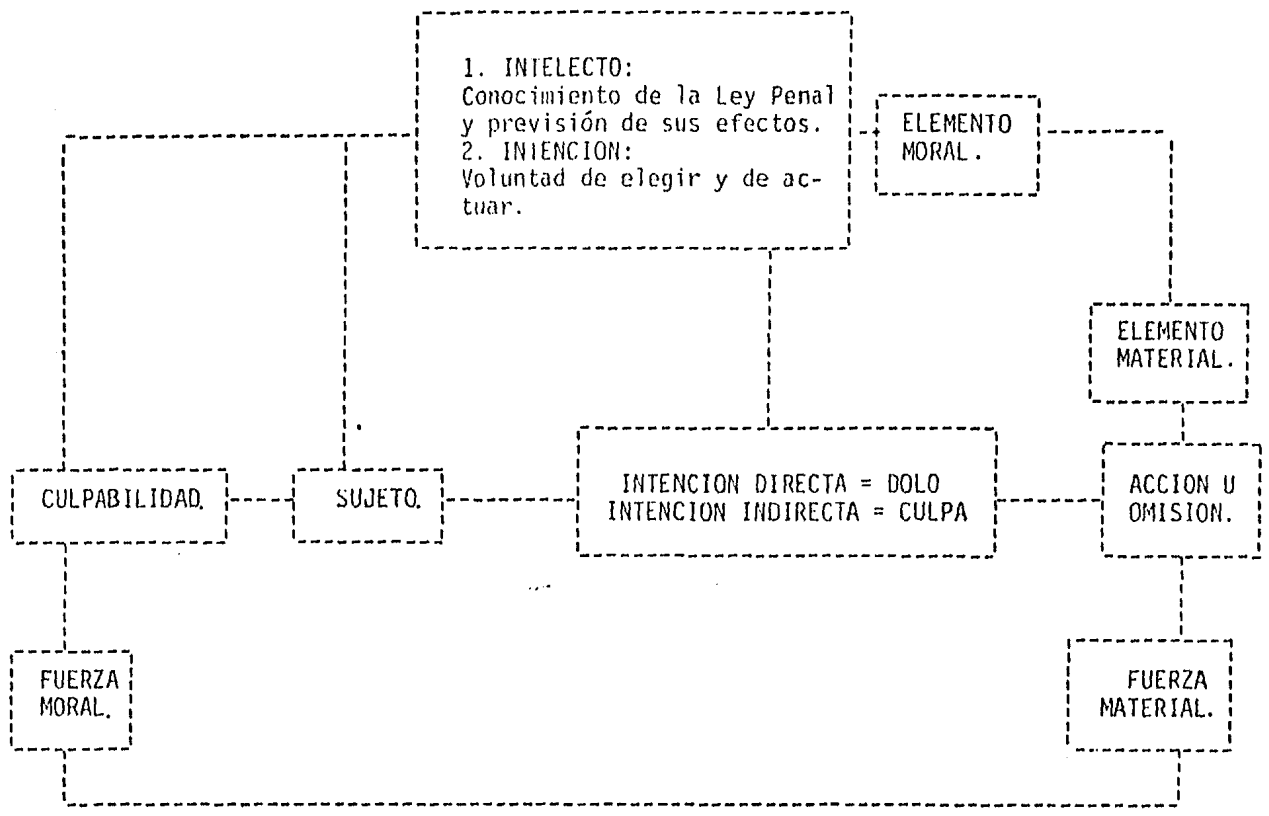
d). En relación a la culpabilidad. MAURACH ha pensado que en la culpabilidad no se da una individualización pura, lo cual para nuestra consideración resulta inaceptable. (97) La culpabilidad siempre deberá referirse a la individualización de los postulados penales, a un autor concreto. Porque aunque las normas revisten un carácter general, siempre tienden a que se las individualice cuando se hace el proceso de valoración del delito.

Pensamos que en el lugar de la imputabilidad, se debería de considerar a la libertad de actuar, porque en la primera todavía quedan rasgos de psicologismo. La imputabilidad debe pasar a formar parte de los elementos de la conducta.

e). Nos parece que quienes se avocan al finalismo han dejado de reconocer que el delito puede descomponerse en elementos, y que aceptan aquella postura que dice que nuestro ente es un bloque monolítico que no se deja escindir. Decimos esto porque en la teoría finalista los requisitos o elementos que integran cada uno de los componentes del delito, adquiere mayor relevancia en la estructura del tipo y el juicio de reproche hace referencia a todos ellos.

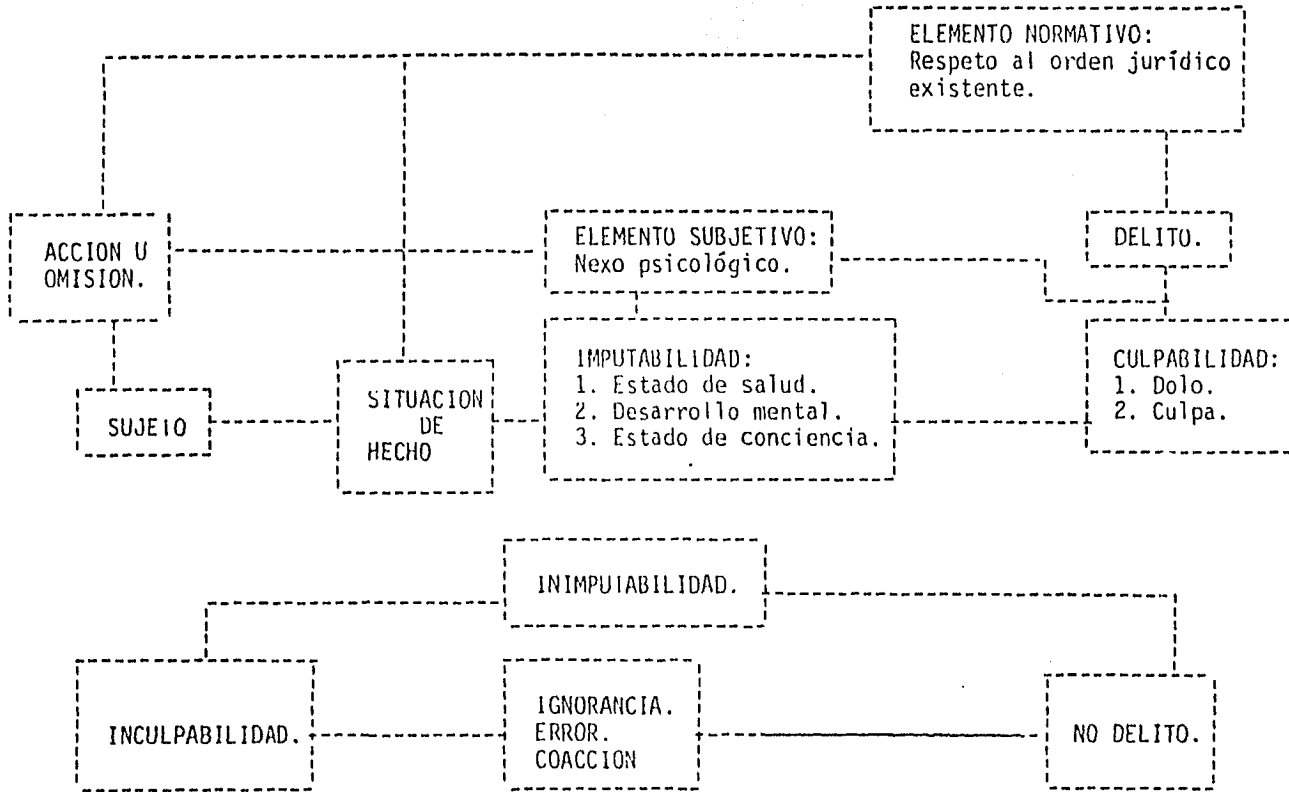
En esta postura preponderan dos elementos: Tipicidad y culpabilidad, lo cual puede ser resumido en el reproche por haber alcanzado un resultado típico.

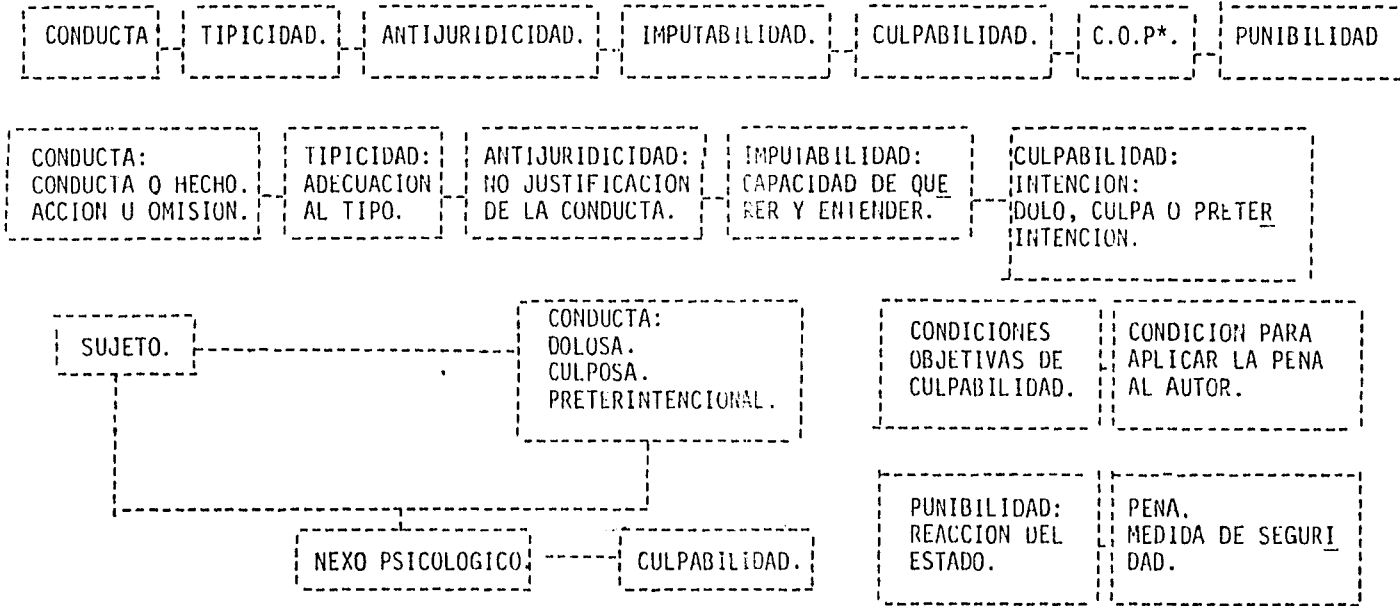
f). En nuestra concepción, ninguna de estas tres teorías da una resolución plena al problema de la culpabilidad. Al psicologismo le falta la valoración normativa, al normativismo causalista se le olvidó que no debía revolver elementos psicológicos y normativos en la culpabilidad y al finalismo le falta precisar cuáles son los componentes que integran cada uno de los elementos del delito.



LA CULPABILIDAD ES LA FUERZA MORAL QUE MUEVE AL SUJETO A LA ACCION (FUERZA MATERIAL).

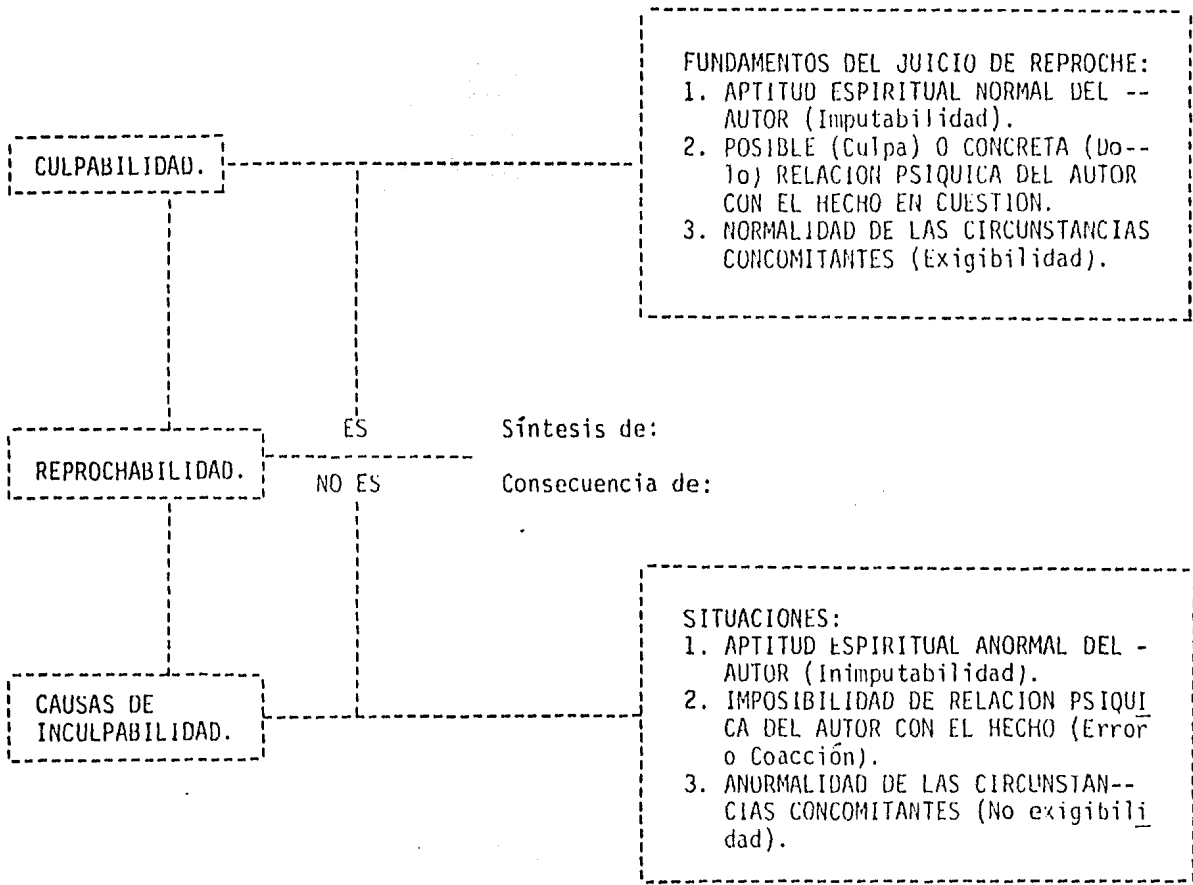
FINALIDAD DE LA TEORIA DE LAS FUERZAS = Unificar el elemento material y moral en el Delito. (Sólo se logra en el finalismo).





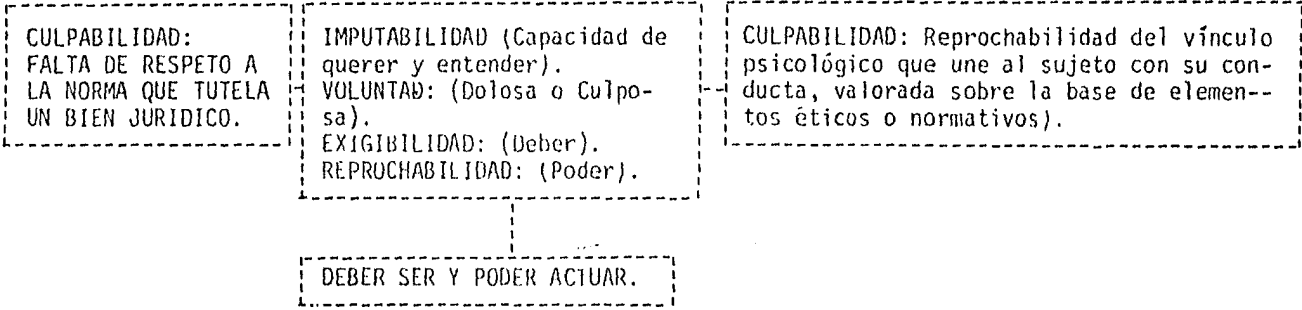
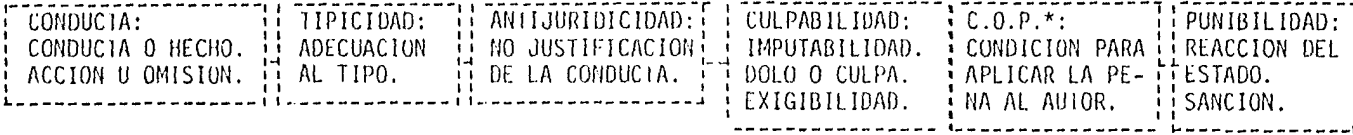
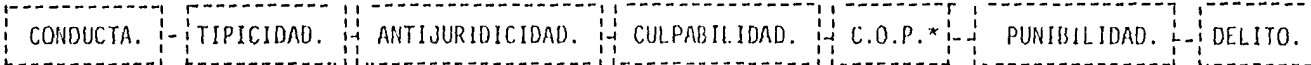
\* Condiciones Objetivas de Punibilidad.

LA TEORIA PSICOLOGICA ACEPTA LA TRADICIONAL ESTRUCTURA DEL DELITO.





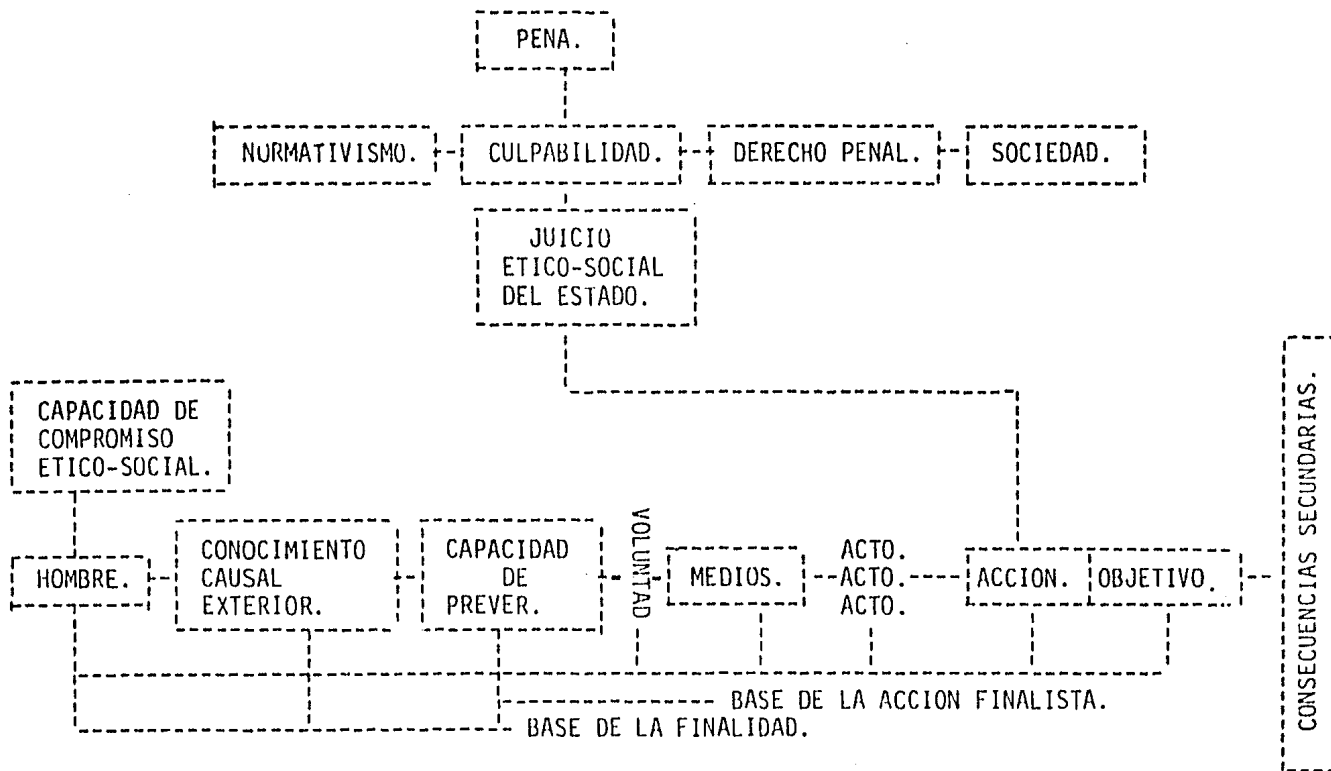
ESQUEMA NUMERO 9.  
TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.  
ESTRUCTURA DEL DELITO.



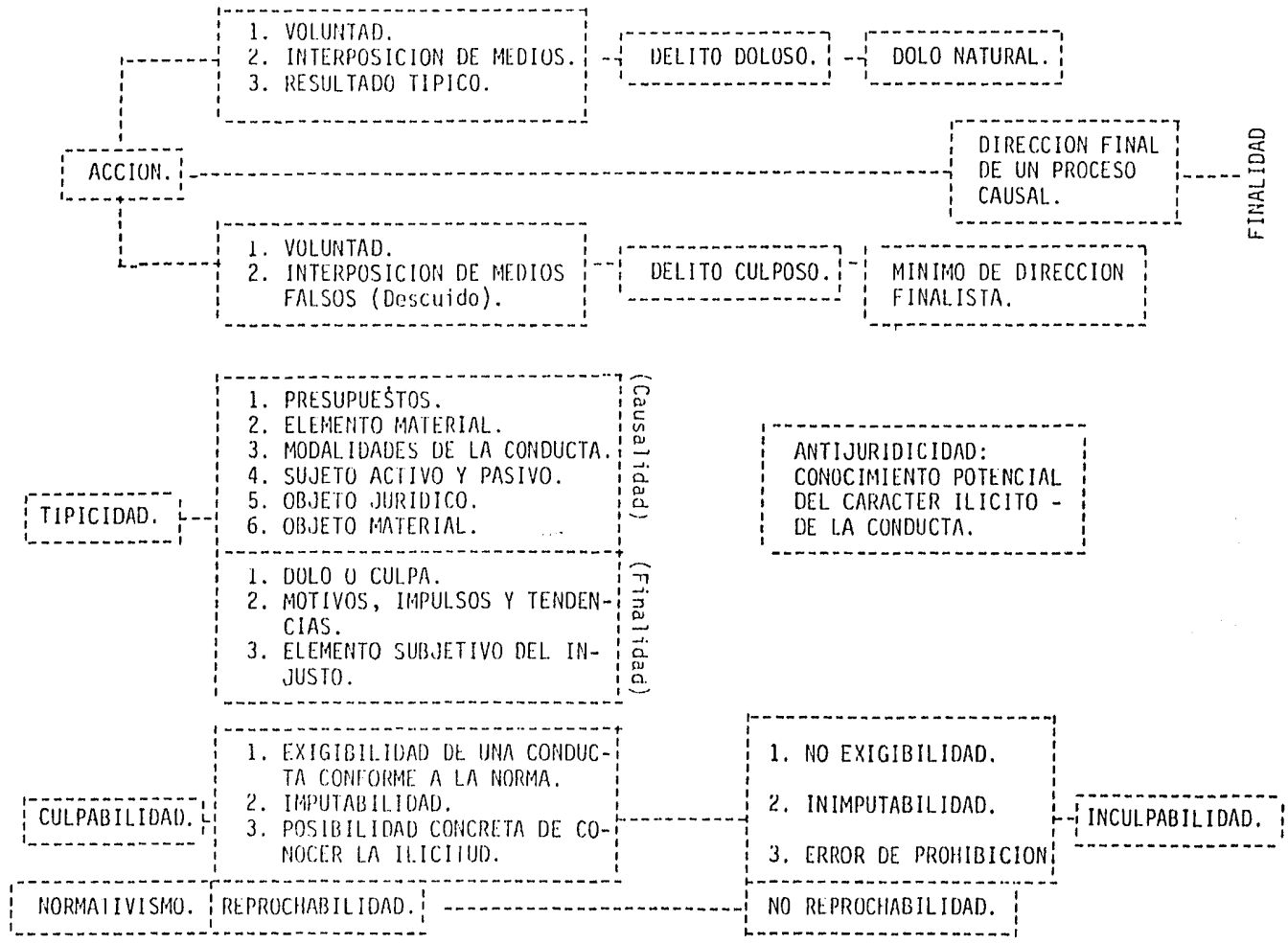
REPROCHABILIDAD = VOLUNTAD + IMPUTABILIDAD + EXIGIBILIDAD = CULPABILIDAD.

NO REPROCHABILIDAD = FALTA DE VOLUNTAD o INIMPUTABILIDAD o INEXIGIBILIDAD = INCULPABILIDAD.

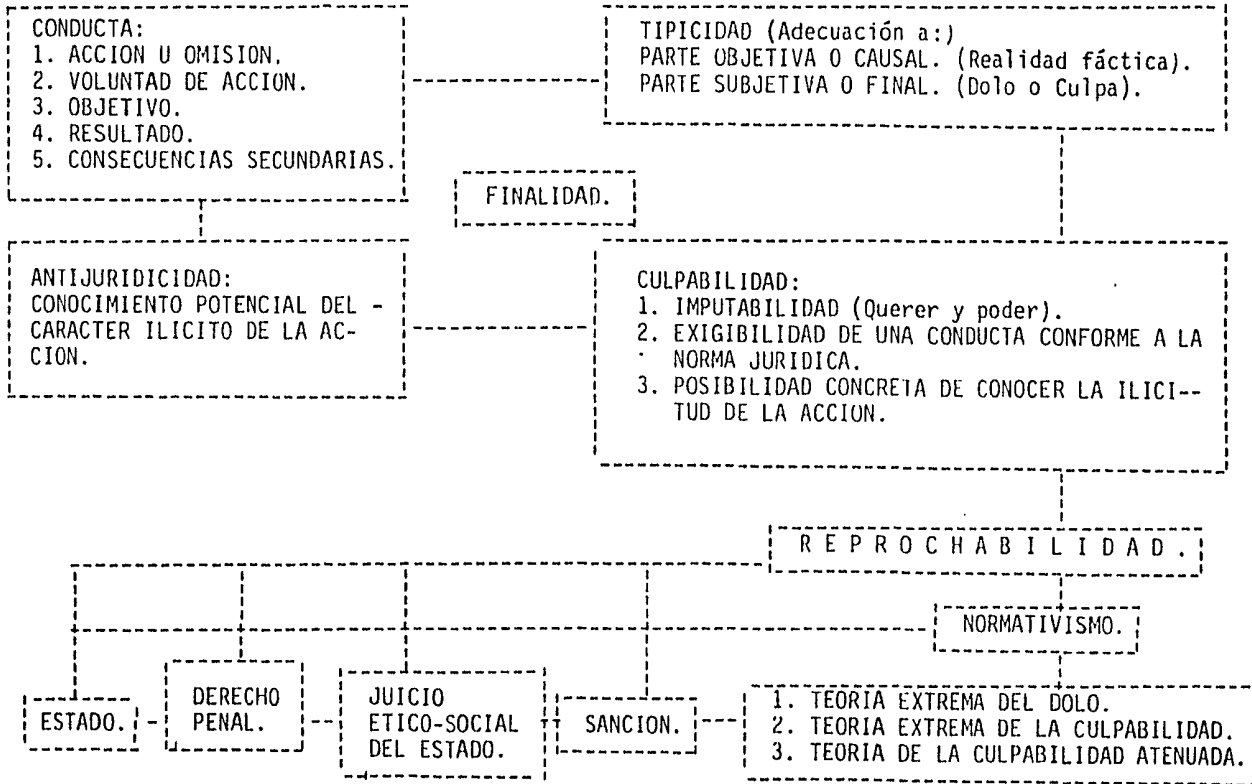
REPROCHABILIDAD = VALORACION NORMATIVA DEL VINCULO PSICOLOGICO ENTRE EL SUJETO Y LA CONDUCTA.



CAUSALIDAD ES PRODUCIR CIEGO, FINALIDAD ES PRODUCIR VIDENTE.



CONDUCTA. | TIPICIDAD. | ANTIJURIDICIDAD. | CULPABILIDAD. | PUNIBILIDAD. | DELITO.



## V. NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

## CAPITULO SEGUNDO.

## CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD.

(1). MOISES MORENO HERNANDEZ. Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales en Torno a la Culpabilidad, p. 1.

(2) En la "Etica a Nicomáco", ARISIOTELES estructura por vez primera a la acción desde el punto de vista de la finalidad. Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, p. 17.

(3) HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 24 y ss.

(4) Respecto al acromatismo y cromatismo de la conducta se puede consultar a: JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, pp. 213-214. PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal, pp. 10-11. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 18 y ss.

(5) Posteriormente la concepción del delito cambió y la mayor parte de los doctrianrios italianos ha aceptado tres elementos en este ente jurídico: Hecho, antijuridicidad y culpabilidad. Cfr. BIAGIO PETROCELLI. La Antijuridicidad, p. 12.

(6) El subrayado es nuestro. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, p. 25.

(7) Cfr. REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 314.

(8) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 312.

(9) Como se verá más adelante el finalismo divide al tipo en dos partes: Objetiva y Subjetiva. Cfr. REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 333.

(10) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 320.

(11) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 323.

(12) HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 19-20.

(13) Citado por VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad, p. 20.

(14) Citado por RICARDO C. NUÑEZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de JAMES GOLDSCHMIDT, p. XX.

(15) Cfr. BIAGIO PETROCELLI. La Antijuridicidad, p. 12.

(16) SEBASTIAN SOLER. La Raíz de la Culpabilidad, p. 15.

(17) SEBASTIAN SOLER. La Raíz de la Culpabilidad, pp. 15 y ss.

(18) IGNACIO VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano, p. 279.

(19) CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. - Parte General, p. 297.

(20) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 18.

(21) Definición que fue tomada de las Notas de Cátedra del Derecho Penal I, del doctor PORTE PETIT.

(22) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 16.

(23) Así, en la concepción tradicional del delito se ha dicho que el dolo contiene dos elementos: Volitivo (querer) e intelectual (conocer). Cfr. PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal, p. 11.

(24) PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal, p. 49.

(25) Cfr. CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios al Código Penal, p. 213.

(26) Citado por OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 18.

(27) Citado por JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo V, - p. 392.

- (28) GIUSSEPPE MAGGIORE. Derecho Penal. Tomo I, p. 576.
- (29) Cfr. PORTE PETIT. Exposición Doctrinal del Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.
- (30) Cfr. PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal, - p. 49.
- (31) ALEJANDRO RUIZ GARCIA. Culpabilidad e Inculpabilidad en los Delitos en Contra de la Vida y la Salud Personal en el Código de Guanajuato, p. 66.
- (32) Sobre la intensidad del dolo puede consultarse a FRANCESCO ANTONI LISEI. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, pp. 256-258.
- (33) La postura fue aceptada en el Código Penal italiano, que llegó a hablar de delitos voluntarios e involuntarios. En México fue seguida por PORTE PETIT. Cfr. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 305-307.
- (34) El CPF de 1931, introduce en las reformas del 13 de enero de 1984 esta posición. Cfr. Artículo 9o.
- (35) Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- (36) Notas de Cátedra de Derecho Penal I, del doctor PORTE PETIT.
- (37) Notas de Cátedra de Derecho Penal I, del doctor PORTE PETIT.
- (38) Cfr. CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios al Código Penal, p. 222.
- (39) Notas de Cátedra de Derecho Penal I, del doctor PORTE PETIT.
- (40) Cfr. CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios al Código Penal, p. 215.
- (41) Notas de Cátedra de Derecho Penal I, del doctor PORTE PETIT.
- (42) Esta postura es sostenida por PORTE PETIT. Notas de Cátedra de Derecho Penal I, del doctor PORTE PETIT.
- (43) RAUL E. ZAFFARONI. Acerca del Concepto Finalista de la Conducta en la Teoría del Delito, p. 76.
- (44) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 343.
- (45) VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad, p. 25.
- (46) Al respecto consúltese la obra Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. REINHARD FRANK.
- (47) Citado por JAMES GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad, p. 4.
- (48) REINHARD FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad, p. 25.
- (49) REINHARD FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad, p. 21.
- (50) REINHARD FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad, p. 43.
- (51) Esto sostiene JAMES GOLDSCHMIDT en su obra La Concepción Normativa de la Culpabilidad.
- (52) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho, p. 10.
- (53) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho, p. 11.
- (54) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho, p. 11.
- (55) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho, p. 11.
- (56) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 28.
- (57) Citado por OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, pp. 28-29.

- (58) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 29.
- (59) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 10.
- (59\*) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 12.
- (60) RICARDO C. MUÑEZ. Tratado de Derecho Penal, parágrafo 33.
- (61) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 13.
- (62) JAMES GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad, p. 24.
- (63) GRAF ZU DOHNA. La Ilícitud, p. 65.
- (64) GRAF ZU DOHNA. La Ilícitud, pp. 73-74.
- (65) GRAF ZU DOHNA. La Ilícitud, p. 65.
- (65\*) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 43.
- (66) Cfr. ERNESTO BELING. El Rector de los Tipos de Delito, p. 13.
- (67) Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 18 y - ss.
- (68) ERNESTO BELING. El Rector de los Tipos de Delito, p. 12.
- (69) Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 18 y - ss.
- (70) Analizaremos el pensamiento de HANS WELZEL dado en su obra La Teoría de la Acción Finalista.
- (71) Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 18 y - ss.
- (72) HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 18 y ss.
- (73) HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 18 y ss.
- (74) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 342.
- (75) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 46.
- (76) RAUL E. ZAFFARONI. Acerca del Concepto Finalista de la Conducta en la Teoría del Delito, p. 68.
- (77) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 325.
- (78) CONDE PUMPIDO. Exposición Crítica de la Doctrina Finalista de la Acción, p. 293.
- (79) CONDE PUMPIDO. Exposición Crítica de la Doctrina Finalista de la Acción, p. 293.
- (80) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 334.
- (81) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 350. Cfr. Parágrafos 51 y 55 del CPA.
- (82) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 335.
- (83) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 356.
- (84) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, pp. 365-366.
- (85) REINHARD MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pp. 24-25.
- (86) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 356.
- (87) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 26.
- (88) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 354.
- (89) REINHARD MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 26.
- (90) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 48.
- (91) HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 31 y ss.
- (92) Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 31 y ss.
- (93) Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 31 y ss.
- (94) Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, p. 31.
- (95) Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, p. 33.
- (96) Cfr. HANS WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, pp. 31 y ss.
- (97) Cfr. REINHARD MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 25.

## CAPITULO TERCERO

## LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

"Fundamento del principio de culpabilidad y responsabilidad es la capacidad del hombre para decidirse correctamente entre el derecho y la injusticia. Solamente si existe esta libertad de decisión, tiene sentido reprochar al autor su culpabilidad".

JOHANNES WESSELS.

La inculpabilidad es el reverso de la medalla del tema principal de nuestro estudio. Todos los elementos del delito en el aspecto positivo tienen sus correspondientes en el ángulo negativo y cuando éstos aparecen darán como consecuencia su anulación. En este orden de ideas no tamos que a la inculpabilidad le toca ocupar el lugar del aspecto negativo de la culpabilidad, y si llega a hacer su aparición será imposible - que ésta se configure.

Siguiendo un orden lógico en el aspecto negativo del delito, su ausencia por inculpabilidad figura inmediatamente después de las causas de justificación. Para saber en qué casos el comportamiento humano no es delictuoso porque aparece una exculpante, será necesario observar que antes no se haya presentado una hipótesis de ausencia de conducta, una causa de atipicidad o bien que no concurra una eximente de antijuridicidad.

En el aspecto negativo de la culpabilidad la prelación lógica, según PORTE PETIT, opera en la siguiente forma: "Cuando estamos frente a - una hipótesis de inculpabilidad, concurren la conducta o el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, no así la culpabilidad". (1)

Las causas en cuestión han recibido diferentes denominaciones en la doctrina: A las entschuldigungsgründe (Alemania) se las reconoce como - hipótesis de exclusión de la pena por falta de conciencia de la antijuridicidad (eximentes putativas y error) por RICHARD SCHMIDT. (2) Las lla--man causas de inculpabilidad o de exculpación MAX E. MAYER y KÖHLER. (3) Según JIMENEZ DE ASUA son causas de exculpación, de exclusión o de ausencia de culpabilidad, o bien motivos que absuelven al sujeto en el juicio



de reproche. (4) También se las conoce con el nombre de causas que borran la culpabilidad del elemento objetivo material y más comúnmente como causas de inculpabilidad.

El concepto de la inculpabilidad va a variar en atención a la teoría a la que nos afiliemos para estudiar su tratamiento; así habrá una concepción psicológica, otra normativa causalista y una más normativa finalista. En la inculpabilidad quedan comprendidos todos aquellos motivos legales por los cuales un sujeto imputable que ha realizado una conducta típica y antijurídica, no puede ser declarado culpable en el juicio de valoración del delito.

JIMENEZ DE ASUA considera que "La definición más usual consiste en decir que tales causas de exculpación son las que excluyen a la culpabilidad, evidente tautología, que sin superarla del todo podríamos decir que son las causas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche".(5) La concepción de este autor bien podría afiliarse al pensamiento normativo causalista, o bien a la concepción normativa finalista de la culpabilidad.

Cabe hacer notar que en cada aspecto negativo del delito se debe hacer una clara diferencia entre las causas que dan lugar a la exclusión de su correspondiente elemento positivo y las que impiden la aparición de los demás. En forma común, por cuestiones de técnica, suele confundirse a las causas de inimputabilidad y las que lo son de la culpabilidad. Tal vez esta confusión tenga su origen en el hecho de que la culpabilidad ni la inimputabilidad encuentran una diferencia precisa en el psicologismo y en el normativismo causalista.

El mismo JIMENEZ DE ASUA expone: "La diferencia entre ellas (las causas de inculpabilidad) y las de inimputabilidad es palmaria: El inimputable es psicológicamente incapaz". (6) Continúa: "En cambio el inculpable es completamente capaz y si no se le reprocha su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve". (7)

Un concepto de inculpabilidad genérico no es fácil de encontrar, aun que para reparar ese detalle anotaremos que son las causas que borran el carácter delictuoso de una conducta típica y antijurídica y absuelven al sujeto en el juicio de culpabilidad. Desde luego es fácil suponer que si hay tres conceptos fundamentales de la culpabilidad, se la misma mane

ra habrá un trinomio de concepciones de la inculpabilidad y que cada una de las teorías que hemos estudiado tendrá para ella una estructura diferente.

Analicemos cada una de las causas de exculpación que nos dan el psicologismo, el normativismo y el finalismo.

#### A. LA INCULPABILIDAD EN EL PSICOLOGISMO.

Si en la teoría psicológica de la culpabilidad se habla de un nexo de carácter psíquico que une al sujeto con los resultados que son producto de su conducta voluntaria, para que exista nuestro elemento de entrada podemos decir que hay inculpabilidad cuando al juzgador le sea imposible llegar a establecer esa relación.

Para que exista la culpabilidad se requiere por una parte que la intención vaya dirigida a la conducta y al resultado, y en estos existirá el dolo como forma culpable. Por otro lado, si la intención se avoca solamente al comportamiento y si como consecuencia de la violación de un deber general de cuidado que personalmente le incumbía al autor, de acuerdo con las circunstancias y sus características personales se causa un daño, se hablará de culpa.

En algunos casos, se ha llegado a aludir a la preterintención como una suma del dolo y la culpa, es decir que en el caso de que se trata habrá dolo en el inicio y culpa en el final, respecto al resultado menor y mayor, en su caso. Entonces diremos que habrá inculpabilidad, psicológicamente hablando, en todos aquellos supuestos en los que no se den el dolo, la culpa ni la preterintención.

El psicologismo ordinariamente reconoció como causas para excluir la culpabilidad, a todos aquellos supuestos en los que se anulara alguno de los elementos constitutivos del dolo, a saber: El cognoscitivo o intelectual (conocer) y el emocional o volitivo (querer).

Así como dijimos que al menos en la culpa conciente, como modalidad de la culpabilidad culposa, no podía llegar a establecerse un nexo psíquico por la falta del elemento intelectual y la presencia del elemento volitivo en forma incompleta, notamos que tampoco podría hablarse de la inculpabilidad en la culpa, sea o no originada por error, y a lo más se

aludirá al límite de la culpa y de la culpabilidad. (8)

Las causas por las que desaparecía el elemento volitivo del dolo, jamás fueron explicadas en forma amplia por los psicólogos y únicamente se habló de la coacción. Tal vez esta confusión se originó por el hecho - de que en la teoría psicológica se estimaba que también en la conducta se incluía la voluntad y que en el aspecto negativo de este elemento se estudiaba la ausencia de voluntad. (9)

En cambio sí se expuso en forma exhaustiva lo relativo al error como hipótesis de la exculpación, al faltar el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo. Vamos a pasar ahora a hablar de cada una de las situaciones de inculpabilidad para la teoría psicológica.

#### A.1. EL ERROR.

La inculpabilidad por error se funda en el hecho de que un individuo perfectamente capaz para responderle al Derecho en calidad de culpable (imputable), actúa en contra de sus prescripciones, mas su conducta - se encuentra exculpada en virtud de un falso conocimiento o total desconocimiento de cualesquiera de estas situaciones:

- a). De que realiza elementos propios de la descripción típica.
- b). De la realidad fáctica que se da en el momento de la comisión de su conducta.
- c). De la realidad jurídico-penal o extrapenal que regula ese comportamiento.
- d). Del significado antijurídico de la conducta que se realiza.

En realidad todas las hipótesis de error podrían referirse al conocimiento viciado de un aspecto de la antijuridicidad (de carácter formal o material), habida cuenta de que el dolo precisa dentro de su elemento cognoscitivo del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. De acuerdo con estas consideraciones notamos que el error, en la doctrina psicológica de la culpabilidad, se dividió en: a). Error de hecho. b). Error de derecho. c). Error de licitud. (10)

El error tiene el poder de evitar que llegue a formarse el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo (conocer), en los casos de que se refiera a la esencia del delito y sea de naturaleza invencible, al faltar - el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta.

Cuando el yerro pudo haber sido vencido al poner un poco más de diligencia al actuar, atendiendo siempre a las peculiaridades del sujeto, o - sea de carácter accidental, el resultado se le imputará al autor a título de culpa, en el supuesto de que el delito-tipo acepte esa forma de culpabilidad en su comisión.

Cabe hacer la diferencia entre el falso conocimiento o conocimiento viciado y el desconocimiento total o ignorancia. Se dice que el error es el falso conocimiento que se tiene de una situación, que posee un matiz positivo y objetivo; presupone el conocimiento de la situación sobre la cual recae la falsedad. La ignorancia, en cambio, viene a significar el total desconocimiento y es otra forma del error; tiene un tinte negativo y subjetivo, no requiere del conocimiento, sino que la ausencia de éste es lo que le da su esencia.

Esta diferenciación se hace tan sólo por lo que respecta al aspecto psicológico, mas en las legislaciones el conocimiento y el falso conocimiento se unen en una sola expresión: Error. Además, en la práctica los jueces no suelen investigar si es que las causas de inculpabilidad por yerro se basan en el falso conocimiento o en el desconocimiento. Donde el Derecho no distingue, al juzgador no le es dable hacerlo.

VON SAVIGNI (11) manifiesta que en todo caso el error encuentra su origen en la ignorancia y que por tal motivo, no debe estudiarse el falso conocimiento o el desconocimiento, porque los dos son idénticos, sino tan sólo el error. CARLOS BINDING (12) nos dice que todo conocimiento falso significa un no conocimiento y todo no conocimiento se expresa en un conocimiento erróneo. En el error, en algunos casos, si bien es cierto que hay conocimiento, también lo es que éste no concuerda con la verdad.

En el ámbito del Derecho Penal, VON SAVIGNI (13) bifurca al error -- así:

1). Error de hecho o error facti, que funciona sobre los hechos jurídicos, sobre las condiciones que se exige para aplicar la norma de -- Derecho (cualidades físicas), y

2). Error de Derecho o error iuris, que versa sobre la regla de Derecho, sobre el Derecho objetivo (cualidades jurídicas).

Esta clasificación la hace VON SAVIGNI atendiendo al elemento sobre

el cual recaerá u operará el error; las hipótesis encuentran su basamento jurídico desde el Derecho romano.

El error en la disciplina penal tiene los efectos de eximir a la culpabilidad y con ello a la responsabilidad, dejando al dolo sin esencia - porque falta en él el elemento intelectual o cognoscitivo (conocer) que - abarca lo que en la doctrina se ha denominado "conciencia de la antijuridicidad".

Si el yerro es de naturaleza esencial e invencible, tiene tal poder; mas si es accidental o vencible, dejará que el dolo surta sus efectos, en el primer supuesto. En el segundo caso la acción u omisión se debe a culpa, siempre que el delito acepte esa forma de culpabilidad para su comisión.

Vamos a tratar sobre las clases de error que son enunciadas en la -- teoría de la culpabilidad de los psicólogos.

#### a. ERROR DE HECHO.

Antes fue llamado en la doctrina "error de hecho esencial e invencible", quizá para diferenciarlo del yerro accidental y vencible. Mas como todas las clases de error exculpante que reconoce el psicologismo - tiene que sellárselas con esas dos características para que logren hacer insubsistente a la culpabilidad, preferimos dejarlo simplemente en "error de hecho".

A este tipo de yerro se le explica como un vicio del consentimiento, que se traduce en el hecho de que el sujeto tiene un falso conocimiento o total desconocimiento de que está realizando elementos típicos esenciales del delito-tipo de que se trate en cada caso concreto, o de las circunstancias calificativas o modificativas que puedan afectarlo. Recae sobre - la parte explicitadora de las normas de Derecho, sobre la descripción del tipo de delito que en ellas se hace; es decir, afecta a la esencia del de lito, a su calificación jurídica.

Hay error de hecho anulatorio de la culpabilidad, cuando el sujeto - tiene un falso conocimiento o un desconocimiento total de algunos de los siguientes elementos típicos:

A). Los presupuestos del delito. Podría ejemplificarse con el -

desconocimiento de la relación de parentesco en el delito-tipo del homicidio.

B). El verbo rector del tipo (la conducta). Cuando el agente no conoce que está realizando el hecho de apoderamiento, en el delito-tipo - del robo, por ejemplo.

C). Las modalidades de la conducta . Como puede ser la exigencia de medios, las referencias de tiempo o espacio, los elementos del juicio congitivo o alguno de los elementos normativos de valoración jurídica o cultural. Verbigratia, el error que recae sobre la castidad de la mujer en el delito-tipo del estupro.

D). La calidad del sujeto activo o pasivo. Se da en el supuesto de que el sujeto que no sabe que la mujer con la que copuló es su madre, en el delito-tipo de incesto.

E). El objeto material. En el caso de que el agente, queriendo matar a un león, dé muerte a un hombre que se encuentra disfrazado como tal y está en el lugar en que deben estar los leones.

F). Las circunstancias calificativas o modificativas del delito-tipo. (14)

Podemos observar que la denominación de error de hecho no es muy -- acertada para nombrar a este tipo de yerro, habida cuenta de que el término no abarca solamente situaciones de hecho y la castidad y honestidad, por ejemplo, son elementos normativos que nada tienen qué ver con los hechos. GRAF ZU DOHNA decidió que el término acertado para denominar al desconocimiento o al falso conocimiento de las situaciones descritas en las norma, era el de "error de tipo". (15)

El error de hecho encuentra su basamento en la situación de que el agente perfectamente incapaz (imputable), yerra invenciblemente sobre alguno o algunos de los elementos que exige la figura delictiva tipificada, o sobre las circunstancias calificativas o modificativas contenidas en su descripción. Toda esta idea se da sobre la base de una falsa apreciación que interviene en el elemento intelectual o congnoscitivo del dolo. Por ende, en el caso de que no lleguen a darse al unísono los dos elementos de la intención delictuosa (dolo), habrá una hipótesis de inculpabilidad psicológica.

Estimamos que los elementos del error de hecho son:

- a). La existencia de una conducta humana voluntaria y libre.
- b). El desconocimiento o el falso conocimiento de que se están realizando elementos del delito-tipo.
- c). Que la naturaleza del error sea invencible.
- d). Que se produzca un resultado típico y antijurídico.
- e). Que haya una declaración de inculpabilidad en favor del autor.

En la culpabilidad psicológica tiene predominio la creencia de que entre el autor y el resultado debe existir un vínculo psíquico al que se denomina "intención"; a este nexo llega a establecérselo claramente en los delitos dolosos, mas no en los culposos. Por tal motivo, es de observar que si el error impide que nazca el elemento cognoscitivo del dolo y la culpa no lo tiene, únicamente afectará a los delitos que puedan realizarse con la primera modalidad culpable.

No es concebible que se diga que en los delitos ocasionados por culpa del agente, pueda llegar a darse una eximente de culpabilidad fundada en el error de hecho esencial e invencible. Hay quienes opinan que en la violación de un deber general de cuidado que en forma personal le incumbe a alguno, ya está ínsito el error; esto lo analizaremos en el inciso de otras causas de inculpabilidad en el psicologismo.

En las más de las ocasiones el error de hecho origina una ausencia del delito por inculpabilidad, aunque en algunos casos da lugar a otra calificación del delito, lo que en la doctrina penal ha sido llamado "variación" o "traslación de tipo". Por ejemplo, en el delito de parricidio, -- cuando por error de hecho esencial e invencible el sujeto ignora que tiene una relación de parentesco con el pasivo, que es el presupuesto general de este delito-tipo, hay inculpabilidad en el parricidio mas subsiste la culpabilidad en el homicidio. (16)

Caso distinto es que el desconocimiento o el falso conocimiento que afecta al delito sea vencible, porque si pudiera evitarse con poner un poco más de diligencia en el momento de actuar, el resultado le sería imputado a título de culpa, como consecuencia de no haber puesto el debido -- cuidado en el comportamiento. El mismo delito de parricidio, por su propia esencia, no acepta la comisión por culpa ya que requiere de un elemento subjetivo del injusto: "Querer dar muerte al ascendiente o al descendiente", por lo cual en los casos de error accidental o vencible, anulará

al parricidio y dará lugar al homicidio, tipo fundamental al que se añade una circunstancia.

#### b. ERROR DE LICITUD.

Este viene a ser el falso conocimiento o el desconocimiento invencible que, afectando la esencia del delito, incide sobre la licitud de la conducta. Es decir, que el sujeto yerra, por una falsa apreciación de la realidad jurídico-penal o extrapenal o de la realidad fáctica, en la licitud de su conducta. Se da cuando el individuo estima que su comportamiento está permitido por las circunstancias en las cuales lo despliega, o cree que esa licitud proviene de las normas del Derecho Penal o de cualquier otro orden legal.

Da lugar a las "eximentes putativas" o "falsas causas de justificación" y a la obediencia jerárquica inculpable, para aquellos que estimen que la obediencia a un mandato superior no encuadra dentro de las justificantes.

En la doctrina se ha dicho que debe denominársele "error de ilicitud" y no "error de licitud", concepción que resulta ser muy desatinada porque el yerro afecta la licitud de la conducta. Esto es, que el sujeto cree por una falsa apreciación sobre la realidad jurídica o fáctica, que su conducta es lícita y no que no sea ilícita.

Las hipótesis de error de licitud que pueden presentarse son:

1). Defensa putativa, a la que erróneamente suele denominársele "legítima defensa putativa". El término legítima y el de putativa son antitéticos.

2). Estado de necesidad putativo, en los supuestos en que se sacrifique un bien de menor entidad.

3). Ejercicio de un derecho putativo.

4). Cumplimiento de un deber putativo.

5). Impedimento legal putativo.

6). Como caso distinto la obediencia jerárquica, de la que ya hablaremos.

A las cinco primeras y a la sexta por excepción, se las denomina -- "eximentes putativas" y se da una por cada causa de justificación que se



reconozca en los órdenes legales (penales o extrapenales), lo cual quiere decir que nuestra enumeración no es limitativa; pudimos haber dejado - de considerar alguna.

Existe una "eximente putativa", cuando el sujeto por error esencial e invencible cree que su conducta se encuentra justificada en el orden penal o extrapenal, o porque estima que en vista de las circunstancias en - que ella se presenta (realidad fáctica), su comportamiento está justificado por el Derecho. Así, concluimos que nos encontramos en presencia de - una eximente putativa, cuando el sujeto piensa que su conducta va a ser justificada legalmente, por un yerro invencible.

En el caso de la obediencia jerárquica la situación que se presenta es similar, ya que el error afecta el carácter ilícito del mandato que le da un superior en el orden de las jerarquías administrativas. Esto es que la persona que obedece a un superior legítimo de carácter adminisitrativo, debe considerar, por error esencial e invencible, que lo ordenado es lícito.

La condición para que operen estas causas de inculpabilidad -- las - eximentes putativas --, es que el hecho sobre el cual recae el error reúna los mismos requisitos legales que se describen en los códigos cuando - se enuncian verdaderas causas de justificación, al menos en la creencia - del agente.

Cuando se provoca la circunstancia que hace necesario el motivo de - la justificación en forma dolosa, el sujeto es culpable en esta modalidad de la culpabilidad. Cuando se hace por culpa, algunos opinan que responderá a título de autor culposo y otros estiman que debe hacérsle responsable de un delito doloso. (17)

En nuestra concepción, el error de licitud que exime de la culpabilidad tiene los siguientes elementos:

- I). Una conducta humana voluntaria y libre.
- II). El desconocimiento o el falso conocimiento de la realidad jurídico-penal o extrapenal, o de la realidad fáctica.
- III). Que sean de naturaleza esencial e invencible y que hagan - creer al sujeto que su conducta es lícita.
- IV). Que se produzca como consecuencia un resultado típico y an

tijurídico.

V). Que como consecuencia se absuelva al autor por inculpabilidad.

A la obediencia jerárquica se la estima como causa de inculpabilidad por error, gracias a MAX E. MAYER (18); antes de él se la consideraba solamente como justificante. Como veremos después no podría ser excluyente de responsabilidad más que en determinados casos, habida cuenta de que éstas se fundan en un aspecto objetivo y en algunos supuestos, en la obediencia el carácter es meramente subjetivo.

A veces en la obediencia jerárquica no se da la ausencia de interés o el interés preponderante, que son requisitos de las causas de justificación; el error que la fundamenta recae sobre la falsa apreciación de que el mandato es lícito. Figura la obediencia a un mandato superior, en el error sobre la licitud de un comportamiento; quien ejecuta el mandato de un superior en el orden de jerarquías, debe creer esencial e invenciblemente que lo ordenado es lícito y en tal creencia debe ejecutarlo.

El error debe ser invencible en forma radical, ya que si no lo es el sujeto responderá por culpa, si el delito ejecutado acepta esa forma de comisión. Cuando el mandato que cumple el subalterno es injusto, se hace responder por él a quien lo ordenó, como autor mediato o instigador.

### c. ERROR DE DERECHO.

Llámase así el error invencible que afecta el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta; también lo hay vencible, aunque éste en ningún caso puede dar lugar a la inculpabilidad. Pueden presentarse dos hipótesis de error iuris, que son: La ignorancia de la Ley y su falso conocimiento.

Cuando el error de derecho o error iuris aparece, se afecta uno de los requisitos del elemento intelectual del dolo. Pese a ello se ha elevado una máxima en Derecho, que postula: Error iuris nocet (el error de derecho no aprovecha). Se dice que el error de derecho o ignorancia de la Ley no excluye de su cumplimiento. Esta situación es por demás estricta, habida cuenta de que siguiendo el sistema de la inculpabilidad por error en el psicologismo, cuando el error afecte la esencia del delito y sea además de naturaleza invencible (cualidades que sí puede llenar este tipo

de error), la culpabilidad debe anularse por la imposibilidad de que se integre el dolo, al faltar uno de sus elementos necesarios: El intelectual o cognoscitivo.

El error de derecho pesa sobre la significación antijurídica de la conducta, que en suma con otros conocimientos viene a integrar el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo (conocer). A esta clase de error podría confundírsele con el delito putativo, para evitar confusiones sentemos una clara diferencia: En el segundo hay igualmente error, se cree que la conducta que se está realizando es delictuosa.

En el error de derecho se piensa que la conducta no está considerada como delito en la Ley. El error iuris implica que la norma jurídico-penal tiene plena validez y vigencia; en el delito putativo, en cambio, simplemente no existe delito-tipo al cual referir el comportamiento.

Castigar el error de derecho resulta un tanto ilógico, puesto que si el Estado tiene todos los medios posibles y efectivos para hacer del conocimiento de sus súbditos las leyes y no los utiliza en forma adecuada, y como consecuencia algunos sectores de la población ignoran que ha sido expedida tal o cual Ley, no debe imputársele a ellos.

Además también hay que considerar la situación cultural del pueblo mexicano; sabemos que en nuestro país todavía existen algunas tribus para las cuales la única ley que impera es la de la costumbre. Estos núcleos sociales, en la mayoría de las ocasiones no saben leer ni escribir y ni siquiera les llega el Diario Oficial.

El conocimiento de la Ley del cual debe penarse su ausencia, será aquel que pueda tener la persona común y corriente y no el de un perito en leyes. No es el conocimiento que puede tener un estudiante o un estudioso del Derecho; en las más de las ocasiones ni ellos conocen todas las disposiciones legales. Huelga decir que en la República Mexicana existe un sinnúmero de leyes, decretos, reglamentos, etc., que no siempre son del conocimiento general.

Podemos decir que los elementos del error iuris como exculpante son:

- I). La realización de una conducta humana voluntaria y libre.
- II). El desconocimiento o el falso conocimiento de la significación antijurídica de la conducta.
- III). Que sean de naturaleza esencial e invencible.

IV). Que produzcan un resultado típico y antijurídico.

V). Que como consecuencia de él se dé la absolución del sujeto en el juicio de la culpabilidad.

Si el error de derecho es esencial e invencible, debe como todos los demás yerros anular la culpabilidad, al hacer imposible que se configure el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo. En el caso de que el -- error pueda ser vencido o recaiga en lo accidental, entonces sí que el su jeto responda a título de un delito cometido en forma culposa.

El error que recae sobre la significación antijurídica de la conducta no implica que el sujeto sepa o no que su conducta está sancionada con una pena determinada, simplemente se refiere a saber que el delito está - o no previsto en las normas.

#### d. ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL.

Esta especie de yerro no tiene relevancia alguna para destruir el carácter doloso de un comportamiento humano, aunque en algunas veces - en determinados delitos origina una calificación distinta (variación o -- traslación de tipo).

Dentro de su marco se presentan los siguiente supuestos:

1). Error en el golpe o aberratio ictus. Se produce por desviación. Por ejemplo, cuando una persona quiere disparar contra otra y por - falta de puntería priva de la vida a un tercero.

2). Error en la persona o aberratio in persona, donde entra en juego la confusión. Así, cuando el agente tiene la intención de privar de la vida a su padre y al confundirse asesina a un tercero.

3). Error en el delito o aberratio in delicti. El yerro ocurre sobre el delito, aunque no en su esencia; con él se ataca un bien jurídico distinto al que se pretendió lesionar.

4). Error en los medios. Origina una tentativa imposible o deli to im posible, al emplearse los medios que no son los adecuados para la co m isi ón del ilícito. En los casos en que se dé una tentativa imposible, -- puede que se deba a un estado de anomalía psíquica del sujeto por ende debe atenderse a su peligrosidad.

JIMENEZ DE ASUA afirma que el error no tiene efecto alguno en la culpabilidad cuando es: "a). Accidental, como en el caso de que se afecte la variación del curso de la cadena de antecedentes y causas; pero sin ser esencial el cambio para la producción del resultado, problema que nos lleva a la teoría de los hechos lejisimos y que entronca con el asunto de la causalidad, de que nos hemos ocupado reiteradamente". (19)

El error en el golpe, en la persona y en el delito, deja subsistente la culpabilidad del sujeto por el hecho de aparecer la desviación y la -- confusión; como estas pueden ser vencidas y no recaen sobre la esencia -- del delito, no adquieren la fuerza necesaria para destruir al dolo. El -- error en los medios es un caso distinto, provoca que el delito se quede - en intento, ante la imposibilidad de que se le pueda realizar por los medios que emplea el agente. Como ejemplo PORTE PETIT suele presentar el hecho de querer privar de la vida a una persona golpeteándola con un pañuelo. (20)

Ya dijimos que el error accidental en ocasiones origina la variación de tipo; esto se ve nítidamente en el delito de parricidio, cuando por -- confusión o por desviación se priva de la vida a una persona que no está ligada al delincuente por las relaciones de parentesco que se requiere; - aquí no será posible que se integre el delito de parricidio, mas seguirá latente el homicidio, si es que no se presenta algún otro aspecto negativo del delito.

## A.2. LA COACCION.

El dolo tiene un elemento emocional o volitivo, al que se entiende como querer o aceptar el resultado que se ha de producir con la - conducta, en el dolo directo y en el eventual, respectivamente. Se ha dicho que para que exista el dolo en el campo de lo jurídico, debe de efectuarse la conducta por una voluntad humana consciente y libre (querer, intención y entender). Los psicólogos pensaron que la coacción era un vicio de la voluntad y que al anular el elemento volitivo del dolo, daba lugar a una causa de inculpabilidad.

Por vis compulsiva o coacción se entiende: Aquella fuerza o violencia que se hace en una persona para precisarla a que diga o haga alguna -

cosa que no tiene intención de hacer o de decir, según la RALE. En el diccionario se confunden la vis absoluta y la vis compulsiva. La distinción se halla al decir que la primera es de carácter material y la segunda de naturaleza moral.

La teoría psicológica de la culpabilidad dijo que la coacción afecta en forma directa al dolo, ya que viciaba la voluntad y por este motivo ya no tenía las cualidades de ser consciente y libre. (20\*) Realmente lo que puede decirse de la coacción es fácil: Por ella se entiende aquella - fuerza humana de índole moral, que se ejerce sobre una persona para determinarla a que ejecute un delito que, tal vez, en otras condiciones no realizaría.

Dentro de la teoría tradicional suele estudiarse a la coacción en - las hipótesis de ausencia de conducta, en las causas de inimputabilidad o bien en las excluyentes de responsabilidad por exculpación. Se presenta - un problema, ya que se ha dicho que en los tres elementos que mencionamos con antelación concurre la voluntad o el querer: A la conducta se la entiende como voluntad humana, a la imputabilidad como capacidad de querer y entender y a la culpabilidad como voluntad intencional.

PORTE PETIT sostiene que la vis compulsiva es una fuerza humana exterior, de carácter moral, aunque a diferencia de la vis absoluta, se la -- puede resistir ya que el sujeto que la sufre puede elegir entre la realización o no de la conducta. (21) Este mismo autor concluye que "la vis absoluta constituye un aspecto negativo de la conducta, en tanto que la vis moral puede ser una causa de inculpabilidad o bien una causa de inimputabilidad según los casos". (22)

Esta hipótesis de inculpabilidad psicológica se bifurca en: Miedo -- grave y temor fundado; el primero es presente y el segundo se da a futuro; en ambos casos la voluntad del sujeto que actúa está viciada. En forma más acertada podría decirse que la coacción es un caso de ausencia de conducta, ya que el sujeto que obra bajo la vis compulsiva si bien es -- cierto que quiere la realización de la conducta también lo es que ese querer está viciado y que el vicio que lo afecta impide que se configure la voluntad consciente y libre.

El individuo no tiene la intención de cometer el delito; es decir, - quiere la realización de la conducta y la ejecuta, porque se ve amenazado por una fuerza de origen moral que pone en peligro su persona, sus bienes

o las personas o bienes de sus allegados. La vis moral determina al sujeto a realizar la conducta, mas falta la intención de llegar al resultado. Ya en un caso extremo podría decirse, avocándonos al normativismo, que estamos frente a una hipótesis de "no exigibilidad de otra conducta", que daría lugar a la inculpabilidad.

La amenaza que recibe el sujeto debe tener la posibilidad de realizarse, puede ser actual o inminente y por su naturaleza obligar a cualquier individuo a la realización de la conducta. Ante el peligro el hombre no está obligado a cumplir con las normas jurídicas. Recuérdese que el Derecho está elaborado para el hombre común y no para el super-hombre.

Aquí se vislumbra otro problema interesante: Es bien sabido que la teoría psicológica de la culpabilidad, al tratar las excluyentes únicamente alcanza al dolo y no llegar ni a tocar siquiera a la culpa. Al recordar que en la culpa se ve claramente al elemento volitivo o emocional (querer la conducta), al cual la coacción ataca, tendríamos que concluir que la vis compulsiva debería afectar tanto al dolo como a la culpa, por el hecho de que ambos contienen el elemento volitivo.

Esto no es concebible, habida cuenta de que en el delito culposo no hay intención que se dirija al resultado, y es esta intención a la que se toma en consideración para calificar y sancionar al delito. Todo lo cual nos sirve para sostener que la coacción anula la voluntad de la conducta, ya que en los delitos culposos podría haber coacción para que se realice el comportamiento, aun sin que quien lo ejecute quiera el resultado ilícito.

Trataremos de explicar en forma más amplia esta cuestión, con los postulados que la teoría normativa causalista da a la inculpabilidad, dado que la no exigibilidad de otra conducta nos llevará a resultados más favorecedores.

### A.3. OTRAS CAUSAS.

Es necesario que ubiquemos dentro de las otras causas de exculpación que fueron aceptadas en la teoría psicológica de la culpabilidad, a la obediencia debida.

## a. LA OBEDIENCIA DEBIDA.

La obediencia jerárquica es un tema que ha provocado opiniones dispares de los tratadistas del Derecho Penal; porque si bien es cierto que quien obedece el mandato de un superior en el orden de las jerarquías, en determinados casos se encuentra exento de responsabilidad, también lo es que en otros será plenamente responsable. La también llamada obediencia debida ha sido reconocida como una de las hipótesis de delito, como causa de justificación o de licitud, como exculpante por error y como supuesto de inculpabilidad por "no exigibilidad de otra conducta", según sea la situación en que la orden se presente.

Desde el Derecho romano se hablaba de la necessitas obedendi (obediencia debida). Se dio una regla: Quien manda tiene responsabilidad por lo ordenado y quien está obligado a obedecer se exime de ella. JIMENEZ DE ASUA nos explica: "En los delitos públicos regía el respeto a esta máxima: Qui iussu iudicis aliquid facit non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet, y para los delitos privados esta otra: Is damnun dat qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, qui parere necess sit. Esto no valía cuando el mandato era incompetentemente dado pues la responsabilidad se extendía entonces al ejecutor: Actio legis Aquiliae cum eo est qui iussit, si ius imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est - qui fecit". (24)

Se dijo que cuando el ejecutor obedecía la orden de un superior legítimo ejercía un derecho, y que quien no ejecutaba el mandato era culpable.

Desde los tiempos de FRANCESCO CARRARA ya se hablaba de cuatro clases de subordinación: a). Espiritual. b). Política. c) Doméstica. d). Jerárquica. (25) La dependencia espiritual carece de trascendencia en el aspecto punitivo, ya que solamente se la adquiere en el ámbito de la conciencia y este no es el terreno en el que se desenvuelven las normas del deber ser.

La subordinación política es la que une al gobernante con el gobernado y tampoco nos interesa tratarla en el Derecho Penal porque no tiene relevancia alguna, ya que quien ejecuta un mandato que le dé el jefe de Estado será penalmente responsable. La dependencia doméstica es la que une



a padres e hijos, al marido y a la mujer y al sirviente con su señor. En este supuesto, tanto el que manda como quien ejecuta la orden dada serán responsables.

La única obediencia que nos interesa tratar en el marco de los aspectos negativos del delito (justificación e inculpabilidad), es la que surge de la subordinación jerárquica, que es la que une al subalterno con el superior en todos los ramos de la administración. JIMENEZ DE ASUA se expresa así de la obediencia debida: "Y por ende diríamos que esta causa exculpa al inferior que obedece el mandato procedente del superior jerárquico, cuando éste ordena en el círculo de sus atribuciones y en la forma requerida en las disposiciones legales". (26)

El problema de la obediencia jerárquica es resuelto en México, en forma magistral, por PORTE PETIT (27), quien expone:

En la obediencia debida pueden presentarse las siguientes hipótesis:

A). La orden es lícita. En esta hipótesis o sea la de obedecer a un superior con relación a un mandato legítimo, no existe delito alguno por ser orden "lícita".

B). La orden es ilícita, conociéndola el inferior y sin obligación de acatarla, es decir teniendo el poder de inspección. Cuando se cumple tal orden el sujeto es responsable.

C). La orden es ilícita, conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, es decir sin tener poder de inspección. En este caso se trata de una causa de justificación.

D). La orden es ilícita, creyéndola lícita el inferior por error invencible. Estamos frente a una causa de inculpabilidad.

E). La orden es ilícita, pero no se le puede exigir al sujeto una conducta distinta a la que realizó. Existe una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

Al psicologismo únicamente le interesa tratar el cuarto supuesto, -- que derivará en una causa de inculpabilidad al presentarse una de las hipótesis del error de licitud esencial e invencible. Cuando el error que afecta al mandato reúne estas dos características, el dolo tendrá que desaparecer ante la imposibilidad de que se configure su elemento intelectual o cognoscitivo (conocer).

Como en todos los casos de error, si el yerro que afecta a la orden

dada y ejecutada pudo haber sido vencible, el delito será imputado a título de culpa, si el tipo acepta esta forma de comisión. Si el falso conocimiento o desconocimiento total que altera el mandato es accidental la culpabilidad queda subsistente, habida cuenta de que este tipo de error no logra hacerla desaparecer.

Parece ser que fue MAX E. MAYER quien resolvió la cuestión, al decir que la obediencia jerárquica antijurídica era una causa de inculpabilidad y no una eximente de antijuridicidad como se creyó durante mucho tiempo - en la doctrina penal. (28) Será entonces un motivo de inculpabilidad por error de licitud esencial e invencible el obedecer a un superior en el orden de las jerarquías, cuando el mandato que se ejecuta por el inferior - es ilícito y el sujeto ignora que tiene esta cualidad por encontrarse ante el error.

#### f. EL ESTADO DE NECESIDAD.

En la doctrina psicológica de la culpabilidad se manejó y aún - se le maneja por sus fervientes seguidores, al estado de necesidad como - causa de exclusión de la culpabilidad. Para que podamos hablar del estado de necesidad como exculpante, se hace necesario que hagamos una breve semblanza del tratamiento que ha recibido este arduo instituto en la doctrina del Derecho Penal.

VELA TREVINO opina así: "Conceptualmente al estado de necesidad se - le entiende como el conflicto que se presenta en una situación de peligro entre intereses jurídicamente protegidos, colocados en idénticos planos de licitud, en virtud del cual surge la necesidad de sacrificar uno - de estos intereses para preservar el otro". (29)

PORTE PETIT explica en términos más concretos que "estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o preotegido, se lesiona otro bien igualmente amparado por la ley". (30) RAUL E. ZAFFARONI anota: "El tipo permisivo del - estado de necesidad descansa sobre el fundamento de la necesidad de salvar el interés mayor sacrificando al menor. Aquí el orden jurídico en razón de la cuatificación de la lesión, permite la lesión de menor cuantía". (31)

Nosotras hemos dicho que "actúa amparado por un estado de necesidad - (como justificante), quien para salvar un bien protegido por la ley y de mayor entidad, lesiona o destruye otro de menor jerarquía igualmente tutelado". (32)

Hemos dado dos definiciones del estado de necesidad genéricas y dos - específicas (considerándolo como causa de justificación), con el propósito de recalcar el tratamiento dual que recibe nuestra institución en el - Derecho Penal. "El estado de necesidad encierra complejos problemas, porque si bien se le considera como una justificante también hay que decir - que en determinados casos puede ser exculpante". (33)

Si queremos darle una naturaleza propia al estado de necesidad, tendremos que recordar que en la doctrina se maneja a este respecto dos tesis: La unitaria y la de la diferenciación. Dentro del criterio unitario tenemos dos posturas diversas: a). Es una causa de justificación. b). Es una causa de exculpación. Esta posición no logra resolver el problema, habida cuenta de que el tópic que comentamos cumple con una doble función.

La tesis diferenciadora, en cambio, considera que para fijar la naturaleza del estado de necesidad tiene que atenderse al valor de los bienes que se sacrifican; así tenemos que hay estado de necesidad como justificante y como exculpante. (34)

Nuestra opinión es en este sentido: "En realidad todo se resuelve satisfactoriamente cuando recordamos que pueden presentarse tres hipótesis con relación al valor de los bienes:

a). Que el bien sacrificado sea de mayor jerarquía que el salvado. - Aquí estaremos en presencia de una causa de justificación, fundada en el principio del interés preponderante (estado de necesidad).

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

c). Que el bien que se salvaguarda sea de mayor valía que el que se lesiona. Evidentemente en este supuesto nos toparemos con una hipótesis - de delito". (35)

De las anteriores aseveraciones y como veremos más adelante, se deduce que en el psicologismo se encuentra una falla terrible respecto al estado de necesidad, dado que en él el sujeto quiere la realización de la - conducta y del resultado. Por lo tanto, se tendría que responsabilizársele

por el delito a título de "inculpable-culpable".

Esta causa de exculpación no encuentra en la teoría psicológica un fundamento preciso, ya que en ella no se puede hablar del error o de la coacción. JIMENEZ DE ASUA sostiene que "corresponde al dogmático decidir que unas veces, cuando el conflicto sea entre bienes desiguales, el esta do de necesidad es una causa de justificación, mientras que en otras cuando colisionen dos bienes iguales, será una causa de inculpabilidad". (36)

#### g. EL CASO FORTUITO.

Hemos hablado hasta ahora de los casos de inculpabilidad que dejan sentir su influencia en el dolo, bien sea que anulen al elemento cognoscitivo o al volitivo de esta forma de culpabilidad psicológica. Es muy importante ahora tratar una situación en la que si bien no se es culpa--ble tampoco puede llegar a considerarse que se dé la inculpabilidad, pues to que constituye su propio límite.

En líneas anteriores hemos querido referirnos al tan controvertido -tema del caso fortuito. El casus es una cuestión de suma trascendencia en el Derecho Penal, juega un doble papel en la dogmática jurídica: Es a la vez límite mínimo de la culpa y límite máximo de la culpabilidad.

Esencialmente reconocemos al caso fortuito como: El resultado típico y antijurídico, consecuencia de una conducta humana voluntaria, que pudo o no ser previsto aunque no podía ser evitado por una persona común y corriente, motivo por el cual su autor no puede responsabilizarse por él, - aun cuando haya habido un mínimo de culpa en su acción u omisión. PORTE - PETIT ha dado por definirlo en los siguientes términos: "Hay caso fortuito cuando no se prevé lo imprevisible". (37)

Dejemos bien claro que en el término "caso fortuito" se engloba a to dos los hechos cuya causalidad se haya fuera del poder de evitación de -- los sujetos. El Derecho no puede exigirle a alguno que se comporte como - super-hombre. Lo que es inevitable no debe ser sancionado. Pese a esto, - ULPIANO asentó: "Caso fortuito es aquel que no puede preverse por ningún medio humano". (38) Nosotras consideramos que en el casus puede presentar se un mínimo de previsión.

También podría denominársele "fuerza mayor" y por ésta se entiende,

según GLETAARDINO ALMENA: "No solamente el efecto natural que no puede - imputarse al hombre, no sólo lo que acontece fuera de nuestra voluntad, ya que en tal situación el hombre no es diferente de una cosa, sino también lo que sucediendo por efectos de nuestra voluntad está aún más -- allá de los límites de aquella previsibilidad que es humanamente posible". (39)

En este sentido, en el término "fuerza mayor" se incluyen a todas - las fuerzas de carácter natural, que provienen tanto de la naturaleza -- misma como de los animales. Sin embargo, en la doctrina del Derecho Civil suele hacerse una diferenciación entre "caso fortuito" y "fuerza mayor", en la siguiente forma: El caso fortuito es producto de la naturaleza y la fuerza mayor es imputable al hombre. (40)

Analizando nuestra definición, nos encontramos con que el hecho es - típico y antijurídico y observamos que se contrapona a uno de los requisitos esenciales del caso fortuito que señalan nuestra legislación y la mayor parte de los doctrinarios: La licitud de la conducta. (41)

Seguimos sosteniendo nuestra postura y la apoyamos en el siguiente - razonamiento: La inclusión del término "lícito" en las legislaciones y en la definiciones doctrinarias, anula verdaderos supuestos de caso fortuito. Además, si se habla de una conducta lícita tendríamos que concluir -- que el caso fortuito impide la aparición de la antijuridicidad y por ende quedaría incluido dentro de las hipótesis de justificación y no en las de inculpabilidad (límite de la culpabilidad y de la culpa).

Una conducta ilícita también puede producir, como consecuencia de la intervención de las leyes de la naturaleza, un hecho imprevisible o inevitable. Decimos que también puede haber previsibilidad en él, sin que ella le quite la calidad de fortuito al evento; en el mismo sentido se pronuncia QUINTANO A. RIPOLLES. (42)

Veamos: la conducta es voluntaria; por tanto, no puede darse su aspecto negativo. La relación de causalidad no desaparece, el mal sigue -- siendo producto de la conducta, más la causalidad. Causa de justificación no hay, no puede hablarse en el caso fortuito de una ausencia de interés o de un interés preponderante. Hipótesis de inimputabilidad tampoco existe, el sujeto que realiza la conducta puede o no ser imputable. Nosotras lo consideramos, desde un aspecto psicologista, como límite de la culpa y de la culpabilidad.

El resultado que ha ocurrido por medio de la conducta voluntaria de un sujeto imputable, que se adecúa al tipo sin estar justificada y queda fuera de la posibilidad de evitación; por este motivo no concurren el dolo ni la culpa. No se evitó lo que ni para la persona más diligente y capaz era inevitable. Se le considera dentro de las eximentes de responsabilidad y así opina CORDOBA RODA en sus Comentarios, al exponer: "El caso fortuito exime de responsabilidad, porque respecto al resultado accidental el agente no ha tenido culpa ni intención". (43)

Los elementos del caso fortuito son:

1. Una conducta humana voluntaria. Que indudablemente intervino en la producción del daño, aun cuando el factor decisivo lo sean las leyes de la causalidad natural. Debe ser voluntaria porque si no lo fuera - habría una hipótesis de ausencia de conducta.

2. Lícita o ilícita. Las legislaciones hablan solamente de licitud; como ya dijimos este término no debe ser incluido porque anula verdaderas situaciones de caso fortuito.

3. Sin intención de producir el daño que se ocasiona. La intención va dirigida solamente a la producción de la conducta y tal vez de un resultado, aunque no del que ocurre. Obviamente que el daño de que se trata debe ser jurídico o extrajurídico, aunque siempre debe estar tipificado porque se puede causar un mal que no tenga relevancia para el Derecho.

4. Que se ocasione por mero accidente. Este requisito no debe ser exigido en las legislaciones, ya que si existe el caso fortuito el resultado sin lugar a dudas es producto de un accidente, o sea racionalmente inevitable, efectuado sin dolo. El casus comprende las hipótesis de versa ri in re licita o illicita.

5. Que la conducta sea típica y antijurídica. La conducta además de estar tipificada debe concurrir con los demás elementos que enuncia el tipo legal y además no debe estar amparada por una justificante. - (44)

Se hace patente la necesidad de diferenciar entre la culpa y el caso fortuito. QUINTANO RIPOLLES afirma: "Y es que oscilando continuamente el concepto de la culpa en el movedizo terreno intermedio entre el dolo y el casus, con propiedades eminentemente negativas y excluyentes, sólo ambos signos de referencia pueden darnos la pauta para su recta caracterización

morfológica". (45)

En la culpa hay previsión o no de un resultado que siempre deberá - ser previsible y evitable, esta posibilidad debe de tenerla el común de - la gente; el daño puede ser impedido por la conducta humana. En el caso - fortuito, en cambio, podría ser previsto el resultado en algunas ocasio- nes, aunque la conducta del hombre nunca podrá llegar a evitarlo porque - entran en juego los factores naturales o animales.

#### h. LA CULPA COMO MODALIDAD DEL ERROR.

En la doctrina penal es manejada alguna opinión que estima que la culpa en sí es ya una de las modalidades del error. Esto es que cuando el sujeto al actuar viola un deber general de cuidado que personalmente - le incumbía de acuerdo con las circunstancias y con sus características - peculiares, lo hace por desconocimiento o por falso conocimiento.

A fines del siglo XVIII y a principios del XIX, etapa importante y - trascendente en el Derecho Penal, KLEINSROD y ROSSI, en Alemania e Italia respectivamente, consideraron que la culpa era una modalidad del error y que la previsibilidad le daba sus esencia. (46) SAN ISIDORO DE SEVILLA adoptó una postura filológica y asentó que la negligencia, un grado de cul- pa -- negligere, ne legere --, provenía de no saber leer, ignorancia. (47)

Puede ser que en esta modalidad culposa ya exista en sí mismo el -- error, aunque también es cierto que se trasgrede la Ley al violar un de- ber general de cuidado que se impone erqa omnes y que le incumbe al au- tor de acuerdo con sus características personales y las circunstancias. - Por este motivo el delito cometido en forma culposa debe ser sancionado, mas el tratamiento que se le dará debe ser más benigno con el sujeto por que si bien es cierto que tiene una insuficiencia mental permanente u oca- sional y ésta no será corregida con la sanción, también lo es que la so- ciedad no puede quedar desamparada ante acciones u omisiones delictuosas de quienes violan deberes de cuidado que les incumben.

Ahora bien, ¿en qué recaería el yerro que existe cuando se actúa con culpa? Hay qué analizar las situaciones y entonces nos daremos cuenta de que, en efecto, actuar culposamente implica hacerlo bajo error, bien sea de hecho, de licitud o de derecho y es entonces cuando la conducta errada

será imputada a título de delito culposo. Existirá un delito culposo, - curiosamente originado en el error, cuando el desconocimiento o el falso conocimiento bajo el cual actúe el sujeto, pueden ser fácilmente vencibles.

En la culpa pura y simple no podemos decir que exista el error propiamente dicho, ya que no tiene un elemento intelectual o cognoscitivo - al cual hacer que se le refleje el yerro. La culpa, como modalidad de la culpabilidad psicológica, solamente posee un elemento psíquico: El volitivo o querer, que además está incompleto porque se refiere solamente a la realización de la conducta.

No tiene elemento intelectual o cognoscitivo, cuya esencia es propia del delito doloso en donde además de querer o aceptar se requiere el conocer que se realizan elementos típicos, conocer la realidad fáctica, la - realidad jurídico-penal o extrapenal y el significado antijurídico de la conducta. Con la ausencia de uno solo de estos supuestos, se hará imposible la existencia de un delito doloso. Sólo en algunos casos señalados expresamente, la ausencia de ese conocimiento dará lugar al delito culposo.

#### A.4. CONSIDERACIONES CRITICAS.

Critiquemos ahora la postura psicologista relacionada con las - causas de inculpabilidad que hemos tratado. Vamos a observar que de la -- concepción de la culpabilidad que analizamos en el inciso anterior, de acuerdo con los postulados de los psicologistas, se derivan un concepto y uan estructura determinados para la inculpabilidad. Las consideraciones - que le podemos hacer a este pensamiento son:

A). A la inculpabilidad en el psicologismo se la entiende como la imposibilidad de que el juzgador llegue a establecer un nexo de carácter psicológico entre el autor de una conducta típica y antijurídica y el resultado dañoso que con ella se produce. Evidente falla de los psicolo-- gistas, porque ya dijimos al tratar a nuestro elemento en el aspecto positivo, que en la culpa no es posible que llegue a establecerse esa rela-- ción entre la conducta y el resultado. Esto traería como consecuencia que en los casos de delitos cometidos por culpa hubiera inculpabilidad; iqué teoría tan benévola!



B). Cuando se explica al error y a la coacción, notamos que -- esas exculpantes se refieren únicamente al dolo; interpretando a contrario sensu que la culpabilidad es dolo, culpa o preterintención, notamos que a los psicólogos les faltó detallar en qué casos no existe la culpa y habrá inculpabilidad; que sí se estudian en el normativismo, al incluir la exigibilidad y la reprochabilidad.

C). En el error de licitud nos encontramos con otro yerro del psicologismo; tomando en consideración este pensamiento, notamos que el agente debe responder a título de inculpable-culpable, porque en estos casos sí puede establecerse un nexo psicológico entre el hecho y su autor.

D). Si aceptamos la teoría de los psicólogos tendríamos que decir que las causas de justificación son culpables, atendiendo a que en ellas también se quiere la producción de la conducta y del resultado.

E). Si la coacción figura como causa de inculpabilidad en virtud de que impide la aparición del elemento volitivo del dolo, debemos decir que además de anularlo a él dejaría insubsistente a la culpa ya -- que en ella también concurre (aunque incompleto) el elemento volitivo; -- esta doble función no se la dan los psicólogos a la vis compulsiva.

F). En el estado de necesidad como exculpante, cuando colisionan dos bienes jurídicamente protegidos de la misma entidad y se destruye a uno para salvar el otro, los psicólogos hablan de una causa de inculpabilidad, mas sin embargo no llegan a explicarnos a cuál de los -- elementos de la culpabilidad es al que anula el estado de necesidad como motivo exculpatorio. En este instituto no se hace referencia a si el estado de necesidad se debe a error o a coacción, que son las causas que -- reconoce la inculpabilidad psicológica.

Todas estas fallas se intenta corregirlas con la teoría normativa causalista que explica las causas de inculpabilidad que afectan lo mismo al dolo que a la culpa y se añade la no exigibilidad de otra conducta. Estudiemos la exculpación en el pensamiento normativo.

## B. LA INCULPABILIDAD EN EL NORMATIVISMO CAUSALISTA (Normativismo).

Entendemos que para la teoría normativa causalista de la culpabilidad, los elementos que la estructuran son: a). Imputabilidad. b). Dolo o Culpa. c). Exigibilidad. Estos tres componentes deben existir - en el caso concreto, para formular el juicio de reproche por medio del - cual se hace responder al sujeto imputable de una conducta que ha llenado todos los requerimientos típicos y además es antijurídica.

Hay ocasiones en que a pesar de que la conducta es típica y antijurídica al sujeto no puede reprochársele su comportamiento, atento a la situación en que se encontraba en el momento de actuar que impide que le sea exigible una conducta diversa a la que desplegó; es entonces -- cuando podemos hablar de la inculpabilidad en el normativismo.

Básicamente, las hipótesis de exclusión de la culpabilidad en el -- pensamiento normativo son las mismas que ha reconocido el psicologismo, esto por cuanto hace al error y sus modalidades y a la coacción, que explicaremos; mas se acepta que hay otros motivos que al decir de los normativistas anulan a la culpabilidad y que son la inimputabilidad y la no exigibilidad.

En realidad, si los doctrinarios que se afilian a esta teoría consideran que la culpabilidad se limita a un dolo o a una culpa reprochables, en virtud de que al sujeto no podía exigírsele que desplegara una conducta que se ajustase a los patrones legales, de las causas de inculpabilidad sobresalen todas aquellas situaciones de inexigibilidad, en atención a las circunstancias en que se dio el delito y por eso no puede haber reproche.

Es indudable que en la posición normativa, al introducir la exigibilidad y la reprochabilidad en nuestro elemento, se viene a soslayar algunos errores en los que incurría el psicologismo, principalmente en el aspecto negativo. Analicemos los motivos exculpantes en relación con el -- pensamiento de los doctrinarios normativistas.

### B.1. LA INIMPUTABILIDAD.

Este es el primer motivo exculpatorio que reconoce el normati-

vismo causalista. Al considerar que la imputabilidad es uno de los componentes de la culpabilidad, necesariamente tendremos que reconocer que en el caso de que no llegue a darse, habrá inculpabilidad como hipótesis de no delito.

Tradicionalmente se ha difundido la concepción que considera a la imputabilidad como la capacidad de querer y de entender. La primera se precisa que vaya dirigida a la realización de la conducta (sin que llegue a confundirse con la voluntad del elemento material y de la culpabilidad); la segunda se avoca a los resultados dañosos, que son producto del comportamiento humano voluntario.

Se distingue el elemento volitivo de la imputabilidad, de aquellos de que se precisa en la conducta y en la culpabilidad, en que en estos últimos casos el querer es en acto y en el primero en potencia o capacidad de actuar. El sujeto imputable, capaz de querer y de entender, quiere desplegar la acción u omisión y entiende las consecuencias necesarias que de ellas se derivarán. Esto quiere decir que según la concepción normativista sólo el imputable es capaz de realizar acciones dolosas, habida cuenta de que el dolo se integra con un elemento intelectual o cognoscitivo (entender) y con otro volitivo o emocional (querer).

A la imputabilidad le corresponde en el aspecto negativo del delito la inimputabilidad, que en relación con lo que hemos expuesto en líneas anteriores vendría a significar la incapacidad de querer y entender del sujeto. Concepción que no es compartida por nosotras, porque se derivaría en aceptar que en los sujeto afectados en su imputabilidad falta el querer en atención a una incapacidad volitiva. Consideramos que tanto imputables como inimputables tienen esa capacidad de querer y que solamente falta la de entender en los inimputables.

En la teoría normativa tanto el dolo como la culpa exigen ser dirigidos a la conducta y a la conducta y al resultado, con libertad absoluta; es decir, que el sujeto que actúe lo haga con una voluntad libre de vicios. Requieren que el autor tenga una motivación normal, que en otras palabras sería aquella capacidad de querer de la que hemos hablado.

Toda la base de la inculpabilidad, en esta postura, radica en la reprochabilidad de la conducta, por tal motivo habrá inculpabilidad como exculpante, cuando no pueda reprochársele su actuar al sujeto cuando carezca de capacidad para responder en el juicio de reproche.

JAMES GOLDSCHMIDT nos dice: "Y desde el punto de vista de ésta (la Ley), ya la inimputabilidad y en todo caso la 'motivación normal', constituyen siempre una excepción de reprochabilidad de una conducta dolosa o culposa conminada con pena". (48)

Es interesante adentrarnos en el estudio de la imputabilidad como - exculpante, porque en el normativismo hay pensamientos dispares en relación con ella: Se la reconoce y se la niega como causa de inculpabilidad.

El mismo GOLDSCHMIDT le niega ese carácter, al asentar: "Y así como el ser empujado por una fuerza física irresistible (parágrafo 52 CPA) no constituye una causa de justificación, la inimputabilidad no es causa de exculpación. El inimputable no es desde un principio, el destinatario de las normas de deber ser, así como los animales o el cuerpo humano no son destinatarios de las normas jurídicas". (49)

Con todo respeto discrepamos de esta opinión, ya que consideramos - que las normas de deber ser son hechas para todo el género humano y no - se les distingue más que en su aplicación. Mas se trata de exponer el - pensamiento de los normativistas y para quienes se afilian a él se considera que la inimputabilidad origina una exculpante, al no tener el sujeto capacidad para responder en el juicio de reproche.

Doctrinariamente se ha reconocido que son inimputables: Los menores, los sordomudos de nacimiento, los locos, los idiotas, los imbéciles, los enajenados, los trastornados mentales transitorios y permanentes y en general todos los anómalos mentales.

Llega el momento de exponer lo relativo a la incapacidad provocada dolosa o culposamente por el sujeto activo, o sea lo que en la doctrina ha sido denominado como Actio liberae in causa. Se considera en el normativismo que la inimputabilidad es excluyente de responsabilidad, cuando la incapacidad no se debe a dolo ni a culpa del agente. (50)

Quando el trastorno en el cual se quiere amparar la exculpante lo - provoque el mismo sujeto por dolo o culpa, la conducta inicial es reprochable y no adquiere fuerza suficiente para anular a la culpabilidad. Es decir, cuando existe una conducta libre en su causa (conducta liberae - in causa intencional o imprudencial), habrá culpabilidad dolosa, o culposa en su caso.

VINCENZO CAVALLO expresa: "Según nosotros la teoría de las acciones

liberae in causa tiene su fundamento en la consideración de que la ejecución de la acción comienza en el momento en que el agente se coloca en estado de incapacidad de entender y querer, con el fin de cometer el delito o de procurarse una excusa y por lo tanto anteriormente al nacimiento anteriormente al nacimiento de tal incapacidad, en que después ejecuta el delito". (51)

Hablemos de aquellos casos en los cuales el sujeto no es plenamente imputable. La imputabilidad atenuada no es propiamente un motivo de exculpación, mas en todos aquellos casos en los que el individuo tenga disminuida su capacidad de querer y entender (o de ser culpable), habrá una base para aminorar la pena. La magnitud del reproche y de la culpabilidad, depende de la capacidad que tenga el autor para lograr la libre determinación de su voluntad en el momento de actuar.

REINHARD FRANK reconoció: "La gravedad de la culpabilidad depende de la medida de la libertad interior del autor". (52)

## B.2. EL ERROR.

La teoría normativa de la culpabilidad reconoce que el error es una de las causas de exculpación; acepta, asimismo, que puede haber error de hecho, sobre la licitud y sobre el Derecho. El error es el segundo motivo de inculpabilidad, en virtud de que en el momento en que hace su aparición la conducta no puede serle reprochada al sujeto.

Al igual que en el psicologismo, en la teoría normativista el error es un problema que se plantea exclusivamente a nivel de la culpabilidad, ya que éste es el único elemento del delito que puede ser afectado por el error. Básicamente el error incide sobre el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo, o sea en el cúmulo de conocimientos que debe tener el sujeto en el momento de desplegar el comportamiento doloso.

En todos los casos en que el agente actúa bajo la ignorancia o el falso conocimiento de la situación, existirá la imposibilidad de que se le reproche la conducta desplegada.

EDMUNDO MEZGER puntualiza respecto al error: "El conocimiento del dolo exige (el llamado elemento intelectual del dolo) el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la significación de estos hechos". (53)

OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ comentan respecto a este pensamiento: "Procediendo metódicamente, en seguida se ocupa Mezger de delimitar los hechos que pueden ser abarcados por el conocimiento, a la vez que apunta algunas ideas sobre el conocimiento el conocimiento de la significación y sobre los efectos que se derivan de la ausencia del conocimiento". (54)

De lo que expone MEZGER resulta que "los tipos jurídico-penales describen determinados 'hechos' (elementos típicos descriptivos), cuya concreción trae como consecuencia la aplicación de la ley en el caso concreto; a la vez, los tipos valorizan estos hechos, ya sea considerando una característica particular (elementos típicos normativos), ya sea valorizando el conjunto de la acción". (55)

La teoría del error tal y como la explicamos en la inculpabilidad psicológica funciona para el normativismo, desde luego aunada a la situación de que en virtud del error no pueda reprochársele al sujeto su conducta típica y antijurídica.

En forma general los elementos del error en el normativismo son:

1. Una conducta humana voluntaria.
2. Que produzca un resultado típico y antijurídico.
3. Desplegada en una situación de desconocimiento o falso conocimiento.
4. Que recaea sobre la esencia del delito y es de carácter esencial.
5. Que afecte el elemento cognoscitivo del dolo, en cualesquiera de los siguientes aspectos:
  - a). El conocimiento de que se están realizando elementos típicos.
  - b). El conocimiento de la realidad fáctica.
  - c). El conocimiento de la realidad jurídico-penal o extrapenal.
  - d). El conocimiento de la significación antijurídica de la conducta.
6. Que en virtud del error, no sea posible reprocharle al sujeto su comportamiento.

Estas seis características lastiene qué reunir el hecho efectuado -

erroneamente, para que la conducta y el resultado no sean reprochables - ni reprochados y, consecuentemente, se absuelva al sujeto que los realizó en el juicio de la culpabilidad.

En el supuesto de que cualquiera de estos errores no sean racionalmente invencible ni recaiga sobre la esencia del delito, dará lugar a que quede subsistente la culpabilidad en su modalidad culposa, si es que el delito acepta esa forma de comisión, en el primer caso; en el segundo quedará la posibilidad de sancionar por delito doloso.

#### a. EL ERROR DE TIPO

El error de tipo se refiere al desconocimiento o al falso conocimiento de que se están realizando elementos constitutivos de una figura típica de determinado delito. Cuando es esencial e invencible tiene el poder de anular a la conducta dolosa, al impedir que se configure una de las hipótesis del elemento intelectual o cognoscitivo del dolo.

Indebidamente se ha creído que el error de tipo también puede afectar a la culpa, mas esto no podría ser cierto, porque la culpa carece de elemento cognoscitivo al cual referir el error.

Si el error de tipo no es esencial, queda subsistente la culpabilidad dolosa. En los casos en que sea accidental puede imputarse el delito a título de culpa, si es que el delito-tipo al que se hace referencia - acepta esta modalidad culpable.

Existe un error de tipo, desde el punto de vista normativo, cuando el sujeto en atención a una falsa creencia que afecta a uno de los elementos esenciales del tipo de la figura delictiva en cuestión, actúa desplegando una conducta típica y antijurídica.

Ese error debe ser racionalmente invencible, de modo que se ponga un poco más de atención en el momento de actuar, para evitar que el reproche sea hecho a título de culpa.

#### b. EL ERROR DE HECHO.

En el error de hecho se acepta que la equivocación recae sobre la realidad fáctica. Para que no pueda serle reprochado al sujeto su comi

portamiento, el error debe ser esencial e invencible. En los supuestos que el error no sea esencial e invencible, el resultado se imputará a título de dolo o de culpa, según sea el caso. Habrá culpa siempre que el delito de que se trate en la hipótesis concreta admita la modalidad culpable. Se da en este supuesto un desconocimiento o un falso conocimiento sobre la realidad de hecho que se relaciona con las normas de Derecho.

El sujeto ignora, por un error esencial e invencible, la realidad fáctica que se encuentra ligada a las normas jurídicas. A diferencia del error de tipo que versa sobre las normas del deber ser, el error de hecho se refiere a las reglas del ser.

#### c. EL ERROR DE LICITUD.

Errar sobre la licitud de la conducta, es otra de las causas de exculpación que reconoce la teoría normativista de la culpabilidad. Existe un error de licitud como exculpante, cuando el sujeto erre invenciblemente sobre un aspecto de la realidad jurídica penal o extrapenal.

Debido a ese error, el agente está en la creencia de que su conducta es amparada por una causa de licitud de las que reconoce el orden penal o extrapenal, o bien piensa que su conducta está permitida.

El sujeto estima que está obrando conforme al deber ser expresado en las normas jurídicas penales o de otra rama del Derecho, o bien cree que su conducta no está prevista en las normas legales.

No puede motivarse de acuerdo con lo que expresa el Derecho e irremediablemente deberá absolvérsele en el juicio de reprochabilidad de la conducta. El error de licitud tiene el poder de anular el conocimiento de la realidad jurídico-penal o extrapenal, reconocido como parte integrante del elemento intelectual o cognoscitivo del dolo y que origina una causa de inculpabilidad.

#### d. EL ERROR DE DERECHO.

Quando existe un error sobre la significación antijurídica de la conducta, podríamos hablar del error de derecho como causa de inculpa



bilidad en el normativismo causalista. Será motivo de inculpabilidad el falso conocimiento o el desconocimiento del significado antijurídico de la conducta, que tiene las características de ser esencial e invencible.

En el normativismo se hizo una distinción entre el error de derecho penal y extrapenal, a partir de la década de los cuarentas, con el fin de darle efectos relevantes al error de derecho extrapenal. Antes de los normativistas causalistas se le negaba la calidad de exculpante a todos los errores de derecho, bien fueran penales o extrapenales, en virtud -- del principio: Error iuris nocet (el error de derecho no aprovecha).

Este error afecta al elemento intelectual del dolo, que se refiere al conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, por el cual el sujeto ignora que su conducta tiene un carácter delictivo. Pensemos que en los casos en que a este tipo de error no se le reconozca como una causa de exculpación propiamente dicha, puede dar lugar a la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de las circunstancias en que se -- dio el delito.

Cuando MEZGER se refiere al error, lo asocia a los elementos del do lo. Según OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ, en síntesis: "El dolo requiere un conocimiento en dos sentidos: Conocimiento de los hechos y conocimiento de la significación. De aquí resulta la cara opuesta del conocimiento, a saber, el error sobre los hechos y el error sobre la significación". (56)

EDMUNDO MEZGER le niega al error la característica de ser una especial causa de exculpación, al decir que no es sino la misma teoría del dolo, aunque vista en su aspecto negativo. El error no es tan sólo desconocimiento, sino una representación falsa y lo que importa de esa falsedad es lo que ella implica: La ausencia de un conocimiento verdadero, -- sea sobre los hechos y sobre su significación. (57)

Según esta autor el conocimiento de los hechos abarca cuatro momentos diferentes, que son: a). El conocimiento de los hechos que fundamentan la pena. b). El conocimiento de los hechos que agravan la pena. c). El falso conocimiento de los hechos que excluyen la pena. d). El falso conocimiento de los hechos que atenúan la pena. (58)

Al referirse a los hechos fundamentadores de la pena MEZGER dice -- que habrá un motivo de exculpación, porque el error que recae sobre esos

hechos impide que se configure el dolo, al no conocer el autor las circunstancias que pertenecen al tipo legal. Este conocimiento está referido a los presupuestos del delito, a la previsión de los hechos que a futuro pueden llegar a constituir un resultado penalíticamente relevante y a la relación de causalidad. El conocimiento de los hechos que agravan la pena es también necesario para la existencia del dolo, si el tipo en particular contiene esas circunstancias, a excepción de los delitos a -- los que se califica por el resultado.

Aquí se hace referencia a los tipos circunstanciados o cualificados; un ejemplo concreto se ve en el tipo que describe el delito de parricidio, en el cual el delincuente debe tener el conocimiento de la relación de parentesco.

En la suposición de los hechos que excluyen a la pena, MEZGER nos dice: "No hay dolo en el caso de que el sujeto admita erronéamente hechos que excluyen la pena". (59) Admite inclusive que se exculpa al sujeto si ese conocimiento se debe a culpa, al decir: "El autor es exculpado, en lo que concierna a una responsabilidad a causa de un actuar doloso, cuando supone -- inclusive culpablemente, es decir culposamente -- la existencia de hechos, que de darse en realidad, producirían la consecuencia de la pena". (60)

Aquí no se habla de hechos que excluyan la antijuridicidad o la culpabilidad, sino de los que originan ausencia de responsabilidad, concretamente de las eximentes putativas. Por cuanto hace al conocimiento de los hechos que atenúan la pena, MEZGER expone que es necesario para la existencia del dolo, que éstos existan. En dichos casos debe aplicarse la ley que sea más benigna con el sujeto. (61)

El conocimiento de la significación de los hechos se bifurca: a). Conocimiento de la significación de los elementos normativos del tipo. b). Conocimiento de la significación antijurídica de la acción. (62) -- Respecto a la primera categoría OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ explican: "Hemos de apuntar, independientemente de la controversia finalismo-causalismo, lo discutible que resulta considerar al conocimiento de los denominados elementos típicos normativos como conocimiento de la significación". (63)

Estos mismos autores concluyen: "Si se piensa en la castidad y ho--

nalidad de la mujer -- ejemplo citado por el autor (MEZGER) en el primer tomo de su Tratado --, es una cualidad del sujeto pasivo que existe o no existe como un hecho, al margen de que su conocimiento por el juez se logra solamente mediante valoración de índole cultural; y siendo un elemento del hecho, su conocimiento por el sujeto activo del delito no es conocimiento de la significación, sino conocimiento de los hechos fundamentadores de la pena". (64)

El conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, es el conocimiento de la significación propiamente dicho. Como la antijuridicidad es una característica del hecho delictuoso, es necesario que el sujeto tenga ese conocimiento para poder actuar dolosamente. Se requiere que el sujeto sepa que está desplegando un comportamiento que es contrario a Derecho. "Este conocimiento de la significación ha de entenderse como una valoración paralela del sujeto en la esfera del profano. Mediante ella se caracteriza la acción como antijurídica". (65)

MEZGER no nos explica qué es lo que debemos entender como conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, aunque podría ser lo que en la doctrina penal se conoce con el nombre de "conciencia de la antijuridicidad".

#### e. EL ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL.

Este tipo de error, en la teoría de los normativistas recibió un idéntico tratamiento que en el psicologismo: Se dice que no tiene la fuerza suficiente para anular la culpabilidad y por lo tanto no llega a hacer la menor mella en el dolo.

Como ya dijimos, se divide en: a). Error en la persona (aberratio in persona). b). Error en el golpe (aberratio ictus). c). Error en el delito (aberratio delicti). d). Error en los medios.

#### B.3. LA COACCION.

Se presenta como una de las causas de exculpación en la teoría normativa causalista de la culpabilidad, la vis moral o coacción.

Dentro del psicologismo, al tratar las causas de inculpabilidad se mencionó que en ellas se incluía a la coacción, como un motivo anulatorio del elemento volitivo del dolo; lo mismo ocurre en el normativismo - causalista. Recordemos que tanto el dolo como la culpa tienen en su estructura un elemento volitivo o emocional (querer); en el primero se entiende como querer la conducta y querer o aceptar el resultado y en la segunda es querer simplemente. (66)

En el psicologismo se reconoció que la ausencia del delito por inculpabilidad podría originarse como consecuencia de ser impulsado por una fuerza exterior de carácter moral, que obligaba al sujeto a la acción o a la omisión, amenazándolo con un mal grave en su persona, en sus bienes o en las personas o bienes de sus allegados. Se hizo asimismo una distinción entre el miedo grave y el temor fundado, aunque únicamente se relacionó a esta exculpante con el dolo. (67)

Desde el punto de vista psicológico y normativo causalista, la coacción debe tener como fin anular al elemento volitivo o emocional del dolo o de la culpa. En el normativismo puro (finalismo), la vis moral tendría qué traer como consecuencia la "no exigibilidad de otra conducta".

En virtud de que no se la puede tomar como una causa anulatoria del elemento psicológico (querer) y de otro normativo (exigibilidad), nos damos cuenta de que para lograr considerar a la coacción como una hipótesis que tenga el poder de anular la culpabilidad normativa (reprochabilidad), tendríamos qué llevarla al terreno de la "no exigibilidad" y así - no nos moveremos en una mixtura de consideraciones.

Desde el punto de vista del normativismo puro, la coacción es supuesto de "no exigibilidad" que afecta la libertad del sujeto al actuar. En el momento en que se ejerce sobre el agente una presión moral - para obligarlo a decidir o a hacer algo que tal vez no haría ni diría en otras circunstancias, evidentemente nos encontramos ante una causa de exculpación por no exigibilidad que nos llevará a la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

La coacción afecta tanto al delito doloso como al culposo; en la teoría normativa-causalista de la culpabilidad se reconoce que hay causas de inculpabilidad en ambas especies culpables.

MEZGER incluye a la coacción dentro de las "especiales causas de exclusión de la culpabilidad". En ellas se comprende: El exceso en la legi

tima defensa, el estado de coacción o vis compulsiva, el estado de necesidad, el actuar en virtud de un mandato jurídico obligatorio y la no exigibilidad de otra conducta. (68)

#### D.4. LA INEXIGIBILIDAD.

Toca ahora explicar la causa decisiva de la inculpabilidad en la teoría normativa que se afilia a los postulados causalistas. A nuestro elemento en su aspecto positivo debe entenderse como dolo o culpa exigibles y reprochables.

Es así, fundamento imprescindible de la reprochabilidad, que en el momento de actuar pueda habersele exigido al sujeto un comportamiento adecuado a las normas de Derecho, como normas de deber ser. Hay inexigibilidad en la teoría normativa causalista, cuando al autor de una conducta típica y antijurídica no se le pudo exigir que obrara conforme a Derecho, en virtud de las circunstancias en las que se presentó el delito.

Esencialmente todas las causas de exculpación que reconoce la teoría normativa de la culpabilidad, podrían quedar en la no exigibilidad; aun cuando se actúe con dolo o con culpa, si hay imposibilidad de que al agente le sea exigible una conducta diversa a la que desplegó, evidentemente llegaremos a la irreprochabilidad.

GOLDSCHMIDT, reconocido autor normativista, decidió que la culpabilidad debería ser solamente reprochabilidad y el dolo, la culpa y la imputabilidad, sus presupuestos. En atención a este pensamiento notamos -- que en realidad la única causa de exclusión de culpabilidad lo sería la no exigibilidad, que conlleva a la irreprochabilidad de la conducta y -- por ende la absolución del sujeto en el juicio de culpabilidad.

Para el mismo tratadista la culpabilidad es un juicio normativo de reproche, que se bifurca en exigibilidad y motivación normal. El dolo, - la culpa y la imputabilidad sólo son el basamento para poder exigirle al autor que actúe conforme a la norma de derecho que describe el deber ser.

Queremos que quede más claro este pensamiento y echaremos mano del estado de necesidad como exculpante. Cuando se sacrifica un bien de la misma entidad que el salvado, no podremos hablar de una causa de justificación que haga desaparecer al delito, en virtud de que no concurre el

principio del interés preponderante (como hasta ahora se ha entendido), que es el eje central de las eximentes de antijuridicidad.

Es entonces cuando se entroniza en el sistema de la culpabilidad -- normativa la no exigibilidad de otra conducta, que aun en el supuesto de que haya dolo o culpa va a despojar a la culpabilidad de su esencia de - reprochabilidad. Ciertamente es que quien actúa frente a un estado de necesidad en donde pugnan valores de igual jerarquía, quiere la realización de la conducta y del resultado; es decir, actúa con dolo.

Esta acción encuentra su dispensa en el hecho de que cualquiera -- otra persona, en circunstancias semejantes, habría obrado de la misma manera. Así, como no se le podía exigir que se motivase conforme al derecho, el resultado no se le puede reprochar y como consecuencia es inculpable.

En la inexigibilidad sobresale el principio del interés preponderante, entendido a la manera de JAMES GOLDSCHMIDT. Triunfa la norma de deber sobre la norma de derecho. (70) En la no exigibilidad existe una comparación entre intereses que nos conduce al sacrificio del bien que provoca directa o indirectamente la anormalidad de las circunstancias en las que se despliega la conducta.

Hay que aclarar que con esto no se ha querido decir que el bien que se sacrifica en un estado de necesidad que deviene en no exigibilidad, - no tenga valor para las normas de deber y de deber ser, sino que en virtud de las circunstancias anormales en que se realiza el hecho, irremediablemente tiene que ser sacrificado.

RICARDO C. NUÑEZ nos dice a este respecto: "El sentido íntimo de la 'no exigibilidad' es el de autorizar al agente a obrar contra la valoración de la norma objetiva de derecho, porque en el ámbito de ésta no encuentra la solución justa". (71)

Sentimos que la no exigibilidad es una reminiscencia de las épocas de justicia de propia mano. Es como si la norma de derecho dijera en una norma de deber: "Ciudadano, en determinados casos yo te eximo de culpabilidad, en virtud de que mi tutela no puede alcanzarte y si esperas mi -- protección el mal sería inevitable o irreparable".

La justificación de la no exigibilidad se encuentra en una norma de deber, que a contrario sensu de las normas de Derecho, no ordena ni prohíbe sino que permite. GOLDSCHMIDT la llama norma de deber o motivación

y la contrapone a la norma de derecho o de acción. (72)

La norma de deber ser es un imperativo categórico, se encuentra contenida en el orden jurídico; en cambio la norma de deber es un imperativo hipotético y emana de la realidad fáctica. A toda norma de derecho le corresponde una norma de deber, que exige la motivación del individuo -- frente a un imperativo hipotético.

RICARDO C. NUÑEZ estima: "Una acción tiene frente a la ley penal -- dos aspectos: Por un lado el de su legalidad (la conformidad o no conformidad de la norma de acción que la manda o la prohíbe objetivamente); - por el otro lado el de su exigibilidad, si la norma de deber obliga o no obliga al individuo a que se motive por la representación del deber jurídico". (73)

El delito doloso tiene en la teoría normativa causalista de la culpabilidad un deber jurídico que se plasma en la norma de derecho , que - puede ser de obrar o de abstenerse, y otro de abstenerse siempre y cuando se lo permita la norma de deber. En el delito cometido por culpa la - situación es idéntica.

EDMUNDO MEZGER expresa: "No procede culpablemente el autor si se admite, conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular no se le puede exigir otra forma de actuar". (74) Asimismo admite que - la no exigibilidad es una de las causas especiales de exclusión de la -- culpabilidad y que funciona tanto para el dolo como para la culpa.

#### B.5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Hemos hablado hasta ahora del tratamiento que el normativismo causalista le da a la culpabilidad, nos resta hacer las consideraciones críticas pertinentes.

A). La teoría normativa que sigue el sistema causalista del Derecho Penal indudablemente soslaya algunos errores en los que incurrieron los psicólogos, por el simple hecho de que incluye la exigibilidad y el reproche dentro de sus postulados. Mas no pudieron evitar sus - propios yerros, que se originaron como consecuencia de no dar una estructu

tura normativa depurada a nuestro elemento. Al revolver elementos normativos (reproche y exigibilidad) con elementos psicológicos (dolo y culpa) - en la valoración de la culpabilidad, sus tratadistas llegaron a complicar algunos aspectos de la inculpabilidad.

B). Se decía que la imputabilidad era la capacidad de querer y de entender y que su aspecto negativo lo era la inimputabilidad entendida como la incapacidad de querer y entender y que a su vez formaba parte de los presupuestos de la culpabilidad. No compartimos la opinión de que los inimputables sean incapaces de querer. De esto se derivaría aceptar que - los sujetos afectados de su imputabilidad "no quieren", en atención a esa incapacidad volitiva. Nada es más falso, porque imputables e inimputables sí que tienen capacidad de entender; mas estos últimos no poseen capaci--dad de discernimiento, que ea algo muy distinto.

Para cortar de tajo con las confusiones, habremos de aceptar que la imputabilidad es la capacidad que deben tener los autores para que puedan ser declarados culpables, para responder en el juicio de reproche (como - dirían los normativistas), en atención a que se puede discernir. Su contraria, es decir la inimputabilidad, quedará como la imposibilidad de exigirle al sujeto una conducta diversa a la que desplegó, porque está imposibilitado para entender y no se le puede fundar el reproche.

C). GOLDSCHMIDT habló de que el inimputable no podía ser destinatario de las normas de derecho y así le negaba a la inimputabilidad su calidad de exculpante. El argumento es falso: Las normas de derecho son hechas para todo el género humano y no se distingue más que en su aplicación. Imputables, inimputables, hombres, mujeres y niños, eruditos, ignorantes, son destinatarios de las normas jurídicas y atendiendo a ello deben cumplir con el deber ser.

Desde luego que hay casos determinados en que esto no es posible y - es entonces cuando surge la excepción de que el Estado ejerza la coercitividad en forma de pena, aunque se erige como asegurador del bienestar social por medio de las medidas de seguridad que limitan la peligrosidad. La inimputabilidad es un aspecto negativo del delito, porque aun cuando se le considere como presupuesto general del mismo o como presupuesto de la culpabilidad, en el caso de que no se dé no podrá hablarse del ilícito penal.



Tal vez estemos equivocados, aunque consideramos que si para que haya delito se requiere de una voluntad humana consciente y libre, la inimputabilidad es un aspecto negativo de la conducta al viciar la voluntad y la libertad.

D). Por cuanto hace al error, podemos notar que el normativismo causalista incluye los mismos postulados que el psicologismo y por ende hace suyos algunos errores de la teoría psicológica de la culpabilidad. Es un gran acierto establecer una diferencia clara entre el error de hecho y el de tipo. La intrusión del error de tipo en esta teoría resuelve muchos de los problemas en los que incurrió el psicologismo. Otro de sus grandes aciertos se da con relación a la diferencia que se hace entre el error de hecho penal y extrapenal, que antes de ellos no había sido reconocido como causa de inculpabilidad. Dejan de considerar aquello de que el error de derecho a nadie aprovecha.

E). Estiman que la coacción es una causa autónoma de inculpabilidad y que nada tiene qué ver con la exigibilidad o no exigibilidad, lo cual consideramos que no es acertado. Es indudable que el sujeto que realiza la conducta bajo el influjo de la coacción, quiere su ejecución y la lleva a cabo porque no le queda otro remedio, pero de allí a que quiera los resultados hay mucha diferencia. Pensamos que no se le puede exigir un comportamiento diverso al que desplegó, porque cualquier persona que se encontrara en las mismas circunstancias habría actuado igual. Como la coacción no puede ser a la vez anulatoria de un elemento psicológico y otro normativo, preferimos llevarla a la no exigibilidad y así no nos movemos en una mixtura de consideraciones.

F). Indudablemente que con la inclusión de la no exigibilidad como causa de inculpabilidad, como motivo que borra la culpabilidad dolosa o culposa de una conducta, se obtuvo el mayor acierto de la teoría que criticamos. Fue FREUDENTHAL, en 1922, el autor de tales aciertos, después seguidos por el resto de los normativistas causalistas que trataron de perfeccionarse con el finalismo. Con la inclusión de este concepto normativo se llega a remediar aquellos absurdos de los "inculpables-culpables" y de las "causas de justificación culpables", en que hubieron incurrido los psicologistas.

G). Como GOLDSCHMIDT hablaba de que la culpabilidad era reducida solamente a la reprochabilidad y que el dolo, la culpa y la imputabilidad eran sus presupuestos, creemos que la única causa de exculpación que debió haber reconocido el normativismo causalista sería la no exigibilidad, que conlleva la absolucíon del sujeto en el juicio de reproche. En realidad todas las situaciones de ausencia de dolo, de culpa o de imputabilidad, se funden en el aspecto que se funden, deberían desembocar en la no exigibilidad.

E). Si en la culpa es el único momento de la culpabilidad normativa en el que se puede hablar de la existencia de un elemento de esta índole, las causas de exculpación deberían reducirse a negarla ya que en el dolo se tratan de incluir elementos psicológicos y normativos. La exculpación recibe un mejor trato cuando la amparan los postulados de la teoría finalista de la acción, la cual pasaremos a analizar.

### C. LA INCULPABILIDAD EN EL NORMATIVISMO CAUSALISTA (Finalismo).

En el pensamiento de la teoría normativa que se apoya en el sistema finalista del Derecho Penal, que resulta ser un normativismo puro, la culpabilidad tiene tres componentes, a saber: 1). Imputabilidad. 2). Posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta. 3). La exigibilidad de un comportamiento acorde a derecho. En puridad se la concibe como "reprochabilidad". Dichos elementos deben concurrir en forma simultánea y cronológica, para que inevitablemente nos conduzcan al reproche en el juicio valorativo de la culpabilidad.

No es que en el momento en que se da el delito aparezca primero el uno y después los otros, sino que en el juicio normativo de valoración se tendrá que estudiar y valorar cada uno de los elementos precisamente en ese orden. Se observa primero que la persona sea imputable, capaz de culpabilidad, al poseer potencialidad de discernimiento y de control; se ve después si tenía la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta, conocimiento y conciencia de la antijuridicidad y, por último, se atiende a la posibilidad de exigirle un comportamiento adecuado a los patrones legales.

Hay por lo tanto culpabilidad en el normativismo finalista cuando a

un sujeto imputable, que ha tenido la posibilidad concreta de conocer - la ilicitud de su conducta, le es exigible un actuar que se conforme a derecho; como consecuencia, en el juicio de culpabilidad normativa el comportamiento le será reprochado y deberá de ser declarado culpable.

El de las causas de inculpabilidad en la posición finalista es un tema muy sencillo, no porque no revista mayor importancia sino porque al - despojar a nuestro elemento de todas las características subjetivas y dejarlo como un concepto puramente normativo, se llega a soslayar en forma terminante todas aquellas confusiones a las que nos condujeron el psicologismo y el normativismo causalista.

La teoría en estudio no deja de reconocer que existen el error de - hecho, el de licitud y el de derecho y la coacción como hipótesis del aspecto negativo del delito, aunque al trasladar el dolo y la culpa a los elementos del tipo las convierte en causas de atipicidad.

Los motivos de exculpación en el finalismo se cuentan en número de - tres, a saber: 1). Inimputabilidad. 2). Error de prohibición. 3). Inexigibilidad. Cada uno de ellos sirve para dejar insubsistente a su respectivo elemento de la culpabilidad y en forma indubitable nos conducirán a la reprochabilidad.

Así, se dice que hay inculpabilidad desde el punto de vista de la -- teoría normativa finalista cuando: A). El sujeto es inimputable. B). Cuando no tuvo la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta, al encontrarse ante un error sobre la prohibición. C). Cuando no se podía exigirle una conducta diversa a la que desplegó. Tratemos de analizar cada uno de estos motivos de exculpación.

### C.1. LA INIMPUTABILIDAD.

Son inimputables, de acuerdo con la teoría finalista de la acción, todas aquellas personas incapaces de culpabilidad debido a que les falta capacidad de discernimiento, lo que les impide conocer el carácter ilícito de su conducta y dirigirlo de acuerdo con ese conocimiento. La inimputabilidad tiene dos elementos: a). Discernimiento. b). Capacidad de - control. La ausencia de uno de ellos dará origen a la inimputabilidad al faltar en el sujeto el discernimiento o el control. (75)

Las personas que no tienen capacidad de culpabilidad al ser inimputables, también pueden actuar dolosamente, aunque su dolo no puede ser castigado con pena. Su conducta dolosa es natural; inclusive los menores, los trastornados mentales y los sujetos que se encuentran en estado de embraguez, pueden desplegar hechos dolosos.

El dolo es ubicado dentro de los elementos del tipo, en los que tienen carácter subjetivo y es idéntico a la voluntad de acción que habían señalado los psicólogos y los normativistas al nivel de la culpabilidad. Con esto se reafirma nuestra posición de considerar que los inimputables tiene capacidad de querer, como ya lo habíamos explicado en líneas anteriores.

Los inimputables son inculpables, mas no quedan exentos de responsabilidad social; no se les sanciona con pena sino con una medida educativa o asegurativa, que tienda a rehabilitarlos. REINHARD MAURACH nos da la razón al considerar que el inimputable actúa dolosamente, cuando expresa: - "Todos estos autores (inimputables), pueden actuar dolosamente o sea con conocimiento y voluntad". (76)

La inimputabilidad es excluyente de culpabilidad; esto se traduciría en que al delincuente no pueda imponérsele una pena; mas como deja subsistente la responsabilidad y la peligrosidad, el sujeto puede ser sometido a una de las medidas asegurativas, correctivas o educativas que prevén -- las legislaciones.

Decididamente la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto debe ser tomada en cuenta en el momento en que fue cometido el delito, no antes ni después. Puede suceder que el individuo se vuelva inimputable tras haber realizado la conducta delictuosa. En este caso la doctrina alemana nos dice que quedará a discreción del juzgador decidir si cumple primero la pena y después de ello se le somete a una medida de seguridad, si es al contrario o simplemente cumple con la medida asegurativa. (77)

Es preciso hablar ahora de las actio liberae in causa, que se dividen en actio liberae premeditada y actio liberae imprudente y que encuentran su distinción en el hecho de que en la primera la acción primaria es dolosa y en la segunda culposa. El tratamiento que reciben las conductas libres en su causas es igual al del delito cometido por persona imputable, debido a que quien comete una actio liberae in causa es imputable en el -

momento en que realiza la acción primaria y decisiva.

Actuar bajo una actio liberae in causa, significa colocarse dolosa o culposamente en un estado de incapacidad, para cometer un delito que tal vez, en estado de plena conciencia, no se realizaría. Cuando la conducta primaria sea dolosa, el resultado se imputará a título de dolo y el reproche será mayor; en el supuesto de que sea culposa la acción inicial habrá imputación culposa, siempre que el delito de que se trata admita esa modalidad en su comisión; si no la admite, el reproche será por dolo.

En cuanto se refiere a la imputabilidad atenuada, diremos que no se la reconoce como causa de inculpabilidad precisamente, mas se afirma en la doctrina alemana que estos autores deben de recibir un tratamiento más benigno. Tal como la inimputabilidad, la imputabilidad disminuida tiene su origen en trastornos biológicos o psicológicos, que van desde la sordomudez de nacimiento hasta la debilidad mental. Afecta el grado de discernimiento y la capacidad de control, a diferencia de la imputabilidad que los ataca en su esencia. (79)

La imputabilidad disminuida es circunstancia atenuante de responsabilidad, habida cuenta de que el esfuerzo que realiza una persona afectada en su imputabilidad para discernir y lograr el control de sus actos, es mayor que el que tiene que realizar el delincuente normal; por tal motivo, su culpabilidad debe ser menos grave y la pena menor.

Como colofón diremos que en caso de que exista la inimputabilidad ya no será necesario atender a si existió la posibilidad de conocer la ilicitud y si había exigibilidad. El sujeto inimputable tendrá que ser declarado inculpa**ble**, porque no tiene capacidad para responder en el juicio de reproche.

## C.2. EL ERROR DE PROHIBICION.

En el marco de los componentes de la culpabilidad finalista encontramos que se incluye a la conciencia de la ilicitud de la conducta -- que se está realizando. Esta conciencia se la exige en potencia mas no en acto, es decir que en el momento en que la acción u omisión son desplegadas el sujeto debe tener la posibilidad de darse cuenta de que el comportamiento que está realizando es contrario a derecho.

Desde luego que hablamos de las personas perfectamente imputables, ya que si no tienen esta cualidad es obvio que mucho menos tendrán la posibilidad de conocimiento de la ilicitud.

La conciencia que se exige no se hace extensivo a la punibilidad; - no se requiere que el individuo sepa que la conducta que realiza está -- sancionada con pena, simplemente se alude a la posibilidad de conocimiento de que una norma prohíbe u ordena ese actuar.

El falso conocimiento o la ignorancia de la norma, anula la posibilidad de la conciencia de la ilicitud y da lugar a lo que en la doctrina de la acción finalista se denomina como "error de prohibición". Hay que reconocer que este tipo de error mucho tiene que ver con el error de derecho y el de licitud mencionados como causas de inculpabilidad en el -- normativismo causalista y en el psicologismo.

El error de prohibición recae sobre la conciencia de la antijuridicidad, que en el finalismo es reconocida como uno de los elementos de la culpabilidad y por él se excluye el reproche. Cuando se da un error de prohibición existe una conducta dolosa o culposa, hay tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad (como componente de la culpabilidad), mas como - por ese error el autor no puede tener la conciencia de la ilicitud, se le absuelve en el juicio normativo de valoración de la culpabilidad.

También esta clase de error debe tener la naturaleza de ser esencial e invencible, para que sus efectos trasciendan en el ámbito de la culpabilidad; en el caso de que el error sea vencible, la conducta podrá serle reprochada al sujeto si es que no aparece la exigibilidad.

OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMÍREZ dicen: "Se distingue, por parte de los finalistas, diversas categorías de error: a). El error que no tiene relevancia alguna. b). El error que solamente produce atenuación de la culpabilidad. c). El error que excluye la culpabilidad. d). El error que elimina al tipo doloso. Estas cuatro variadas se sintetizan, en última instancia, en dos categorías: El error de tipo y el error de prohibición". (80)

Nos encontramos frente a un error de tipo, cuando el agente tiene - desconocimiento o falso conocimiento que recae sobre la existencia de un elemento objetivo del delito-tipo de que se trate.

REINHARD MAURACH sostiene: "En la medida del error resultará supri-

mido el dolo y con él el total concreto del delito doloso". (81) Si el error recae sobre las características del tipo de delito básico, elimina la punibilidad en su modalidad dolosa. Si es sobre las agravantes se deja insubsistente la agravación, mas subsiste el delito descrito en el tipo. (82)

Si el error de tipo es invencible, con él se elimina cualquier posibilidad de que se le sancione al agente con pena; en las hipótesis contrarias queda subsistente la imputación culposa, si es que el delito acepta esa forma de comisión.

Dentro del error de tipo MAURACH nos habla del error inesencial o accidental y lo identifica con aquel error que no tiene relevancia alguna para anular a la culpabilidad. Reconoce que se llaman "casos límite de error". Según él existe error en el objeto (aberratio in objecto), en la causalidad (aberratio ictus y dolus generalis) y el error de subsunción. (83)

En el momento en que REINHARD MAURACH expone lo relativo al error de prohibición, lo primero a que hace alusión es a la invencibilidad o vencibilidad del mismo. Cuando el error llega a ser evitable, tiene el poder de destruir la culpabilidad; por lo tanto, el sujeto tiene que ser absuelto en el juicio de reproche de la culpabilidad. El error no destruye el carácter doloso de la conducta, mas sí implica que el autor sea eximido de sanción.

Así nos explica MAURACH: "El evitable error de prohibición deja subsistente a la imagen total del hecho punible doloso, aunque permite atenuar la pena por culpabilidad disminuida". (84) En estos supuestos existen la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad; además se dan la imputabilidad, el conocimiento de la ilicitud y la exigibilidad, aunque el reproche por la conducta realizada es menor.

A la conciencia de la ilicitud se la exige en potencia y no en acto, por la simple razón de que existe un error de prohibición que puede ser evitable.

Según MAURACH el error de prohibición adquiere tres modalidades diversas, que son: a). Como conocimiento del general mandato normativo. b). Como error sobre el ceder de la norma. c). Como viciosa representación de la eficacia terminante de la norma. (85)

El desconocimiento o el falso conocimiento del mandato general de -

la norma se llama también "abstracto error de prohibición" y recae - sobre la existencia de la norma prohibitiva. Es decir, que el sujeto - que actúa por este error puede estimar que no existe la norma, o bien - que ha perdido su vigencia.

OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ explican: "El 'abstracto error de prohibición' es un error sobre la existencia de la norma prohibitiva. El su jeto estima que su conducta es irrelevante para el Derecho, ello porque ignora la existencia de la norma o porque cree que la norma ha perdido - su material vigencia". (86)

El error sobre el ceder de la norma o "concreto error de prohibi-- ción" no recae sobre el conocimiento propio de la norma, sino sobre las justificaciones que en el Derecho se dan en forma de "contra-normas". Se gún MAURACH ocurre: "Cuando el autor conoce el mandato general de la -- norma pero supone, por una incorrecta suposición fáctica o un desacerta-- do conocimiento jurídico, que la norma cede ante su prevalencia del derech o a actuar". (87)

Concluye el mismo autor: "El sujeto incurre aquí en un error refe-- rente a una causa de justificacion, ya por suponer una situacion cuya - real concurrencia justificaría su actuar; ya por incurrir en un error so bre su existencia, naturaleza o extensión de la causa de justificacion - no reconocida o reconocida de un modo diferente por el derecho". (88)

En este supuesto se incluye a todas las falsas causas de justificacion o "eximentes putativas": Defensa putativa, estado de necesidad putativo, ejercicio de un derecho putativo, cumplimiento de un deber putativo, impedimento putativo u obediencia jerárquica putativa. Como causa au tonoma se habla de la existencia de la obediencia jerárquica, que se refiere a la juridicidad de un mandato superior que tiene el inferior en - el orden la las jerarquías por yerro.

La viciosa representacion de la eficacia de la norma, de su eficacia terminante, hace suponer al sujeto que a él no le es exigible que observe los postulados normativos. No puede permitir que se concrete un error de prohibicion propiamente dicho, dado que en este supuesto el sujeto re conoce que su conducta está prohibida por la norma.

Pese a ello tiene las mismas características que el error de prohibicion y es dable decir que posee los mismos efectos. El error sobre la determinante existencia de la norma y el error sobre su eficacia determini



nante, son equiparables. Para comprobar lo antes dicho basta con referirnos a los parágrafos 52 y 54 del CPA, que nos hablan del estado de necesidad putativo (54) y de la coacción (52).

### C.3. LA INEXIGIBILIDAD.

La exigibilidad de una conducta que se conforme al Derecho, es el tercer elemento que la teoría normativa que se afilia al sistema causalista del Derecho Penal reconoce para la culpabilidad; constituye también un juicio normativo de valoración. La inexigibilidad de ese comportamiento dará lugar a la inculpabilidad, porque impide la reprochabilidad con apoyo en la máxima de Derecho que postula: "Nadie está obligado a lo imposible".

La no exigibilidad encuentra su basamento en las circunstancias anormales que concurren en el momento en que el sujeto despliega la acción u omisión que contraría a las normas jurídicas. REINHARD FRANK, -- iniciador del pensamiento normativo asentó: "Hay situaciones de peligro, de apuro o de compulsión, en las cuales la vigencia imperiosa de la norma no resulta ni puede resultar eficaz, si además se tiene en cuenta que la ley ha sido dictada para el hombre medio, no para el héroe". (89)

Hay inexigibilidad cuando no es posible exigirle al sujeto que actúe conformándose al derecho, en virtud de que las circunstancias concurrentes o concomitantes al delito harían que cualquier persona, en semejante situación, actuara de la misma manera. Sin lugar a dudas la acción u omisión que se asume en estas condiciones es típica y antijurídica, aunque el sujeto no es culpable en virtud de que no se puede reprocharle una -- conducta que no es exigible.

En el juicio normativo de valoración de la culpabilidad se ha llenado los requisitos de imputabilidad y posibilidad concreta de conocimiento de la ilicitud de la conducta, mas esta misma no es reprochable por-- que falta la exigibilidad que es el broche que cierra la culpabilidad - normativa-finalista, entendida como reproche.

Dentro de las hipótesis de no exigibilidad se incluye al estado de estado de necesidad, cuando no se llenan los requerimientos esenciales - de una causa de justificación, al miedo grave y el temor fundado e irre-

sistible, al encubrimiento entre parientes, la fuga de un preso, el - aborto terapéutico, entre otras.

Son situaciones en las cuales se encuentran en pugna dos bienes jurídicos tutelados por igual en el orden legal; a diferencia de las causas de justificación, los bienes que aquí se disputan no son uno menor y el otro mayor, sino iguales; es decir, no hay interés preponderante en - relación con los bienes en conflicto.

Es estos supuestos ambos bienes poseen la misma entidad y si se sacrifica a alguno de ellos es con base en un interés preponderante que se da en relación a las normas que colisionan. En el choque entre normas - triunfa la norma de deber sobre la norma de derecho, esto es que gana el imperativo hipotético al imperativo categórico, en un enfrentamiento entre el mundo del ser y del deber ser.

La realidad fáctica supera a la jurídica, es decir que en atención a las circunstancias concurrentes en la conducta la norma de deber ser - cede ante la norma del ser. Todos los hechos ejecutados ante una situa-- ción de no exigibilidad conservan las cualidades de ser típico, antijurídicos e ilícitos; encuentran su dispensa en que al momento de valorar la exigibilidad el juez halla que la conducta no era de esa categoría.

Si se discute en la doctrina que hay otras causas de exigibilidad - además de las que hemos enunciado, podría encontrárselas en la coacción y en otros casos que no sean legales, especialmente nacidos de las cos-- tumbres. Parece que la situación se resuelve al decir que si la no exigibilidad se basa en una norma de deber, todos los casos de inexigibilidad se darán en atención a los hechos y a las circunstancias concurrentes. - Sería preciso que se dejara abierto el tipo para decir que la no exigibilidad excluye a la culpabilidad y que en ellas se encuadran los casos -- concretos de no exigibilidad que se presenten en la práctica.

La situación es extrema porque de considerar que solamente valen - los casos de no exigibilidad legalmente limitados, dejaría de tener vigencia el principio que sustenta a esta causa de inculpabilidad y que dice: Que triunfará la norma de deber sobre la norma de derecho.

JAMES GOLDSCHMIDT dice que en la no exigibilidad de otra conducta - debe de prevalecer la norma de la realidad fáctica sobre la de la realidad jurídica. La norma de deber permite ciertos comportamientos ante determinadas situaciones y además de eximir de culpabilidad exime de res--

ponsabilidad. (90)

REINHARD MAURACH comenta respecto a la no exigibilidad: "La concepción de Frank fue rápidamente adoptada por la ciencia y por la práctica de los tribunales: Fue tenida durante muchos lustros como la opinión dominante en Alemania". (91) Continúa diciendo que "quedaba una cuestión - discutible y era la relativa a cuáles presupuestos serían necesarios para que la no exigibilidad de una conducta conforme a la norma, fuese reconocida como válida". (92)

Se habló del estado de necesidad extremo, que se daría en el caso - de que entraran en colisión dos bienes equivalentes, el estado de coacción y el exceso en la legítima defensa. MAURACH concluye: "Con todo, - quedaba pendiente el problema consistente en saber si esos elementos que descartaban la culpabilidad estaban reglamentados en el Código Penal, - eran únicos o si era preciso determinar una cláusula general fuera de la ley escrita, de acuerdo con la regla: 'la culpabilidad de cada autor de acción ilícita se descarta si el autor se ha visto obligado a actuar en circunstancias tan anormales que no se puede exigir de él una conducta - conforme a la norma". (93)

En su mayoría los tratadistas penales en Alemania respetaron esta - cuestión e incluyeron el estado de necesidad extralegal en sus postulados. Para 1932, la Corte Imperial alemana negó la existencia de esta cau - sa de exculpación extralegal, en los delitos que fuesen cometidos con - - premeditación. (94)

La no exigibilidad de otra conducta se preocupa mucho por conside-- rar la fragilidad del hombre, de carácter natural y además prevé todas a - quellas situaciones en las que a ninguno pueda exigírsele que actúe con-- formándose a las disposiciones que nos marca la ley en sus imperativos - categóricos.

Cuando MAURACH explica la diferencia existente entre el estado de - necesidad como justificante y como exculpante, dice que en el primer su-- puesto se hace necesario pasar a hacer el examen de la culpabilidad del - autor y en el segundo ésta queda descartada. (95)

Concluye este tratadista: "El estado de necesidad da por resultado la - exclusión de la culpabilidad, cuando el autor del hecho ofende bienes

equivalentes de otro para salvarse a sí mismo, o a un pariente, de un inminente peligro de muerte". (96) Como ejemplos para el estado de necesidad como exculpante nos señala el caso de Carneades, la vis compulsiva y el abuso en la legítima defensa bajo emociones fuertes. (97)

#### C.4. CONSIDERACIONES CRITICAS.

Nos toca ahora exponer las consideraciones críticas a que nos conduce la teoría normativa de la culpabilidad que se basa en la doctrina finalista de la acción.

a). Es indudable que en el normativismo puro, al que se da origen con las consideraciones de los finalistas, nuestro elemento precisa su contenido al ser despojado de todos aquellos aspectos subjetivos que en pureza deben pertenecer a la conducta y a los elementos del delito-tipo.

b). Con este pensamiento se evita aquellos absurdos, de los -- que ya nos hemos ocupado, a que nos llevaron en forma inevitable el psicologismo y el normativismo. Al considerar a la culpabilidad como un aspecto normativo puro, la teoría de la acción finalista acepta que nuestro elemento sólo puede ser valorado desde un aspecto netamente objetivo, que nos llevará al reproche de las acciones u omisiones dolosas y culposas.

c). Como la culpabilidad encuentra sustento en tres conceptos que son puramente éticos, las causas de inculpabilidad quedan precisadas y podrán referirse tanto al dolo como a la culpa, sin que haya necesidad de que se revuelvan aspectos psicológicos y normativos.

d). Aún se encuentra otra brecha, que no tiene una resolución definitiva y se da con relación al error, puesto que el llamado error de prohibición llega a tener mucha semejanza con el error de hecho y el de licitud que ya habían sido considerados en las otras teorías. Esto nos lleva a aceptar que el dolo que se exige en la conducta solamente tiene

como elemento constitutivo al querer y que el entender quedará inmerso - en la culpabilidad.

e). El error de prohibición tiene un nombre que es restrictivo, dado que exige el conocimiento potencial de la norma y hay que recordar que las normas no solamente prohíben sino que también ordenan determinados comportamientos. Para que en él se pueda abarcar las dos hipótesis, se nos ocurre que podríamos llamarlo "error sobre la norma". El apelativo de error de prohibición sería aceptado si se dijera que en el caso -- concreto el yerro recae nada más sobre la prohibición de la norma que describe la acción u omisión, y quedaría fuera el error que incida sobre el mandamiento.

Después de esto no nos resta sino ocuparnos del tratamiento de la - culpabilidad y la inculpabilidad en los diversos códigos y proyectos elaborados en la República Mexicana, sentando el pensamiento de nuestros - altos tribunales.

ELEMENTO INTELCTUAL.	DESCONOCIMIENTO DE LA REALIZACION DE LOS ELEMENTOS TIPICOS O DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.	ERROR DE HECHO.	EXIMENTES PUTATIVAS.
	DESCONOCIMIENTO DE LA REALIDAD -- FACTICA.	ERROR DE LICITUD.	OBEDIENCIA JERARQUICA.
	DESCONOCIMIENTO DE LA REALIDAD -- JURIDICO-PENAL O EXTRAPENAL.	ERROR DE DERECHO.	IGNORANCIA DE LA LEY. FALSO CONOCIMIENTO.
	DESCONOCIMIENTO DE LA SIGNIFICA-- CION ANTIJURIDICA DE LA CONDUCTA.		
	EFECTOS: Cuando es esencial e invencible anula al dolo; en cambio, si es vencible deja subsistente a la culpa, si el delito acepta esa forma de comisi3n.		
	CONFUSION: Error en la persona.		
	DESVIACION: Error en el golpe.	ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL.	
	Error en el delito.		
	Error en los medios.		
	EFECTOS: No tiene la fuerza suficiente para anular a la culpabilidad.		
ELEMENTO VOLITIVO.	VOLUNTAD VICIADA:	COACCION.	No intenci3n.
	EFECTOS: Anula al dolo en su elemento emocional (querer).		
LIMITE.	NO EVITACION DE LO INEVITABLE.	CASO FORTUITO.	
	NO PREVISION DE LO IMPREVISIBLE.		
	EFECTOS: Limite de la culpa y de la culpabilidad misma.		
	HAY INCULPABILIDAD: Cuando al juez no le es posible llegar a establecer el nexo - psicol3gico entre el autor y el resultado da1noso.		

El psicologismo 3nicamente manej3 causas de inculpabilidad relacionadas con el dolo, jams habl3 de la exculpaci3n de la culpa, puesto que 3sta no tena un elemento intelectual al cual referir el error.

CAUSAS:

INIMPUTABILIDAD:

Incapacidad de responder  
en el juicio de reproche.

ERROR:

1. De tipo.
2. De licitud.
3. De derecho:
  - a). Penal.
  - b). Extrapenal.

COACCION:

Fuerza moral que se ejer-  
ce sobre el sujeto para -  
obligarlo al delito.

INEXIGIBILIDAD:

Imposibilidad de exigir -  
un actuar que se conforme  
al Derecho.

RECAE EN:

MOTIVACION NORMAL.

CONCIENCIA DE LA  
ANTI JURIDICIDAD.

LIBERTAD.

CIRCUNSTANCIAS  
CONCOMITANTES.

CONSECUENCIAS:

IRREPROCHABILIDAD.

HAY INCULPABILIDAD: Cuando al juez no le es posible llegar al reproche de la conducta por-  
que el sujeto es inimputable, está en error, se ejerció coacción sobre él o no se le podía  
exigir un actuar conforme al Derecho.

CAUSAS:

INIMPUTABILIDAD:  
Incapacidad de control y  
de discernimiento.

ERROR DE PROHIBICION:  
Imposibilidad de conocer  
la ilicitud de la conduc\_  
ta.

INEXIGIBILIDAD:  
Imposibilidad de exigir  
un actuar conforme a De-  
recho ante situaciones -  
anormales.

RECAE EN:

MOTIVACION NORMAL.

POSIBILIDAD CONCRETA DE  
CONOCER LA ILICITUD.

EXIGIBILIDAD.

CONSECUENCIAS:

NO REPROCHABILIDAD.

HAY INCULPABILIDAD: En los casos en que al sujeto no se puede reprocharle su conducta por ser inimputable, estar ante un error de prohibición o porque no le es exigible la conducta. En suma: NO HAY REPROCHABILIDAD.



E. NOTAS BIBLIOGRAFICAS.  
CAPITULO TERCERO.  
CAUSAS DE INculpABILIDAD.

- (1) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, p. 285.
- (2) Citas de JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 388.
- (3) Citados por JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 389.
- (4) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 389.
- (5) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 389.
- (6) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 389.
- (7) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 389.
- (8) En estas líneas queremos referirnos al "caso fortuito", el cual será tratado en el inciso A.3 de este trabajo.
- (9) La confusión adquiere un carácter tripartita porque en la conducta, en la imputabilidad y en la culpabilidad, se incluía a la voluntad como elemento constitutivo. Solamente se estudiaba la falta de voluntad en el aspecto negativo de la conducta. Cfr. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, de PORTE PETIT.
- (10) Esta opinión la maneja PORTE PETIT. Notas de cátedra de Derecho Penal I.
- (11) Citado por JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, - p. 396.
- (12) Citado por JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 391.
- (13) "Esta doble naturaleza del error se halla establecida en las legislaciones penales contemporáneas y es recibida por Carrara y la mayor parte de los penalistas". Citas de JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, - p. 392 y ss.
- (14) La enumeración se hace atendiendo a los elementos del tipo que señala PORTE PETIT en sus Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 431 y ss.; en ella se añade las circunstancias del delito. Sobre este último tema consúltese a PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 275 y ss.
- (15) Información obtenida de una plática informal con el doctor PORTE PETIT.
- (16) El problema y el ejemplo son analizados por PORTE PETIT. Notas de Cátedra de Derecho Penal I.
- (17) Al respecto puede consultarse la bibliografía siguiente: CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, p. 126. CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 338-339. PORTE PETIT. Programa de la Parte General del Derecho Penal, pp. 697-698.
- (18) Notas de Cátedra de Derecho Penal I. Doctor PORTE PETIT.
- (19) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 400.
- (20) El ejemplo lo maneja PORTE PETIT. Notas de Cátedra de Derecho Penal I.
- (20\*) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, p. 38. CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 337-338.
- (21) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 405 y ss.
- (22) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, p. 415.
- (23) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, p. -- 766.
- (24) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, p. 766.

(25) FRANCESCO CARRARA. Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General, p. 319-320.

(26) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, p. 764.

(27) PORTE PETIT. Programa de la Parte General del Derecho Penal, p. 681.

(28) Citado por JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, p. 789.

(29) VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad, p. 295.

(30) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, p. 539.

(31) RAUL E. ZAFFARONI. Teoría del Delito, p. 489.

(32) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho, p. 96.

(33) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho, p. 96.

(34) Cfr. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.

(35) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho, p. 96.

(36) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, p. 340.

(37) PORTE PETIT. Notas de Cátedra de Derecho Penal I.

(38) Citado por QUINTANO A. RIPOLLES. Derecho Penal de la Culpa, p. 196.

(39) Citado por JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, p. 395.

(40) Notas de Cátedra de Derecho Civil I. Licenciada MARIA TERESA RODRIGUEZ.

(41) En el artículo 15 fracción X del CPF se habla de este requisito.

(42) QUINTANO A. RIPOLLES. Derecho Penal de la Culpa, p. 47.

(43) CORDOBA RODA. Comentarios al Código Penal, p. 45.

(44) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, p. 254.

(45) QUINTANO A. RIPOLLES, Derecho Penal de la Culpa, p. 49.

(46) Citado por JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, p. 384.

(47) Citado por JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, p. 384.

(48) JAMES GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad, p. 54.

(49) JAMES GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad, p. 30.

(50) A este respecto puede consultarse el pensamiento de JAMES GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad, p. 41.

(51) VINCENZO CAVALLO. Derecho Penal. Tomo II, p. 103.

(52) Cfr. JAMES GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad, p. 54.

(53) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 103.

(54) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 31.

(55) Citado por OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 31.

(56) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 31.

(57) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pp. 103 y ss.

(58) Cfr. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, pp. 32 y ss. EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pp. 115-116.

(59) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 136.

(60) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 136.

(61) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 138.

(62) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 140.

(63) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 36.

(64) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, pp. 36-37.

(65) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 159.

(66) Notas de Cátedra de Derecho Penal I. Doctor PORTE PETIT.

(67) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, p. 250.

(68) Cfr. Parágrafos 52 y 53 del CPA. EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 184.

(69) Cfr. JAMES GOLDSCHMIDT. La Teoría Normativa de la Culpabilidad, p. 43.

(70) Citado por RICARDO C. NUÑEZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad, p. XXX, de JAMES GOLDSCHMIDT.

(71) RICARDO C. NUÑEZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de JAMES GOLDSCHMIDT, pp. XXXI.

(72) RICARDO C. NUÑEZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de JAMES GOLDSCHMIDT, p. XXXII.

(73) RICARDO C. NUÑEZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de JAMES GOLDSCHMIDT, p. XXXII.

(74) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 194.

(75) Cfr. REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 350.

(76) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 359.

(77) Cfr. REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, pp. 352-353.

(78) Cfr. REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, pp. 351-352.

(79) Cfr. REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 353.

(80) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 53.

(81) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 336.

(82) Cfr. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, pp. 52 y ss.

(83) REINHARD MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, 136.

(84) REINHARD MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, 147.

(85) Cfr. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 54.

(86) OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal, p. 54.

(87) REINHARD MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 152.

(88) REINHARD MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 152.

(89) Citado por REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 366.

(90) Citado por RICARDO C. NUÑEZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de JAMES GOLDSCHMIDT, p. XXXI.

(91) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 345.

(92) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 345.

(93) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 346.

(94) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 346.

(95) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 346.

- (96) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 346.  
(97) REINHARD MAURACH. Tres Conferencias, p. 347.

## C A P I T U L O   C U A R T O

LA CULPABILIDAD Y LA INculpABILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL Y LA JURIS-  
PRUDENCIA MEXICANAS.

"El Derecho Penal es tanto cuanto más perfecto, cuanto mejor corresponde a la idea de culpabilidad".

GIUSSPPE BETTIOL.

Llegamos ahora a un aspecto muy importante de nuestra tesis, - vamos a analizar el trato que ha recibido nuestro elemento en la legislación penal mexicana. Trazaremos un bosquejo de la evolución de las leyes represivas, comenzando por el Código Penal de 1871 para el Distrito y Territorios Federales, hasta llegar a las reformas que recientemente fueron elaboradas en el Congreso de la Unión.

Es de primordial importancia aplicar todo lo que hemos analizado en los tres capítulos precedentes y enfocarlo en forma directa a la parte modular del derecho: Las normas penales. No importa cuan certera y precisa pueda llegar a ser la opinión de los doctrinarios en torno a los conceptos penales, si las legislaciones no llegan a comprenderla en forma plena y a adoptarla. En realidad deben conjugarse tres factores en la Ciencia del Derecho Penal: Excelentes doctrinas, excelentes códigos y excelentes juzgadores.

En verdad no cuesta mucho trabajo elaborar un Código Penal que responda en forma contundente a todos los problemas que nuestra materia representa; lo único que se necesita es estudio, dedicación y sobre todo - un pensamiento evolucionado, tal como es nuestra disciplina.

Inútil es que se piense que una ley dura per omnia saecula seaculorum, habida cuenta de que se sustenta en principios sociales y la sociedad no es estática sino dinámica y los postulados éticos que le dan sustento son variables y acomodaticios. Nos parece oportuno anotar una cita de la exposición de motivos del Código de 1871, que dice así: "Solamente

por una casualidad muy rara podría suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el sólo trascurso del tiempo será entonces causa bastante para que, por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron". (1) Baste ya de reflexiones y procedamos a la tarea.

#### a. LEGISLACION FEDERAL.

Iniciaremos nuestro análisis enfocando la teoría general de la culpabilidad a las varias leyes que, en materia de fuero federal, han regido en la república Mexicana. En esta breve reseña se comprende a los códigos penales de 1871 y 1929 y a los proyectos de 1949, 1958 y 1963.

Cabe señalar que en todos estos estudios, seguido del numeral que se comenta, habrá un pequeño paréntesis en donde según nuestro criterio se anota el nombre del instituto al que se regula; inmediatamente después será copiado el artículo en forma textual y por último se hará un breve comentario. Al finalizar esto se procederá a hacer una crítica general del código a comentar.

!

##### a.1. CODIGO PENAL DE 1871.

Su proceso de elaboración data del año de 1861, en que por acuerdo del presidente de la República, licenciado BENITO JUAREZ, fue integrada una comisión redactora con los señores licenciados MARTINEZ DE CASTRO, ZAMACONA, HEREDIA Y ZAVALA y SAAVEDRA, a la que finalmente se reorganizó quedando como sigue: MARTINEZ DE CASTRO, ZAMACONA, LAFRAGUA, ORTEGA y SANCHEZ GAVITO.

Como base para la estructura de este código se tomó en consideración a la legislación española y se acordó seguir el mismo texto, solamente con el fin de organizar las materias. Los artículos que nos interesa tratar se ubican en el Libro Primero, denominado "De los Delitos, Delincuentes y Penas en General", contiene en su capítulo I, las llamadas "Reglas Generales sobre Delitos y Faltas", y en él se incluyen los si--

guientes preceptos:

ARTICULO 6o. (Formas subjetivas de comisión del delito). "Hay delitos intencionales y de culpa".

COMENTARIO: En este dispositivo se anota dos formas subjetivas (culpabilidad) para la comisión del delito: Intención (dolo) y culpa. Este es un gran acierto porque no se considera que la culpa pueda ser la "no intención". Desde aquí pensamos que se sigue una teoría psicológica de la culpabilidad. El dolo empieza a ser relacionado con la intención.

ARTICULO 7o. (Definición de intención o dolo). "Llámase delito intencional: el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son punibles".

COMENTARIO: Al definir el delito intencional se quiere hacer alusión al elemento cognoscitivo del dolo, mas esto se hace en forma errada puesto que en la doctrina se dice que no se requiere que el sujeto al actuar tenga conocimiento de que la conducta recibirá determinada punibilidad; en general se pide la conciencia de la ilicitud. La definición no alude al elemento volitivo del dolo, aun cuando en el artículo 4o. se diga que el delito es "infracción voluntaria"; pensamos que esa voluntad va dirigida a la conducta solamente. Aunque se acepte en su estructura a cualquiera de las tres teorías de la culpabilidad, debe hablarse del elemento volitivo e intelectual en la constitución del dolo. En forma incorrecta se habla de hecho u omisión, debe recordarse que con una omisión también se puede integrar un hecho. La acertado sería en todo caso, decir "conducta o hecho".

ARTICULO 8o. (Presunción de inocencia). "Todo acusado será tenido como inocente mientras no se pruebe que cometió el delito que se le imputa y que él lo perpetró".

COMENTARIO: Se daba un trato más humano al presunto delincuente, al presumir su inocencia y no su culpabilidad. Presunción iuris tantum que beneficia en forma notable al hombre, ilástima que haya caído en desuso, aunque no era muy acorde la práctica con la ley escrita, ya que aun cuando se presumiera la inocencia el presunto responsable se encontraba en prisión preventiva. En la exposición de motivos se dice: "Esta declaración -

tiene dos objetos: uno de ellos es que, durante el proceso, traten los -- jueces á los acusados con las consideraciones que se deben tener al des--graciado que, siendo tal vez inocente, ha perdido su libertad por engaño--sas apariencias. Pero al hacer esa declaración se ha tenido también otra mira más trascendental, á saber: que en el Código de Procedimientos se -- den reglas más justas y equitativas que las vigentes, para obtener la li--bertad bajo caución". (2)

ARTICULO 9o. (Presunción de dolo). "Siempre que á un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo; á no - ser que la ley exija una intención dolosa para que haya delito".

COMENTARIO: Una vez comprobado que el sujeto violó la ley penal se presu--mirá que su actuación fue dolosa, mas si el delito sólo puede cometerse - por dolo, a éste se le tendrá como cierto, bajo una presunción iuris ete--iure. Cuando el delito acepte las dos formas de comisión la presunción se--rá iuris tantum y dependerá de las pruebas que se obtenga en el proceso.

ARTICULO 10. (Casos en que no se destruye la presunción de inten--cionalidad). "La presunción de que un delito es intencional no se destru--ye aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes excepciones:..."

COMENTARIO: Se establece una presunción de pleno derecho, en determinadas situaciones que no son sino hipótesis dolosas en su mayoría. Postura un - tanto injusta, ya que el dolo no debe presumirse sino probarse.

I. "Que no se propuso ofender á determinada persona, si tuvo en general la intención de causar el daño que resultó: si éste fué consecuen--cia necesaria y notoria del hecho-ú omisión en que consistió el delito: - si el reo había previsto esa consecuencia ó ella es efecto ordinario del hecho ú omisión y está al alcance del común de las gentes ó si se resol--vió á quebrantar la ley, fuera cual fuese el resultado".

COMENTARIO: Al enunciar: "Que no se... el daño que resultó", nos encontra--mos con un supuesto de dolo indeterminado. "Si éste fué... el delito", es uan hipótesis del dolo de las consecuencias necesarias. "Si el reo... esa consecuencia", es parte del elemento intelectual del dolo: La previsión. "O ella... de las gentes...", podríamos ver en ella a la preterintención, que en última instancia recibe el tratamiento de un delito doloso. "Si se resolvió... el resultado ...", es otra especie de dolo indeterminado. Es



de concluir que si en todos estos casos hay dolo y se prueba, no se dejará de reconocer que el delito es doloso.

II. "Que ignoraba la Ley".

COMENTARIO: Estamos en presencia del error de derecho, al cual no llegó a tratarse como exculpante.

III. "Que creía que la Ley era injusta ó moralmente lícito violarla".

COMENTARIO: Podría ser otra hipótesis de error iuris, puesto que la equivocación afecta al significado antijurídico de la conducta. Recibe trato de dolo.

IV. "Que erró sobre la persona ó cosa en que quiso cometer el delito, ó que es legítimo el fin que se propuso".

COMENTARIO: La primera parte es un evidente caso de error inesencial o accidental, en donde se yerra sobre la persona o la cosa, yerro que como explicamos no tiene la fuerza suficiente para destruir al dolo. En el segundo momento puede hablarse también de un error de derecho; porque pesa sobre la significación antijurídica de la conducta, se consideró que subsistía el dolo.

V. "Que obró con consentimiento del ofendido, exceptuando los casos de que habla el artículo 261".

COMENTARIO: En el numeral de referencia se hace alusión a los delitos que son perseguidos por querrela (bienes disponibles); el consentimiento del ofendido no es válido en bienes no disponibles y por ende no anula al dolo.

ARTICULO 11. (Delitos culposos). "Hay delitos de culpa:..."

COMENTARIO: Indudablemente es más técnico decir: El delito se comete con culpa, cuando: ...

I. "Cuando se ejecuta un hecho ó se incurre en una omisión, que aunque lícitos en sí no lo son por las consecuencias que producen, si el culpable no las evita por imprevisión, por negligencia, por falta de re--

flexión ó de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes; por no tomar las precauciones necesarias ó por impericia en un arte ó ciencia, cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño alguno".

COMENTARIO: Se debe hablar de conducta o hecho, en todo caso. Se alude a la evitación de las consecuencias de una acción u omisión primarias lícitas, a fin de diferenciarlas de la preterintención. Todos los supuestos enunciados después en forma casuística pueden ser reducidos a cinco palabras: "Violando un deber de cuidado", que es la esencia de la culpa. Aun la impericia implica la violación de ese deber, al no cuidarse de actuar quien se sabe imperito.

"La impericia no es punible, cuando el que ejecuta el hecho no profesaba el arte ó ciencia que es necesario saber, y obra apremiado por la gravedad y urgencia del caso".

COMENTARIO: Es correcto que no sea sancionada la impericia en estos casos.

II. "Cuando quebranta algunas de las obligaciones que en general impone el artículo 10., exceptuando los casos en que no puedan cumplirse sin peligro de la persona ó intereses del culpable ó de algún deudo suyo cercano".

COMENTARIO: El artículo 10. impone las obligaciones de impedir y auxiliar a la persecución de los delitos; es obvio que cuando se cumpla estas obligaciones debe hacerse sin riesgo propio; adoptando una postura -normativista hablaríamos de la "no exigibilidad".

III. "Cuando se trata de un hecho que es punible únicamente por las circunstancias en que se ejecuta, ó por alguna personal del ofendido; si el culpable las ignora por no haberse practicado previamente las investigaciones que el deber de su profesión ó las circunstancias del caso exigen".

COMENTARIO: En este supuesto también existe la violación de un deber de cuidado, en el cual debe resumirse a la culpa.

IV. "Cuando el reo infringe una ley penal hallándose en estado de embriaguez completa, ó si tiene el hábito de embriagarse, ó ha come-

tido anteriormente alguna infracción punible en estado de embriaguez".

COMENTARIO: Este es el llamado "delito de embriaguez", a que aluden el código penal alemán y el español, entre otros. Según nosotras, el trato adecuado a este delito debería ser el de las actio liberae in causa. La culpa no tiene por qué amparar al hábito de embriagarse ni a la reincidencia genérica.

V. "Cuando hay exceso en la legítima defensa".

COMENTARIO: Esto constituye un beneficio indudable para los individuos - que no puedan llenar los requisitos de la legítima defensa, como lo son el empleo de los medios proporcionados y la proporcionalidad de la defensa. La misma posición volvió a cobrar auge en las reformas de 1984.

ARTICULO 12. (Requisitos de la punibilidad para el delito cometido por culpa). "Para que el delito de culpa sea punible se necesita..."

COMENTARIO: Se trata de dar una serie de requisitos que debe cumplir la culpa para ser punible.

I. "Que llegue a consumarse".

COMENTARIO: De todos es sabido que el delito cometido por culpa no puede quedarse en grado de tentativa, debido a que ésta requiere un dolo previo y en la culpa no existe ese elemento.

II. "Que sea tan leve que, si fuera intencional, sólo se castigaría con un mes de arresto ó con multa de primera clase".

COMENTARIO: Se hace distinción entre la culpa leve y grave, puniéndose na da más a estas última.

ARTICULO 13. (No exigibilidad de otra conducta o, en dado caso, excusa absolutoria). "La obligación de prestar auxilio á la autoridad para la averiguación de un delito, ó para la aprehensión de los culpables, no comprende á sus cónyuges, ascendientes ó descendientes ó parientes co laterales, ni á las personas que les deban respeto, gratitud ó amistad".

COMENTARIO: Evidentemente se trata de un caso de no exigibilidad de otra conducta, que origina la inculpabilidad (de acuerdo con la teoría normativa causalista o finalista). Podría pensarse que es una excusa absoluto ria, que impide la aplicación de la pena por motivos de política crimi--

nal o familiar.

ARTICULO 14. (Clases de culpa). "La culpa es de dos clases: Grave o leve".

COMENTARIO: Para efectos del artículo 12, se hace la distinción entre culpa leve y grave.

ARTICULO 15. (Casos específicos de culpa leve). "En los casos - de que habla el artículo 10. se incurre en culpa leve".

COMENTARIO: Se vincula a la culpa leve con los casos en que se viola un deber de que la ley le impone, que es el de evitar los delitos o ayudar a su persecución.

ARTICULO 16. (Facultad jurisdiccional para calificar la culpa). "La calificación de si es leve ó grave la que se comete en los demás casos, queda al prudente arbitrio de los jueces, y para hacerla tomarán en consideración: la mayor ó menor facilidad de prever ó evitar el daño: si bastaban para ésto una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte ó ciencia: al sexo, edad y conocimiento de los culpables: si éstos habían delinquido anteriormente en circunstancias semejantes, y si tuvieron tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado necesarios".

COMENTARIO: Se hace necesaria la inclusión de este artículo, con el fin de establecer la pena aplicable al delito de culpa según su levedad o gravedad. Estos postulados los tomó el Código de 1931, a fin de graduar la pena de los delitos en general.

ARTICULO 17. (Punibilidad de las faltas). "Las faltas sólo se - castigarán cuando ha sido consumadas, sin atender más que al hecho material y no á si hubo ó no intención ó culpa".

COMENTARIO: En la punición de las faltas se toma en cuenta en principio - de la responsabilidad objetiva, aún no se superaba la calificación de las faltas por el resultado.

Dentro del capítulo II se dan los grados del delito intencional:

ARTICULO 18. (Momentos del delito doloso). "En los delitos in--

tencionales se distinguen cuatro grados:

- I. Conato;
- II. Delito intentado;
- III. Delito frustrado;
- IV. Delito continuado".

COMENTARIO: Se intenta hacer una distinción de los momentos del delito intencional o doloso y en los artículos precedentes se define a cada uno de ellos.

ARTICULO 19. (Conato de delito). "El conato de delito consiste en ejecutar uno ó más hechos encaminados directa é inmediatamente á la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye".

ARTICULO 20. (Punibilidad del conato, sus requisitos). "El conato es punible, solamente cuando no se llega al acto de la consumación del delito, por causas ajenas a la voluntad del agente".

ARTICULO 21. (Requisitos para que se pene al conato). "En el caso del artículo anterior son requisitos necesarios para el castigo:

I. Que los actos ejecutados den á conocer por sí solos, ó acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar.

II. Que la pena que debiera imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto ó quince pesos de multa".

ARTICULO 22. (Presunción de desistimiento de conato). "En todo conato, mientras no se pruebe lo contrario, se presume que el acusado suspendió la ejecución espontáneamente, desistiendo de cometer el delito".

ARTICULO 23. (Casos en que al conato se le considera como acto preparatorio). "Los actos que no reúnan todas las circunstancias que exigen los artículos 20 y 21, no constituyen conato punible, y se considerarán como puramente preparatorios del delito".

COMENTARIO: Quisimos comentar todos los artículos que hacen referencia al conato en un solo acto, debido a que no será necesario extendernos más. Lo que tenemos qué decir en relación con este instituto, es realmente poco: Se confunde lo que es un conato con lo que es la tentativa o delito intentado.

ARTICULO 24. (Actos preparatorios). "Los actos puramente pre-

paratorios son punibles, solamente cuando por sí mismos constituyen un delito determinado que tiene pena señalada en la ley, con excepción de los casos en que ésta dispone expresamente lo contrario".

COMENTARIO: Se está por la no punición de los actos preparatorios, aun cuando sean inequívocos. Solamente se les sancionará en los tipos de resultado cortado, donde se considera que ese momento del iter criminis es suficiente para sancionarlos.

ARTICULO 25. (Definición del delito intentado). "Delito intentado es, el que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable, ó porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean".

COMENTARIO: Se considera únicamente como tentativa a aquellas hipótesis en que el delito es imposible por cualquier motivo, inclusive por uso - de los medios inadecuados.

ARTICULO 26. (Definición del delito frustrado). "Delito frustrado es, el que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas ajenas á la voluntad del agente, diversas a las que se expresan en el artículo que precede".

COMENTARIO: La teoría de la tentativa no estaba perfectamente delineada en el pensamiento del legislador (tal como la conocemos). En el artículo anterior se habló del delito irrealizable y allí se comprendía a todas las hipótesis, según se puede interpretar.

Ya en el Título Segundo, "De la Responsabilidad Criminal. Circunstancias por las que se Excluye, la Atenuan ó la Agravan. Personas Responsables", se habla del aspecto negativo de la culpabilidad en algunas hipótesis. El capítulo I, "Responsabilidad Criminal", dice:

ARTICULO 32. (Casos de Responsabilidad). "Todo delito produce responsabilidad criminal, ésto es, sujeta á una pena al que lo comete, aunque sólo haya tenido culpa y no dañada intención".

COMENTARIO: Se extiende la responsabilidad penal a los delitos cometidos tanto por culpa como con dolo. Sus consecuencias serán el sometimiento a una pena. No se habla de los casos de culpa leve y no se distingue entre pena y medida de seguridad. Creemos que este precepto está

inspirado en la retribución.

El capítulo II, "Circunstancias que Excluyen la Responsabilidad Criminal", dispone:

ARTICULO 34. (Excluyentes de responsabilidad que comprende varios aspectos negativos del delito, en donde se incluye a la inculpabilidad). "Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal - por la infracción de leyes penales son:...".

COMENTARIO: Habría una mejor sistematización si se enunciara cada uno de los aspectos negativos del delito en forma independiente. Sólo atenderemos al aspecto negativo de la culpabilidad.

1a. "Violar una ley penal hallándose el acusado en estado de enajenación mental que le quite la libertad, ó le impida enteramente conocer la ilicitud del hecho ú omisión de que se le acusa".

COMENTARIO: Desde el punto de vista del finalismo esta sería una causa de inculpabilidad, por carecer el individuo de la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito de su conducta. En el pensamiento tradicional va a ser motivo de inimputabilidad.

3a. "La embriaguez completa que priva enteramente de la razón, si no es habitual, ni el acusado ha cometido ántes una infracción punible estando ébrio; pero ni aun entónces queda libre de la pena señalada á la embriaguez, ni de responsabilidad civil. Faltando los dos requisitos mencionados, habrá delito de culpa con arreglo á la fracción 4a. -- del artículo 11".

COMENTARIO: No es necesario señalar esta causa como circunstancia que excluye la responsabilidad, puesto que para el delito cometido en estado de ebriedad hay un tratamiento específico, máxime que en los casos en que falten los requisitos mencionados habrá culpa.

6a. "Ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de su infracción".

COMENTARIO: Al hablar del conocimiento de la ilicitud, podría tratarse

de una causa de inculpabilidad desde el enfoque finalista.

7a. "Ser sordomudo de nacimiento ó desde ántes de cumplir cinco años, sea cual fuere la edad del acusado al infringir la ley penal, siempre que no haya tenido el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho por el cual se procede contra él".

COMENTARIO: Atender al supuesto anterior.

10a. "Quebrantarla violentado por una fuerza moral, si ésta -- produce temor fundado ó irresistible de un mal inminente y grave en la persona del infractor".

COMENTARIO: Es una exculpante; desde el punto de vista psicológico y -- normativo causalista se llama coacción, en el pensamiento de los fina-- listas es una no exigibilidad.

11a. "Causar un daño en la propiedad ajena por evitar un mal - grave y actual si concurren estos dos requisitos:

I. Que el mal que se cause sea menor que el que se trata de evi-- tar;

II. Que para impedirlo no tenga otro medio practicable y menos - perjudicial que el que emplea".

COMENTARIO: Muy tirante la situación, podría tratarse de una no exigibi- lidad; empero, en dado caso no debería hacerse alusión al medio practi- cable y menos perjudicial.

12a. "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni im- prudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas la precauciones debidas".

COMENTARIO: Nos encontramos ante la presencia del casos fortuito, lími- te de la culpa y de la culpabilidad. Esta fórmula legal la "heredó" -- nuestra legislación vigente.

13a. "Ejecutar un hecho que no es criminal sino por circunstan- cias particulares del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpable-- mente al tiempo de obrar. Si dichas circunstancias no constituyen la -- criminalidad del hecho y solamente lo agravan, no es imputable al reo - ese aumento".



COMENTARIO: Indudablemente es una hipótesis del error de hecho (esencial e invencible).

15a. "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".

COMENTARIO: Esta es una causa de inculpabilidad normativa motivada por un error de licitud (esencial e invencible).

COMENTARIO GENERAL: Resulta que el Código Penal de 1871 definitivamente adopta una postura psicológica para tratar a la culpabilidad y su aspecto negativo. Aun cuando introduzca situaciones normativas y finalistas, es obvio que no se le quiso dar ese enfoque, visto el año en que fue publicado. En algunos aspectos la legislación que comentamos es netamente casuística y hasta cierto punto redundante. Carece de un recto sentido técnico y más bien parece un catálogo de derecho para principiantes y no para quienes son jurisperitos, o sea los jueces.

No podemos negar que también tiene innumerables aciertos, que en algunos casos "heredó" el legislador de 1931, pero que éste al sentir que se podía pensar que los había "copiado", trató de "enmendarlos" y más bien los descompuso.

## a.2. CODIGO PENAL DE 1929.

Como dato curioso anotaremos que la persona responsable de la exposición de motivos de este código fue el licenciado JOSE ALMARAZ y - que dicho texto no apareció hasta el año de 1931. Analicemos los preceptos relativos a nuestros temas de estudio.

ARTICULO 12. (Grados del delito). "Los delitos se dividen en: intencionales y en imprudencias punibles".

COMENTARIO: Se atiende a las formas subjetivas de comisión del delito. De acuerdo con la doctrina serán delitos cometidos por dolo (intención) y con culpa (imprudencia punible). Resulta increíble que mejor el legislador de 1871 haya empleado un término más técnico para aludir a las --

"imprudencia punibles" (culpa). Esta denominación la "heredó" el código de 31 y desde entonces la venimos arrastrando.

ARTICULO 13. (Definición de intención). "Se considera delito intencional: Al que se comete con el fin de causar daño o alcanzar un beneficio con violación a los preceptos que informan la ley penal".

COMENTARIO: Unicamente se alude a lo que podríamos entrever como elemento volitivo del dolo: "El fin de causar el daño". ¿Qué habrá querido decirse con alcanzar un beneficio con violación a los preceptos?. Habrá qué preguntárselo al legislador.

ARTICULO 14. (Presunción de dolo). "Todo delito se presume intencional, a no ser que se pruebe lo contrario, o que la ley exija dañada intención para que aquél exista".

COMENTARIO: Muy mal que se presuma el dolo, menos mal que sea una presunción iuris tantum, con menor perjuicio para el sujeto. Después se habla del dolo como "dañada intención", ¿habrá querido diferenciarse entre "dolo bueno" y "dolo malo"? Hay qué aclarar que el dolo debe de ser probado y no presumírsele.

ARTICULO 15. (Casos en que no se destruye la presunción de intencionalidad). "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:...".

COMENTARIO: Claramente se nota que este precepto fue copiado de aquel - que analizamos en el Código de 1871, con sus "pertinentes modificaciones".

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

COMENTARIO: Es un caso de error en la persona que no anula la culpabilidad, o bien podría considerársele como un caso de dolo indeterminado.

II. "Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las

gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado".

COMENTARIO: Podemos dividir esta fracción en tres supuestos:

Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito. Dolo de las consecuencias necesarias.

Que no se propuso causar el daño que resultó, si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes. Preterintención, sancionada como dolo.

Que no se propuso causar el daño que resultó, si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado. Dolo indeterminado.

III. "Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla".

COMENTARIO: Error de derecho, al que se sanciona como delito doloso.

IV. "Que creía que era legítimo el fin que se propuso".

COMENTARIO: Error de derecho, que afecta al significado antijurídico de la conducta y al que pese a ello se le considera como un delito cometido con intención.

V. "Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito".

COMENTARIO: Especie de error inesencial o accidental, que no es suficiente para anular la culpabilidad; subsiste el dolo.

VI. "Que obró con consentimiento del ofendido, exceptuando los casos de que habla el artículo 225".

COMENTARIO: Cfr. comentario a la fracción V del artículo 10 del Código Penal de 1871.

ARTICULO 16. (Delitos punibles cometidos por culpa). "Cometen imprudencia punible"..."

COMENTARIO: ¡Qué fea denominación usan para la culpa! Este precepto también es "herencia" del Código de 1871.

I. "Los que ejecuten un hecho o incurren en una omisión que pro

ducen igual daño que un delito intencional, si el agente no evita el daño por imprevisión, por negligencia, por falta de reflexión o de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias, por inobservancia de deberes especiales o reglamentos, o por impericia en un arte o ciencia, cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño.

El daño causado por impericia no es sancionable: cuando el que ejecuta un hecho obra apremiado solamente por la gravedad y urgencia del caso y no profesa el arte o ciencia que es necesario saber".

COMENTARIO: Otro "legado" del Código de 1871. Toda esa descripción casuística debe resumirse en: La violación de un deber de cuidado.

II. "Los que no procuran por los medios lícitos que tienen a su alcance, impedir la consumación de los delitos que saben van a cometerse o que se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio; exceptuando aquellos que no puedan cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses o de la persona o intereses de algún pariente en línea recta o de la colateral dentro del cuarto grado, y los que están comprendidos en lo dispuesto por el artículo 846 de este Código".

COMENTARIO: La excepción se refiere a un caso de no exigibilidad.

III. "Los que, requeridos por las autoridades o sus agentes, no den auxilio para la averiguación de los delitos o para la persecución de los delincuentes, salvo las excepciones consignadas en la fracción anterior y cuando se trate de cónyuge o de parientes del requerido, o de personas a quienes éste deba respeto, gratitud o amistad".

COMENTARIO: Se trata de otra hipótesis de no exigibilidad.

IV. "Los que ejecuten un hecho que es sancionable únicamente -- por sus circunstancias o por alguna personal del ofendido; si el acusado las ignoraba por no haber practicado previamente las investigaciones que el deber de su profesión o la importancia del caso exigen".

COMENTARIO: La fracción II ya aludía a este supuesto.

V. "Los dueños o encargados de aparatos de locomoción o de cualquier otra especie que, debiendo tener conocimiento del mal estado de -- tales aparatos, los ponen en servicio y se causa algún daño con su uso".

COMENTARIO: No pudieron ser más tautológicos, lo único que faltó fue que enunciaran todas las hipótesis en que hay culpa, exceso de casuística.

VI. "Los que se excedan en la defensa legítima por intervenir - la tercera o cuarta circunstancias ennumeradas en la segunda parte de la fracción III del artículo 45".

COMENTARIO: Este supuesto es recogido del Código de 1871.

ARTICULO 17. (Casos en que se pune a la culpa). "Para que la imprudencia sea punible se necesita:

I. Que llegue a consumarse, y

II. Que no sea tan leve que si fuera intencional sólo se sancionaría con arresto de un mes o multa de cinco días de utilidad".

COMENTARIO: La redacción de este artículo es pésima, en él se dice que - la imprudencia puede ser intencional. Los delincuentes por imprudencia - no debieron preocuparse, mientras su imprudencia no fuera intencional no podía haber sanción...

ARTICULO 18. (Culpa leve). "En los casos previstos en las fracciones I, V, VI y VII, del artículo 16, la imprudencia se considerará - grave".

COMENTARIO: Por exclusión, los casos de las fracciones II, III y VI serían de culpa leve y la sanción debería ser menor.

ARTICULO 19. (Arbitrio del juez para calificar la culpa). "La clasificación de si es leve o grave la imprudencia que se comete en los demás casos no previstos en el artículo anterior, queda al prudente arbitrio de los jueces, quienes para hacerla tomarán en consideración las circunstancias del caso y especialmente:

I. El mayor o menor daño que resultó;

II. La mayor o menor facilidad de prever y evitar ese daño;

III. Si para ésto bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;

IV. El sexo, edad, educación y posición social de los acusados;

V. Si éstos delinquieron anteriormente en circunstancias semejantes, y

VI. Si tuvieron tiempo para obrar con la reflexión y cuidado neces-

rios".

COMENTARIO: No podían haber pedido algún otro requisito. Todo esto se evitaría si dijese: Violando un deber de cuidado que las circunstancias y sus condiciones personales le imponen. Pecan de casuístas.

A todos estos preceptos se les desglosa en el capítulo I, "De los delitos". El capítulo II del mismo título primero "De la Responsabilidad Penal", habla de "Los Grados del Delito Intencional". Analicemos su contenido:

ARTICULO 20. (Grados del delito doloso). "En los delitos intencionales se distinguen:

- I. El delito consumado, y
- II. La tentativa o conato".

COMENTARIO: Fue superada la confusión que originaba el Código de 1871, al hablar de conato, delito intentado y delito frustrado.

ARTICULO 21. (Definición de delito consumado). "Delito consumado es: el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución, según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el Libro Tercero de este Código".

COMENTARIO: Se les olvidó que pueden ser realizados todos los actos de ejecución y que el delito puede no llegar a consumarse pese a ello, como es el caso de la tentativa acabada. Hay consumación cuando se integran todos los elementos del tipo y del delito.

ARTICULO 22. (Definición y casos en que se pune la tentativa). "Hay tentativa punible: Cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieren producir el delito, por causa o condición que no sean se propio y espontáneo desistimiento".

COMENTARIO: Según esto solo hay tentativa inacabada, que se lleva a cabo por medios idóneos; a la acabada se la desconoce o al menos no se le sanu

ciona. No concebimos que pueda haber desistimiento de otra persona que no realice los actos de ejecución.

ARTICULO 23. (Condiciones para sancionar la tentativa). "En el caso del artículo anterior, son requisitos necesarios para aplicar la --sanción:

I. Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos, o acompañados de algún indicio, cuál era el delito que el reo quería perpetrar.

II. Que la sanción que debiera imponerse por él si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o multa de cinco días de utilidad".

COMENTARIO: Pensamos que las legislaciones no deben condicionar la punibilidad de la tentativa, simplemente ha de establecerse la pena aplicable.

ARTICULO 24. (Desistimiento). "El desistimiento del delito, - en la tentativa o conato, exime de toda sanción: si no le fue impuesto por circunstancias diversas y si nació de un arrepentimiento en el deseo, más bien que de apreciado error en el cálculo".

COMENTARIO: Desistimiento y arrepentimiento son dos figuras distintas; la primera se da en la tentativa inacabada y la segunda en la acabada. Tanto el uno como el otro se dan por el propio deseo del sujeto de terminar con los actos de ejecución. En nuestra consideración debe sancionárseles si acaso con un tratamiento más benévolo.

ARTICULO 25. (Prueba del arrepentimiento). "El arrepentimiento a que se refiere el artículo anterior, se probará:

I. Por autodeclaración del agente, antes del descubrimiento de la tentativa;

II. Por haber destruido él mismo los instrumentos del delito, o

III. Por prevenir en caso de comlicidad, a la víctima o a las autoridades".

COMENTARIO: Resultan un tanto ilógicos los medios de prueba del "arrepentimiento" o "desistimiento".

ARTICULO 26. (Sanción del arrepentimiento en caso de máxima temibilidad). "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el juez podrá exigir al agente la caución de no ofender o someterlo a la vigilancia de la policía o confinamiento, cuando se trate de sujetos de máxima temibilidad".

COMENTARIO: Si se trata de sujetos de máxima temibilidad, hay razón de más para aplicar una sanción.

ARTICULO 27. (Reincidencia de autores de tentativas). "Si el autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento, incurre posteriormente - un un plazo de cinco años - en nueva tentativa de igual delito o de otro, sea desistida, suspendida, fallida o consumada, se le aplicarán las sanciones de ésta y las que hubiesen correspondido a la primera".

COMENTARIO: Debe hablarse de tentativa acabada, inacabada o imposible, que son los términos adecuados para denominarlas.

ARTICULO 28. (Casos en que la tentativa por sí sola constituye un delito específico). "Siempre que los actos ejecutados en una tentativa constituyan por sí mismos delito de los especificados en el Libro Tercero de este Código, se aplicarán las sanciones correspondientes".

COMENTARIO: La sanción es muy clara y debe estar especificada en el delito-tipo correspondiente.

En el capítulo VI, "De las Circunstancias que excluyen la Responsabilidad Penal", hallamos algunas hipótesis de inculpabilidad:

ARTICULO 45. (Excluyentes de responsabilidad penal). "Las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir las de justificación legal son:..."

COMENTARIO: Técnicamente se reconoce que solamente el aspecto negativo de la antijuridicidad se designa "causas de justificación". En seguida se enumera a los casos en que hay ausencia de delito, revolviendo los aspectos negativos.



I. (Imputabilidad y actio liberae in causa). "Encontrarse el - acusado, al cometer el acto u omisión que se le impute, en un estado de automatismo cerebral que perturbe su conciencia y que sea provocado por haber ingerido sustancias enervantes o tóxicas, siempre que la ingestión haya sido enteramente accidental e involuntaria, es decir, sin su consentimiento".

COMENTARIO: Se entiende que el estado de automatismo da lugar a una hipótesis de ausencia de conducta. La fórmula es estrecha.

II. (Inimputabilidad). "Encontrarse el acusado en un estado -- psíquico anormal, pasajero y de orden patológico, que perturbe sus facultades o le impida conocer la ilicitud del acto u omisión de que se le acusa, con tal de que ese estado se lo haya producido conscientemente el paciente".

COMENTARIO: Resulta que ahora la conducta libre en su causa sí es excluyente.

V. (Fuerza moral). "Contravenir las disposiciones de una ley - penal, violentado por temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o de cualquier otra de las mencionadas en el artículo 44, si éstos o aquél no provocan el peligro, origen - del temor, o dio causa inmediata o suficiente para él, o tienen la obligación de afrontarlo por deber profesional o de su ejercicio".

COMENTARIO: Se unen en una sola fórmula la coacción y el estado de necesidad, con múltiples requisitos que anulan verdaderos casos en los que - debe excluirse la responsabilidad.

VI. (Estado de necesidad). "La indigencia no imputable al que, sin emplear engaño o medios violentos, se apodera una vez del alimento - estrictamente indispensable para satisfacer las necesidades personales o familiares de alimentación del momento".

COMENTARIO: En este párrafo se hace referencia al "robo del famélico", qe da lugar a una hipótesis del estado de necesidad.

VII. (Caso fortuito). "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas - las precauciones debidas".

COMENTARIO: La fórmula del caso fortuito es deficiente y además nada tiene que ver aquí.

XI. (Obediencia jerárquica). "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".

COMENTARIO: La redacción de este artículo nos demuestra que la obediencia jerárquica era una causa de inculpabilidad, fundada en el error.

### a.3. CODIGO PENAL DE 1931.

Llega el momento de comentar el Código Penal de 1931, que hasta la fecha sigue vigente en el Distrito Federal, inexplicablemente ya - que son de todos conocidos sus errores técnicos y múltiples reformas. En realidad del texto original de 1931 bien poco queda; al menos sí le han sido respetados sus errores. La comisión redactora estuvo integrada por los licenciados JOSE ANGEL CENICEROS, LUIS GARRIDO, JOSE LOPEZ LIRA, ERNESTO GARZA y CARLOS ANGELES.

Como dato curioso diremos que este código no contiene siquiera exposición de motivos y que el texto que se toma como tal fue elaborado por el licenciado ALFONSO TEJA SABRE, quien nunca estuvo en la comisión re--dactora, en mayo de 1931.

El texto que se comenta fue tomado de Ediciones Botas por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en su colección Leyes Penales Mexicanas.

El título primero "Responsabilidad Penal", contiene un capítulo primero, que nos habla de las "Reglas Generales sobre Delitos y Responsabilidad", en los siguientes artículos:

ARTICULO 8o. (Clasificación de los delitos en orden a la intenen

ción). "Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales, y
- II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional".

COMENTARIO: Erronéamente se habla de intención y no de dolo y de no intención o imprudencia en vez de culpa, se olvida a la preterintención. - Se emplea para aludir a la culpa una de sus especies e innecesariamente se intenta explicar lo que es la imprudencia, además de que se hace en forma incorrecta.

ARTICULO 9o. (Presunción de intencionalidad). "La intención de lictuosa se presume, salvo prueba en contrario".

COMENTARIO: Se habla de una presunción iuris tantum de dolo, que debería ser en todo caso de culpabilidad. Debiera presumirse la no intención, sería más justo.

ARTICULO 9o. Segunda parte. (Presunción iuris ete iure de intencionalidad). "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aun cuando el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

COMENTARIO: La presunción de dolo se transforma en una presunción de pleno derecho, a pesar de que anteriormente se dijo que era salvo prueba en contrario.

ARTICULO 9o. Segunda parte, fracciones. (Casos en que no se destruye la presunción del dolo).

I. (Dolo indeterminado). "Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de causar el daño".

COMENTARIO: Se trata de un caso de dolo indeterminado, en el cual la conducta no deja de ser dolosa.

II. (Preterintencionalidad). "Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u -- omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo pre-- ver esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y es-- tar al alcance del común de las gentes ; o si se resolvió a violar la -- ley fuere cual fuese el resultado".

COMENTARIO: Evidentemente se trata de la preterintencionalidad, mas se - le da el mismo tratamiento que al delito doloso. Algunos otros de los su puesto son verdaderas hipótesis del dolo.

III. (Error de derecho). "Que creía que la ley era injusta o - moralmente lícito violarla".

COMENTARIO: Se trata de una de las hipótesis del error de derecho, la cual recibe el mismo trato que los casos en que el delito es cometido - dolosamente.

IV. (Error en el golpe). "Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito".

COMENTARIO: Se alude a un caso de error accidental, que no es suficiente para anular a la culpabilidad.

V. (Error de derecho). "Que creía que era legítimo el fin que - se propuso".

COMENTARIO: Es otro de los supuestos de error de derecho que se trata co mo delito doloso.

VI. (Consentimiento del ofendido). "Que obró con el consenti-- miento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93".

COMENTARIO: El consentimiento en bienes no disponibles no es suficiente para anular la culpabilidad del autor.

El capítulo IV, nos habla de las "Circunstancias Excluyentes de Res\_

ponsabilidad", comentemos sus preceptos:

ARTICULO 15. (Excluyentes). "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:...".

COMENTARIO: No es correcta la denominación de "circunstancias excluyentes de responsabilidad", porque en el Derecho Penal este vocablo tiene connotación de hipótesis que atenúan o agravan la sanción. Tampoco debe hablarse de responsabilidad penal, porque se entiende que subsiste otra responsabilidad de tipo no penal, como podría ser la civil o la administrativa, lo cual no es cierto.

II. (Inimputabilidad). "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, por un estado toxinfecioso agudo o por trastorno mental, involuntario, de carácter patológico y trasitorio".

COMENTARIO: Todos estos supuestos se reducen al trastorno mental transitorio, se deja fuera otras hipótesis de inimputabilidad.

IV. (Coacción). "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente o grave en la persona del contravenotr...".

COMENTARIO: En esta fracción se une al miedo grave, el temor fundado y al estado de necesidad y se trata a todos como causas de exclusión de responsabilidad, sin diferenciar a qué aspecto negativo del delito dan lugar.

VII. (Obediencia jerárquica). "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".

COMENTARIO: Se habla de la obediencia debida sin aclarar si es causa de licitud o de inculpabilidad.

IX. (Caso específico de inexigibilidad). "Ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, 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 al delincuente por amor, respeto, -- gratitud o estrecha amistad".

COMENTARIO: Unicamente debe hacerse alusión a la no exigibilidad como -- causa de inculpabilidad y en esta hipótesis debe prever lo relativo al -- encubrimiento.

X. (Caso fortuito). "Causar un daño por mero accidente, sin intención o imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las -- precauciones debidas".

COMENTARIO: Al caso fortuito no debe enunciársele y tantos requisitos -- anulan verdaderas hipótesis de casus.

ARTICULO 17. "Las circunstancias excluyentes de responsabili-- dad se harán valer de oficio".

COMENTARIO: En este artículo tampoco se dice sobre quien recae la función de hacer valer de oficio las excluyentes.

El título tercero "Aplicación de las Sanciones", contiene en el capítulo primero las "Reglas Generales", analicemos:

ARTICULO 51. "Dentro de los límites fijados por la ley, los -- jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las personales del delincuente".

ARTICULO 52. "En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

- 1º La naturaleza de la acción u omisión, de los medios emplea-

dos para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido;

2º La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron a delinquir y sus condiciones económicas;

3º Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso".

COMENTARIO: A nuestro juicio basta con el artículo 51, puesto que es de suponerse que el juzgador goza del arbitrio judicial.

El capítulo II "Aplicación a los Delitos de Imprudencia", contiene los siguientes preceptos:

ARTICULO 60. "Los delitos de imprudencia se sancionarán con -- prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Cuando a consecuencia de estos actos u omisiones imprudentes, calificados como -- graves, que sea imputables al personal que preste servicios en empresa ferroviaria, aeronáutica o naviera, o de cualquier otro transporte de -- servicio público federal o local, se cause homicidio de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza.

La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstan--cias generales señaladas en el artículo 51 y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. Si para ello bastaban una reflexión o atención ordinarias

y conocimientos comunes en algun arte o ciencia;

III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circuns--tancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado ne--cesarios, y

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funciona--miento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios - de empresas transportadoras, y en general por conductores de vehículos".

ARTICULO 61. "En los casos a que se refiere la primera parte del párrafo primero al artículo anterior, las penas por delito de impru--dencia, con excepción de la reparación del daño, no excederán de las -- tres cuartas partes de las que correponderían si el delito fuere inten--cional.

Siempre que al delito intencional corresponda sanción alternativa que incluya pena no corporal, aprovechará esta situación al delincuente por imprudencia".

COMENTARIO: Basta con decir que al delito culposo se sancionará, por -- ejemplo, hasta con la mitad de la duración de la pena que corresponda a la figura delictiva de que se trate.

ARTICULO 62. "Cuando por imprudencia se ocasione únicamente - daño en propiedad ajena que no sea mayor de diez mil pesos, sólo se per--seguirá a petición de parte y se sancionará con multa hasta por el va--lor del daño causado, más la reparación de éste. La misma sanción se a--plicará cuando el delito de imprudencia se ocasione con motivo del trán--sito de vehículos, cualquiera que sea el valor del daño.

Cuando por imprudencia y con motivo del tránsito de vehículos se - causen lesiones de las comprendidas en los artículos 289 y 290 de este código o daño en propiedad ajena, cualquiera que sea su valor, o ambos, sólo se procederá a petición de parte, siempre que el presunto responsa--ble no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el inlfujo de estupefacientes u otras substancias que produzcan efectos similares.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores no se aplicará cuando el de--lito se cometa en sistema ferroviario, de transportes eléctricos, aerona--ves o en cualquier transporte de servicio público federal".



COMENTARIO: Este artículo ha quedado mejor redactado y precisado con las reformas del 13 de enero de 1984.

#### a.4. PROYECTOS DE 1949, 1958 Y 1963.

Uno de los más caros anhelos de los doctrinarios mexicanos, -- desde hace ya mucho tiempo, ha sido y lo será destronar a la legislación penal de 1931, que en forma inexplicable continúa en vigor hasta la fecha a pesar de las múltiples críticas que se le han hecho por su carencia total de técnica legislativa. (3)

La mayoría de los códigos de los estados acogió en forma íntegra -- los postulados del código penal de 1931, cayendo por consiguiente en sus mismos errores. Se propugna por una autonomía legislativa de los estados de la unión y por este motivo los proyectos de código penal tipo no han sido acogidos con beneplácito. (4) Resulta un tanto ilógico que los estados peleen por una facultad que no van a ejercitar, puesto que en lugar de elaborar sus propios códigos únicamente copian al del Distrito Federal, sin corregir sus fallas tal vez porque ni siquiera las han notado. (5)

La constante preocupación de los doctos de la materia, de renovar el Código Penal, ha tenido múltiples y plausibles intentos, entre ellos podemos mencionar los siguientes: (6)

1. Anteproyecto de reformas de 1934, al libro primero del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, de 1931.

2. Proyecto de reformas de 1942, al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, de 1931.

3. Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, de 1949.

4. Anteproyecto Chico Goerne de Código Penal Federal, de 1958.

5. Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, de 1958.

6. Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, - de 1963.

7. Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en mate--

ria de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, de 1983.

8. Decreto que reforma, aderoega y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, de 1984.

Los pocos intentos que lograron cuajar no consiguieron su objetivo en forma plena y a lo más modificaron, adicionaron o derogaron algunos de los artículos del Código Penal de 1931, al que en realidad, después de tantos "parches", sólo le quedan del texto original la fecha y algunos errores y absurdos.

Hemos elegido para comentar en esta parte los Proyectos de 1949, -- 1958 y 1963, ya que han sido los de mayor relevancia. Comencemos:

#### a. PROYECTO DE 1949.

Para integrar la comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1949, la Secretaría de Gobernación designó a los licenciados LUIS GARRIDO, FRANCISCO ARGÜEYES y CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: -- tiempo después colaboró con ellos el doctor RAUL CARRANCA Y TRUJILLO.

En el año 1952, el doctor CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP dictó una conferencia que mucho tenía qué ver con el proyecto de 1949 y explicaba: "Ante todo es debido precisar que las reformas parciales introducidas en el Código de 1931, durante sus veinte años de vigencia, se inspiraron -- exclusivamente en necesidades esporádicas del momento y realizadas sin unidad de criterio desnaturalizaron su arquitectura jurídica y rompieron la orientación de las nuestras leyes penales, y por este motivo; acordó designar la Secretaría de Gobernación, una Comisión Revisora de dichas leyes, con el encargo de dar al país un Código Penal que a la par que recogiera en su articulado las modernas orientaciones técnicas y científicas, adaptara la nueva ley a la realidad mexicana resolviendo armónicamente y al servicio de los intereses sociales, las cuestiones planteadas por aquella". (7)

Vamos a analizar los preceptos relativos a la culpabilidad que recoge el proyecto de 1949:

El título primero "Responsabilidad Penal", en su capítulo I, contiene los siguientes preceptos:

ARTICULO 7o. (Clasificación de los delitos en cuanto a la intención). "Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. Culposos, y
- III. Preterintencionales".

COMENTARIO: El artículo no define la culpabilidad, (8) únicamente hace hincapié en sus especies, utilizando una tendencia psicologista. De acuerdo con esta teoría la culpabilidad es intención (nexo psicológico) y por tal no es correcto aludir al dolo al emplear el término intención. No debe decirse "los delitos pueden ser", sino "los delitos pueden ser cometidos".

(Delito intencional). "El delito es intencional cuando se quiere o se acepta el resultado".

COMENTARIO: En el delito cometido con dolo no basta con querer o aceptar (elemento volitivo), se precisa además del elemento intelectual (conocimiento).

(Delito culposo). "El delito es culposo cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando siendo éste previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría, o en caso de impericia o falta de aptitud".

COMENTARIO: La esencia de la culpa es la violación de un deber de cuidado, que le incumbe al autor de acuerdo con las circunstancias y sus características personales, y no se alude a ella. A la impericia y a la ineptitud también se las comprende en la violación de un deber de cuidado; por lo tanto sobran.

(Delito preterintencional). "Delito preterintencional es el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de culpa sobre el resultado".

COMENTARIO: La fórmula es buena pero no es la correcta, le hace falta hacer alusión a que el resultado que se produce por culpa debe ir más allá de la intención (praeter).

ARTICULO 8o. (Presunción de intencionalidad). "La intención de lictuosa se presume salvo prueba en contrario".

COMENTARIO: Se trata de una presunción iuris tantum del dolo, habida -- cuenta de que al dolo se le define como intención. Al dolo no debe presumírsele sino probársele; en el último de los casos lo que se presume -- es la culpabilidad.

ARTICULO 9o. (Presunción iuris ete iure de intencionalidad). -- "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe que era legítimo el fin que sepropuso".

COMENTARIO: Por el contrario, se trata de una presunción iuris ete iure del dolo. La fórmula es incorrecta, ya que en la culpa el fin propuesto es legítimo y no tiene por qué haber lugar a presumir el dolo. De acuerdo con el diccionario, legítimo viene a ser "conforma a derecho". Si el fin es legítimo ¿cómo es posible que subsista la presunción del dolo?

El capítulo IV, "Causas Excluyentes de Responsabilidad", nos dice:

COMENTARIO A LA DENOMINACIÓN DEL CAPITULO: Se incluye a varios aspectos negativos del delito, sin precisar a cuál de los elementos anulan. A este respecto PORTE PETIT ha dicho: "El Código Penal (habla del de 1931), con una apreciable dispersión, enumera las que denomina 'circunstancias excluyentes de responsabilidad', catalogando en ellas atropelladamente desde la vis absoluta hasta el caso fortuito 'límite de la culpabilidad' que por lo mismo debe erradicarse de ese lugar. Esto en cuanto a su sistematización dogmática, pues por lo que hace a su contenido, deja mucho qué desear, lo cual se evidencia cuando Jiménez de Asúa, refiriéndose al Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, de 1949, sin ambages dice: 'Alabanzas sin tasa merecen los cambios introducidos en el artículo 15'". (9)

ARTICULO 15. "Son causas excluyentes de responsabilidad penal:..."

COMENTARIO: En forma certera se cambia al vocablo "circunstancias" que es utilizado en el Código de 1931, por "causas". En nuestro concepto no debe decirse excluyentes de responsabilidad penal sino simplemente excluyentes de responsabilidad, puesto que la primera frase deja abierta la posibilidad de que se piense que hay lugar a la responsabilidad civil o administrativa, lo cual no es función de los aspectos negativos del delito.

I. (Inimputabilidad). "Ejecutar el delito como consecuencia de un estado de trastorno mental transitorio producido por cualquier causa no imputable ni dolosa ni culposamente".

COMENTARIO: A la vez que se hace referencia a la inimputabilidad se abarca la conducta libre en su causa.

IV. (Coacción). "Actuar el acusado bajo la amenaza de sufrir un mal inminente y grave".

COMENTARIO: Es plausible separar la vis compulsiva del estado de necesidad.

VIII. (Obediencia jerárquica). "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria si se prueba que el acusado la conocía".

COMENTARIO: Si se trata de una causa de inculpabilidad que tiene su origen en el error de licitud, la redacción (o el libro del que copiamos el texto) está equivocada. ¿Cómo es que se dice "si se prueba", si se llega a probar que el acusado conocía esa circunstancia no hay error y por ende no ha lugar a exculpar.

X. (Caso fortuito). "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni culpa".

COMENTARIO: A nuestro juicio es una de las mejores fórmulas del caso for-  
tuito que hemos encontrado en un código; sin embargo, nada tiene qué ha-  
cer aquí. Al casus no debe incluirse en las legislaciones, es el lími-  
te de la culpa y de la culpabilidad.

El título tercero "Aplicación de Sanciones", en su capítulo I "Re-  
glas Generales", nos dice:

ARTICULO 46. "Dentro de los límites fijados por la ley, los --  
jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada deli-  
to, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, las -  
peculiares del delincuente y las demás señaladas en el artículo siguien-  
te".

COMENTARIO: Para tasar la sanción se toma en cuenta el mínimo y el máxi-  
mo fijados en la ley y al acusado como ente biopsicosocial.

ARTICULO 47. "El juez deberá tomar conocimiento directo del de-  
lincente, del ofendido y de las circunstancias del hecho, en la medida  
requerida para cada caso. Al efecto tendrán en cuenta:

I. La Edad, el sexo, la educación, la ilustración, las costum-  
bres y la conducta precedente del delincuente, los motivos que lo deter-  
minaro a delinquir y sus condiciones económicas y sociales;

II. Las condiciones especiales en que se encontraba en el mo-  
mento de delinquir y los demás antecedentes y datos personales que hayan  
quedado comprobados, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o -  
nacidos de otras relaciones sociales, con el ofendido;

III. La naturaleza del acto u omisión y de los medios emplea-  
dos en su desarrollo, la extensión del daño causado o del peligro corri-  
do y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren  
la mayor o menor peligrosidad del delincuente".

COMENTARIO: Este precepto tautológico e inútil pudo ser unido con el an-  
terior, al decir simplemente que el juzgador tasará la sanción de acuer-  
do con el mínimo y el máximo establecidos en la ley, considerando al acu-  
sado como ente biopsicosocial y cada una de las circunstancias concurren-  
tes en el delito.

En el capítulo II "Aplicación de sanciones al delito culposo", se enuncia:

ARTICULO 53. "Los delitos culposos se sancionarán con prisión de tres días a nueve años, suspensión hasta de dos años y privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Las sanciones a estos delitos no llegarán, en ningún caso, a las que corresponderían si fueren intencionales.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 47 y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. Si para ello bastaba una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;

III. Si el acusado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo de obrar con reflexión y el cuidado necesarios, y

V. Tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, el estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico".

COMENTARIO: En nuestro concepto sería mejor sancionar la culpa con prisión de tres días hasta la mitad de la que correspondería al delito de que se trate. En cuanto a otras sanciones, hasta la mitad de su duración. Las circunstancias que se deben considerar para calificar la culpa, se comprenderían en el artículo 46 (Reglas generales para la aplicación de las sanciones), al decir: "Tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en el delito y al sujeto como ente biopsicosocial"... No siempre debe imponerse prisión, suspensión y privación.

ARTICULO 54. "Cuando el delito culposo ocasione únicamente daño en propiedad ajena, cualquiera que sea su valor y se haya causado con motivo del tránsito de vehículos, sólo se perseguirá a petición de parte ofendida".

COMENTARIO: Muy buen artículo, que evitaría muchas injusticias; pero ¿no es mejor colocarlo en la Parte Especial?

El capítulo V "Aplicación de sanciones a los delitos preterintencionales", regula lo siguiente:

ARTICULO 58. "El delito preterintencional se sancionará hasta con las dos terceras partes de la pena señalada para el delito intencional".

COMENTARIO: Es un buen artículo, precisa los justos límites de la sanción a la preterintencionalidad.

b. PROYECTO DE 1958.

La comisión redactora de este anteproyecto fue integrada por los licenciados RICARDO FRANCO GUZMAN, FRANCISCO H. PAVON VASCONCELOS, MANUEL DEL RIO GOVEA y CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP; en algunos trabajos cooperó el licenciado JORGE REYES TAYABAS.

Nos interesa analizar los siguientes temas: Título primero "El Delito", capítulo primero "Reglas Generales", que contienen:

ARTICULO 3o. (Clasificación de los delitos). "Los delitos pueden ser:

- I. Dolosos;
- II. Culposos, y
- III. Preterintencionales.

Son dolosos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, sino lo necesariamente unido al querer del agente.

Son culposos cuando el resultado no se previó sin embargo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera o se causó por impericia o ineptitud.

Son preterintencionales cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió -- en que no se produciría".



COMENTARIO: No se define a la culpabilidad y se hace referencia a la trilogía de formas culpables aceptadas por el psicologismo. Muy bien que se hayan cambiado las denominaciones "intencionales" e "imprudenciales" por "dolosos" y "culposos" y que se defina cada una de las especies de las formas de culpabilidad. En la concepción de los delitos dolosos parece - que se quiere abarcar al dolo de las consecuencias necesarias. No se hace alusión al elemento intelectual del dolo. La definición del delito -- culposo es similar a la que nos da el proyecto de 1949 y por lo tanto, - es factible hacer igual crítica. Lo mismo puede decirse en la preterin- tencionalidad.

ARTICULO 12. "No habrá delito cuando se obre:..."

COMENTARIO: Esta fórmula evidentemente es mejor que aquella que dice: - "Son circunstancias (o causas) excluyentes de responsabilidad penal". - Es correcto decir que no hay delito, para hacer referencia a las hipóte-- sis que dan lugar a los aspectos negativos.

VI. (obediencia jerárquica). "En virtud de obediencia debida".

COMENTARIO: La redacción no es precisa, porque la obediencia jerárquica sólo anula al delito en determinados casos

VII. (Error de hecho). "Por error de hecho substancial e inven- cible que no derive de culpa".

COMENTARIO: Solamente se hace alusión a una de las hipótesis del yerro, error de hecho; falta que se hable del de licitud y del de derecho, tam- bién de naturaleza esencial e invencible.

IX. (Coacción). "Bajo la amenaza de sufrir un mal inminente o - grave".

COMENTARIO: Se trata de la coacción, parece que la fórmula sólo se limi- ta a la propia persona y a sus bienes, falta aludir a los de terceros.

El título segundo "Del Delincuente", en el capítulo primero "De la

Imputabilidad), contiene los siguientes preceptos:

ARTICULO 15. (Principio de imputabilidad). "Nadie podrá ser -- sancionado por una conducta o hecho previstos en la ley como delitos, si en el momento de cometerlos no era imputable.

Es imputable quien tiene la capacidad de querer y entender".

COMENTARIO: Se toma en cuenta la imputabilidad como presupuesto general del delito. La concepción de la imputabilidad es mala, todas las perso-- nas trastornadas mentales transitoria o permanentemente y las "normales", tienen capacidad de querer. La redacción debe limitarse a la capacidad - de entender.

El capítulo segundo "De las Causas de Inimputabilidad" dice así:

ARTICULO 16. (Hipótesis de inimputabilidad). "Son causas de in imputabilidad:

- I. El trastorno mental transitorio producido por causa acciden-- tal;
- II. El trastorno mental permanente, y
- III. La sordomudez cuando el sujeto carece totalmente de instruc-- ción".

COMENTARIO: Se prevé como supuestos de inimputabilidad la falta de des-- arrollo mental, el trastorno mental transitorio y permanente. Si la esen-- cia de la imputabilidad es que el agente tenga capacidad de entender los resultados dañosos que producirá su conducta voluntaria, debe hacerse - alusión a todos los casos en que esto no sea posible, sin establecer fór-- mulas limitadas casuísticamente.

El título cuarto "Aplicación de Sanciones", en su capítulo primero "Reglas Generales", dispone:

ARTICULO 49. "Los jueces y tribunales al pronunciar la senten-- cia que corresponda, fijarán las sanciones que estimen justas, dentro de los límites establecidos por este Código, conforme a su prudente arbi-- trario, apreciando las condiciones personales del delincuente, su peligro--

sidad, los móviles del delito, los daños materiales y morales causados - por el mismo, el peligro corrido y todas las circunstancias de ejecución de la conducta o el hecho".

COMENTARIO: Se redujo notablemente la fórmula, aunque aún es bastante amplia y tautológica.

Ya en el capítulo tercero "Sanciones a los Delitos Culposos y Pre--terintencionales", se preceptúa:

ARTICULO 51. (Sanción de la culpa). "Los delitos culposos se--rán sancionados con prisión de tres días a siete años y suspensión hasta de cinco años, o privación definitiva para ejercer profesión u oficio.

Quando a consecuencia de la conducta culposa del personal de empresas de transporte público federal o local se causen homicidios de dos o más personas, la sanción será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza.

Quando el delito culposo ocasione únicamente daño en propiedad --ajena que no sea mayor de mil pesos, sólo se le perseguirá a petición - de parte y se sancionará con multa hasta de dos mil pesos. Las mismas reglas se observarán para el caso de que el delito culposo cause únicamen--te daño a la propiedad ajena, cualquiera que sea su valor, siempre y --cuando se ocasionen con motivo del tránsito de vehéculos.

Lo dispuesto en este párrafo no se aplicará cuando el delito se co--meta en cualquier transporte de servicio público federal o local".

COMENTARIO: Lo correcto es sancionar la culpa nada más hasta la mitad de la duración de la pena correspondiente al delito de que se trate, no es necesario fijar un máximo. Está bien que se sancione con una pena mayor al personal de empresas de transporte, pero no debe ser solamente públi--co; la fórmula debe abarcar a todo tipo de transporte colectivo.

ARTICULO 52. (Exceso en la legítima defensa y estado de necesi--dad). "Al que se excediere en los límites señalados para la defensa o ne--cesidad, se le impondrá prisión de tres días a siete años, sin que en nin--

gún caso la sanción pueda exceder de las dos terceras partes de la que -  
correspondería al delito doloso".

COMENTARIO: Este precepto se refiere a los casos en que el delito cometido bajo una exculpante se imputa a título de culpa.

ARTICULO 53. (Sanción del delito preterintencional). "Al responsable de un delito preterintencional se le aplicará prisión de tres días a nueve años de prisión y multa de cincuenta a veinte mil pesos".

COMENTARIO: Es mejor la fórmula del Proyecto de 1949.

### c. PROYECTO DE 1963.

Este pretendió ser un proyecto de Código Penal Tipo y en su posición de motivos se expresa: "En acatamiento a la recomendación del - II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia, celebrado durante el - mes de mayo último, se integró una comisión que redactara el proyecto - de Código Penal Tipo, acordado en esta asamblea, a fin de que lo adoptaran los estados de la República, y terminar con la diversidad de legislaciones punitivas que tantos inconvenientes presentan". (10)

La comisión redactora la integraron los doctores FERNANDO ROMAN LUGO y CELESTINO PORTE PETIT CANAUDAP y los licenciados LUIS FERNANDEZ DOBLADO, OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL y LUIS PORTE PETIT MORENO, asesorados por el doctor LUIS GARRIDO. Analicemos los preceptos relativos a la culpabilidad y su aspecto negativo:

El título primero "La Ley Penal", en su capítulo VI, nos habla del "Error de Derecho".

ARTICULO 10. (Error de derecho). "Nadie puede invocar en su propia excusa la ignorancia de la ley penal".

COMENTARIO: Este precepto es drástico; en atención a la naturaleza del error, cuando éste es esencial e invencible tiene el poder de anular la culpabilidad y el error de derecho puede reunir esas características. Lo bueno es que alguien sí podría alegar el error por el delincuente.

El título segundo "El Delito", en su capítulo I menciona lo que se refiere al "Delito en General".

ARTICULO 11. (Clasificación de los delitos). "Los delitos pueden ser:

- I. Dolosos;
- II. Culposos, y
- III. Preterintencionales".

COMENTARIO: El Proyecto acepta la concepción psicológica de la culpabilidad, en donde nuestro elemento puede ser triédico: Dolo, culpa o preterintencionalidad.

ARTICULO 12. (Delito doloso). "El delito es doloso, cuando el agente quiere o acepta el resultado, o cuando éste es consecuencia necesariamente unida a la conducta realizada".

COMENTARIO: Hay diferencias entre el dolo directo, el eventual y el de consecuencias necesarias. La fórmula no habla del elemento intelectual del dolo, que al no aparecer da lugar al error y a la ausencia del delito por inculpabilidad.

ARTICULO 13. (Delito culposo). "El delito es culposo, cuando ha biéndose previsto el resultado, se confió en que no se produciría, cuando no se previó siendo previsible o cuando se causó por impericia o ineptitud".

COMENTARIO: La redacción no es correcta, ya que no habla de la violación del deber de cuidado. Se diferencia entre culpa con o sin previsión. La impericia y la ineptitud son hipótesis de culpa conciente o inconsciente, según el caso.

ARTICULO 14. (Delito preterintencional). "El delito es preterintencional, cuando se produce un resultado mayor al querido o aceptado, - si aquél no fue previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se produciría".

COMENTARIO: Es una mejor fórmula de preterintencionalidad, que acepta la suma de dolo y culpa. Solamente que no es correcto que la preterintencionalidad pueda componerse con el dolo eventual. ¿Cómo va a aceptarse un resultado que no se da?

. ARTICULO 23. (Aspectos negativos del delito). "Son causas excluyentes de incriminación:..."

COMENTARIO: La terminología causas excluyentes de incriminación es incorrecta, simplemente debería decirse no hay delito.

VII. (Obediencia jerárquica). "Obrar por obediencia legítima y jerárquica".

COMENTARIO: Ya dijimos que al aludir a la obediencia debida debe recalcar se la necesidad de que se dé el error esencial e invencible sobre la orden.

IX. (Error de hecho). "Obrar por error de hecho esencial e invencible".

COMENTARIO: Falta hablar de los otros tipos de error como hipótesis de inculpabilidad.

X. (Coacción). "Realizar la conducta bajo la amenaza de un mal inevitable, grave e inminente".

COMENATRIO: Se habla de la coacción, aunque no se hace referencia a qué aspecto negativo del delito da lugar. Falta aludir a las características del mal y sobre quién debe recaer.

El título tercero "El Delincuente", en su capítulo I, define a "La Imputabilidad".

ARTICULO 24. (Momento de la imputabilidad). "La imputabilidad del agente debe considerarse en el momento de realizar la conducta".

COMENTARIO: Se estima que la imputabilidad es presupuesto general del delito y característica del autor.

ARTICULO 25. (Responsabilidad de inimputables). "En los casos de delitos cometidos por personas que padezcan sordomudez o ceguera, se estará a lo dispuesto en los artículos 70 ó 72, según proceda a juicio del juez".

COMENTARIO: Los artículos a los que se hace remisión hablan de las sanciones que les serán aplicadas a estas personas. Se les hace responsables sociales y se les considera imputables.

ARTICULO 26. (Inimputabilidad). "No son imputables:

I. Los que padezcan trastorno mental transitorio originado por cualquier causa, que no sea producida dolosa o culposamente por el agente, y que en virtud del trastorno no hayan podido apreciar el carácter ilícito de su conducta o de inhibir sus impulsos delictivos.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si el sujeto requiere tratamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 70.

II. Los que padezcan alienación mental, quienes deberán ser sometidos al tratamiento a que se refiere el artículo 70".

COMENTARIO: Se habla de las causas de inimputabilidad en las cuales el sujeto es responsable social, y de que si se requiere tratamiento se determinará en qué establecimiento se le ha de brindar.

En el título sexto "Aplicación de Sanciones", se contiene el Capítulo I "Reglas Generales", que dice así:

ARTICULO 62. "Los jueces y tribunales al pronunciar la sentencia que corresponda, fijarán las sanciones que estimen justas, dentro de los límites establecidos en este Código, apreciando, conforme a su prudente arbitrio, los antecedentes y condiciones personales del delincuente, su peligrosidad, las circunstancias especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito, los móviles del mismo, los daños materiales y morales causados, el peligro corrido, todas las circunstancias

de realización del delito y las condiciones personales del ofendido".

COMENTARIO: En esencia la redacción del artículo es igual al numeral 49 del proyecto de 1958.

El capítulo II "De los Delitos Culposos y Preterintencionales", nos brinda la siguiente regulación:

ARTICULO 63. (Delitos culposos). "El delito cometido culposa-- mente será sancionado con prisión de tres días a ocho años, multa de -- cien a cinco mil pesos y suspensión hasta de cinco años o privación defi nitiva del derecho para ejercer profesión, oficio o actividad que dio ori gen a la conducta culposa.

Cuando a consecuencia de la conducta culposa del personal de trans porte de servicio público federal o local se causen más de un homicidio o lesiones graves a varias personas, la sentencia será de tres días a - veinte años de prisión, multa de cien a doce mil pesos, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza y privación de licencia en forma definitiva.

Cuando el delito culposo ocasione únicamente daño a la propiedad - ajena, sólo se perseguirá a petición de parte".

COMENTARIO: La sanción a los delitos culposos aumenta en este proyecto. Hasta el momento no ha podido haber un criterio uniforme y coherente.

ARTICULO 64. (Preterintencionalidad). "Al responsable de un de lito preterintencional, se le aplicará prisión hasta las tres cuartas - partes de la sanción que le correspondería imponer al delito producido - si hubiere sido doloso y multa de trescientos a seis mil pesos".

COMENTARIO: Se vuelve a la fórmula que había recogido el proyecto de -- 1949, que evidentemente es mejor.

#### b. LEGISLACION ESTATAL.

Por disposición expresa de la CPEUM las partes integrantes de



la Federación lo son Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quinta Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y Distrito Federal. (11)

Así notamos que en la República Mexicana existe un total de treinta y dos códigos penales. Cada uno de los estados tiene la facultad de promulgar sus propias leyes y decretos, los cuales surtirán efecto dentro de los límites de su territorio para las materias que sean de la competencia de los juzgados del fuero común y para las que lo sean del fuero federal regirán las leyes del Distrito Federal. (12) De esos treinta y dos códigos, la mayor parte ha seguido muy de cerca los postulados originales de la legislación penal de 1931 para el Distrito Federal. Los más modernos, que son la minoría, se apartan del tratamiento clásico para adecuar sus principios a los preceptos de la doctrina penal moderna.

Analizar en detalle cada uno de los artículos de esas treinta y dos legislaciones penales que se refieren a la culpabilidad, a más de no ser uno de los objetivos primordiales de estudio nos darían una extensión in necesaria a este trabajo. Ante tal consideración hemos optado por hacer el análisis de todos los códigos, tomando como eje central la máxima penal que postula el principio de la culpabilidad, que en resumidas cuentas, se explica así: La culpabilidad debe ser probada y comprobada por el juzgador.

#### b.1. CODIGOS QUE SIGUEN AL CODIGO PENAL DE 1931.

Previamente a la enumeración de los códigos que se engloban en esta posición, es necesario aclarar que hemos de tomar en consideración el texto del Código Penal de 1931 anterior a las reformas del 13 de enero de 1984, el cual comentaremos a continuación.

El artículo 9o. negaba el principio de la culpabilidad tan laureado en la doctrina penal, al postular: "La intención delictuosa se presume - salvo prueba en contrario".

Notamos en primer término que por este precepto, antes de que se analizara si concurrían o no las hipótesis de existencia del delito, se estaba presumiendo no sólo la culpabilidad sino también el dolo, habida --

cuenta de que el artículo 8o. (también en las reformas) identifica al dolo con la intención.

Hemos asentado: "Nuestro Derecho Penal es algo muy 'gracioso' (por no decir injusto), todo se le va en presumir. Todos los elementos del delito aceptan una presunción, aunque nada más en el aspecto positivo. Esa sola presunción basta para tratar a un indiciado como si fuera un animal, desde mucho antes de que se le declare culpable ya esta sufriendo las - consecuencias por contrariar al derecho (supuestamente)". (13)

Y continuamos así: "Desde el momento en que se da una mutación en - el mundo exterior que trascienda al campo de lo jurídico penal, se presume la culpabilidad de una persona con relación a ese cambio; no les preocupa saber si en realidad fue producido por la conducta humana voluntaria o si se presenta algún aspecto negativo del delito. Desde luego que los aspectos negativos jamás llegan a presumirse". (14) Finalizamos asentado que "en nuestra práctica penal forense impera la máxima: 'Toda persona se presume que es culpable, aunque se demuestre que es inocente'. (15)

Ciertamente que a este absurdo principio violatorio de los más esenciales derechos humanos nos conducía la presunción del dolo, que al parecer en un principio era iuris tantum (salvo prueba en contrario), mas con total falta de lógica, las siguientes líneas del mismo precepto la - convertían sin más en presunción iuris ete iure (de pleno derecho).

En la segunda parte del artículo 9o. se decía: "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:...". A continuación se mencionaban seis hipótesis que provocan risa, ya que en ellas se hablaba desde el dolo directo, la preterintencionalidad y el error, hasta del consentimiento del ofendido, supuestos en los cuales evidentemente existía el dolo (en su mayoría). Eso nos demuestra que los legisladores de 1931 no eran precisamente peritos en Derecho Penal. Veamos:

I. "Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar el daño". Esta es una evidente hipótesis de - dolo directo, en su modalidad de "dolo indeterminado". la cual es obvio que no anula la intención delictuosa.

II. "Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el -

delito, o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley fuese cual fuere el resultado". La primera parte: "Que no se propuso...", es un supuesto del dolo de las consecuencias necesarias. La segunda: "...o si el imputado previó...", -- nos habla de la preterintencionalidad (suma de dolo y culpa). Y la tercera: "...o si se resolvió...", es clara hipótesis de dolo directo.

III. "Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla". Esta podría ser una situación de error accidental, o bien de dolo directo.

IV. "Que creía que era legítimo el fin que se propuso". Se trata del desconocimiento de la ley (significación antijurídica de la conducta), que en caso de ser vencible daría por resultado un error de derecho anulatorio de la culpabilidad.

V. "Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito". En este caso es un error accidental (in persona o in objecto), que no llega a tener el suficiente poder para excluir a la culpabilidad.

VI. "Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93". El numeral 93 hace referencia a los casos en que procede el perdón del ofendido. Los legisladores olvidaron que en bienes no disponibles el consentimiento no tiene relevancia y en los disponibles, si el tipo nos menciona la ausencia de consentimiento - su presencia dará lugar a una atipicidad.

Los códigos que tienen una regulación idéntica o similar a la legislación federal federal, no hicieron sino copiar los artículos y a lo más añadieron a ellos otros errores y absurdos, renunciando a su legítimo derecho de tener una reglamentación propia. Mencionaremos a continuación los estados que siguen los pasos del Código de 1931. El subrayado obedecerá a la parte que cambia en atención a la redacción de los preceptos antes mencionados.

AGUASCALIENTES (1949).

ARTICULO 7o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es doloso, no se destruirá -

aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias siguientes:...".

BAJA CALIFORNIA NORTE (1977).

ARTICULO 5o. "El dolo se presume, salvo prueba en contrario. - La presunción de que un delito es doloso, no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:...

BAJA CALIFORNIA SUR (1981).

ARTICULO 13. "El delito se presume doloso, salvo prueba en contrario, por el solo hecho de cometerse o participar en cualquier forma en su ejecución. Esta presunción no admite más excepciones que los casos a que se refiere este Código".

CAMPECHE (1943).

ARTICULO 7o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

COLIMA (1955).

ARTICULO 7o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

CHIAPAS (1938).

ARTICULO 9o. "Se presume intencional todo delito, a no ser que se pruebe lo contrario, o que la ley aplicable expresamente exija la intención delictuosa para que exista".

ARTICULO 10. "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aun cuando el acusado pruebe la existencia de alguna de las circunstancias siguientes:...".

CHIHUAHUA (1971).

ARTICULO 6o. "La intención de violar la ley con un fin antijurídico y antisocial, se presume por el solo hecho de cometer una infracción antisocial o participar en cualquier forma a su ejecución. Esta pre-

sunción no admite más excepción que los casos a que se refiere el artículo 62 de este Código ni se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

GUERRERO (1953).

ARTICULO 7o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe..."

HIDALGO (1970).

ARTICULO 7o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

JALISCO (1960).

ARTICULO 8o. "Los delitos se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional seguirá operando, aunque el acusado pruebe:..."

MEXICO (1960).

ARTICULO 8o. "El delito se presume doloso, salvo prueba en contrario".

MORELOS (1945).

ARTICULO 8o. "La intención se presume, salvo prueba en contrario. La presunción establecida no se destruye con la prueba de alguna de las circunstancias siguientes:..."

NAYARIT (1979).

ARTICULO 8o. "Los delitos se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

OAXACA (1943).

ARTICULO 5o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destrui

rá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

PUEBLA (1943).

ARTICULO 8o. "... La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario".

ARTICULO 9o. "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

QUERETARO (1931).

ARTICULO 4o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

QUINTANA ROO (1949).

ARTICULO 8o, "El delito se presume doloso, salvo prueba en contrario".

SAN LUIS POTOSI (1944).

ARTICULO 8o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: ..."

SINALOA (1939).

ARTICULO 6o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

SONORA (1949).

ARTICULO 7o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

TABASCO (1972).

ARTICULO 6o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá

rã aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

TAMAULIPAS (1956).

ARTICULO 6o. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario".

ARTICULO 7o. "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circuns--tancias:..."

TLAXCALA (1979).

ARTICULO 8o. "Los delitos se presumen intencionales, salvo -- prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:..."

YUCATAN (1972).

ARTICULO 8o. "El dolo se presume, salvo prueba en contrario".

ARTICULO 9o. "La presunción de que un delito es doloso no queda sin efecto, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circuns--tancias:..."

ZACATECAS (1966).

ARTICULO 8o. "Los delitos se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruye, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: ..."

## b.2. CODIGOS QUE SIGUEN UNA REGULACION DISTINTA.

En este ángulo se comprenden tan sólo un total de siete legislaciones, las cuales han mejorado en forma palpable su técnica legislativa penal y no tan sólo por lo que se refiere al tratamiento de nuestro elemento, sino en la mayoría de sus preceptos. Por fortuna, las reformas penales del 13 de enero de 1931 han adecuado su texto al principio de -- culpabilidad. A continuación analizaremos en primer término la postura de nuestra nueva redacción en el Código Penal del Distrito Federal, para continuar con las leyes que siguen esa orientación.

DISTRITO FEDERAL (texto reformado).

Aun cuando no se postula en forma expresa el principio de culpabilidad, la exclusión del texto original del artículo 9o. (presunción de intencionalidad), nos permite inferir que es voluntad del legislador afirmar el mencionado principio. Han salido de la reglamentación penal tanto la presunción iuris tantum del dolo, como la absurda presunción iuris ete iure de intencionalidad. Con esto la legislación penal federal da un paso adelante hacia el "ideal de justicia-justa", alzando el principio de que es función del juzgador probar y comporbar el dolo, la culpa o la preterintencionalidad.

Entre los códigos que propugnan el principio de culpabilidad tenemos:

COAHUILA (1982).

ARTICULO 39. "Nadie puede ser sancionado por una conducta o hecho legalmente descrito, si no se ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

En este artículo llamado "Formas de Culpabilidad", se establece el multicitado principio que comentamos. Se infiere de la redacción que es labor del juzgador comprobar que el agente actuó con cualesquiera de las tres formas culpables.

DURANGO (1983).

ARTICULO 14. "Nadie puede ser sancionado por una conducta o hecho legalmente descritos si no se han realizado con dolo, culpa o preterintención".

En seguida, en un artículo diverso, se hace la definición de las tres formas de la culpabilidad mencionadas: Dolo, culpa y preterintención.

GUANAJUATO (1980).

Adopta una orientación similar a la de las reformas de 1984. No consigna en forma expresa el principio de culpabilidad, aunque se deduce que éste es aceptado habida cuenta de que no contiene precepto alguno que nos hable de la presunción de culpabilidad.

MICHOACAN (1980).



Este código sigue los mismos pasos que las reformas de 1984 al CPF. Se acepta al principio de culpabilidad y esto se comprueba cuando - notamos que en sus preceptos se omite a las presunciones de intencionalidad.

NUEVO LEON (1981).

ARTICULO 27. "Nadie puede ser sancionado por un hecho legalmente descrito si no lo hubiere realizado con dolo, salvo en los casos expresamente previstos en la ley".

Con esta redacción se sustituye a la presunción del dolo y se afirma el principio de la culpabilidad referido a la modalidad dolosa. Para la culposa y la preterintencional se congigna:

ARTICULO 31. "Las conductas preterintencionales y culposas serán punibles en los casos específicamente determinados por la ley".

VERACRUZ (1978).

ARTICULO 14. "Nadie puede ser sancionado por una conducta o hecho legalmente descritos, si no se han realizado con dolo, culpa o preterintención".

Es éste uno de los primeros códigos que postularon el principio de la culpabilidad referida a las tres modalidades en que ésta puede concurrir en la conducta. Además contiene innumerables aciertos en su redacción.

c. REFORMAS PENALES.

Nos queda por analizar los proyectos de legislación penal elaborados en fechas recientes. Dentro de ellos se incluye al Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1983, al Proyecto de Código Penal para el Estado de Guerrero de 1984 y a las reformas de 13 de enero de 1984, hechas al Código Penal de 1931. Es importante proceder a este estudio, a fin de que se verifique que tanto la doctrina como la legislación mexicanas están al tanto de los avances que ha tenido la Ciencia Penal, y que si en el año de 1984 sigue en vigor un Código de 1931 no es porque no se haya hecho algo por evitarlo.

## c.1. PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DE 1983.

Ahora vamos a comentar la versión del 10 de agosto del proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, de 1983. Ese proyecto fue elaborado en el INACIPE, en coordinación con la PGJDF y la PGR.

El punto 2, "Elaboración y Alcance del Anteproyecto", de los comentarios a esta legislación, nos dice: "El Anteproyecto que se comenta aspira a sustituir al vigente Código Penal de 1931, que rige para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal. A lo largo de más de cincuenta años, el Código Penal vigente ha sufrido numerosas reformas, producto de variadas circunstancias. Existe la opinión generalizada de que el Código en vigor, pese a muchos puntos acertados que conserva, ha sido superado por la realidad y por los avances del Derecho Penal, y dista mucho de ser el ordenamiento que nuestro país requiere en el presente. En las últimas décadas, varios Estados de la Federación han expedido sus propios Códigos, a menudo mejores, en todo o en parte, que el Código de 1931". (16)

Nos interesa analizar el tratamiento que han recibido la culpabilidad y su aspecto negativo y para eso comentaremos los preceptos que hacen alusión a ellos.

El título II "El Delito", contiene un capítulo II, "Dolo, culpa y preterintencionalidad", que dicen así:

COMENTARIO A LA DENOMINACION DEL CAPITULO: A diferencia de otros modelos de legislación, el proyecto de Código Penal de 1983 no contiene precepto alguno que enumere los grados de intención. Este ya es un buen acierto, podrías pensarse que se adopta una posición finalista, al menos en parte.

ARTICULO 11. (Definición del dolo). "Obra dolosamente el que conociendo las circunstancias del hecho típico lo quiere o lo acepta previniéndolo, por lo menos como posible.

COMENTARIO: En la definición del dolo se incluye al elemento intelectual (conocer) y al volitivo (querer o aceptar), ateniendo a que en ausencia

de uno de ellos el dolo no llegará a configurarse. Al hablar del querer o aceptar, se está haciendo referencia al dolo directo y al eventual; es capa de la norma el llamado "dolo de las consecuencias necesarias". No es correcto decir "previniéndolo", habida cuenta de que prevenir significa preparar todo aquello que es necesario para un fin, lo cual conlleva la posibilidad de que ese fin se realice. Pensamos que se quiso decir - "previéndolo", para completar el conocimiento que es elemento integrante del dolo.

(Definición de culpa). "Obra culposamente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y con diciones personales le imponen".

COMENTARIO: La culpa ha quedado definida dentro de sus justos límites, - sin que sea necesario hacer alusión a sus especies habida cuenta de que la esencia de la culpa es la "violación de un deber de cuidado", con las características que acertadamente se incluyen.

(Definición de la preterintencionalidad). "Obra preterintencional-- mente el que causa un resultado mayor al, querido o aceptado, si aquél se produce culposamente".

COMENTARIO: Se acepta la idea de que el delito con exceso en el fin es - la suma de dolo y culpa, dolo respecto al resultado menor que no se realiza y culpa con relación al resultado mayor que se ocasiona. Según nuestro criterio no es correcto incluir al dolo eventual, puesto que en él - se requiere que se acepte el resultado que se realiza y en esta concu-- rrencia de dolo y culpa el resultado menor que es el doloso no llega a - realizarse y entonces es evidente concluir que no se puede aceptar. Creemos que faltó hacer alusión a que tanto el resultado mayor como el menor deben de ser típicos.

El proyecto acepta la concepción triédica de la culpabilidad que -- mencionaban los psicólogos; es lógico que al menos este precepto se - afilia a la teoría psicológica de la culpabilidad.

En los comentarios se dice: "El Ateproyecto suprime de plano las -- presunciones legales y distingue entre dolo, culpa y preterintención. El

dolo equivale a lo que el Código de 31 denomina intención. La culpa equivale a lo que en la actualidad se designa como no intención o imprudencia. La preterintención es una novedad que introduce el Anteproyecto, pero que ya existe en otros Códigos nacionales y extranjeros; se trata, en esencia, de no sancionar como dolosa una conducta que realmente no lo sea, que es lo que ocurre cuando el responsable del ilícito quiere causar un delito menor y ocasiona uno más grave. Hasta ahora, esto se ha sancionado con las penas correspondientes a la intención, mucho más severas que las relativas a la culpa. El Anteproyecto, propone sanciones más moderadas, en un punto intermedio entre el dolo y la culpa". (17)

El capítulo III, nos habla de las "Excluyentes de Incriminación", en los siguientes preceptos:

COMENTARIO A LA DENOMINACION DEL CAPITULO: En forma acertada el proyecto cambia el rubro de este capítulo, al que en legislaciones anteriores se había denominado "circunstancias excluyentes de responsabilidad penal". Aun cuando no se habla en forma expresa del aspecto negativo del delito a que cada una da lugar, la sistematización del proyecto permite obtener cada uno en el orden que le corresponde dentro de la prelación lógica.

ARTICULO 12. (Aspectos negativos del delito). "Se excluye de incriminación cuando:..."

COMENTARIO: Es correcto utilizar este preámbulo, al hablar de los aspectos negativos del delito.

V. (Obediencia jerárquica). "Se obre en virtud de obediencia jerárquica y debida, cuando la orden no revista manifiestamente el carácter de hecho punible".

COMENTARIO: Se incluye a la obediencia debida dentro de las causas de justificación, esto se deduce del orden en que están colocadas las excluyentes de incriminación. La fórmula empleada es deficiente, no se debió decir "cuando la orden no revista manifiestamente el carácter de hecho punible", ya que la orden puede tener todas las características del delito y sin embargo si el agente por un error de hecho esencial e invencible cree que es lícita, no se le puede declarar culpable.

IX. (Inimputabilidad). "El agente, al momento de realizar el - hecho, en virtud de trastorno mental de cualquier origen, desarrollo psíquico retardado, u otro estado o situación, no tuviere la capacidad de - comprender el carácter ilícito de aquél, o de determinarse de acuerdo -- con esa comprensión, salvo en los casos en que el sujeto activo haya provocado esa incapacidad dolosa o culposamente".

COMENTARIO: Se hace diferencia entre las causas de inimputabilidad y la conducta libre en su causa; la primera es excluyente de incriminación, - la segunda no lo es. Se trata de abarcar todas las causas de inimputabi- lidad, mas se olvidaron de las hipótesis de falta de desarrollo mental. Al pedir la capacidad de comprensión de la ilicitud y de determinación de acuerdo con ella, la fórmula adquiere un leve matiz de normativismo - finalista. Pensamos que no se debe hacer alusión a la posibilidad, sino a la acción y al efecto de conocer la ilicitud y de determinarse de a-- cuerdo con ella. A la inimputabilidad se la acepta como una causa autó- noma que excluye a la incriminación y no como supuesto de inculpabili-- dad.

X. (Error de tipo y de licitud). "Se realice el hecho bajo un error esencial e insuperable respecto de algunos elementos que integren la descripción legal, o por la misma situación se estime que el hecho cometido está amparado por una causa de licitud".

COMENTARIO: Se bifurca al yerro en: Error de hecho y de licitud, mas hay qué observar que solamente se hace alusión al hecho y se olvida que en - los delitos de mera conducta también puede concurrir el error. Hay qué - hacer alusión a que el error debe tenerlo el sujeto activo. No debe de-- cirse algunas causa, puesto que una sola de ellas da lugar a la excluyen- te.

XI. (No exigibilidad). "Cuando razonablemnte y debido a las -- circunstancias específicas que concurrieron en el caso, no se pueda exi- gir al agente una conducta diversa a la que desplegó".

COMENTARIO: El proyecto acepta como causa excluyente de incriminación a

la no exigibilidad de otra conducta, de la que nos hablaron el normativismo causalista y el finalismo. Por el sistema que tiene el proyecto se trata de un caso específico de inculpabilidad, aunque no se diga que la conducta o el hecho además de ser típicos deben ser antijurídicos.

XII. (Caso fortuito). "Se produzca un resultado típico que no se previó siendo previsible".

COMENTARIO: El caso fortuito no debe ser regulado en las legislaciones, debido a que no es excluyente de incriminación porque en él hay imposibilidad de que nazca el delito. La fórmula no nos parece adecuada, consideramos que en el casus puede darse también un mínimo de previsión y que su esencia radica en que no se evita lo que es inevitable para cualquier ser humano.

(Validez de las excluyentes). "Las excluyentes de incriminación se harán valer de oficio".

COMENTARIO: Es correcto que a las excluyentes de incriminación se las haga valer de oficio, pero no se dice en qué etapa procesal ni por quién. Debe mencionarse si la labor corresponde al Ministerio Público en la averiguación previa o al juzgador en el procedimiento.

El título IV "Aplicación de las Penas y Medida de Seguridad", en el capítulo I habla de las "Reglas Generales" y dice así:

ARTICULO 38. (Reglas para tasar la sanción). "El juzgador, al sentenciar, tomará en cuenta la personalidad del imputado, sus móviles y todas aquellas circunstancias que concurrieron en el hecho y que determinen la gravedad del delito y la culpabilidad del sujeto así como la clase de participación en el delito, en los términos de las fracciones I a VII del artículo 16. Las penas y medidas de seguridad están orientadas - hacia la readaptación social del sentenciado y a la protección de la comunidad. Para los efectos de este artículo el juzgador ordenará los estudios respectivos.

En la sentencia se determinará, en su caso, la afectación del producto del trabajo del sentenciado para el resarcimiento de los daños y -

perjuicios causados y para el sustento de los dependientes económicos de aquel, sin menoscabo de las restantes obligaciones a su cargo.

COMENTARIO: Las disposiciones son acertadas, nos parece correcto que se incluya a la clase de participación que tuvo el sujeto en el delito. No parece ser adecuado que se haga mención en este artículo de los fines -- que se persiguen con las penas y medidas de seguridad.

ARTICULO 39. (Casos en los que el juez puede prescindir de aplicar las penas privativas o restrictivas de libertad). "Cuando el agente hubiere sufrido, como resultado del delito, consecuencias en su persona de tal gravedad que hicieren notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez podrá prescindir de ésta, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas originadas por el delito".

COMENTARIO: Este precepto es nuevo y nos parece acertado lo que en él se dispone, es plausible que se diga que el juez puede prescindir de aplicar ciertas penas en determinados casos. El responsable recibe un tratamiento más humanizado.

ARTICULO 40. (Otras reglas para tasar la sanción). "Cuando este Código prevea la disminución o el aumento de una pena con referencia a otra, aquella se fijará aplicando la disminución o el aumento al término medio de la punibilidad del delito cometido".

COMENTARIO: También este precepto es nuevo y sus disposiciones acertadas y coherentes.

En el capítulo II "Delitos Culposos y Preterintencionales", encontramos otras disposiciones que nos interesa tratar:

ARTICULO 41. (Sanciones para los delitos culposos). "Los delitos culposos se penarán con prisión de seis meses a siete años, sin exceder de la mitad de la que correspondería si el delito hubiese sido doloso y la pena aplicable a éste fuese privativa de la libertad. Asimismo,

el juzgador podrá aplicar las demás penas y medidas de seguridad correspondientes al delito doloso, sin exceder de la mitad de éstas en cuantía y duración.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan, no se aplicará pena alguna cuando culposamente y con motivo del tránsito de vehículos se cause daño en propiedad ajena y lesiones de las previstas - en la fracción I del artículo 94, o ambos resultados, si el agente repara de inmediato los daños causados a la víctima por estos conceptos, salvo que aquél hubiese actuado bajo el efecto de bebidas embriagantes o el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, así como cuando se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima del delito".

COMENTARIO: Creemos que la pena aplicable al delito culposo debería ser fijada en la mitad de la duración de la pena prevista para el delito doloso. Es acertada la disposición prevista en la segunda parte de este artículo, mas hay que reconocer que la limitación casuística de los motivos por los cuales no se hará valer este precepto es desacertada; o las enumeran todas o simplemente que digan "las que produzcan tales efectos". No se debe decir que se "dé a la fuga" sino que huya, habida cuenta de que la fuga presupone la previa privación de la libertad.

ARTICULO 42. (Situaciones en que se prevé una pena alternativa para el delito). "Si al delito cometido dolosamente correspondiera pena alternativa que incluya una no privativa de libertad, esta situación -- aprovechará al delincuente por culpa".

COMENTARIO: Debería decirse: "Cuando al delito corresponda una pena alternativa que incluya una no privativa de libertad, será aplicada ésta".

ARTICULO 43. (Sanción para el delito preterintencional). "Al responsable de un delito cometido preterintencionalmente, se le aplicará desde seis meses hasta las tres cuartas partes de la pena que corresponda al delito cometido dolosamente. Se tomará en cuenta, asimismo, lo previsto en los artículos 41 y 42".

COMENTARIO: Se le aplicarán seis meses, sí pero ¿de qué? La sanción úni-



camente debe fijarse hasta las tres cuartas partes de la duración de la pena de prisión, sin perjuicio de otras que correspondan. No hay que repetir que la sanción es la del delito doloso, eso ya se presupone.

En el capítulo III "Error", hallamos disposiciones de interés:

ARTICULO 44. (Error de tipo y de licitud vencibles). "Cuando el sujeto actúe en situación de error superable que recaiga sobre alguno de los elementos de la descripción legal o por la misma situación de error estime que su hecho está amparado por una causa de licitud, se le impondrá desde seis meses hasta una tercera parte de la pena prevista para el delito de que se trate".

COMENTARIO: La pena prevista para los casos en que el error se imputa a título de culpa es acertada.

ARTICULO 45. (Error de derecho invencible). "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia insuperable respecto de que se encuentra regulado por la Ley Penal, o del alcance de esta en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del imputado, se le impondrá desde seis meses hasta la mitad de la pena correspondiente al delito de que se trate, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso".

COMENTARIO: El error de derecho debe recibir el mismo tratamiento del error de tipo y de licitud insuperables, no hay razón para que el trato sea distinto. En todo caso, si se requiere sancionar el tratamiento para estos delincuentes debe ser en libertad u otro de naturaleza diversa.

#### c.2. PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUERRERO, DE 1984.

Una de las pretensiones de este estudio es el analizar todos los proyectos de legislación que se han dado en nuestro país y que han adquirido una importancia determinada. Incluimos al proyecto de Código Penal para el Estado de Guerrero, porque en nuestro conocimiento es el más reciente intento de legislación penal. Este proyecto ha pretendido tomar en consideración lo más relevante de las doctrinas penales moder-

nas, apartándose así de los tradicionales modelos de codificaciones que ha tenido nuestro país.

Algunas de las disposiciones de este cuerpo de leyes en mucho se asemejan a las que contiene el proyecto de Código Penal de 1983, elaborado en el INACIPE. La disculpa o la razón de ello es que la comisión redactora del proyecto de Guerrero quedó integrada en su mayoría por personas que intervinieron en la redacción del proyecto de 1983.

Las personas que se encargaron de elaborar el proyecto de Código Penal para el Estado de Guerrero, de 1984 fueron: La licenciada ANA LUISA BARRON RODRIGUEZ, los doctores MOISES MORENO HERNANDEZ, ALVARO BUNSTER - BRISEÑO y CELESTINO PORTE PETITI CANDAUDAP.

Una innovación de mucha relevancia en el proyecto guerrerense lo es la introducción del "principio de culpabilidad" que se recoge en el artículo 2, el cual nos dice: "Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión, si éstas no han sido realizadas culpablemente".

En su exposición de motivos se menciona: "También es rector del Derecho Penal el principio de culpabilidad, columna vertebral del moderno Derecho Penal, que exige que ninguna pena podrá ser aplicada si la conducta no ha sido realizada culpablemente". (18)

Vamos a proceder al análisis de los artículos relativos a la culpabilidad y su ausencia, que nos da este proyecto. Antes queremos dejar aclarada una cuestión: En los comentarios anteriores antepusimos a cada uno de los artículos entre paréntesis, la mención de la figura que pensamos se estaba regulando en ellos. Esta idea se nos ocurrió porque el texto que fue entregado al Estado de Guerrero por la comisión redactora del proyecto contenía tales menciones. Queremos que quede claro que en los anteriores códigos y proyectos nosotras pusimos esos títulos y que el proyecto de Guerrero ya los tenía incluidos porque se los puso la comisión redactora.

En el título segundo "El Hecho Punible", el capítulo primero nos habla de su "Calsificación y Formas"; vamos a analizar los artículos relativos.

ARTICULO 15. (Dolo, culpa y preterintención). "El delito puede

ser realizado dolosa, culposa o preterintencionalmente".

COMENTARIO: Se atiende a aquel pensamiento de que los delitos se realizan con dolo, culpa o preterintencionalidad y que no son de una u otra forma.

(Dolo). "Obra dolosamente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley".

COMENTARIO: Correctamente se alude a los elementos integrantes del dolo, el intelectual (conocer) y el volitivo (querer). Asimismo se habla de dos clases de dolo: Directo y eventual.

(Culpa). "Obra culposamente el que realiza el hecho típico que no previó siendo previsible o que previó confiando en poder evitarlo, infringiendo un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

COMENTARIO: Este precepto nos marca las dos formas de culpa que se reconocen: Con y sin previsión. Del mismo modo se dice que al obrar culposamente debe violarse un deber de cuidado al que se podía observar de acuerdo con las circunstancias y condiciones personales".

(Preterintención). "Obra preterintencionalmente el que causa un resultado más grave al querido o aceptado, si aquél se produce culposamente".

COMENTARIO: Como en todos los demás preceptos que han sido comentados y que aluden a la preterintención, pensamos que en la redacción sobra el "aceptado", ya que en la ultraintencionalidad solamente podemos mezclar al dolo directo y a la culpa en cualesquier de sus dos grados.

El capítulo Quinto nos habla de las "Causas Excluyentes del Delito", en los siguientes términos:

ARTICULO 22. (Exclusión del delito) "No hay delito cuando:..."

COMENTARIO: Esta denominación del capítulo quinto nos parece que es muy acertada, ya que los aspectos negativos del delito dan lugar a su exclusión. Está muy bien que se diga "no hay delito", en lugar de todas aquellas denominaciones que se habían utilizado.

V. (Obediencia jerárquica). "Se obre en virtud de obediencia jerárquica y legítima".

COMENTARIO: A la obediencia jerárquica se la incluye como causa de justificación y no como hipótesis de exculpación. Creemos que la mención "legítima" da lugar a una antijuridicidad especial tipificada que nada tiene que hacer en los preceptos penales.

IX. (Inimputabilidad y actio liberae in causa). "Al momento de realizar el hecho típico, el agente padezca enajenación mental, trastorno mental transitorio, desarrollo intelectual retardado o cualquier otro estado mental, que le impidan conocer el carácter ilícito de aquél o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio agente haya provocado dolosamente esa incapacidad para cometer el delito.

En el caso del trastorno mental transitorio, si el sujeto requiere tratamiento se estará a lo dispuesto en el artículo 54 de este Código. - En caso contrario se le pondrá en absoluta libertad.

En los demás casos a que se refiere el párrafo primero de esta fracción, se estará a lo dispuesto en el artículo 54 mencionado".

COMENTARIO: Se acepta a la inimputabilidad como una causa autónoma de exclusión del delito y no como exculpante. Se establece diferencia entre la inimputabilidad y la conducta libre en su causa. Únicamente se acepta que la conducta libre en su causa puede ser dolosa. Se enumera casuísticamente a las causas de inimputabilidad y se termina con el "cualquier otro". Es correcto decir que si el agente no acredita la necesidad del tratamiento debe ponerse en libertad absoluta e inmediata.

X. (Error de tipo y de licitud vencibles). "Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a uno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o por el mismo error estime el sujeto

activo que está amparado por una causa de licitud".

COMENTARIO: Pensamos que únicamente era necesario añadir "conducta" y --suprimir "hecho", hay qué evitar las confusiones.

XI. (inexigibilidad de otra conducta). "Atentas las circunstancias que concurren en la realización de la conducta antijurídica, no sea posible exigir al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de haberse podido determinar conforme a derecho".

COMENTARIO: Es la mejor fórmula de inexigibilidad que establecen los códigos y proyectos mexicanos, pero no es la mejor que se pueda dar.

XII. (Caso fortuito). "Se produzca un resultado típico por caso fortuito".

COMENTARIO: La fórmula es excelente.

El capítulo catorce "Tratamiento de Inimputables en Internamiento o en Libertad", nos dice:

ARTICULO 54. (Medidas para Inimputables). "En el caso de inimputables que requieran tratamiento, el juzgador dispondrá el que le sea aplicable, en internamiento o en libertad, previo el procedimiento respectivo. Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la Institución correspondiente para su tratamiento, durante el tiempo necesario para su curación".

COMENTARIO: Es muy buena la regulación de la aplicación de las medidas a inimputables, los códigos van humanizándose.

(Entrega de inimputables a quien legalmente corresponde hacerse cargo de ellos). "Las personas inimputables a que se refiere el párrafo anterior, podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellas, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas au

toridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas".

COMENTARIO: Esta disposición es excelente, de esta manera queda a salvo la sociedad y al inimputable se le da un trato más adecuado y humano.

(Modificación o conclusión de la medida). "La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso".

COMENTARIO: Este precepto no tiene precedente y sus disposiciones son -- muy buenas, es necesario que se acredite constantemente que el sujeto necesita del tratamiento.

(Duración de las medidas ). "En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de la autoridad sanitaria para que proceda conforme a las leyes aplicables".

COMENTARIO: Se hacía necesario que el tratamiento del inimputable fuese delimitado, la resolución que se adoptó es la correcta.

El capítulo II "Delitos Culposos y Preterintencionales", contiene lo siguiente:

ARTICULO 59. (Punibilidad de los delitos culposos). "Los delitos culposos se penarán con prisión de tres meses a siete años, sin exceder de la mitad de la que correspondería si el delito hubiere sido doloso.

Las demás penas o medidas de seguridad se aplicarán hasta en la mitad de las correspondientes al delito doloso en cuantía y duración".

COMENTARIO: Recordemos que la punibilidad, en nuestro concepto, de los -

delitos culposos, debe limitarse a la mitad de su duración. Por lo que - se refiere a las demás sanciones y medidas es acertada la regulación que se les da.

ARTICULO 60. (Punibilidad del delito preterintencional). "Al - responsable de un delito preterintencional, se la aplicará desde tres me - ses hasta las tres cuartas partes de la pena que correspondería al deli - to si fuere doloso".

COMENTARIO: El tratamiento al delito preterintencional es acertado.

El capítulo III "Error", dice lo siguiente:

ARTICULO 61. (Punibilidad en caso de error de tipo y de permi - sión vencibles). "Cuando el sujeto actúe en situación de error vencible que recaiga sobre algunos de los elementos de la descripción legal o por la misma situació= de error estime que está amparado por una causa de li - citud, se le impondrá hasta la mitad de la pena prevista para el delito de que se trate".

COMENTARIO: La punibilidad que se fija para el delito cometido en caso - de error vencible es la adecuada. No nos parece acertada la denominación "error de permisión", porque en Derecho Penal no hay permisos.

ARTICULO 62. (Punibilidad en caso de error de prohibición ven - cible). "Si el error al que se refiere el párrado final de la fracción X del artículo 22 es vencible, se impondrá hasta la mitad de la sanción - que correspondería al delito de que se trate".

COMENTARIO: Esta punibilidad es adecuada.

c.3. REFORMAS AL CODIGO PENAL FEDERAL DE 1931, DEL 13 DE ENERO DE 1984.

Para finalizar nuestro estudio de la legislación penal, hemos de analizar las reformas publicadas en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984. Como la iniciativa del Ejecutivo y el dictámen de las Cámaras -

de Diputados y Senadores realmente variaron en muy pocos aspectos, hemos de estudiar únicamente las reformas publicadas. En el área de la culpabilidad los cambios fueron pocos, aunque muy importantes.

#### D E C R E T O :

QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CODIGO PENAL - PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

ARTICULO 8o. (Grados de intención). "Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de imprudencia;
- III. Preterintencionales".

COMENTARIO: Es triste ver que las reformas no pudieron deshacerse de conceptos errados. Los múltiples intentos por hacer desaparecer las denominaciones de este artículo tienen un valor huerístico. Afortunadamente se suprimió el párrafo segundo que era por demás absurdo e incoherente.

ARTICULO 9o. (Definición de los grados de intención). "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley".

COMENTARIO: Este artículo fue recogido en forma íntegra por el proyecto de Código Penal para el Estado de Guerrero, de 1984. Sirven para él los comentarios hechos en el artículo respectivo.

(Definición de la imprudencia). "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

COMENTARIO: La culpa se reduce, quedando únicamente la fórmula que hace alusión al deber de cuidado. No se diferencia entre culpa con o sin representación.

(Definición de la preterintencionalidad). "Obra preterintencional"



nalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, - si aquél se produce por imprudencia".

COMENTARIO: Se acepta la definición que dio el proyecto de 1983 y el Código de Guerrero copia la misma fórmula; las tres varían solamente en una pequeñísima medida.

En el título primero "Responsabilidad Penal", se incluye el capítulo IV "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad", que contiene los siguientes preceptos:

ARTICULO 15. "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

XI. (Error de tipo y de licitud vencibles). "Realizar la acción bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales - que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el su jeto activo que es lícita su conducta".

COMENTARIO: Se recoge en esencia la misma fórmula que preceptuaba el artículo 12 fracción X, del proyecto de Código Penal de 1983.

ARTICULO 24. (Penas y medidas de seguridad). "Las penas y medi das de seguridad son:

3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de - quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefaciente o psi cotrópicos".

COMENTARIO: Se prevé como medida de seguridad el tratamiento en libertad de inimputables, lo cual evidentemente era de suma urgencia regular.

El título tercero, capítulo II "Apliación de Sanciones a los Delitos Imprudenciales y Preterintencionales", dice así:

ARTICULO 60. (Sanción a los delitos imprudenciales). "Los deli tos imprudenciales se sancionarán con prisión de tres días a cinco años

y suspensión hasta de dos años; o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Cuando a consecuencia de actos u omisiones imprudenciales, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en empresa ferroviaria, aeronáutica o naviera o de cualesquier otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a -- a veinte años de prisión y destitución del empleo, cargo o comisión, e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar".

... : .....  
 I a VI. ....

COMENTARIO: Este es igual al antiguo artículo 60, sólo cambia "los delitos de imprudencia" por "los delitos imprudenciales" y añade la parte -- que dice: "Igual pena corresponderá cuando se trata de transporte de servicio escolar".

VI. (Sanción a los delitos preterintencionales). "En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

COMENTARIO: Como consecuencia lógica de la inclusión del delito preterintencional en el artículo 8o., tenía que establecerse una sanción, la -- cual es adecuada.

## d. LA JURISPRUDENCIA MEXICANA.

"Declarar que el individuo es culpable en el juicio de valoración del delito, significa estigmatizarlo y grabar en él a fuego una cualidad de la que jamás podrá llegar a deshacerse. Para evitar daños irreparables a la persona, es preciso que se apliquen en forma correcta los principios que orientan a la Ley penal, de los cuales sobresale aquel que dice: "Nullum crimen, nulla poena sine culpa" (no hay delito, no hay pena sin culpabilidad".

FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA CULPABILIDAD.

1. "La culpabilidad como un proceso psicológico reprochable, entraña la presencia del dolo o de la culpa. Como el dolo es voluntad del resultado y conciencia de la antijuridicidad de la acción, no puede afirmarse -- que se dé, si es que en el sujeto existe un error invencible que impida -- la conciencia de la antijuridicidad". (BIJ. Tomo X, pág. 667).

COMENTARIO: En esta tesis se habla de la culpabilidad desde el punto de vista del normativismo, dado que se alude al proceso psicológico reprochable. Se incluye en la estructura de la culpabilidad al dolo y a la culpa. Se habla del dolo identificándolo con la voluntad del resultado lesivo y la conciencia de la antijuridicidad. Asimismo, se admite que el error de licitud de naturaleza invencible es una causa de inculpabilidad que anula al dolo.

2. "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 vehículo de servicio público que se encontraba en malas condiciones de la dirección, si se demuestra que el trabajador hizo del conocimiento de la empresa de Transportes advirtiendo las consecuencias que podía ocasionar su manejo y, a pesar de ello, recibe órdenes terminantes para que lo guíe". (BIJ. 1959, pág. 308).

COMENTARIO: Se sostiene que el juicio normativo de reprochabilidad es uno de los elementos de la culpabilidad. En esta tesis la SCJN se pronuncia -- por la aceptación de la teoría normativa causalista de la culpabilidad. -- La sentencia ha sido fundamentada en la causa de inculpabilidad de la obediencia jerárquica.

3. "La culpabilidad, como elemento esencial del delito, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa". (BIJ. 1a. Sala. Sexta Parte. Vol. CXX, pág. 24).

COMENTARIO: Al parecer en esta tesis se sostiene que la culpabilidad es psicológica, al aceptarse el dolo y la culpa como sus especies. No puede decirse que se esté aceptando el normativismo causalista, puesto que no se hace alusión al juicio de reproche.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL DOLO.

4. "Siendo el dolo un elemento subjetivo, lo único que puede probarse es si existen o no razones que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de la omisión, que es en lo que el dolo consiste. La prueba presuntiva no está excluida por la ley para probar este elemento del cuerpo del delito, ya que de lo contrario sólo podrá probarse con la confesión". (SJF. Tomo XXVIII, pág. 71. Quinta época).

COMENTARIO: Se considera al dolo como el elemento subjetivo del delito -- (parte de la culpabilidad). En esta tesis se habla únicamente de su elemento intelectual o cognoscitivo, olvidándose que además posee otro elemento volitivo o emocional. Se sostiene la presunción del dolo de la que nos habla el artículo 90. del CPF, antes de las reformas.

5. "Debe comprobarse el dolo como elemento esencial del delito. En ausencia del mismo no es delictuoso el acto". (AJ. Tomo II, pág. 403).

COMENTARIO: Esta tesis contradice a la anterior, ya que en la primera se habla de la presunción que hace el juez y en ésta se ha cambiado la presunción por comprobación, lo cual implica respetar el principio de culpabilidad que dice: "Nadie puede ser sancionado si no se le prueba que actuó culpablemente".

6. "La voluntad es la materia prima del derecho, hasta el grado de -- que en materia represiva determina la intencionalidad, que supone la concepción del propósito delictivo de modificar el mundo exterior, de lesionar un bien jurídicamente protegido, seguido de un acto de reflexión en el que se pesan las consecuencias jurídicas del acto lesivo, el que no obstante se acepta". (SJF. Tomo CXI, pág. 1325. Quinta época).

COMENTARIO: No en todos los casos la voluntad llega a determinar la intención, sino únicamente cuando se avoca a la conducta y al resultado dañoso. Se habla del querer y del aceptar en la misma, lo cual no es acertado porque cada uno integra una especie diferente del dolo (psicologismo).

7. "Si el reo se propuso causar el daño al ofendido, aunque no hubiera sido el que después resultó y que fue consecuencia necesaria y notoria del hecho en que consistió el delito, desde ese aspecto su intención delictuosa resulta manifiesta y la circunstancia de que no hubiera podido prevenir las consecuencias de su actitud no le quitó la característica de intencional al delito". (SJF. Tomo CXVII, pág. 1406. Quinta época).

COMENTARIO: Aparentemente se trata de una de las hipótesis del dolo de las

consecuencias necesarias, porque no se dice si el daño que resultó fue mayor al querido, así que no hay bases para suponer que se hable de la preterintencionalidad.

8. "Consiste el dolo en la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso. Probados los elementos del delito, la ley establece la presunción juris tantum de que el agente obró con dolo". (AJ. Tomo XIII, p. -- 105).

COMENTARIO: Se ha olvidado que la doctrina penal dice que el dolo se compone del elemento intelectual (conocimiento) y de otro volitivo (querer o intención); se acepta únicamente que el momento volitivo sea azas para configurar al dolo. Se habla de probar los elementos del delito, para establecer una presunción de que el agente obró con dolo. Si se prueban los elementos del delito se habrá probado ya la culpabilidad del agente, en este caso dolosa y entonces ya no cabe aludir a la presunción del dolo. - La absurda presunción de intencionalidad que contienen algunos códigos debe desecharse, porque no corresponde a respetar los principios de un Estado de Derecho y constituye una evidente violación a los más elementales de rechos humanos.

9. "Dolo es en materia penal, el conocimiento del carácter delictuoso que de un hecho tiene el agente que lo ejecuta". (SJF. Tomo XXXIII, pág. - 280. Quinta época).

COMENTARIO: También en esta ejecutoria se olvidó que son dos los elementos necesarios para configurar al dolo y que la ausencia de uno solo de ellos impide su existencia, y por tanto aparece la inculpabilidad como elemento negativo del delito. No basta con la presencia del conocimiento de la anti juridicidad para que quede integrado el dolo, recuérdese que el elemento congnoscitivo está integrado a su vez por varios momentos y que la ausencia de uno solo de ellos da lugar al error y a la inculpabilidad.

10. "Cuando, como en el caso particular, la quejosa fue puesta en posesión a virtud de orden de autoridad, y con el auxilio de la fuerza pública, debe afirmarse que hubo de su parte un error invencible respecto a la legitimidad del acto, y por tanto, faltando la conciencia de la antijuridicidad de la acción, no existe el dolo". (Informe de 1955, pág. 27).

COMENTARIO: La Sala auxiliar considera que el dolo se identifica con la -- conciencia de la antijuridicidad de la acción u omisión y que la falta de ésta da lugar a una causa de inculpabilidad por error de licitud.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA CULPA.

11. "Culpa es la violación de un deber jurídico de cuidado". (SJF. Tomo CXIII, pág. 1130. Quinta época).

COMENTARIO: Ciertamente es que la culpa se traduce en la violación de un deber jurídico de cuidado, mas falta hacer alusión a que ese deber incumbirá per

sonalmente al agente, atendiendo siempre a las circunstancias en que se presente la conducta.

12. "Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición de un resultado lesivo". (AJ. Tomo CXIII, pág. 1130. Quinta época).

COMENTARIO: Si se trata de dar una definición de la culpa como modalidad de la culpabilidad, ésta es acertada. Mas no se debe hacer alusión a la previsibilidad, porque esta es esencial a la culpa y la no posibilidad no podría dar lugar a su ausencia, debido a que la violación de un deber de cuidado, según la legislación, no da lugar al caso fortuito. La fórmula - ha sido recogida en parte por las reformas al CPF de 31, del 13 de enero de 1984.

13. "La culpabilidad en su modalidad culposa consiste esencialmente - en la no previsión de un resultado previsible, o bien en los términos en que la define la ley sustantiva penal, dando una certera interpretación de lo que es la imprudencia, en la falta de reflexión o de cuidado". (SJF. - Tomo CXIV, pág. 1154. Tomo CXIX, pág. 3253. Quinta época).

COMENTARIO: Se olvidó que la culpa también puede consistir en la previsión del resultado previsible, cuando el sujeto obra subestimando las leyes de la causalidad (culpa conciente). Al igual que la ley sustantiva penal, se incurre en el error de denominar "imprudencia" a la culpa, olvidando que - la imprudencia es una de las formas en que la culpa puede presentarse. También las hipótesis que se mencionan a continuación son formas de actuar - culposamente.

14. "Bien es sabido que la esencia de la culpa radica en la no previsión de un resultado previsible, o bien, en los términos en que la define la ley sustantiva penal, dando una certera interpretación a lo que es la - imprudencia, en la falta de reflexión o de cuidado". (SJF. Tomo CXVII, -- págs. 1128-1129. Sexta época).

COMENTARIO: Se presenta la misma situación que en la tesis que trascribimos con anterioridad.

15. "La culpa es la falta de previsión de un acto previsible, en la - que es cierto que hay ausencia de voluntad conscientemente dirigida a la producción de un resultado lesivo; pero en la que el agente aporta, mediante la omisión de un deber jurídico de cuidado, la causa decisiva de la producción del daño, al no hacer lo debido". (SJF. Tomo CXIX, pág. 1942. Quinta época).

COMENTARIO: La definición es aceptable para aludir solamente a la culpa -- sin representación, sin previsión o inconsciente.

16. "Si el acusado aceptó la posibilidad de que se realizara un evento no querido, pero sí previsto, nos encontramos ante la presencia de un - delito culposo". (SJF. Tomo CXII, págs. 32-33. Quinta época).

COMENTARIO: También esta es una concepción de la culpa con previsión que - resulta ser acertada.

17. "Para que exista el delito de imprudencia es indispensable que el daño que resultó sea consecuencia necesaria y directa de la imprevisión, negligencia, impericia, irreflexión o descuido del acusado". (AJ. Tomo III, pág. 359. Quinta época).

COMENTARIO: En esta sentencia se denomina "imprudencia" a la culpa, lo -- cual no es aceptable doctrinariamente. Se habla además de las formas en - que puede llegar a cometerse un delito culposo.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA PRETERINTENCION.

18. "En el sistema del citado ordenamiento se califica como dolosa - una lesión, aun cuando el daño sea mayor en relación con el propósito del agente, y es que la ley considera que existiendo una voluntad inicial le- siva, debe estar el sujeto a las consecuencias de su conducta. Puede afir- marse que en tal sistema el dolo comprende la voluntad inicial del daño y que se califica como dolosa la consecuencia que se produce mediante esa - voluntad, independientemente de que el resultado coincida o no con el pro- pósito, pues el reproche a los procesos psicológicos causales del delito, es una cuestión cualitativa y no cuantitativa". (BIJ. Tomo XI, págs. 300-301).

COMENTARIO: De acuerdo con el antiguo artículo 9o. del CPF, la preterin-- tencionalidad recibe el mismo tratamiento del delito doloso..

19. "El delito cometido no puede considerarse como imprudencial única- mente porque el daño final de la conducta delictiva no sea el que se había propuesto causar el agente activo". (AJ. Segunda parte. Volumen II, pág. - 49. Sexta época).

COMENTARIO: Evidentemente se trata de un caso de preterintencionalidad, el cual de acuerdo con la legislación recibía el mismo tratamiento del deli- to doloso, con las reformas de 1984 cambió la situación.

20. "Salvo cuando la ley expresamente determina otra situación, si el daño causado va más allá del que se propuso causar el agente activo es un caso de preterintencionalidad en que a título de dolo se sanciona el resul- tado si éste es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal del acusado". (AJ. Segunda parte. Volumen XV, pág. 127. Sexta época).

COMENTARIO: Se expresa que el daño causado en la preterintencionalidad va más allá del que se propuso causar el agente y se dice que será sancionado a título de dolo.

21. "Aunque el agente activo aparentemente sólo quiso la lesión que - infirió a su contrario al golpearlo con una pistola y no el efecto final - por el disparo del arma (preterintencionalidad), siendo previsible para el común de las gentes la causación de daños mayores por la facilidad con que se disparan las armas de fuego cuando se manipulan inadecuadamente, confor- me al precepto 9o. de la ley sustantiva en relación al numeral 8o., no se - liberó el agente de la represión por ese efecto lesivo último, toda vez -- que verificada la materiabilidad, el legislador mexicano presume como dolo - sa la actitud del sujeto activo al ser previsible el resultado de su con--

ducta sin ameritar atenuación, como en otras legislaciones en que se toma en cuenta la mezcla del dolo y de la culpa".

COMENTARIO: Aunque en la legislación y en la jurisprudencia se reconoce la existencia de delitos con exceso en el fin (preterintencionales), éstos no tienen un tratamiento propio y cuando se les sanciona se les pune de acuerdo con lo previsto para los delitos dolosos.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL ERROR.

22. "El autor argentino Sebastián Soler, resumiendo las investigaciones doctrinales al respecto, concluye que para que el error (de hecho y de derecho), excuse, debe ser esencial, decisivo e inculpable. La esencialidad radica en que el error verse sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva (elementos esenciales), o sobre las agravantes calificativas; se opone a la esencialidad del error su accidentalidad, que es la que recae sobre elementos o circunstancias que no alteran la esencia o la calificación del tipo penal. Es decisivo el error como requisito para ser eximente, cuando de no haberse presentado viciada la representación -- del autor, éste habría procedido en forma diversa. Por último, el error es inculpable, o racionalmente invencible como lo denominan otros autores, -- cuando no puede atribuirse a la negligencia del que lo sufre. Dichas tres características son rigurosamente necesarias para constituir el error excusante, ya que faltando la esencialidad, el error será accidental y sin provecho alguno para el que lo sufre; si el error no es decisivo, puede de-- jar subsistente al dolo eventual, entendiendo por éste, la aceptación del evento y por último, si el error no es racionalmente invencible, será impu-- tado a la culpa del agente". (SJF. Tomo CX, pp. 1941-1942).

COMENTARIO: Esta es una buena tesis, que acepta el parecer de la doctrina penal para explicar los requisitos que debe reunir el error para adquirir la calidad de exculpante.

23. "Resulta inimputable al quejoso el aumento de gravedad proveniente de circunstancias que ignoraba en el momento de infringir la ley; máxime que la doctrina penal postula que el desconocimiento o error de las causas de agravación excluye la agravación de la pena". (SJF. Tomo CX, pág. 1143).

COMENTARIO: Se habla del error de hecho que recae sobre las circunstancias calificativas del delito.

24. "El error de hecho se divide en error de hecho esencial y accidental. El primero para que destruya la culpabilidad, requiere que sea invencible, ya que si es vencible, el sujeto responde a título de culpa. Ahora bien, el que compra o recibe en prenda la cosa (con frecuencia), y no ha tomado las precauciones indispensables para asegurarse que la persona tendría derecho para disponer de ella, no previó lo que podría haber previsto, lo cual constituye una conducta culposa, que está referida a una consecuencia jurídica de la punibilidad". (SJF. Tomo CXIX, pág. 1220).



COMENTARIO: Se habla de la división que se hace en la doctrina del error - de hecho.

25. "El desconocimiento de la ley no libera de su observancia y cuando el desacato a la misma entraña un acto delictuoso, no puede constituir excluyente de responsabilidad la ignorancia del infractor, si la ley no - incluye esa circunstancia como motivo de irresponsabilidad, y sólo puede afectar ese antecedente a la individualización de la pena". (SJF. Tomo -- CXVIII, pág. 930).

COMENTARIO: Aquí se reafirma la posición de los psicólogos de considerar que el error de derecho no tiene relevancia para destruir la culpabilidad. Podría ser que se le diera efectos como atenuante en atención a - que en las últimas líneas se dice que el error servirá al juez en el momento de individualizar la sanción.

26. "La ignorancia de la ilicitud del hecho no aprovecha al reo, ni tampoco su estado de pobreza". (SJF. Tomo CI, pág. 204).

COMENTARIO: Otra jurisprudencia que considera que el error de derecho no tiene efecto de exculpante.

27. "Esta excluyente de incriminación sólo puede fundar la culpabilidad de la acción típica, si existe error sobre la existencia de la agresión, el que debe ser esencial e insuperable, con referencia a la simulación de una conducta, que amenaza con lesionar intereses jurídicos protegidos, pero no cuando las acciones de los sujetos activo y pasivo del ilícito, son igualmente antijurídicas". (BIJ. Tomo IX, p. 88).

COMENTARIO: Esta tesis se relaciona con el error de licitud como aspecto negativo de la culpabilidad, en los casos en que el sujeto por error esencial e invencible supone que su conducta está amparada por una causa de justificación. El instituto al que se hace alusión es la defensa putativa.

28. "Esta Suprema Corte de Justicia no participa del criterio que afirma que puede existir la legítima defensa como causa de justificación - cuando la agresión no tiene realidad objetiva, pero existe como tal en el ánimo del agente, pues en tal caso, no se trataría de una causa de justificación que, como es bien sabido, destruye la antijuridicidad de la conducta, sino que se estaría en presencia de una causa de inculpabilidad, - por existir un error esencial; por ello debe hablarse de la legítima defensa putativa, como causa de inculpabilidad". (SJF. Tomo CXXII, pág. -- 184).

COMENTARIO: Se hace la diferencia entre la legítima defensa (causa de justificación) y la defensa putativa (causa de inculpabilidad). Funda a la - defensa putativa en la base de un error esencial sobre la ilicitud de la conducta. Indebidamente se habla de una "legítima defensa putativa", lo - cual no debe ser dado que los términos "legítima" y "putativa" son antitéticos.

29. "Si por causas ajenas al infractor, el mal recae sobre persona - diversa de aquella a quien iba dirigido, existe la presunción de intencionalidad mientras no se demuestre lo contrario". (SJF. Tomo CXX, pág. - 1670).

COMENTARIO: Debería decirse que el error accidental sobre la persona no - tiene relevancia para destruir la culpabilidad. No debe hablarse de la -- presunción de intencionalidad, sino de la comprobación que debe hacer el juez.

30. "Cuando el sujeto activo con dolo determinado de lesionar a una persona y sin confundir a ésta dirige contra ella la acción criminal, por ejemplo, el disparo, y por equivocación en el golpe, mala puntería, lesiona a una persona diversa de la que se proponía a ofender, es responsable intencionalmente del acto cometido, porque aparte de que de las reglas de intencionalidad previstas en el artículo 9o. del Código Penal, se integran las constitutivas del delito de lesiones intencionales, a saber: una alteración en la salud, resultado de causas externas imputables al agente, importando poco para la integración del delito que haya resultado víctima persona distinta de la del propósito". (AJ. Tomo VI, pág. 275).

COMENTARIO: De la redacción de esta ejecutoria se deduce que en el caso - concreto se trató de una tentativa de lesiones sobre determinada persona, en la cual el dolo queda subsistente pese a que haya existido un error, - porque la naturaleza del yerro fue de accidentalidad y no tiene relevancia para destruir la culpabilidad en su modalidad dolosa.

31. "Existe error en la persona, cuando el sujeto ha desarrollado ya la conducta y el resultado no corresponde por lo que toca al pasivo, a la voluntariedad motora del comportamiento corporal; es decir, para que exista error en la persona, se requiere el comportamiento voluntario y la obtención del resultado, más la relación causal correspondiente; pero si el sujeto no disparó con voluntad de lesionar, sino que hubo una conducta notoriamente culposa, pues indudable que si el sujeto no quería el resultado, pero estuvo en el deber jurídico de prever que su acción, entendida - en sentido naturalístico, podría ocasionar un resultado dañoso, de ello - se desprende que está en presencia de la segunda especie de la culpabilidad, y no del dolo, que es la primera de las mismas. El error en la persona, como ya se dijo, requiere el yerro en la trayectoria del proyectil, - pero no tiene como supuesto el inicio de la conducta". (SJF. Tomo CXI, -- pág. 1547).

COMENTARIO: Aparentemente se trata de explicar el error accidental en la persona, pero consideramos que no se logra. Además en el inicio de la tercera línea debe decirse "motriz" y no "motora".

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA OBEDIENCIA JERARQUICA.

32. "Existiendo relación jerárquica entre los policías con su jefe, si éste impone la detención arbitraria de dos individuos y posteriormente ordena su colgamiento sin mediar acusación, juicio, defensa y sentencia - condenatoria de autoridad competente, los subalternos que acatan el manda

miento se ubican fuera de la eximente por su notoria ilicitud al encontrarse abolida en la entidad la pena de muerte; empero, ante la limitación de la voluntad de los policías por su dependencia jerárquica, no se hicieron acreedores a igual sanción que su jefe, toda vez que éste, valido de su cargo, se sirvió de los policías bajo su mandato como instrumento, aunque conciente, para alcanzar el propósito delictuoso y esta circunstancia debió normar el arbitrio del juzgador para atemperar la pena de los subordinados" (BIJ. 1959. Primera sala, pág. 149).

COMENTARIO: En este supuesto no se trata de una exculpante, habida cuenta de que el subalterno tiene el poder de inspección para asegurarse de que la orden dada es lícita. Tampoco puede ser un error de prohibición o de derecho, porque no reúne sus caracteres.

33. "Para que el subordinado pueda ser considerado exento de pena por obedecer un orden del superior que viene en forma, pero que lesiona injustamente un derecho, es necesario que el subordinado crea erróneamente que se le manda un acto justo". (SJF. Sexta época. Volumen V. Segunda parte, pág. 49).

COMENTARIO: La exculpante de obediencia jerárquica se basa en el error esencial e invencible. En el CPF es considerada la obediencia a un mandato superior como una causa autónoma que excluye de responsabilidad.

34. "Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquélla sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial". (Apéndice de Jurisprudencia, de 1917 a 1965. Sección primera. Volumen I, pág. 385).

COMENTARIO: En esta sentencia se declara que la obediencia jerárquica por mandato legal es una causa de justificación, lo cual no es cierto; consideramos que la obediencia puede adquirir diferentes caracteres que van desde el delito hasta la inculpabilidad y la justificación, según sea el caso.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA IMPUTABILIDAD.

35. "Esta excluyente de incriminación exige que la libre determinación de la voluntad se halle excluida al tiempo del acto, para que pueda tenerse por comprobada su inimputabilidad". (SJF. Tomo CXVII, pág. 1455).

COMENTARIO: La inimputabilidad en la legislación y en la jurisprudencia se la toma como una causa independiente de la culpabilidad, que excluye la responsabilidad. Se dice que el momento de la imputabilidad se relaciona con el instante de la comisión del delito.

36. "El caso que prevé la fracción II del artículo 11 del Código Penal aplicable, requiere que la inconsciencia de los actos del agente, en

el momento de la infracción, se origine con la ingestión accidental e involuntaria de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, y no opera la excluyente, si la intoxicación alcohólica en que se encontraba el reo al ocurrir los hechos, se la provocó voluntariamente". (SJF. Tomo XCIV, pág. 1160).

COMENTARIO: Se trata en este supuesto de una acción libre en su causa, en la cual se toma en consideración la conducta primaria del sujeto para negar la operancia de la excluyente.

37. "El Tribunal de Alzada incurrió en un grave error al no tomar en consideración el efecto psicopatológico que necesariamente produjo al reo el conjunto de circunstancias que, dadas simultáneamente, producen de modo ineludible el trastorno mental transitorio e involuntario, a que se refiere la excluyente relativa". (SJF. Tomo CIX, pág. 1856).

COMENTARIO: Tanto la jurisprudencia como la legislación mexicana consideran que la única causa de inimputabilidad lo es el trastorno mental transitorio e involuntario.

38. "De acuerdo con la doctrina en materia penal, la falta de conciencia en la ejecución del acto delictuoso, por parte del agente activo del delito, debe ser absoluta para que lo exima de responsabilidad, y el empleo accidental de bebidas embriagantes debe ser involuntario. De allí se sigue que los supuestos necesarios de la eximente prevista en la fracción II del artículo 15 del Código Penal son: a). el requisito de accidentalidad, que elimina los casos en que su empleo sea simplemente ocasional, pues la exculpación no cubre el vicio, por su peligrosidad; b). la involuntariedad que se exige, porque si la intoxicación ha sido voluntariamente por el sujeto, se estaría en un caso en que la acción primaria tuvo un origen libre y es, por tanto, causa material del resultado ilícito". (SJF. Tomo CXI, pág 208).

COMENTARIO: Se explica cuales son los requisitos para que opere la inimputabilidad como excluyente de responsabilidad. De la redacción de la sentencia podemos desprender que a la inimputabilidad se la considera como causa de inculpabilidad.

39. "El ámbito de eficacia personal de la ley Penal no incluye a los menores de dieciocho años (edad límite) a quienes sólo pueden aplicarse medidas tutelares o educativas, por lo que si a un menor se le sigue juicio por todos sus trámites y se le sentencia condenatoriamente, carece de validez lo actuado, al ser incompetente objetivamente el órgano jurisdiccional que lo juzgó". (BIJ. Tomo XII, págs. 77-78).

COMENTARIO: Solamente en la doctrina se considera que el menor de edad es inimputable. La legislación penal no se le aplica a quienes caen en el supuesto de la minoridad, ya que como se dice acertadamente en esta ejecución no les alcanza su ámbito de eficacia personal. El menor está tutelado en la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal.

40. "Si el reo configuró con su conducta una acción 'liberae in causa', ello de manera alguna le releva de su culpabilidad, ya que realizó aquellas omisiones con las que se establece la causa decisiva, en un momento en que es imputable". (SJF. Tomo CXV, p. 857).

COMENTARIO: Se reafirma el criterio de considerar que las conductas libres en su causa no constituyen una excluyente de culpabilidad.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA COACCION.

41. "Es inoperante esta eximente (miedo grave), si no se demuestra que el agresor al dar muerte al ofendido, se encontraba en condiciones psicológicas de inhibición que le impidieran conocer la ilicitud de su acción". (BIJ. Tomo IX, p. 479).

COMENTARIO: La presión moral o coacción también es considerada como una excluyente autónoma que no se relaciona con la culpabilidad. Se ha dividido en miedo grave y en temor fundado e irresistible. Por la redacción de esta ejecutoria deducimos que la coacción se relaciona con la conciencia de la antijuridicidad, lo cual nos llevaría a la conclusión de que quien obra coaccionado está ante un error de licitud.

42. "Por lo que atañe al miedo grave, si no existe prueba alguna encaminada a demostrar que el reo delinquirió en estado de inhibición psicológica que caracteriza la excluyente de que se viene hablando, ésta debe desecharse". (SJF. Tomo LXXXVII, pág. 1566).

COMENTARIO: Se establece que el estado de coacción conlleva a una inhibición psicológica.

43. "La eximente de responsabilidad de miedo grave se refiere a un estado psíquico, de tal naturaleza, que altera sensiblemente al agente, y lo obliga a la fuga, pasividad absoluta o al sometimiento lesivo". (SJF. Tomo CI, pp. 1644-1645).

COMENTARIO: Se explica cuales son las consecuencias de que el agente obre bajo coacción. En vez de fuga debe decirse huida, dado que la fuga (escaparse) únicamente puede darse cuando el agente se encuentra privado de su libertad.

44. "El miedo grave y el temor fundado, vinculado y no diferenciado por el Código Penal del Estado de Tamaulipas, para constituir excluyente de responsabilidad, exigen del contraventor un estado mental que, teniendo como centro la emoción del miedo, se haga patente mediante alguna de las siguientes manifestaciones: ansia, congoja, inquietud, duda, indecisión, deseo contrariado, incertidumbre, anhelo impedido o instinto defensivo no favorecido, de manera que al no presentarse ninguna de estas manifestaciones revela la no existencia de la emoción central del miedo". -- (BIJ. Tomo V, p. 184).

COMENTARIO: En esta tesis se habla del miedo grave y del temor fundado sin establecer diferencia alguna como en la mayoría de los códigos penales. Se mencionan los requisitos para que opere.

45. "Esta excluyente está integrada por los siguientes elementos con currentes: a). que con anterioridad al acto culminante que provoque el miedo grave, haya habido por parte de la contraria, una amenaza grave, in

minente y determinada, a la vida o a los bienes; b). que en el momento - de producirse la colisión o encuentro del amenazante y amenazado, aquél, - por su actitud o vías de hecho, haga creer a éste, fundadamente, que va a ejecutar la amenaza, poniendo en peligro su vida; c). que en el momento - preciso de la agresión que se teme, el amenazado repela la agresión. De no aceptarse la concurrencia de estos elementos en la excluyente de miedo - grave, se incurriría forzosamente, en el absurdo de admitir que todo individuo amenazado, según su propio criterio y con fundamento de amenazas - vagas e indeterminadas, con sólo la presencia del amenazante, tome la iniciativa de agredir a éste". (SJF. Tomo LXXX, p. 4243).

COMENTARIO: Se dan en esta ejecutoria los elementos constitutivos para - que opere el miedo grave como excluyente de responsabilidad.

46. "Las distintas leyes penales, al declarar la exención de responsabilidad en presencia de un estado de miedo obrando sobre el agente, se han colocado en referencia al tipo de reacciones psicológicas normales, - de aquellos estados en que simplemente se finja el mal en la imaginación del poseído por esa emoción. Justamente por esta circunstancia el Código Penal vigente en el Distrito Federal, requiere que el miedo o el temor -- sean fundados e irresistibles. El vigente en el Estado de Veracruz emplea el término 'invencible', el Código Penal español de 1870 empleaba el de - 'insuperable', aunque toda esta variada nomenclatura no tiene otro objeto que demostrar que el miedo, para operar como causa extintora de la responsabilidad, debe ser de tal naturaleza que anule completamente la resistencia del sujeto sometido a esa emoción, en tal forma que su acción más que un acto volitivo, corresponda a un verdadero automatismo". (Informe de -- 1942, págs. 80-81).

COMENTARIO: Se dan los requisitos para que opere la excluyente de miedo - grave (coacción); más bien se la considera como una hipótesis de ausencia de conducta que como una causa de inculpabilidad.

47. "La eximente de responsabilidad de miedo grave se caracteriza -- por la ausencia de reflexión del sujeto activo del delito, respecto del - mal que puede ocasionar, y por la anulación de la voluntad de discernir, y así obra impulsado por una intimidación psicológica que lo orilla a cometer la infracción penal, sin conocimiento de causa". (SJF. Tomo CXI, -- págs. 771-772).

COMENTARIO: Se identifica al miedo grave (coacción) con la falta de discernimiento y esto nos da la pauta para creer que la excluyente es una - causa de inimputabilidad.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CASO FORTUITO.

48. "El caso fortuito por su naturaleza excluye a la culpabilidad, - ya que en presencia del mismo no existe ni dolo ni culpa; en la redacción misma de la fracción 10 del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, se concluye que para que aquél opere es preciso que la conducta sea lícita, cautelosa, diligente, prudente, puesto que la ley exige que el daño se produzca por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna,

ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas". (SJF. Tomo V, págs. 27-28. Segunda parte. Séptima época).

COMENTARIO: Inequivocamente se dice que el caso fortuito es una excluyente de culpabilidad, lo cual no resulta acertado puesto que si bien es cierto que en presencia del casus no hay dolo ni culpa, también lo es - que no se trata de una exculpante sino del límite de la culpa y de la culpabilidad.

49. "El caso fortuito exime de responsabilidad porque falta uno de los elementos esenciales del delito, éste es la culpabilidad, ya que sin dolo ni culpa no puede decirse que la conducta del sujeto sea culpable. El caso fortuito queda fuera del límite del mencionado elemento del delito, seguramente porque no puede atribuirsele al hombre, debido a su imprevisibilidad". (SJF. Tomo XXII, pág. 32. Segunda parte. Sexta época).

COMENTARIO: Se vuelve a considerar que el caso fortuito es una exculpante, al faltar el dolo y la culpa. Son enunciados los requisitos que prevé la legislación para que opere el casus. Con evidente error se dice que el caso fortuito queda fuera del límite de la culpabilidad, sin recordar que no sale sino que es su propio límite.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL ESTADO DE NECESIDAD.

50. "El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que imponen el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro". (SJF. Segunda parte. Primera sala, pág. 264).

COMENTARIO: A la sentencia le hace falta decir que los bienes que se encuentran en conflicto en un estado de necesidad como exculpante tienen - que ser del mismo valor; en el caso contrario se presenta una hipótesis de delito o bien, una justificante.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA NO EXIGIBILIDAD.

51. "Claro está que podrán darse situaciones en las que, a pesar de que objetivamente la acción típica sea antijurídica, el sujeto librador - será inculpable por haber actuado bajo el amparo de algunas causas de inculpabilidad, como podría ser por ejemplo girar un cheque en estado de error de hecho, de carácter esencial e invencible, o bajo una coacción moral determinante de la no exigibilidad de otra conducta". (SJF. Volumen - XXX, pág. 89. Segunda parte. Sexta época).

COMENTARIO: Se enuncia uno de los casos en que la conducta típica y antijurídica no será culpable que podría ser el error de hecho (esencial e invencible) o la coacción, que en este caso es considerada como una de las hipótesis de no exigibilidad de otra conducta, desde el punto de vista -- del normativismo.

CODIGO DE 1931.

TITULO PRIMERO.  
RESPONSABILIDAD PENAL.

CAPITULO I.  
REGLAS GENERALES SOBRE DELITOS Y RESPONSABILIDAD.

- Artículo 8o. Los delitos pueden ser:
- I. Intencionales, y
  - II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional.

Cfr. Fracción II del artículo 9o.

Artículo 9o. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de cuasar el daño;
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia -

REFORMAS DE 1984.

TITULO PRIMERO.  
RESPONSABILIDAD PENAL.

CAPITULO I.  
REGLAS GENERALES SOBRE DELITOS Y RESPONSABILIDAD.

- Artículo 8o. Los delitos pueden ser:
- I. Intencionales;
  - II. No intencionales o de imprudencia;

Cfr. Segunda parte del artículo 9o.

III. Preterintencionales.

Sin concordancia.

Sin concordancia.

Sin concordancia.

Sin concordancia.

e. CUADRO SINOPTICO.  
ESQUEMA NUMERO 16.  
TEXTO COMPARATIVO Y CONCORDADO DEL CODIGO PENAL DE 1931 Y LAS REFORMAS DE 1984.



necesaria y notoria del hecho u omisión - en que consistió el delito, o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado;

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso.

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VI. Que obró con el consentimiento - del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

Sin concordancia.

Sin concordancia.

Sin concordancia.

Cfr. Fracción III del artículo 8o, para determinadas hipótesis, y fracción I del mismo para otras.

Sin concordancia.

Sin concordancia.

Sin concordancia.

Sin concordancia.

Artículo 9o. Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado -- prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente, el que realiza - el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente, el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

NOTA: Las reformas fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, para entrar en vigor noventa días después de su publicación.

## f. NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

## CAPITULO CUARTO.

## LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL Y EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANAS.

(1) Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.

(2) Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.

(3) A este respecto puede consultarse la obra de JOSE ALMARAZ. Algunos Errores y Absurdos de la Legislación Penal de 1931.

(4) El Proyecto de Código Penal que en 1983 fue elaborado por el -- INACIPE pretendió ser un Proyecto de Código Penal Tipo; lamentablemente se quedó en proyecto.

(5) Al respecto puede analizarse el inciso posterior, el cual contiene preceptos de todos los códigos de la República Mexicana relativos a la culpabilidad.

(6) Cfr. Colección de Leyes Penales Mexicanas, que en cinco tomos editó el INACIPE.

(7) PORTE PETIT. Necesidad de la Reforma Penal Mexicana, p. 2.

(8) PORTE PETIT opinaba: "La culpabilidad debe estar definida en el Código Penal, abarcando sus especies o formas con sus grados". Necesidad de la Reforma Penal Mexicana, p. 5.

(9) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 495-496.

(10) Leyes Penales Mexicanas. Tomo 4, p. 341.

(11) Artículo 43 de la CPEUM.

(12) Artículo 43 de la CPEUM.

(13) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho, p. 52.

(14) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema - Capital del Derecho, p. 52.

(15) FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema - Capital del Derecho, p. 52.

(16) Comentario sobre el Anteproyecto de Código Penal. Versión al 10 de agosto de 1983, p. 1.

(17) Comentario sobre el Anteproyecto de Código Penal. Versión al 10 de agosto de 1983, p. 7.

(18) Exposición de Motivos, p. 3!

E P Í L O G O :

"El problema de la culpabilidad es el problema mismo del derecho de castigar".

ERNST HAFTER.

Hemos querido llamar "epílogo" al inciso final de nuestro trabajo, en el que vamos a incluir lo que propiamente serán las conclusiones a las que llegamos después de realizar lo que pretendió ser un estudio integral de la culpabilidad y la inculpabilidad como aspectos positivo y negativo del delito, respectivamente, en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

Tomando como basamento la forma en que desarrollamos nuestra tarea de investigación, este epílogo ha de quedar dividido en cinco aspectos fundamentales, que son: a). Los conceptos; b). La estructura; c). La doctrina; d). La legislación, y e). La jurisprudencia.

Nos hemos reservado un apartado exclusivo para exponer lo que es una opinión muy personal respecto a los temas tratados, porque consideramos que una cosa son las conclusiones obtenidas y otra muy distinta lo que podemos aportar a los postulados penales que han guiado a los doctrinarios, a los jurisperitos y a las legislaciones penales mexicanas.

Vamos a dar comienzo al epílogo, exponiendo las conclusiones a las que nos lleva el hecho de analizar los conceptos de la culpabilidad que dieron las tres teorías fundamentales que expusimos con anterioridad. No nos limitaremos a decir: "Bueno, pues la culpabilidad es tal"; aun cuando nuestro punto de vista ha quedado plasmado en cada uno de los incisos que tocamos en nuestro análisis, en forma especial vamos a dar pequeñas consideraciones de cada uno de esos aspectos.

#### I. EN RELACION CON LOS CONCEPTOS DE LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD.

Tenemos qué reconocer que nuestro elemento y su aspecto negativo han sido los tópicos del delito en los que la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones han encontrado una mayor fuente de preocupa--

ción y de discusión. Ciertamente que el hecho de hallar un concepto preciso y adecuado que fuera aceptado por la mayoría de los tratadistas y de las codificaciones, nos llevaría a la resolución de muchos de los problema que se presentan actualmente cuando se aplica el Derecho penal.

De ese concepto derivaría una estructura idónea de la culpabilidad y de la inculpabilidad y las confusiones que surgen tanto en la doctrina - como en la práctica quedarían soslayadas, si es que a esos criterios se les llega a estudiar y aplicar correctamente. La concepción de la culpabilidad y su aspecto negativo, no ha sido problema de competencia exclusiva del Derecho penal; ciencias como la psicología, la sociología, la criminología y la filosofía, entre otras, han ayudado mucho a los penalistas a penetrar en su radio de acción.

De la resolución de este acertijo penal depende el destino de la ciencia jurídico-penal y el de los mismos integrantes de la sociedad, que han sido y serán juzgados sobre la base de criterios que aun no están bien definidos. Conceptuar a la culpabilidad es un problema de suma trascendencia en la teoría del delito, puesto que de la existencia de este último elemento de nuestro ente jurídico depende que una persona sufra las consecuencias que la ley penal prevé para que se le aplique a quienes realicen una conducta delictiva.

La culpabilidad es el primer elemento del delito en el que nuestra disciplina individualiza el total de sus postulados penales, para enjuiciar y sentenciar al autor de una conducta típica y antijurídica. Evidentemente que este elemento puede quedar circunscrito a la simple individualización, dado que es en él en donde se aplica en forma de referencia individual todas las prescripciones de la ciencia penal.

Pensamos que el delito es una cadena que está compuesta por cuatro eslabones, que son: La conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Esta última viene a ser el eslabón que completa la cadena; todo lo que se dé con posterioridad a ella no es más que la consecuencia del delito. La sanción y la responsabilidad son el candado y la llave con los que se aseguran esa cadena.

Declarar que el individuo es culpable, en el juicio de valoración del delito, significa estigmatizarlo y grabar en él a fuego una cualidad de la que jamás podrá llegar a deshacerse. Para evitar daños irreparables a

la persona, es preciso que se aplique en forma correcta los principios - que orientan a la Ley penal, de los cuales sobresale aquel que dice: Nullum crimen, nulla poena sine culpa (no hay delito, no hay pena sin culpabilidad).

Y, ¿cómo es que vamos a aplicar esta máxima penal si no hemos encontrado un concepto claro de los que es la culpabilidad? Hasta la antijuridicidad, se había valorado solamente al aspecto externo del delito sin - considerar al autor en forma personal; en cambio, en la culpabilidad, ya todo lo que se estudie será en relación con el sujeto y su actuar.

Precisar cada uno de los conceptos penales es la función más importante de la doctrina, dado que las legislaciones solamente van a tomar - en cuenta ciertos postulados porque no pueden dedicarse a incluir en sus cuerpos toda una teoría del Derecho penal. Cada elemento del delito debe tener una concepción propia, perfectamente delineada, que si no es aceptado universalmente por lo menos sea claro para que no se presete a confusiones.

En el psicologismo, la doctrina penal de tradición, se obtuvo entre sus mejores logros el de diferenciar entre la responsabilidad por la causalidad y la responsabilidad por la culpabilidad. A partir de este momento el Derecho penal se enfrenta a uno de los problemas más difíciles de dilucidar: El de conceptuar la culpabilidad. La culpabilidad, como uno de los elementos del delito, deberá encontrar una definición propia que, así mismo, debe quedar incluida en las legislaciones; de esto se ocuparon - principalmente tres teorías: El psicologismo, el normativismo causalista y el normativismo finalista.

Ninguna de estas tres doctrinas nos parece que sea vana, aunque debemos reconocer que cada una de ellas tuvo su momento de validez.

La teoría psicológica de la culpabilidad que se basaba en el sistema causalista del Derecho penal no logró dar un concepto unitario de nuestro elemento; únicamente habló del dolo, de la culpa y de la preterintencionalidad como sus especies; es decir, en toda definición psicologista se aludía a las tres formas en que la culpabilidad podía presentarse. En esta concepción la culpabilidad era un nexo psíquico que debería unir al sujeto con el resultado dañoso que se había producido con su conducta voluntaria; esto es, que hecho y agente se unían mediante un lazo con tin-

tes psíquicos (intención).

Como ya se dijo ésta fue una de las mayores fallas en las que incurrieron los psicólogos, habida cuenta de que en la culpa, que es un concepto puramente normativo, no era posible que se llegase a establecer esa relación. Como no se llegó a deslindar en forma precisa a los elementos subjetivos y objetivos del delito, se dijo que nuestro ente jurídico debería estar compuesto por: a). Conducta (aspecto objetivo puro), y b). Culpabilidad (aspecto subjetivo puro). Esos elementos, al menos en la creencia de los teóricos, estaban depurados.

Posteriormente a ellos se unió la antijuridicidad, a la que se entendía como la contradicción al Derecho provocada por la conducta; de cualquier manera prevalecía la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo.

Para la inculpabilidad, la teoría psicológica creyó que su existencia se debía a la imposibilidad de que el juzgador llegara a establecer el nexo psíquico entre el autor y el resultado; esto es, había inculpabilidad en la ausencia del dolo, de la culpa o de la preterintención. Se explicó que el dolo desaparecía cuando el sujeto se encontraba en una situación de error de hecho o de licitud esenciales e invencibles. Al yerro sobre el Derecho no se le concedió la calidad de ser eximente de culpabilidad. También la coacción hacía imposible que se configurara el dolo.

Las causas por las que desaparecía la culpa del sujeto, no fueron explicadas en forma clara por los psicólogos. Es de concluir que la coacción afectaba también a la culpa, dado que en ella existía el elemento volitivo al cual la coacción ataca.

Después de esta teoría surgió la primitiva forma del normativismo, también basada en el sistema de la causalidad. Estos teóricos, pese a que criticaban duramente a los psicólogos, se valieron de sus postulados para elaborar su propia doctrina. Ahora, en el concepto de la culpabilidad ha de hablarse de un dolo, de una culpa o de una preterintención reprochables. El vínculo psicológico que unía al sujeto con el resultado que había producido su conducta, habrá de ser valorado con elementos normativos que nos conducirán a la reprochabilidad (culpabilidad).

Se va a decir que la culpabilidad es un juicio valorativo de referencia, que se refiere al hecho psicológico; ese juicio se hace sobre las bases de elementos normativos (éticos), referidos a la relación psicoló-

gica. La teoría normativa causalista quiso resolver los problemas que se presentaban en el psicologismo, mas como no se deshizo del dolo, de la culpa y de la preterintencionalidad, fincó su propia destrucción.

El concepto normativo ciertamente supera algunas de las fallas en -- las que incurria el psicologismo, aunque el hecho de que en él se revolvieran elementos normativos y psicológicos en la concepción de la culpabilidad, nos lleva a desechar sus postulados dado que no podemos encontrar un denominador común para las formas de culpabilidad.

En el aspecto negativo de nuestro elemento se habló de cuatro causas: a). Inimputabilidad. b). Error. c). Coacción. d). No exigibilidad. Ellas conducían a la irreprochabilidad. Básicamente estas formas de inculpabilidad recibieron un tratamiento semejante al que les daban los psicólogos; mas en el error se llegó a un avance: Se diferenció entre yerro de Derecho penal y extrapenal y este último adquirió la calidad de exculpante.

Llega el finalismo, con sus postulados que no a todos gustan aunque en nuestra consideración son los más acertados. Tomando algunos de los principios del normativismo causalista y siguiendo el sistema final del Derecho penal, conceptúa a la culpabilidad únicamente como "reproche". - En el normativismo finalista ocurre un cambio radical, no solamente a nivel de la culpabilidad sino en toda la estructura del delito y en el concepto de cada uno de los elementos que lo integran.

Por cuanto hace a la culpabilidad resulta que el dolo, la culpa y la preterintención se sacan de su contenido y pasan a formar parte de la acción y de los elementos subjetivos del delito-tipo. Se deja para el concepto de la culpabilidad solamente el elemento normativo "reprochabilidad" y se la despoja de todos los momentos subjetivos.

En esta concepción se dice que la culpabilidad equivale a la simple reprochabilidad, desde el punto de vista de un concepto normativo depurado. Evidentemente esta concepción es la más sana, dado que ya no hay mixtura de elementos subjetivos y objetivos en un solo concepto.

Se dijo que habría inculpabilidad en el momento en que al juzgador -- le fuese imposible llegar al reproche porque el sujeto fuera inimputable, estuviere ante la imposibilidad de conocer la ilicitud de su conducta o porque no le fuera exigible un comportamiento diferente del que desplegó.

Tomando en consideración los postulados de la teoría normativa finalista damos -- como ensayo --, la siguiente fórmula: "La culpabilidad es un juicio de valoración normativa que en forma individual se le hace al autor de una conducta intencional, típica y antijurídica, cuando a más -- de ser imputable ha tenido la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta y hallándose en un estado de normalidad de las circunstancias concurrentes que en ella se dan, debía y podía haber acatado las disposiciones jurídicas para evitar las consecuencias de Derecho".

Resulta obvio que en las legislaciones no se debe contener una fórmula tan larga al definir la culpabilidad en sus articulados; si quisiéramos reducirla a tal efecto, simplemente nos limitaríamos a decir: "La culpabilidad es la reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica".

Habrá inculpabilidad interpretando a contrario sensu la definición -- que hemos dado. Decimos que se es exculpado cuando una conducta típica y antijurídica no pueda ser reprochada.

De los conceptos de la culpabilidad y de la inculpabilidad que se dieron en el psicologismo, en el normativismo causalista y en el normativismo finalista, se derivó una estructura propia para cada uno de nuestros elementos. Analicemos.

## II. EN RAZON DE LA ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD.

Así como se ha dicho que la culpabilidad y su aspecto negativo precisan de un concepto propio, también es necesario decir que de esa concepción debe derivar una estructura adecuada. Cada uno de los elementos que componen la estructura del delito, tiene a su vez diferentes requisitos que se encargan de conformarlo. Vamos a estudiar ahora la estructura de la culpabilidad y su contraria.

En el psicologismo se habló de que la culpabilidad era un vínculo psíquico que unía al autor y al resultado dañoso y hasta allí las cosas. Resultaba que nuestro elemento no tenía componentes determinados por que el dolo, la culpa y la preterintención eran nada más el modo en que se podía llegar a establecer ese nexo. Sin embargo, se llegó a sostener que estas formas eran a la vez elementos de la culpabilidad.

En el juicio de valoración de nuestro elemento se tenía que ve-





INTENCION ----- Dolo, culpa o preterintencionalidad  
 EXIGIBILIDAD ----- Posibilidad de exigir un actuar que se conforme al  
 Derecho  
 CULPABILIDAD = REPROCHABILIDAD

Las causas de inculpabilidad eran en número de cuatro:

INIMPUTABILIDAD -----  
 ERROR  
 COACCION  
 INEXIGIBILIDAD -----

NO REPROCHABILIDAD = INCULPABILIDAD

La estructura mixta de la culpabilidad en el normativismo de los cau  
salistas trajo consigo muchos problemas, que se intenta superar en el sis  
tema finalista del Derecho penal. Para el finalismo los componentes de la  
 culpabilidad se explican de manera más sencilla y precisa, se habla de la  
 imputabilidad, de la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la --  
 conducta y de la no exigibilidad, todo lo cual nos conduce a la reprocha-  
 bilidad de la conducta.

En el aspecto negativo existen la inimputabilidad, el error de pro-  
 hibición y la no exigibilidad de otra conducta; cada uno anula al respec-  
 tivo elemento de la culpabilidad y da lugar a la irreprochabilidad

Así tenemos para la estructura de la culpabilidad normativa finalis-  
 ta:

IMPUTABILIDAD  
 POSIBILIDAD CONCRETA DE CONOCER LA ILICITUD  
 EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

CULPABILIDAD = REPROCHABILIDAD

REPROCHABILIDAD

Para la estructura de la inculpabilidad finalista están:

INIMPUTABILIDAD  
 ERROR DE PROHIBICION  
 NO EXIGIBILIDAD

NO REPROCHABILIDAD = INCULPABILIDAD

La culpabilidad en el finalismo estaba referida a tres conceptos que

podían ser valorados sobre bases normativas o éticas. La ausencia del antecedente de cada elemento impedía la aparición de su consecuente. Cuando el sujeto era inimputable ya no se atendía a la posibilidad de conocimiento de la ilicitud y si no tenía esa potencia por un error sobre la prohibición, ya no se veía si es que podía darse la exigibilidad.

Hasta el momento la estructura más adecuada que se ha dado de la culpabilidad y de la inculpabilidad parece estar ubicada en el finalismo, debido a que por lo menos este concepto es puramente normativo y prescinde de considerar lo subjetivo.

### III. EN TORNO A LA DOCTRINA PENAL MEXICANA.

Tenemos qué reconocer que la doctrina penal mexicana aún no ha encontrado un itinerario propio, que a los autores les da lo mismo oír hablar de psicologismo, de normativismo o de finalismo y que en las más de las ocasiones en sus tratados revuelven los postulados de las tres teorías y hacen que su exposición sea difícil de entender.

En los momentos en que seleccionábamos nuestra bibliografía nos surgió un terrible problema, ya que son muy pocos los autores que conocen y explican las tres teorías y los libros de Derecho penal mexicano solamente hablan del psicologismo. Ustedes podrán observar que la mayor parte de nuestras obras consultadas son de autores extranjeros y en verdad no podía ser de otra forma.

Realmente debiéramos leer a nuestros compatriotas, por la razón de que hablamos y pensamos en el mismo idioma; pero hasta las traducciones al español de obras extranjeras no son del todo buenas. Pese a que han sido hechas por autores de habla hispana, que además conocen de Derecho, no logran ser comprensibles y es necesario releer los párrafos para entender su verdadero significado.

La doctrina penal mexicana, en más de treinta años que tiene en boga el finalismo, no ha podido comprenderlo; encontramos pocos autores que la explicaran. Doctrinarios de valía todavía hay algunos en México, el problema es que ninguno de ellos ha tratado en forma exhaustiva los diferentes tópicos del Derecho penal. Esto fue lo que nos decidió a leer y a consultar a los autores extranjeros, que obviamente no tienen lo que podría-

mos llamar un concepto maxicano de la culpabilidad.

Con tristeza nos dimos cuenta de que el estudio del Derecho penal ha adquirido más importancia en el extranjero que en nuestro país, y de que si en verdad queremos aprender algo irremediamente tenemos qué recurrir a los estudios que han sido hechos en otros países. No podíamos por tarnos como nacionalistas, dado que en nuestro México no existen estudios profundos sobre la culpabilidad. Que conste que nuestra bibliografía es amplia y que a pesar de eso aparecen pocos autores mexicanos.

Sin duda alguna el problema tiene resolución. Existen muchos estudios del Derecho penal anónimos, que poseen pensamiento propio y de excelente calidad, quienes solamente necesitan una oportunidad para exponer sus ideas, sea en la investigación escrita o en conferencias.

Desafortunadamente nuestros buenos y reconocidos doctrinarios están desapareciendo en forma irremediable y con ello se esfuma toda posibilidad de que nuestra doctrina penal sea actualizada. No podemos detenerlos, aunque sí podemos dejar que se abran paso las nuevas generaciones que mucho prometen.

#### IV. EN CONSIDERACION A LA JURISPRUDENCIA MEXICANA.

Hay qué considerar que si nuestra doctrina penal mexicana que se ocupa de la culpabilidad es escasa e indefinida, la jurisprudencia no se queda atrás. No es concebible que en México, además de que existe una doctrina deficiente y una legislación obsoleta, la jurisprudencia no adquiera un valor mayor.

En realidad consultamos poco las tesis de los altos tribunales, por una sola razón: Cada sentencia que se da contradice a otra y si no son igual de malas. Así como podemos encontrar una magnífica resolución que llega a aceptar los avances de la doctrina penal internacional, también hay otras en las que se evidencia un lamentable retroceso.

No queremos decir con esto que todas las tesis de los altos tribunales mexicanos sean inútiles, encontramos algunas buenas; pero lamentablemente son pocas. En verdad todo esto es consecuencia de que en México - los buenos tratados de Derecho penal son escasos y las legislaciones penales de los estados en su mayoría son caducas. Todo es consecuencia de

lo mismo: La falta de dedicación al estudio del Derecho en general.

Las legislaciones y la jurisprudencia deben seguir un derrotero acorde con lo que marca la doctrina, mas si ésta permanece estancada nada bueno se puede esperar. Los pensamientos de los doctrinarios de reconocido prestigio son los que marcan la evolución de la Ciencia penal y el Derecho debe evolucionar en tres aspectos: Legislaciones, jurisprudencia y -- doctrina.

No podemos permitir que nuestra ciencia se quede estacionada, debemos abrirle paso hacia la superación; después de todo el Derecho tiene esa característica: Ser dinámico para tender a su perfeccionamiento.

Nos damos cuenta de que la jurisprudencia mexicana, al igual que la doctrina y la legislación, tampoco tiene una línea definida y lo mismo les da hablar de psicologismo, normativismo causalista o finalismo.

Que no se piense que como nosotras estimamos que la teoría de la culpabilidad más acertada lo es el normativismo finalista, queremos que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia la acepten; simplemente deseamos que definan su línea y eso es en bien de todos.

#### V. CON BASE EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

¡Ah, qué panorama tan desolador nos muestra nuestra legislación penali

Empezamos con lo que ya es de todos bien sabido: En el Distrito Federal sigue vigente en pleno 1984 un código penal que data del año de 1931, que es obsoleto y carente de técnica jurídica, por dondequiera que se le vea. A pesar de las múltiples reformas de que ha sido objeto nuestro "querido código de 31" -- al que ya nada más le quedan los errores y absurdos del texto original -- y pese a los múltiples intentos por destronarlo del reinado legislativo penal, nadie parece haberse dado cuenta de que este código sirve realmente de muy poco.

Las reformas de las que hablamos fueron elaboradas solamente atendiendo a las necesidades momentáneas y no se tuvo el tino de adoptar postulados acordes con la línea que bien o mal seguía el código de 31; por esta razón tenemos una legislación en el Distrito Federal que es una mezcla de todas las doctrinas existentes en el campo del Derecho penal.

Parece absurdo que haya estados de la República que posean una Ley - que supera de lleno a la que está vigente en el Distrito Federal y que además, por si fuera poco, es aplicada en todo el país en materia de fuero federal. De nuestro código de 31 mucho se ha dicho ya. En cada sexenio se hace intentos por destronarlo y se le dirigen las consabidas y ásperas -- críticas. Pese a todo no sabemos por qué maligna razón sigue vigente y no han logrado guardarlo en los archivos de la nación.

Después, lo que es más triste aún, reparamos en un detalle absurdo: La mayoría de los códigos de los estados de la República es copia fiel - del original (Código del 31). Parece increíble que los estados, que tanto han pugnado por su autonomía legislativa, no hagan uso de ella y que además de que saben y reconocen cada uno de sus errores y han rechazado olímpicamente los proyectos de Código Penal Tipo para la República Mexicana, tengan en vigor un texto idéntico al del muticitado código.

Ahora bien, tenía qué existir un código que respondiera a las necesidades de la sociedad y que estuviese de acuerdo con los avances de la técnica jurídico-penal. Encontramos códigos y proyectos o anteproyectos que son muy buenos, algunos elaborados para el Distrito Federal, otros para - los estados y aquellos que pretendieron ser código tipo. En realidad el - anhelo queda vigente: México precisa de un Código Penal, cuando menos en alguno de sus estados, que responda a la realidad social y jurídica.

De los códigos que hemos analizado podemos decir que no existe uno - solo que adopte una concepción definida y dé una estructura y un tratamiento acorde con ella, de la culpabilidad.

En pocos encontramos la definición de la culpabilidad. La mayoría está de acuerdo en seguir considerando que nuestro elemento es dolo o culpa y en algunos casos se añade la preterintencionalidad. Estas legislaciones dan concepciones incompletas de la culpabilidad y de sus formas (cuando - las aceptan). Si se habla de dolo se les olvida que requiere además de un elemento volitivo; si se refieren a la culpa no se acuerdan que su esencia radica en la violación de un deber de cuidado que personalmente le incumbe al autor y si exponen la definición de la preterintencionalidad no - consideran el resultado menor doloso ni del mayor culposo.

Al dolo se le sigue llamando intención y a la culpa no intención, -- sin reconocer que dolo, culpa y preterintencionalidad son formas de intenc

ción y que únicamente estos son sus matices.

En forma absurda en la mayoría se propugna por una presunción de intencionalidad, que no es otra cosa que presumir que ha habido dolo en la conducta. Además, algunos dicen que esa presunción no se destruye aunque se pruebe lo contrario, es decir que hay dolo aún cuando se pruebe que no lo hubo.

Cuando se trata de abarcar el aspecto negativo de la culpabilidad la situación empeora, notamos que se revuelven todos los momentos negativos del delito, sin llegar a decir a cual de sus elementos anulan. Ya muchos códigos aceptan la no exigibilidad como hipótesis de inculpabilidad, sin llegar a tomar una postura propia del normativismo causalista o del finalista.

El tratamiento del delito cometido dolosamente es idéntico en la mayoría de las legislaciones, lo cual no sucede con la culpa y la preterintencionalidad a las que en cada ley se les busca una sanción diversa.

Además de que los códigos analizados carecen en su mayoría de técnica legislativa, tienen también increíbles errores de redacción y puntuación y dan lugar a confusiones. Y todo ¿por qué? El juspenalista, sea legislador, juzgador o doctrinario, pretende saberlo todo y no acepta ayuda de alguien más, en ocasiones ni siquiera de verdaderos juristas. Así notamos que los textos que se elaboran no son revisados exhaustivamente por una persona conocedora que corrija sus fallas, tanto de técnica como de redacción y ortografía.

Las comisiones redactoras de proyectos de códigos penales deben estar integradas por personas competentes, de reconocido prestigio, que además de tener conocimientos jurídicos se hayan dedicado por algún tiempo a la práctica y al estudio del Derecho sea como abogados postulantes, agentes del Ministerio Público, secretarios de acuerdos, jueces, maestros de la materia, etc. Además no se les olvide incluir a un corrector de estilo.

Atendiendo a las indicaciones, que más como personas preocupadas por el destino de la Ciencia jurídica que como autoridades hacemos esta somera crítica, pensamos que podemos llegar a darle a la Ciencia Penal en todas sus manifestaciones un carácter científico y no de charlatanería.

## VI. SINTESIS DE NUESTRA OPINION.

"Adentrarnos de lleno al campo de estudio del Derecho Penal significa, al menos en mi concepto, dedicar horas enteras a la investigación de los temas que en nuestra disciplina se han de manejar sacrificandolo todo, para llegar a sentir la satisfacción de haber alcanzado el conocimiento profundo de aquella materia, que no solamente es de mi agrado sino que constituye una de mis mayores pasiones".

FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ.

Las anotaciones que hicimos con anterioridad no fueron más que meras reflexiones, que aunque se relacionan con el Derecho Penal y con nuestro estudio no dejan entrever cual es el pensamiento que adoptamos en relación no solamente con la culpabilidad sino con la teoría del delito en general. Queremos exponer ahora las conclusiones, vamos a llamarlas doctrinarias, a las que llegamos después de haber realizado nuestro estudio sobre la culpabilidad.

Antes que nada queremos dejar asentado que nuestro pensamiento no se afilia en forma íntegra a ninguna de las teorías que expusimos. Consideramos que para el tratamiento de la culpabilidad y su aspecto negativo, al menos hasta el momento, no se ha logrado construir una doctrina pura; cada una de las corrientes que hemos venido mencionando, toma parte de las otras para establecer su estructura. No pretendemos innovar, simplemente damos una opinión tomando los aspectos que a nuestro juicio son los más acertados, de lo que se expuso con anterioridad.

Partiremos de la estructura del delito. Nuestro pensamiento corresponde a una concepción tetratómica; considerando que el ente jurídico-penal puede descomponerse -- en la ficción del Derecho --, en cuatro elementos, a saber: El subjetivo-material (conducta), el regulador (tipicidad), el valorativo (antijuridicidad) y el normativo (culpabilidad) que, a nuestro juicio, es el factor más importante dentro de la construcción del ilícito penal, puesto que de su aparición depende que le sean aplicadas al autor de la conducta las consecuencias previstas.

El delito fundamentalmente es una cadena compuesta por cuatro eslabones, cada uno de los cuales guarda una relación de orden lógico (no cronológico).



lógico) respecto a los demás; al cumplirse su aparición en este orden pre fijado, podemos decir que se cierra la cadena del delito, que tiene como candado y llave a la responsabilidad y a la sanción.

Existe una sociedad, la que para conservar su statu quo y proteger - los bienes jurídicos de sus integrantes crea el Estado (entiéndase como - Poder Judicial), al que le da la facultad coactiva para exigir el respeto al orden público (entiéndase como Ius poenale), haciéndolo efectivo por - medio de la sanción (entiéndase como Ius punendi), que puede revestir un carácter dual: Pena o medida asegurativa.

Dentro de ese orden legal han sido establecidas normas jurídico-pena les, que basadas en las reglas de la cultura tienen por fin tipificar con ductas lesivas y sancionables en los delito-tipos, para regular el compor tamiento humano y proteger los valores jurídicos encomendados. Las conduc tas que se encuentran prohibidas o prescritas en el delito-tipo tienen - qué reunir cuatro elementos, que formando un todo traerán como consecuen cia ineludible la responsabilidad penal y la sanción.

Analizaremos cada uno de estos elementos , anotando lo pertinente:

1: ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL O CONDUCTA. Comprendemos en él, los siguien tes elementos:

- a). Formas de manifestación del delito.
- b). Voluntad conciente.
- c). Intensión (con "S", porque se refiere a la intensidad de la voluntad).
- d). Resultado.
- e). Relación entre la conducta y el resultado.

Incluimos en él la conducta y el hecho, haciendo la aclaración de - que solamente la llamaremos conducta (término genérico), porque el Dere cho tiene como fin regular la conducta humana. No nos olvidamos del he-- cho, pero como en él podemos comprender las manifestaciones naturales, a nimalas y humanas, preferimos denominar a este elemento conducta.

La conducta puede revestir dos formas: Acción u omisión, desplega bles en uno o en varios actos. Asimismo la omisión puede manifestarse en dos formas: Omisión simple, que causa un resultado típico jurídico y co misión por omisión, que produce un resultado típico jurídico y material.

En la época actual del Derecho, afortunadamente se ha dado por con-- siderar que sólo la conducta humana voluntaria e intensional puede ser -

productora de delito. Si la conducta lleva implícita la manifestación de la voluntad conciente del ser humano y el dolo, la culpa y la preterintención tienen qué ver con ésta y entonces lo que antes eran formas de culpabilidad deben pasar a formar parte de ella (elemento subjetivo-material) y nosotras lo denominamos "intención" (con "S").

También consideramos que en este elemento deben ser comprendidos dentro de los elementos del resultado, sea típico jurídico o jurídico y material, el objetivo propuesto (finalidad), los logros y las consecuencias secundarias que se produzcan con el hacer u omitir humanos, admitiendo -- que hay objetivos que llegan a ser alcanzados y otros que se quedan en el intento.

La relación existente entre la voluntad conciente, la intención y el resultado, sea jurídico o jurídico y material, debe revestir especial importancia, bien sea que se la considere como relación natural, causal o final. Esto debido a que sólo puede imputarse al hombre el resultado que ha sido producido por su voluntad.

Cuando falte la manifestación del delito, la voluntad conciente, la intención, el resultado o la relación entre éste y la conducta, se considera que estamos frente al aspecto negativo de la conducta y hay suficientes motivos para negar al delito en el mundo jurídico-penal.

2. ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD. En cualesquiera de las teorías que se acepte, la tipicidad será la adecuación o conformidad a todo lo que se describe en el delito-tipo (figura típica); el problema por resolver es saber cuales son los elementos que integran al tipo.

Primero, queremos anotar los elementos que consideramos que sirven para configurar al elemento regulador o tipicidad.

a). Existencia del delito-tipo.

b). Total adecuación o conformidad al delito-tipo en cuestión.

Cuando se conoce un poco de Derecho penal, de la simple lectura del tipo se desprende que la comisión del delito puede ser dolosa, culposa o preterintencional; por este motivo el tipo se encuentra en estrecha relación con el elemento subjetivo-material o conducta. De acuerdo, en que -- el tipo se encuentra compuesto por una parte objetiva y otra subjetiva -- (finalismo).

En los elementos típicos objetivos o causales se hallan los presupuestos del delito, la descripción de la conducta, sus modalidades, la calidad y el número de los sujetos activo y pasivo, el objeto jurídico y el material. Dentro de la parte subjetiva o final encontramos que podemos dividir entre elementos generales y especiales. Como elementos típicos subjetivos generales englobamos al dolo, a la culpa y a la preterintención; ya en la parte subjetiva especial, decimos que se exige el dolo específico, los motivos especiales, los impulsos y las tendencias.

Quando al tratar de encuadrar los elementos en un delito-tipo se carezca aunque sea de uno solo de los requerimientos del tipo, se presentará el aspecto negativo de la tipicidad; ésto es, habra atipicidad y con ella surge la imposibilidad de que se configure un determinado título delictivo, sin perjuicio de que pueda darse otro.

3. ELEMENTO VALORATIVO O ANTIJURIDICIDAD. Sus elementos son los siguientes:

- a). Existencia del deber ser.
- b). Contrariedad al deber ser.

La antijuridicidad requiere de un presupuesto, que es la existencia del deber ser, que se encuentre contenido en una norma de Derecho penal. Esta, propiamente dicha, viene a ser la contrariedad al deber ser que emana del Derecho, que se encuentra contenido o se infiere de la descripción típica, en forma de deber jurídico de obrar o de abstenerse.

La tipicidad nos proporciona un indicio de antijuridicidad; es decir, que si existe una conducta típica se presumirá que es antijurídica y esa presunción no se destruirá mientras no se compruebe que la conducta está justificada. La antijuridicidad va a ser la base del reproche en el juicio de culpabilidad.

Si la conducta del sujeto encuentra su justificación en el orden legal ya no se le puede llamar antijurídica en sentido estricto, sino que se la nombrará "conducta justificada". Entonces, el aspecto negativo de la antijuridicidad lo son todas las causas de justificación que quiera reconocer el orden legal. De ordinario se establecen en las legislaciones las siguientes: Legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo y obediencia jerár

quica. Cada código da los requisitos que se debe llenar para que proceda la justificación.

4. ELEMENTO NORMATIVO O CULPABILIDAD. Viene a ser el juicio de valoración normativa que se le hace al sujeto que ha actuado libremente, por no haber orientado su conducta conforme al Derecho, cuando las circunstancias concurrentes en el delito, se lo permitían. Culpabilidad es simplemente reprochabilidad.

El motor central del delito lo es la conducta, la cual tiene que reunir tres características para ser considerada delictuosa: Ser típica, antijurídica y culpable. En este último elemento debe observarse si el sujeto actuó con libertad, si tenía la posibilidad de conformar su conducta a las normas del Derecho y si le es reprochable el comportamiento que desplegó.

De acuerdo con nuestras explicaciones, los elementos de la culpabilidad serán:

- a). Libertad de actuar.
- b). Exigibilidad o deber.
- c). Reprochabilidad o poder.

La voluntad humana conciente e intensional debe ser desplegada en una situación de libertad, es decir que el sujeto debe actuar libremente, por su propia decisión. Para que la conducta sea exigible y reprochable debe ser producto de un acto humano voluntario, conciente, intensional y ejecutado sin coacción.

La exigibilidad se traduce en un deber, es la obligación que tiene todo ser humano de acatar las prohibiciones o las prescripciones del orden jurídico, siempre y cuando las circunstancias concurrentes en el delito se lo permitan. Se basa en la posibilidad de exigirle al autor un obrar acorde con el Derecho penal, si cualquier persona en las mismas circunstancias hubiera podido hacerlo poniendo la atención y prudencia de todo hombre diligente.

La reprochabilidad es poder, es la posibilidad concreta de imputarle al autor la conducta típica y antijurídica. El reproche a la acción u omisión desplegada por el sujeto se hace con basamento en la libertad y la exigibilidad. Con el reproche se procede a declarar culpable a una persona que ha realizado con libertad una conducta típica y antijurídica.

Para el aspecto negativo de la culpabilidad dejamos a la coacción y a la no exigibilidad, que nos llevarán a la no reprochabilidad. La coacción será la fuerza moral que obliga a un sujeto a actuar; si la conducta se ha desplegado bajo el influjo de ella, no podrá exigírsele al hombre una conducta diferente a la que desplegó ni fundársele un juicio de reproche con base en lo actuado.

La inexigibilidad existirá cuando de acuerdo en que las circunstancias concurrentes en el delito revisten anormalidad, no se podía pedirle al sujeto una manera diferente de obrar. Cualquier persona en estado de anormalidad de las circunstancias concurrentes actuaría de la misma manera, por lo tanto no hay lugar para la exigibilidad.

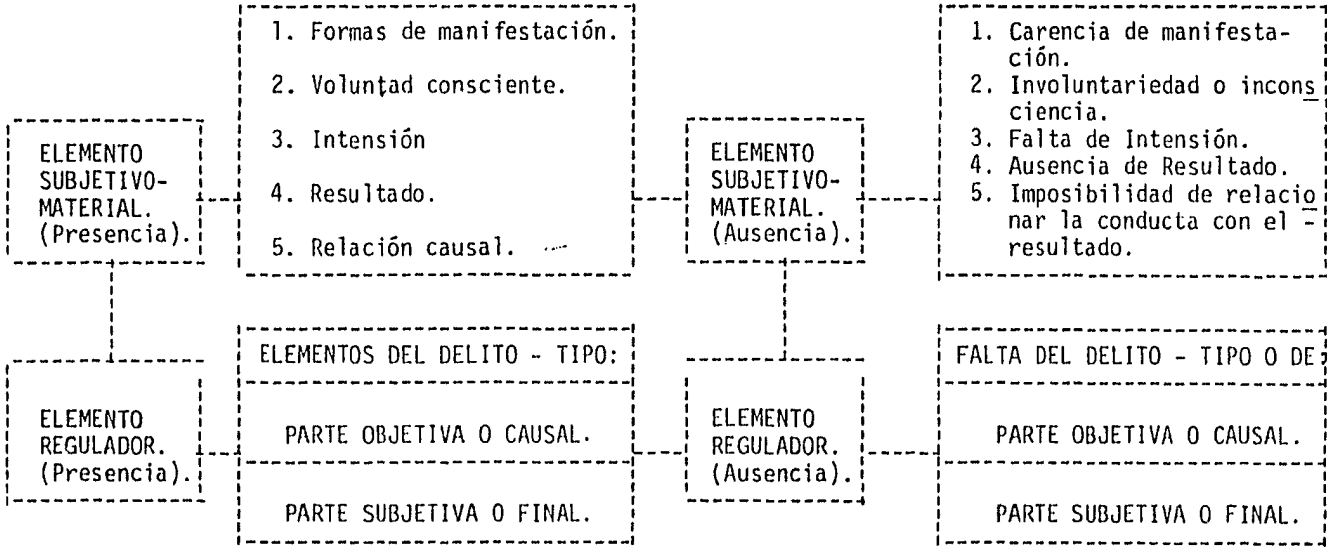
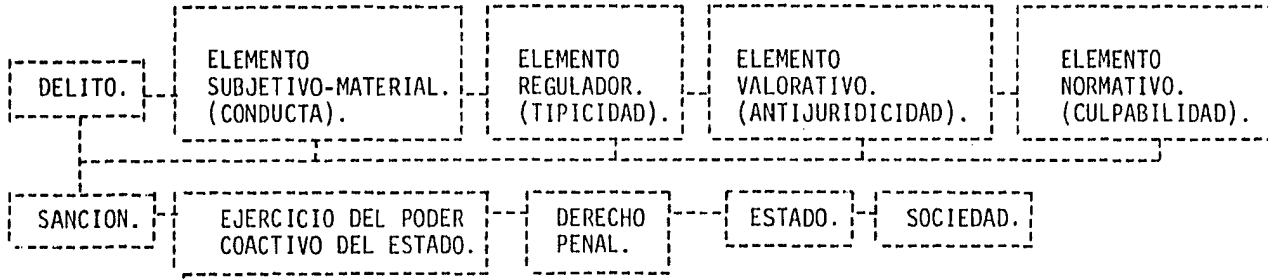
La irreprochabilidad es el no poder y se expresa en la imposibilidad de fundarle al sujeto un juicio de reproche, en atención a que falta la libertad y la exigibilidad.

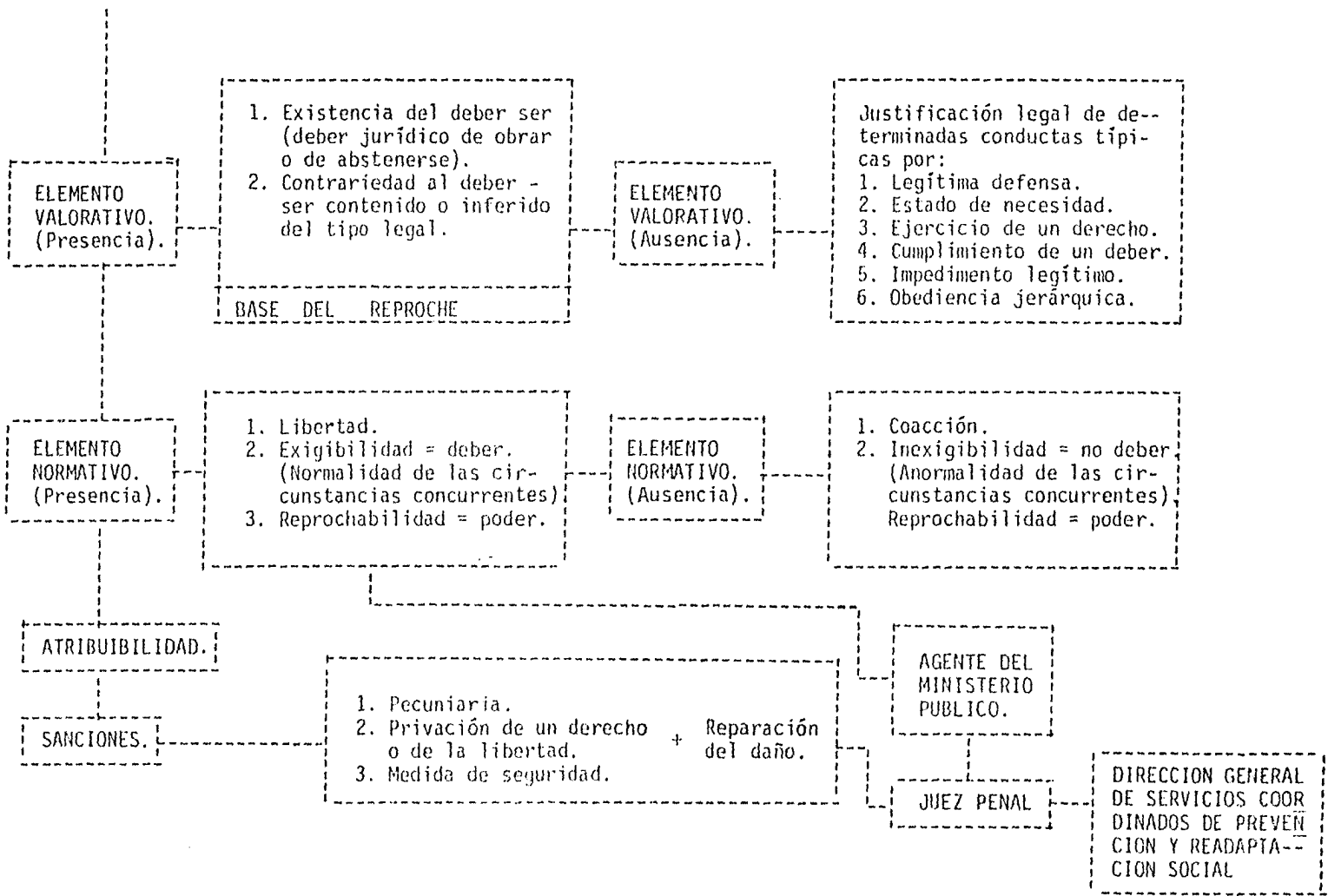
El encargado de fundar el juicio de culpabilidad lo será el juzgador. En cierta medida pensamos que este encargo también debe recaer en los titulares de las agencias del Ministerio Público, quienes para poder consignar al presunto responsable ante su juez necesitan reunir los elementos del delito. Con esto se evitarían muchas injusticias y la carga excesiva e inútil de trabajo en los lugares destinados a la administración de justicia en el orden penal. Vamos a dividir el proceso de valoración del delito en dos fases: La prueba, a cargo del Ministerio Público y la comprobación, que llevará a cabo el juez penal.

A la sanción la consideramos como consecuencia del delito; es requisito indispensable para su aplicación la responsabilidad (atribuibilidad). Puede revestir tres formas principales: Pecuniaria (multa), pena (privación de un derecho o de la libertad) y medida de seguridad (internamiento en lugares de rehabilitación); todas llevan consigo el pago de la reparación del daño que se le causó al sujeto pasivo o a sus causahibientes, con la comisión del delito.

El encargado de hacer efectiva la sanción lo será el Poder Ejecutivo, a través de la Dirección General de Servicios Coordinados para la Prevención y Readaptación Social.

En un pequeño cuadro sinóptico plasamaremos nuestra opinión.





## CATALOGO DE AUTORES CONSULTADOS.

1. ALVAREZ ROMAN, Jesús Antonio. EL DERECHO DE LAS CULTURAS ORIENTALES.  
Primera edición.  
Estudios Jurídicos (20).  
Editorial Jus.  
México, 1983.
2. ANTOLISEI, Francesco. MANUALE DI DIRITTO PENALE.  
Quinta edición.  
Milano, 1955.
3. ARISTOTELES. ETICA A NICOMACO.  
Ediciones de la UNAM.  
México, 1961.
4. BELING, Ernesto. EL RECTOR DE LOS TIPOS DE DELITO.  
Primera edición.  
Editorial Reus, S. A.  
México, 1936.
5. BODENHEIMER, Edgar. TEORIA DEL DERECHO.  
Quinta reimpresión.  
Fondo de Cultura Económica.  
México, 1976.
6. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO.  
Parte General.  
Tomos I y II.  
Antigua Librería Robredo.  
México, 1945-1946.
7. CARRARA, Francesco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL.  
Parte General.  
Sine dato.  
Copias fotostáticas.
8. CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.  
Editorial Jurídica Mexicana.  
México, 1965.
9. CAVALLO, Vincenzo. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO.  
LA CULPABILIDAD.  
Revista Criminalia.  
Año XXIV. Número 1.  
México, 1957.
10. CAVALLO, Vincenzo. DIRITTO PENALE.  
Volumen III.  
Napoli, 1955.



11. CEREZO MIER, José. LA POLEMICA EN TORNO AL CONCEPTO FINALISTA DEL AUTOR EN LA CIENCIA PENAL ESPAÑOLA. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1975.
12. CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido. EXPOSICION CRITICA DE LA DOCTRINA FINALISTA DE LA ACCION. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1955.
13. CORDOBA RODA, Juan. CULPABILIDAD Y PENA. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1977.
14. CORDOBA RODA, Juan y RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. COMENTARIOS AL CODIGO PENAL. Tomo I (artículos 1 a 22). Ediciones Ariel. Barcelona, 1972.
15. CUELLO CALON, Eugenio. DERECHO PENAL. Parte General. Tomo I. Novena edición.
16. DIAZ PALOS, Fernando. TEORIA GENERAL DE LA IMPUTABILIDAD. Sine dato. Copias fotostáticas.
17. CORREA GARCIA, Sergio. PELIGROSIDAD (ponencia) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Primer Congreso de Derecho Penal. México, 1981.
18. ESPINOSA TORRES, María del Pilar. EL ERROR EN EL CODIGO DE VERACRUZ - DE 1980. Boletín Informativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Número 1. Marzo-abril. Universidad Veracruzana. Xalapa, 1983.
19. FERRER SAMA, Antonio. COMENTARIOS AL CODIGO PENAL. Tomo I. Murcia y Sucesores de Noguez. España, 1946.
20. FLORIAN, Eugenio. PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Tomo I.

21. FLORIS MARGADANT, Guillermo. EL DERECHO ROMANO PRIVADO.  
Sexta edición.  
Editorial Esfinge, S. A.  
México, 1975.
22. FRANK, Reinhard. SOBRE LA ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.  
Editorial Universitaria, S. A.  
Santiago, 1965.
23. GRAF ZU DOHNA, Alexander. LA ILICITUD.  
Tr. Ballvé Palise. Primera edición.  
Editorial Jurídica Mexicana.  
México, 1959.
24. GOLDSCHMIDT, James. LA CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.  
Tr. Núñez y Goldschmidt. Editorial Depalma, S. A.  
Buenos Aires, 1943.
25. GRISPIGNI, Filippo. DIRITTO PENALE ITALIANO.  
Tomo II.  
Milano, 1952.
26. GRUPO LIONES DE ESTUDIOS MEDICOS, FILOSOFICOS Y JURIDICOS. EL CULPABLE, ¿ES UN ENFERMO O UN PE-  
CADOR?  
Ediciones Desclée de Brower.  
Buenos Aires, 1952.
27. ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga y RAMIREZ, Elpidio. EL ERROR EN EL MODELO LOGICO DEL DE-  
RECHO PENAL.  
Revista de Derecho Penal Contemporáneo.  
México, 1970.
28. JIMENEZ DE ASUA, Luis. CODIGOS PENALES IBEROAMERICANOS.  
Estudios de Legislación Comparada.  
Tomo I.
29. JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO.  
Décima edición.  
Editorial Sudamericana.  
Buenos Aires, 1980.
30. JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL.  
Tomo IV.  
La Culpabilidad y su Ausencia.  
Editorial Losada, S. A.  
Buenos Aires, 1956.
31. JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL.  
Tomo IV.  
La Culpabilidad y su Ausencia.  
Editorial Losada, S. A.  
Buenos Aires, 1958.

32. JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL.  
Tomo VI.  
La Culpabilidad y su Exclusión.  
Editorial Losada, S. A.  
Buenos Aires, 1962.
33. JIMENEZ HUERTA, Mariano. LA INTENCION DELICTUOSA.  
Sine dato.  
Copias fotostáticas.
34. KELSEN, Hans. TEORIA PURA DEL DERECHO.  
Instituto de Investigaciones Jurídicas.  
Universidad Nacional Autónoma de México.  
México, 1982.
35. MARTINEZ PAZ, E. FILOSOFIA DEL DERECHO.  
Libro I.
36. MANZINI, Vincenzo. TRATTATO DI DIRITTO PENALE.  
Tomo 3.  
Teorías Generales.  
Volumen III.  
Editorial Ediar, S. A.  
Buenos Aires, 1949.
37. MAURACH, Reinhard. TRES CONFERENCIAS.  
Universidad del Externado de Colombia.  
29 y 30 de septiembre y 1o de octubre de 1965.
38. MEDINA HERNANDEZ, Flor de María. LA ANTIJURIDICIDAD, PROBLEMA CAPITAL DEL DERECHO.  
Trabajo de Investigación.  
Concurso internacional de investigación jurídico-penal "Maestro Francisco González de la Vega".  
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango.  
México, 1984.
39. MEZGER, Edmundo. DERECHO PENAL.  
Libro de Estudio.  
Parte General.  
Editorial Bibliográfica Argentina.  
Buenos Aires, 1958.
40. MEZGER, Edmundo. TRATADO DE DERECHO PENAL.  
Tomo II.  
Derecho Privado.  
Madrid, 1957.
41. MORENO HERNANDEZ, Moisés. CONSIDERACIONES DOGMATICAS Y POLITI-

- CRIMINALES EN TORNO A LA CULPABILIDAD (ponencia)  
Instituto Nacional de Ciencias Penales.  
Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal sobre "Bases del Derecho Penal Sustantivo".  
México, 1981.
42. MORO, Tomás.  
LA UTOPIA.  
Colección "Sepan cuántos...".  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1975.
43. NOVOA MONREAL, Eduardo.  
CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO.  
Tomo I.  
Editorial Jurídica de Chile.  
Santiago, 1960.
44. NUÑEZ BARBERO, Ruperto.  
LA ESTRUCTURA JURIDICA DEL DELITO - CULPOSO.  
Sine dato.  
Copias fotostáticas.
45. PETROCELLI, Biagio.  
LA ANTIJURIDICIDAD.  
Facultad de Derecho.  
Universidad Nacional Autónoma de México.  
México, 1963.
46. PANNAIN, Remo.  
MANUALE DI DIRITTO PENALE.  
Roma, 1942.
47. PAVON VASCONCELOS, Francisco.  
MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO.  
Parte General.  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1974.
48. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.  
APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL - DEL DERECHO PENAL.  
Cuarta y sexta ediciones.  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1978-1982.
49. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.  
DOGMATICA DE LOS DELITOS EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL.  
Quinta edición.  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1978.
50. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.  
EL CODIGO PENAL MEXICANO DEL PORVENIR.  
México, 1944.

51. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.  
EXPOSICION DOCTRINAL DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.  
Ediciones "Cultura".  
México, 1950.
52. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.  
IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL.  
Gráfica Panamericana, S. de R. L.  
México, 1954.
53. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.  
NECESIDAD DE LA REFORMA PENAL MEXICANA.  
Editorial Jus.  
México, 1952.
54. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.  
PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL.  
Facultad de Derecho.  
Universidad Nacional Autónoma de México.  
México, 1968.
55. QUINTANO RIPOLLES, Antonio.  
DERECHO PENAL DE LA CULPA (IMPRUDENCIA).  
Bosch, Casa Editorial.  
Barcelona, 1958.
56. QUINTANO RIPOLLES, Antonio.  
HACIA UNA POSIBLE CONCEPCION UNITARIA JURIDICO-PENAL DE LA CULPABILIDAD.  
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.  
Tomo XII. Fascículo III.
57. RANIERI, Silvio.  
DIRITTO PENALE.  
Milano, 1954.
58. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.  
DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.  
Décimonovena edición.  
Editorial Espasa-Calpe, S. A.  
Madrid, 1970.
59. RECASENS SICHES, Luis.  
INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.  
Tercera edición.  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1974.
60. RODRIGUEZ MANZANERA, Luis.  
CRIMINOLOGIA.  
Primera edición.  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1978.

61. RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA ACCION FINALISTA. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo IV. Fascículo II. Madrid, 1953.
62. ROMO MEDINA, Miguel. CRIMINOLOGIA Y DERECHO. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1979.
63. RUIZ GARCIA, Alejandro. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD EN LOS DELITOS EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL EN EL CODIGO DE GUANAJUATO. Tesis de licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983.
64. SOLER, Sebastián. DERECHO PENAL ARGENTINO. Tomo I. Buenos Aires, 1951.
65. SOLER, Sebastián. LA RAIZ DE LA CULPABILIDAD (curso--llo). 30 de julio y 1o de agosto. Facultad de Ciencias Sociales. Montevideo, 1945.
66. SKINNER, B. F. BEYOND FREEDOM & DIGNITY. Cuarta edición. Editorial Fontanella. Barcelona, 1980.
67. SPOLANSKI, Norberto Eduardo. EL ERROR O LA IGNORANCIA EN EL DERECHO PENAL. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. México, 1970.
68. TORIO LOPEZ, Angel. EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LOS DELITOS CULPOSOS. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
69. TORRES AMAT, Félix. SAGRADA BIBLIA. Libreros Mexicanos Unidos. México, 1956.
70. VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Teoría del Delito. Primera reimpresión.

- Editorial Trillas, S. A.  
México, 1977.
71. VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO.  
Segunda edición.  
México, 1960.
72. VILLAREAL, María Antonieta. INIMPUTABILIDAD E INculpABILIDAD CO-  
MO ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.  
Trabajo de investigación.  
Revista Criminalia.  
Año XXI.  
México, 1975.
73. VON LISZT, Franz.  
Tr. Jiménez de Asúa. TRATADO DE DERECHO PENAL.  
Tomo I.  
Editorial Reus.  
Madrid, 1926.
74. WESSELS, Johannes. DERECHO PENAL.  
Parte General.  
Editorial Depalma.  
Buenos Aires, 1980.
75. WELZEL, Hans. LA TEORIA DE LA ACCION FINALISTA.  
Editorial Depalma.  
Buenos Aires, 1951.
76. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ACERCA DEL CONCEPTO FINALISTA DE LA  
CONDUCTA EN LA TEORIA GENERAL DEL -  
DELITO.  
Revista Jurídica Veracruzana.  
Números 1 y 2. XXIV.  
México, 1963.
77. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. LA MODERNA DOCTRINA PENAL ACERCA DEL  
ERROR.  
Revista de Derecho Penal Contemporá-  
neo.  
México, 1970.
78. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. TEORIA DEL DELITO.  
Editorial Ediar.  
Buenos Aires, 1963.
79. NOTAS DE CATEDRA DE DERECHO CIVIL I.  
Licenciada María Teresa Rodríguez.  
Facultad de Derecho.  
México, 1978-1979.
80. NOTAS DE CATEDRA DE DERECHO CIVIL II.  
Licenciado Joaquín Martínez Alfaro.  
Facultad de Derecho.  
México, 1979.

81. NOTAS DE CATEDRA DE CRIMINOLOGIA.  
Licenciada Olga Estrever.  
Facultad de Derecho.  
México, 1983.
82. NOTAS DE CATEDRA DE DERECHO PENAL I.  
Doctor Celestino Porte Petit Candau-  
dap.  
Facultad de Derecho.  
México, 1979.
83. NOTAS DE CATEDRA DE DERECHO PENAL II.  
Doctor Celestino Porte Petit Candau-  
dap.  
Facultad de Derecho.  
México, 1979.

#### LESGISLACION CONSULTADA.

1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. (1928).
2. CODIGO PENAL ALEMAN (1969).
3. CODIGO PENAL DE AUSTRIA.
4. CODIGOS PENALES PARA LOS ESTADOS DE:
  - Aguascalientes (1949).
  - Baja California Norte (1977).
  - Baja California Sur (1981).
  - Campeche (1943).
  - Coahuila (1982).
  - Colima (1955).
  - Chiapas (1983).
  - Chihuahua (1971).
  - Distrito Federal (1931)
  - Distrito y Territorios Federales (1931).
  - Durango (1983).
  - Guanajuato (1980).
  - Guerrero (1953).
  - Hidalgo (1970).
  - Jalisco (1982).
  - México (1960).
  - Michoacán (1980).
  - Morelos (1945).
  - Nayarit (1979).
  - Nuevo León (1981).
  - Oaxaca (1943).
  - Puebla (1943).
  - Quéretaro (1931).
  - Quintana Roo (1949).
  - San Luis Potosí (1944)
  - Sinaloa (1939)
  - Sonora (1949).
  - Tabasco (1972).
  - Tamaulipas (1956).
  - Tlaxcala (1979).
  - Veracruz (1978).



- Yucatán (1972).  
Zacatecas (1966).
5. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1917).
  6. LEY QUE CREA EL CONSEJO TUTELAR PARA MENORES INFRACTORES EN EL DISTRITO FEDERAL (1974).
  7. COLECCION DE LEYES PENALES MEXICANAS. Tomos del I al V. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1979.
  8. PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL de 1983. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Procuraduría General de la República.
  9. PROYECTO DE CODIGO PENAL, versión del 10 de agosto. Instituto Nacional de Ciencias Penales.
  10. PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUERRERO de 1984.
  11. REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 1931. Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984.